

## LECCIÓN 22: EL DELITO COMO ACCIÓN CULPABLE.

### 1. Antijuricidad y culpabilidad:

Para que una conducta sea delictiva no basta con que se trate de una acción u omisión típica y antijurídica, es preciso también que el hecho típico y antijurídico sea culpable. Que la culpabilidad es un elemento del delito es algo implícito en el CP, sobre todo porque regula algunas circunstancias eximentes de responsabilidad, cuyo fundamento es la falta de culpabilidad. En el art. 20 del CP están reguladas 3 circunstancias que aluden a la ausencia de responsabilidad penal:

- Anomalía o alteración psíquica (art. 20.1 del CP)
- Intoxicación plena por bebidas alcohólicas o drogas, o actuar bajo el síndrome de abstinencia (art. 20.2 del CP)
- Alteraciones de la percepción (art. 20.3 del CP)

El CP exime de responsabilidad porque considera que no es reprochable al autor el hecho típico y antijurídico. Por tanto la culpabilidad se proyecta sobre la acción típica y antijurídica, de tal modo que sin antijuricidad no hay culpabilidad porque sólo son reprochables las conductas antijurídicas.

### 2. El principio de culpabilidad:

Éste dice que no hay pena sin culpabilidad, y que la pena no puede rebasar la medida de culpabilidad. El principio de culpabilidad está asentado modernamente como uno de los principios básicos del derecho penal, que algunos consideran que están implícitos en el art. 25.1 de la CE, donde se regula también el principio de legalidad.

El profesor Cerezo considera que el principio de culpabilidad se regula en el art. 10 de la CE, donde se señala que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y la paz social. Así pues, a la hora de imponer penas y graduarlas hay que tener en cuenta la culpabilidad, es decir, el reproche al autor de la conducta antijurídica y que la pena no rebase más allá de lo que resulte reprochable. En otro caso se utilizaría al hombre como instrumento e iría contra su dignidad.

El CP no establece de modo expreso el principio de culpabilidad, aunque algún autor señala que está previsto en el art. 5 del CP no hay pena sin dolo o imprudencia. En realidad lo único que pretende es evitar la responsabilidad objetiva, es decir, que no se castigue el hecho fortuito donde no hay descuido ni intención. Además, si hay dolo o imprudencia ello no prejuzga la culpabilidad. De tal modo que las conductas dolosas o imprudentes pueden ser o no también culpables.

El principio de culpabilidad en nuestro CP trata de garantizarse al máximo regulándose circunstancias, como el art. 20 del CP, que impiden que un hecho típico y antijurídico sea reprochable. Sin embargo, uno de los mayores peligros para la infracción del principio de culpabilidad aparece con los delitos cualificados o calificados por el resultado. Se castiga una conducta inicial que se agrava si a consecuencia de ella se produce un ulterior resultado más grave. En nuestro CP, existen delitos calificados por el resultado, que en principio pueden implicar una infracción del principio de culpabilidad ( art. 229.3, art. 231.2 del CP ). La conducta inicial suele ser generalmente dolosa o sea, imprudente, y por tanto se infringe el principio de culpabilidad, porque rebasa la reprochabilidad ya que la culpabilidad no es la misma en ambos casos.

Por ello la gran mayoría de la doctrina dice que la única forma de salvar el principio de culpabilidad es eliminar los delitos calificados por el resultado y construyendo en su lugar tipos penales autónomos de peligro, o bien acudiendo en algunos casos a las reglas del concurso de delitos.

### 3. Desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad:

Inicialmente, en el s. XIX y principios del XX estaba vigente un sistema causalista del delito en virtud del cual, y bajo la influencia del naturalismo, el principio rector de la responsabilidad era la causalidad: la acción en su aspecto externo debía unirse al resultado lesivo para el bien jurídico mediante una relación de causalidad. En su aspecto interno también tendría que vincularse con el resultado. Por eso se formuló la T<sup>a</sup> psicológica de la culpabilidad, cuyo defensor fue Von Liszt. Para este autor hay culpabilidad si entre acción y resultado hay un nexo psicológico y, por ello, el dolo y la imprudencia eran formas de culpabilidad, porque permitía vincular psicológicamente al sujeto con el hecho. Esta T<sup>a</sup> se abandonó por ser inviable en algunos supuestos, por ejemplo se podía excluir la culpabilidad aún cuando se admitiera la existencia de dolo, ( de nexo psicológico ), y esto ocurre cuando el autor actúa con miedo insuperable ( mata para salvar su vida ). También falla en la denominada imprudencia inconsciente porque el autor en estos supuestos no se representa la posibilidad de que su acción produzca un resultado.

En lugar de esta T<sup>a</sup>, Frank Golschmidt y Freundenthal formularon y desarrollaron la moderna T<sup>a</sup> normativa, señalando esencialmente que la culpabilidad viene a consistir en un juicio de reproche que se realiza al autor del hecho porque estaba en condiciones de activar conforme al Derecho y no lo hizo. La T<sup>a</sup> de estos autores viene a señalar que este elemento del delito se obtiene con una valoración que constare que al autor le era exigible cumplir los mandatos del Derecho o no infringir las prohibiciones. En consecuencia, la base del juicio que se realiza en la culpabilidad estriba en la exigibilidad de obedecer al Derecho o cumplirlo. Si se decidió por la infracción la conducta es reprochable y, por tanto, culpable.

### 4. Concepto empírico–normativo de culpabilidad:

La mayoría de la doctrina consideró conforme a la T<sup>a</sup> normativa de la culpabilidad que el fundamento material de la culpabilidad radica en la posibilidad actuar de otro modo. Sin embargo, Engisch, puso obstáculo al desarrollo de esto, señalando que empíricamente no es comprobable si el autor tenía o no la posibilidad de actuar de otro modo, de evitar el delito.

Ante esto algunos autores no fundamentan la culpabilidad en el libre albedrío, y consideran que debía fundamentarse en la prevención general o especial, o en comprobar la capacidad de motivación de la norma penal de autor.

Para el profesor Cerezo, siguiendo a Henrel, considera que existen algunos aspectos de la conducta humana reprochables empíricamente, y que son imprudentes para la culpabilidad. Así, si el sujeto puede prever el curso externo de su acción es algo comprobable con el estudio de la personalidad, la cultura, la educación e inteligencia de una persona. Es improbable si el sujeto podía desplegar en la situación concreta un esfuerzo de voluntad mayor para evitar la realización del delito, sin embargo, nuestra CE, que configura al estado como social y democrático de derecho parte del principio de que los hombres pueden actuar libremente en sus comportamientos, pues tienen derechos y deberes, presuponiendo que tienen capacidad para configurar su conducta cumpliendo con sus deberes o ejerciendo sus derechos. Por otro lado, hay un dato sociológico que determina que el hombre se considera libre y puede realizar un comportamiento u omitirlo.

Los modernos estudios de psicología y antropología señalan que el hombre cuando actúa filtra sus acciones a través de los valores, frente a los cuales tiene un juicio propio o compartido, hasta el punto de que puede, sabiéndolo, ejecutar un comportamiento contrario a sus valores.

En conclusión, el fundamento material de la culpabilidad se encuentra en la capacidad de obrar de otro modo, y ello se constata tanto empíricamente, como normativamente, es decir, mediante un juicio de valor del que resulta que en una situación concreta el sujeto podría haber actuado de acuerdo con las exigencias del derecho. Donde no se produzca esto habrá que negar la culpabilidad, y el CP establece circunstancias que impiden declarar una acción antijurídica como culpable, basándose en que el autor no pudo o no le era exigible actuar

conforme al Derecho.

## **LECCIÓN 23: LA IMPUTABILIDAD.**

### 1. Concepto:

Para que exista culpable es preciso comprobar que el autor del hecho antijurídico, voluntariamente podría cumplir con las exigencias del derecho. Ello requiere que el sujeto tenga una madurez y unas condiciones biopsíquicas, que le permitan comprender la ilicitud de su conducta y pueda obrar conforme a dicha comprensión.

Por tanto, son sujetos imputables los que tienen capacidad de culpabilidad, es decir, de conocer lo que es lícito y actuar conforme a ello.

Por influencia de la doctrina italiana se ha considerado que la imputabilidad es la capacidad del sujeto para querer y entender, y así lo ha señalado el TS.

Sin embargo no es correcto, porque privado el sujeto de la voluntad de querer supondría ya la inexistencia de acción u omisión, es decir, del primer elemento del delito. Además nuestro CP se inspira en el concepto de imputabilidad que hace referencia a la capacidad del sujeto para conocer lo ilícito y actuar conforme a ese conocimiento. Art.20.1 y 20.2 CP.

### 2. *Causas de inimputabilidad:*

La doctrina española unánime considera que estas causas que se recogen en nuestro CP son las resultadas en los 3 primeros números del art.20:

#### A. Anomalía o alteración psíquica.

El CP del 95 regula en art.20.1 la eximente de anomalía o alteración psíquicas utiliza esta terminología en lugar de la del CP derogado, que hablaba de enajenado mental. Hay varias fórmulas de configurar esta eximente según se atiende sólo o no a la perturbación mental o a los efectos de ella. Así en primer lugar, tenemos las fórmulas biológicas o siquiátricas; queda sin responsabilidad un sujeto que tiene patología mental, con independencia de si esa patología le privó de la conciencia para realizar el hecho antijurídico. Todos los CP hasta 1932 se inspiraron en esta fórmula.

En segundo lugar están las fórmulas siquiátricas, no se atiende a qué clase de perturbación mental padece, sino a los efectos que le produce en la conciencia del sujeto en el momento del delito.

En tercer lugar están las mixtas o psiquiátrico-psicológicas, para eximir de responsabilidad atienden tanto a la patología como a los efectos que le produjo en el momento del delito. Ésta es la adoptada en nuestro CP, el cual exime de responsabilidad cuando padece anomalía o alteración que le impida conocer la ilicitud de su conducta y obrar conforme a ese conocimiento.

La psicosis, que es enfermedad mental en sentido estricto, algunas incurables, suelen ser eximentes completas cuando tienen alguna relación con el delito cometido.

Con respecto a los oligofrenos, retraso mental, el TS solo aplica la eximente completa en caso de retraso severo, el imbécil o persona que no puede recibir ninguna instrucción. En cuanto a las psicopatías o neurosis, anomalías de la personalidad o carácter, el TS no implica la eximente completa, sino incompleta o atenuante por analogía. No es suficiente con que se produzca una perturbación mental, sino que también le haya privado de su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y obrar conforme a dicha comprensión.

El trastorno mental transitorio se caracteriza porque la perturbación mental tiene carácter temporal. El TS exige que su aparición sea brusca. Cuando se aplica esta eximente estamos ante perturbaciones permanentes, pero según el 2º párrafo del art.20.1, también puede aplicarse en los casos de perturbación transitoria, puntual.

El CP no obstante, establece 1 excepción para los casos de trastorno transitorio provocado por el sujeto que delinque, el art.20.1 señala que este trastorno no eximirá la pena cuando sea provocado por el sujeto para cometer el delito o hubiera previsto su comisión. En estos casos, estamos ante las denominadas acciones libres en la causa (trastorno provocado por el sujeto).Supone que el sujeto en el momento del delito es inimputable, pero no se le exime porque en un momento anterior el sujeto era libre y se provocó el trastorno para delinquir. La circunstancia de que sea inimputable y, sin embargo, su acción sea culpable no es contraria al principio de culpabilidad, porque también han de valorarse las circunstancias anteriores y coetáneas a la ejecución del hecho para realizar el juicio de reproche. Así pues, el 1º requisito de las acciones libres es que el autor se provoque el trastorno mental transitorio. Si este se produce por imprudencia y el sujeto delinque, debe aplicarse la eximente. En 2º lugar debe provocárselo para producir delito o falta, no exclusivamente para delinquir en abstracto. Sin embargo, si este lo provoca para cometer un determinado delito y comete otro diferente, no cabe excluir la aplicación de la eximente; si bien el autor podrá incurrir en responsabilidad por imprudencia si era previsible que bajo el trastorno no sólo cometiese el delito determinado, sino también otro. En 3º lugar, no es preciso que cuando de propósito se provoca el trastorno, el autor tenga por finalidad directa cometer un determinado delito, sino que también es posible la presencia de una acción libre en la causa, cuando al provocar el trastorno previó o debió prever que cometería un delito doloso o imprudente.

La acción libre en la causa permite castigar a sujetos que en el momento del delito son inimputables pero que la responsabilidad del hecho antijurídico se proyecta sobre el acto anterior en el que era libre cuando se produce intencionadamente el trastorno mental transitorio. Se puede provocar el trastorno con bebidas alcohólicas.

Según art.383 ley de enjuiciamiento criminal, cuando el procesado por un delito cayera en un estado de inimputabilidad, se concluirá el sumario y se archivara hasta que recupere la imputabilidad. Si la inimputabilidad se produce tras la sentencia firme se suspenderá, como establece art.60 CP, la ejecución de la pena privativa de libertad garantizando la asistencia médica, pudiéndose establecer una medida de seguridad. Si la pena no fuera privativa de libertad y el juez estimara que el sujeto no puede entender el sentido de la pena, también se suspenderá y pueden aplicarse medidas de seguridad.

Cuando quede restituida la salud mental, cumplirá la sentencia si la pena no hubiera prescrito, aunque el juez puede dar por extinguida la pena o reducir su duración, en cuanto considere que el cumplimiento resulta innecesario o contraproducente.

- Medidas de seguridad aplicables a los que padecen anomalías psíquicas o alteraciones mentales:

Según art. 101 CP, al que sea declarado exento de responsabilidad conforme al art.20.1, se le puede aplicar la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado a la alteración. También puede aplicarse otro tipo de medidas no privativas de libertad de las configuradas en art. 96 CP.

Cerezo opina que art.101 tiene un déficit, porque no contempla centros de terapia social para los psicópatas, pues son los únicos en los que se ha demostrado que pueden alcanzar un tipo de éxito. La aplicación de la medida de seguridad requiere:

- 1.–Cometer delito: infracción penal grave o menos grave. No cabe aplicar medidas de seguridad por haber cometido una falta penal.
- 2.–La medida de seguida requiere un pronóstico de que el sujeto pueda cometer una infracción penal en el

futuro, sea delito o falta. Se precisa acreditar la peligrosidad criminal del sujeto.

Art. 101 CP establece una limitación de la medida de internamiento que no podrá durar más del tiempo que hubiera estado recluso, de habersele impuesto una pena privativa de libertad, en caso de ser responsable criminalmente. Se trata del principio de proporcionalidad, que el internamiento no sea más gravoso que la pena privativa de libertad. Cerezo dice que está mal entendido, porque la pena se impone en función de la gravedad del delito, pero la medida de seguridad atiende al delito que se presume va a cometer en el futuro. La pena se fundamenta en el delito cometido y la medida de seguridad en la peligrosidad criminal. Por ello, el sujeto puede cumplir el internamiento y no estar curado, o que se imponga un internamiento superior al necesario para combatir la enfermedad psíquica. Además, la medida de internamiento solo puede imponerse cuando el delito tuviera señalada una pena privativa de libertad, porque si se trata de otra pena no cabría, aunque desde el punto de vista del médico forense fuera indicado dicho internamiento.

B. Intoxicación plena por drogas o bebidas alcohólicas o hallarse bajo el síndrome de abstinencia.

Intoxicación plena: art.20.2 CP como novedad a partir del 95. Con anterioridad el TS negaba a la embriaguez la posibilidad de eximir de responsabilidad salvo que fuera plena y fortuita. Ahora sólo se exige que la intoxicación por bebidas alcohólicas o drogas sea plena; pudiendo apreciarse la eximente aunque la intoxicación se deba a la imprudencia o voluntad del autor del delito. CP adopta una fórmula biológica-psicológica porque no basta con una intoxicación plena, sino que ello debe imposibilitar al sujeto para comprender la ilicitud de su hecho y obrar conforme a ello. Por ello, aunque prácticamente todos los supuestos se recogen en la anomalía o alteración psíquica, pues esta se produce por la intoxicación plena, el establecimiento de esta eximente no es superflua porque se rompe la inercia del TS de eximir sólo cuando la intoxicación fuera plena y fortuita. La intoxicación tiene su origen en el consumo de alcohol, drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, sin tener en cuenta si son legales o no.

Novedosamente también el CP 95 en el 2º inciso del 20.2, considera eximente cometer el delito bajo la influencia del síndrome de abstinencia. Hasta esta CP el TS se negaba a apreciar la inimputabilidad en quien delinquiría bajo este síndrome. El TS no aplica la eximente ahora constatando la existencia de este síndrome, en el que diferencia dos fases: 1 mas aguda en la que el autor tiene una completa negación de la conciencia y otra mas leve caracterizada por la ansiedad o el desasosiego. A los efectos de la eximente se aplica sólo a la fase aguda.

El nº 2 del art.20 también regula la actio libera in causa, excluye la aplicación de la eximente cuando la intoxicación se provocase para cometer el delito, o bien, debió pretender su comisión. Sin embargo, esta regulación sólo afecta al consumo de alcohol y drogas, pero no a la situación de hallarse bajo el síndrome de abstinencia. Así pues, bajo este síndrome debe aplicarse la eximente aunque el autor esperara conscientemente a encontrarse bajo el síndrome para cometer el delito. No podría hacerse otra interpretación, ni cabría analogía porque sería in mala partem.

La solución de Cerezo es que en esos casos podría castigarse por un delito por omisión, debería procederse a la modificación del art.20.2 para incorporar también la actio libera in causa al síndrome de abstinencia.

La aplicación del art.20 CP impone la imposición de la pena prevista para el delito, sin embargo el art.102 CP señala que puede imponerse al autor un internamiento en centro de deshabituaron, o alguna otra medida del art.96.3, que son medidas no privativas de libertad. Art.102 establece la posibilidad de que si el autor es un peligro criminal, que sea probable que cometa otro delito, se le impongan medidas de seguridad.

Cerezo critica que sólo se contemple como medida de internamiento en un centro de deshabituaron, porque existen casos en los que el consumo prolongado de alcohol lleva a producir una enfermedad mental. En estos casos se debería imponer la eximente del art.20.1 para imponer la medida prevista en el 101, que se refiere al internamiento en un centro adecuado al tipo de anomalía. Por otro lado, art.102 contiene los mismos defectos

que el 101, el internamiento sólo procede si el delito señalaba pena privativa de libertad y no puede exceder del tiempo previsto en el caso de ser responsable para cumplir la pena privativa de libertad.

### C. Alteraciones en la percepción: art. 20.3 CP:

Exige que el autor sufra alteraciones en la percepción desde su nacimiento o infancia y tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad. Esta eximente se introduce en 1983, sustituyendo a la sordomudez, en virtud de la cual se eximia al sordomudo sin instrucción que delinquiera. La nueva redacción quiso ampliar la eximente incluyendo también al ciego o quizás a otros supuestos en los que el autor tenga falta de sociabilidad. El nº 3 del art.20 adopta también una fórmula psiquiátrico-psicológicas, porque la alteración de la percepción debe alterar gravemente la conciencia de la realidad. El fundamento de esta eximente esta en que si se tiene alterada la conciencia de la realidad no se habrán podido interioridad las normas de convivencia social y por tanto, no se conoce la ilicitud de la conducta ni obrar frente a ello. El CP sujeta la aplicación de la eximente a que esté alterada la percepción sensorial. Ello implica la poca frecuencia con la que se apreciará, porque resulta inimaginable en casos como la alteración del tacto, gusto y olfato.

La sociedad española también tiene un avance que propicia el tratamiento para los que tengan deficiencias por lo que se suscribe a la sordomudez y ceguera.

Cerezo opina que la eximente es superflua y que los supuestos que contemplan podrían solventarse con art. 20.1 CP, porque también tienen una alteración psíquica. Así desde el 83 el TS sólo ha aplicado la eximente en un supuesto de sordomudez, aunque alguna audiencia provincia la aplico cuando se tenía alterada la conciencia por un accidente cuando el sujeto era pequeño., pero se aplico como eximente incompleta porque no produjo una total alteración de la conciencia de la realidad.

### 3. La menor edad: LRPM = ley de responsabilidad penal del menor:

Art.19 CP declara que los menores de 18 años no son responsables criminalmente y deberá atenderse a la ley que regule la responsabilidad penal da los menores. Esa ley es la del 12 enero 2000, en la que se aplica a los mayores de 14 y menores de 18, unas medidas sancionadoras educativas cuando cometan una infracción típica. Los mayores de 14 años son conforme al CP imputables. Con anterioridad a dicha ley, los menores de 16 eran inimitables y la mayoría de edad se basaba en una presunción de que quien no alcanzaba los 16 años no tenía capacidad de culpabilidad. En el derecho vigente son los de menos de 14 los que quedan excluidos de la aplicación del CP cuando cometan delito o falta y, por ello, se confiaran a la administración para que aplique la legislación civil y administrativa. Se discute si las medidas sancionadoras educativas son o no penas en sentido estricto o medidas de seguridad. La exposición de motivos de la LRPM considera que al menor debe tratársele con fines de prevención especial cuando cometan una infracción penal. Así pues, las medidas educativas no tendrían nada que ver con el delito cometido, pero esto no es así, la ley penal del menor distingue si los delitos fueran con intimidación o si es falta o delito y si se trata de un homicidio doloso, violaron, asesinato, agresiones sexuales cualificadas, terrorismo o cualquier infracción penal con pena privativa de libertad superior a 15 años. En estos casos el internamiento puede ser hasta 8 años, cosa que no sucede con otros delitos.

Cerezo opina que al tenerse en cuenta la gravedad deshecho no solo se trata de eliminar la peligrosidad del menor, sino también se persigue la reafirmación del ordenamiento jurídico y en consecuencia, aunque la LRPM no lo diga, son autenticas penas y no medidas de seguridad como pudiera pensarse.

Las medidas educativas son tanto restrictivas de derechos como de libertades y así se encuentran el internamiento en centro cerrado, semiabierto o abierto, el internamiento terapéutico para la deshabituaron de bebidas alcohólicas o drogas, tratamiento ambulatorio, permanencia de fines de semana, libertad vigilada, etc.

A los menores también se le puede aplicar otro tipo de obligaciones como la de presentarse en el juzgado cada

cierto tiempo, la de residir en un lugar concreto, prohibir tener licencias de conducir, etc.

Para la imposición de estas medidas la ley hace una distinción entre los menores de 16 y los de 18, de modo que en base a la progresiva madurez del menor, la imposición de medidas sancionadoras se hace mas grave para los de entre 16 y 18 que para los que se encuentren en las edades de 14 a 16.

También la LRPM resulta aplicable a los menores de 18 años a tenor del art.69 CP, al mayor de 18 y menor de 21 se le puede aplicar, siempre que hubiera cometido delito menos grave o falta sin violencia o intimidación, que no estuviera condenado por sentencia firme después de alcanzar la mayoría de edad cuando existiera un pronostico favorable a la reinserción social.

En el proceso de menores rige el principio dispositivo para el ministerio fiscal, en virtud del cual la fiscalía puede sobreseer directamente las causas en las que sus responsables sean menores de edad, si con ello se favorece la reeducación del menor.

El juez puede, si lo considera pertinente, suspender la ejecución de la medida, reducir su situación o sustituirla por otra. Sin embargo, no se prevé la suspensión del fallo, en virtud de la cual el juez dejaría en suspenso el fallo a condición de que en un determinado tiempo el menor no vuelva a delinquir.

Tras algunos años de vigencia de la ley penal del menor en España, puede decirse desde un punto de vista jurídico, que contamos con un derecho penal juvenil. Sin embargo, su eficacia aun es muy reducida debido no sólo a algunos desaciertos legislativos, principalmente a la falta de dotación material y personal para ejecutar lo legislado.

En la doctrina española sigue habiendo debate respecto a como debería exigirse la responsabilidad penal a los menores. Algunas propuestas inciden sobre lo conveniente de elevar o disminuir la edad penal a los 15 o 16 años, aplicándoseles como antes el CP, y tratar con medidas educativas desde los 12 a 15 o 16 años.

#### *4. La imputabilidad disminuida: eximentes incompletas, grave adicción a bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes:*

En el s. XIX se creía que la imputabilidad existía o no existía. La psiquiatría descubrió que había un estado intermedio: la semiimputabilidad. Un sujeto aunque no fuera imputable podía ser semiimputable cuando tenia disminuida la capacidad para actuar conforme al derecho. A partir de ahí se distingue entre imputabilidad, inimputabilidad y semiimputabilidad.

##### A. Eximentes incompletas:

En nuestro CP la semiimputabilidad puede apreciarse respecto de las causas de inimputabilidad a través de las eximentes incompletas (art.21.1). Para ello son precisos los elementos esenciales de las eximentes. En el caso de las anomalías o alteraciones psíquicas, lo son la existencia de la anomalía o alteración que no fueran provocadas para delinquir; siendo inesencial que la anomalía le privara totalmente de su capacidad de actuar conforme al derecho.

En el supuesto de intoxicación plena o síndrome de abstinencia, son elementos esenciales la intoxicación y el síndrome y la no provocación de ellos para delinquir, resultando inesencial que la intoxicación sea plena.

En el caso de las alteraciones de la percepción es necesario que la alteración sea desde la infancia o nacimiento; siendo inesencial que sea grave y que le haya privado de la capacidad para actuar conforme al derecho.

El TS en materia de estas eximentes exige que se produzca una considerable disminución de la culpabilidad,

no siendo posible en los casos de mera afectación o disminución no considerable de la capacidad de la culpabilidad.

Según art.68 CP, las eximentes incompletas rebajan la pena en 1 o 2 grados. También cabe aplicar los atenuantes por analogía, (art.21.6 CP) cuando la disminución de la culpabilidad no sea considerable o falte algún elemento esencial de la causa de inimputabilidad.

Tratamiento jurídico–penal del semiimputado:

A este se le rebaja la pena en 1 o 2 grados y si revela peligrosidad criminal, conforme al art.104 CP, se le podrá imponer las medidas de seguridad de los art.101, 102 y 103 del CP, es decir, las de aquellos imputables por anomalías, intoxicación o alteraciones en la percepción. Además del internamiento es posible también imponer medidas de seguridad no privativas de libertad. También rigen para estos las restricciones para el internamiento, pues solo se puede imponer cuando el delito que cometió previera una pena privativa de libertad, y no puede ser superior a la duración de esa pena. Así pues, el CP sigue para el tratamiento de los semiimputable el sistema de la doble vía, en virtud del cual, pueden imponerse penas y también medidas de seguridad. Este sistema a estado sujeto a crítica; esencialmente se ha dicho que no es eficaz, porque si se impone 1º la medida de seguridad y luego la pena se perderían los resultados en la curación del delincuente, y si se hace al revés la aplicación de la pena empeoraría el estado del delincuente y la medida de seguridad sería inadecuada.

Estas críticas pueden obviarse si se adopta el denominado sistema vicarial, para la ejecución de las penas y medidas de seguridad. Art.99 CP señala que 1º se cumplirá la medida de seguridad y esta se abandonara para el cumplimiento de la pena. Una vez cumplida la medida se cumplirá la pena restante, salvo que el juez considere que esto puede poner en peligro lo conseguido con la medida de seguridad, en cuyo caso puede suspender la pena o aplicar alguna de las medidas de seguridad previstas en art.96.3 CP, esto es, medidas de seguridad no privativas de libertad. Así, frente al semiimputable lo principal es combatir la peligrosidad criminal, con la ventaja de que mientras se cumple la medida de seguridad se cumple también la pena privativa de libertad. Una vez cumplida la medida, el cumplimiento de la pena no puede ser perjudicial, y sólo se ejecutara cuando el juez estime que no afectara a los resultados obtenidos con la medida de seguridad.

B. Grave adicción a bebidas alcohólicas, drogas o estupefacientes:

Art.21.2 considera atenuante actuar el culpable por su grave adicción a las sustancias mencionadas en art.20.2 CP, la previsión de esta atenuante ha hecho que el TS no aprecie la eximente incompleta del art.20.2, sino que aplica el art.21.2. Ello es incorrecto porque se trata de supuestos diferentes, a pesar de que ambos inciden en la imputabilidad del autor. El art.21.2 exige no adicción a las drogas sino una grave adicción y además también debe producirse el delito por esa grave adicción. Por ello, quedan al margen de esta atenuante los consumos de modo esporádico e incluso los casos de consumo habitual. Lo importante es que la disminución de la culpabilidad tenga su causa en una grave adicción y que el delito tenga su causa en ella. En otro caso, deberá acudir al art.20.2, a la eximente que pueda aplicarse de forma completa o incompleta.

## **LECCIÓN 24: LOS ELEMENTOS DE LA REPROCHABILIDAD.**

1. Los elementos de la reprochabilidad:

Para que haya culpabilidad es preciso que el sujeto pudiera obrar de distinta forma, es decir, conforme a derecho. Para que pueda actuarse conforme a derecho es preciso que el sujeto sea imputable, es decir, tenga unas condiciones mínimas de madurez que le permitan comprender la ilicitud de su conducta u obrar conforme a ello.

Si el sujeto es imputable puede reprochársele su conducta antijurídica para considerarla también culpable. Por



ello, los elementos de la reprochabilidad tienen por objeto comprobar si el sujeto conocía lo que significaba jurídicamente su conducta, y si podía actuar conforme a ese conocimiento.

Por tanto, son dos elementos: uno intelectual y otro volitivo. El primero hace referencia a que el sujeto en el momento de delinquir conociera o pudiera conocer la ilicitud del acto. Por su parte, el segundo se refiere a que aún conociendo el sujeto el carácter ilícito de su conducta, le sea exigible la obediencia al derecho.

## 2. El elemento intelectual:

Para que un sujeto con capacidad de culpabilidad, es decir, imputable o semiimputable, pueda actuar culpablemente, es preciso en primer lugar que en el momento de la acción típica y antijurídica conociera o pudiera conocer que su conducta era ilícita; por consiguiente, lo que se valora no es si el sujeto tuvo intención o no de lesionar el bien jurídico o si actuó descuidadamente, y por ello, puso en peligro o lesionó los bienes jurídicos, sino de lo que se trata es de averiguar si el sujeto conocía la ilicitud del hecho que dolosa o imprudentemente ocasionó.

El conocimiento de la antijuricidad no versa sobre el carácter penal de la conducta, sino que basta con que el sujeto sepa o debiera saber que el hecho es jurídicamente reprochable, aunque él considere que moral o éticamente es un hecho aceptable. El sujeto pues, para actuar culpablemente debe conocer la ilicitud o aún desconociéndola en el momento del hecho le sea exigible tal conocimiento.

## 3. El error de prohibición: error iuris nocet, teoría del dolo y teoría de la culpabilidad:

Tiene lugar cuando el sujeto desconoce que su conducta es contraria a derecho, o bien, cuando el sujeto cree erróneamente que su conducta está amparada por el derecho mediante una causa de justificación. El error puede ser vencible o invencible, en función de si el sujeto podía y debía conocer o no que su conducta era contraria a derecho; por tanto, debe distinguirse también entre error de prohibición y de tipo. El segundo tiene lugar cuando el sujeto desconocía que en su conducta concurría un elemento que lo hacía típico. El primero, el sujeto actúa típicamente, pero desconoce la trascendencia jurídica de su comportamiento.

- Error iuris nocet: (el error de derecho perjudica); estuvo vigente en España hasta la década de los 60 del pasado siglo, conforme a la cual el error de derecho era irrelevante, es decir, el desconocimiento de la antijuricidad no influía en la responsabilidad. A este error se oponía el de hechos, que se asimila al de tipo. El de hecho sí era relevante, pudiendo eximir o atenuar la responsabilidad. El de derecho tenía únicamente y, por excepción, relevancia cuando versaba sobre una norma jurídica extrapenal, es decir, cuando para realizar lo ilícito penal tenía que acudir a leyes extrapenales (leyes penales en blanco o elementos normativos del tipo). Ej.: un señor encuentra un tesoro en su terreno y se lo apodera todo. Es un hurto porque los tesoros corresponden mitad al sujeto y mitad al Estado. Hay que acudir al Cc.

Esta teoría que sustentó el TS hasta el pasado siglo, no estaba desprovista de fundamentos, pues se apoyaba en el antiguo art. 2 Cc. que señalaba que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento y como estaba en el título preliminar afectaba a todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, al derecho penal. Sin embargo, esto fue criticado tanto desde el punto de vista formal como de la injusticia material a la que conducía en el derecho penal; Federico de Castro señalaba que dicho artículo sólo se refería a la vigencia de la ley, aunque fuera desconocida por el pueblo, la ley estaba vigente y sus efectos no se producían a partir del momento en que eran conocidos, sino cuando eran publicados. No podía darse la interpretación de que el desconocimiento era irrelevante siempre.

Antón Omeca y Jiménez de Asúa consideraban cómo podía exigírsele a un hombre que cumpliera la ley si la desconocía. Quien desconoce la ley y actúa conforme a ella es por azar puro.

- Teoría del dolo: se adopta por el TS a partir de los años 60 y se basa en una concepción causalista del delito; para ésta el dolo no sólo es conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, sino también el conocimiento de la antijuricidad de la conducta. El dolo y la imprudencia son formas de culpabilidad.

Ej.: dolo: conciencia: estoy matando; voluntad: quiero matar; conocimiento de la antijuricidad: matar sé que está prohibido. (si falla alguno no hay dolo)

Para esta teoría un error de prohibición afecta a la culpabilidad, no como reprochabilidad y sí como dolo. Es así como el error vencible excluye el dolo y da lugar, en su caso, a una responsabilidad por imprudencia. Mientras que, si el error es invencible, se exime de responsabilidad penal.

Sin embargo, causó bastante la crítica que se le hizo porque conducía a muchas lagunas de punibilidad en aquellos Códigos penales que, como el español, partían del punto del castigo excepcional de las conductas imprudentes. Así pues, se daba la situación en la que existía un error vencible, pero que quedaba impune porque el CP no había previsto la comisión imprudente de esa conducta.

Ej.: no existe delito imprudente de bigamia.

- Teoría de la culpabilidad: la formuló Welzel, que fue el introductor de la moderna nomenclatura de error de tipo y el de prohibición, en lugar de error de hecho y de derecho. Para este autor la conciencia de la antijuricidad influía en la reprochabilidad, y, por tanto, es un elemento de la culpabilidad. Pero además, la conciencia de la antijuricidad no es un elemento integrante del dolo, sino independiente de él. El dolo sólo es conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, y además, no es una forma de culpabilidad. El dolo y la imprudencia son formas de tipicidad.

Conforme a esta teoría, el tratamiento que recibe el error de prohibición es distinto. Así si es vencible sólo cabe la atenuación de la responsabilidad penal; mientras que si es invencible se exime de responsabilidad penal.

La teoría de Welzel se denominó después teoría de la culpabilidad pura, frente a la que surgió la de la teoría de la culpabilidad restringida. La segunda parte de los fundamentos de la teoría de los elementos negativos del tipo, en la que el tipo se integra por unos elementos que deben concurrir (+) y los que no deben concurrir (-). Estos últimos se identifican con las circunstancias para la apreciación de una causa de justificación.

Para esta teoría un error sobre la antijuricidad afecta en efecto a la culpabilidad, pero no siempre. En los casos en que el error versa sobre las circunstancias que sirven de base para la causa de justificación no hay error de prohibición sino de tipo. En consecuencia, para la teoría restringida el error de prohibición invencible exime de responsabilidad, y el vencible atenúa la responsabilidad. La diferencia es con respecto a la teoría pura que segrega del ámbito del error de prohibición los errores cuyo objeto sea la concurrencia de una causa de justificación, tratándolos como error de tipo y no de prohibición.

#### 4. La conciencia de la antijuricidad en el CP español:

Hasta 1983 el CP español nada regulaba en relación con el error sobre la licitud de una conducta, el TS hasta la década de los años 60 del pasado siglo aplicó la teoría del error iuris nocet y después de ese momento se pasó a la teoría del dolo otorgándose así por vez primera relevancia jurídico-penal al error de prohibición. En 1983 se regula tanto el error sobre el tipo como el error de prohibición con una redacción muy parecida a la que está vigente hoy en el art.14 del CP; concretamente el nº 3 del art.14 establece que el error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad; si el error fuera vencible se aplicará la pena inferior en 1 ó 2 grados.

El TS a partir de 1983 siguió aplicando la teoría del dolo haciendo caso omiso de lo regulado para el error de prohibición; con posterioridad, años 90, comenzó a utilizar la teoría de la culpabilidad pura e incluso en algunas sentencias del tribunal supremo llegó a admitir que esa era la teoría que había reflejado en el CP.

Aún así el TS siempre ha sido vacilante respecto a como debe tratarse el error de prohibición, aunque eso sí, ya está plenamente vinculado a lo que establece el n° 3 del art.14 del CP vigente.

La doctrina por su parte consideró en un principio que el CP había acogido la teoría del dolo e incluso hoy se defiende ello por un sector minoritario señalándose en realidad que lo dispuesto en el n° 3 del art.14 no es sino una mera regla técnica punitiva que el legislador quiso castigar por imprudencia el error de prohibición vencible y que por ello rebaja la pena en 1 ó en 2 grados que es lo que sucede con los delitos imprudentes en relación con los dolosos. Los delitos imprudentes tienen siempre una pena rebajada en relación con los dolosos.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, estima que el CP acoge la teoría de la culpabilidad:

1°. Porque el n° 3 del art.14 precisamente dispone una atenuación de la responsabilidad, si el legislador hubiera querido castigar por imprudencia el error de prohibición vencible lo hubiera hecho expresamente, tal como así lo hace en el n° 1 del propio art.14 del CP para el error de tipo.

2°. Tampoco es viable la teoría del dolo porque contradiría lo dispuesto en el art.12 del CP, es decir, que las conductas imprudentes se castigan sólo excepcionalmente. Sin embargo, de aplicar la teoría del dolo todos los errores vencibles de prohibición habría que castigarlos por imprudencia de tal modo que lo dispuesto en el n° 3 del art.14 es perfectamente congruente con lo que señala la teoría de la culpabilidad; y esto es, el error de prohibición no influye en el dolo puesto que tal error es susceptible de producirse en los delitos dolosos pero también en los delitos imprudentes como resolvería entonces la teoría del dolo un error de prohibición vencible tratándose de un delito imprudente. Lo que se discute sin embargo, es que teoría de la culpabilidad acoge el CP, si es la pura o la restringida.

El CP no se pronuncia expresamente sobre el error respecto a las causas de justificación pero la tendencia del TS como del sector mayoritario de la doctrina es aplicar el n° 3 del art.14 con lo cual se está asumiendo las potestades de la teoría de la culpabilidad pura y tratando el error sobre las circunstancias de una causa de justificación como error de prohibición y no como error sobre el tipo.

#### 5. Elemento intelectual en los delitos imprudentes:

En los delitos imprudente también cabe el error de prohibición y sucederá ello generalmente cuando el autor desconozca cual es el deber objetivo de cuidado que tiene que observar presupuesto para que pueda analizarse el error de prohibición en los delitos imprudentes es que el autor haya realizado una conducta imprudente, esto es, que por infringir la diligencia de vida siendo previsible la producción del resultado el sujeto lesiona un bien jurídico, también sin embargo, puede presentarse el error de prohibición cuando desconoce que no concurría en su conducta una causa de justificación.

El tratamiento del error de prohibición en los delitos imprudentes es el mismo que en los delitos dolosos conforme al n° 3 del art.14 del CP si el error es vencible se rebaja la pena en 1 ó 2 grados. Si el error fuera invencible quedaría exento de responsabilidad.

### **LECCIÓN 25: ELEMENTO VOLITIVO DE LA REPROCHABILIDAD.**

#### 1. La exigibilidad de obediencia al derecho:

*Aun cuando un sujeto sea imputable y conozca o pudiera conocer la antijuricidad de su conducta, no actuará*

*culpablemente si en la situación concreta no le era exigible obedecer al derecho. La exigibilidad de obediencia constituye un elemento que parte de la naturaleza del ser humano, de tal modo que el derecho no exige comportamientos heroicos a los hombres, pero si al respecto de las normas cuando puedan actuar de diferente modo. Así pues en la doctrina alemana se consideró que la no exigibilidad era un principio regulativo que planteaba sobre todo el Ordenamiento Jurídico y en el ámbito penal suponía la existencia de causa supralegal de exclusión de responsabilidad penal.*

*De esta manera había que comprobar si al sujeto le era exigible obedecer al derecho y actuar en consecuencia, esto es, excluyendo la responsabilidad o afirmándola en función de si pudo o no actuar de forma diferente a como lo hizo. Sin embargo, tomar la exigibilidad como una causa supralegal por encima de la ley de exclusión de la responsabilidad iría en contra de la seguridad jurídica y por ello en España se defendió que solo cuando el CP previera alguna circunstancia que eximiera de responsabilidad podría apelarse a la no exigibilidad como fundamento para excluir la responsabilidad. Esto sucede en 3 supuestos:*

*1. Miedo insuperable (Art. 20.6)*

*2. Estado de necesidad exculpante( Art. 20.5)*

*3. Encubrimiento de parientes ( Art. 454)*

*2. Causas de exculpación: el estado de necesidad, el miedo insuperable y el encubrimiento de parientes:*

*A. El estado de necesidad:*

*Es una causa que exime de responsabilidad, con naturaleza de causa de exculpación en los supuestos de conflictos de intereses iguales, esto es, cuando un sujeto causa un mal igual al que pretendía evitar, y además su capacidad de actuar conforme a derecho esta considerablemente disminuida como exige el TS. Se regula también en el Art. 20.5, y en consecuencia, tiene iguales requisitos que el estado de necesidad.*

*B. El miedo insuperable:*

El Art. 20.6 CP exime de responsabilidad al que obre impulsado por miedo insuperable. Se ha dicho por un sector de la doctrina, que en realidad la exención de responsabilidad penal se basa en que el miedo insuperable convierte al sujeto en un imputable; sin embargo de ser ello así esta eximente como tal sería superflua porque el Art. 20.1 CP precisamente establece como eximente la anomalía o alteración psíquica en lo que podía equipararse al miedo insuperable, si el miedo que produce es el de anular la capacidad para comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme a dicho conocimiento. El TS ha seguido en alguna sentencia esta teoría doctrinal, aunque en otros se apoya en la exigibilidad de obediencia al derecho.

Para Gimbernat el miedo insuperable es una causa de justificación, de tal modo que eliminaría el carácter antijurídico de la conducta típica. No obstante, debe desecharse esta opción por las mismas razones que se desechó el estado de necesidad siempre como causa de justificación.

Por último, la mayoría de la doctrina considera que se trata de una eximente cuyo fundamento estriba en la no exigibilidad de obediencia al derecho, puesto que el miedo insuperable no llega a anular ni la imputabilidad ni el conocimiento del carácter antijurídico de la conducta, lo que causa el miedo insuperable es una limitación considerable de la capacidad de obrar de un sujeto que en la mayoría de los casos le impide cumplir con las normas jurídicas.

El miedo pues, es el elemento básico de esta eximente y que supone una conmoción emocional producida por el acercamiento de un mal grave, en que el sujeto se ve obligado a lesionar los bienes jurídicos para evitar una lesión de otro bien jurídico. El origen del miedo puede ser diverso: causas naturales, precedente del

comportamiento de la colectividad o incluso del comportamiento individual. El caso más corriente precisamente viene dado por la coacción psicológica que sufre una persona cuando resulta amenazada por otra, obligándola a lesionar bienes jurídicos.

El T.S. viene exigiendo que el mal que produce el miedo sea real. Esta cuestión no la comparte la doctrina, puesto que la eximente se refiere al miedo que padece el sujeto y no al mal que lo produce. Respecto al carácter insuperable del miedo, el T.S. ha mantenido en alguna ocasión una posición muy restrictiva, considerando que el miedo no es insuperable si el sujeto se sobrepone y actúa lesionando bienes jurídicos.

Ello significa, señala la doctrina, que el miedo insuperable sólo cabría aplicarlo como eximente en los delitos de omisión, pues la interpelación del TS exige que el sujeto se quede paralizado por el miedo y no hay base jurídico-penal para tal comprobación. Por otro lado, también se discute en la doctrina cómo debe determinarse la insuperabilidad del miedo: si con arreglo a un criterio subjetivo u objetivo. Conforme al 1º se atendería a las condiciones personales del autor, para averiguar si en esa situación concreta pudo superar el miedo.

Conforme al 2º se atendería a como habría actuado el ciudadano medio ante esa situación en la que aparecía como posible la producción de un mal grave. Al tratarse de una causa de inculpabilidad es más adecuado atender al criterio 1º porque lo jurídico tendría específicamente otra opción diferente que la de infringir el derecho.

Por último, un caso frecuente en el ámbito forense es el de la legítima defensa intensiva donde el defensor va más allá de lo estrictamente necesario para impedir o repeler la agresión ilegítima. En tales casos la conducta sería antijurídica por no existir racionalidad en los medios empleado. Sin embargo, podría eximirse de responsabilidad si se comprueba que la extralimitación de la defensa se debe al miedo insuperable, a la conmoción que produjo al defensor la agresión ilegítima.

### C. Encubrimientos de parientes:

Se regula en el Art. 454 CP y constituye un delito contra la Administración de Justicia. Este encubrimiento puede consistir en auxiliar a los responsables de un delito para que se beneficien del producto del delito, ocultando o alterando pruebas o instrumentos del delito, o ayudando a los responsables del delito a eludir la acción de la Justicia.

Pues bien, el Art. 454 exime de la responsabilidad penal cuando el encubridor es pariente de la persona encubierta, aunque la exención no opera cuando el encubrimiento sirva para que el responsable del delito se aproveche de los defectos del mismo. Se quiso ver el encubrimiento de parientes como una excusa absoluta donde eximía por razones de política criminal y, por ello el encubrimiento sólo hacía que no fuera punible pero no eliminaba la culpabilidad.

Actualmente se considera como causa de inculpabilidad basada en la no exigibilidad de obediencia al derecho, por cuanto entre los familiares mencionados en el Art. 454 existe una presunción irrefragable de afecto que hace que el derecho no pueda imponer deberes de colaboración con la Administración de Justicia que impliquen la denuncia de unos familiares contra otros. Este Art. no hace sino reconocer mediante esta exención de responsabilidad los lazos de autoprotección y mutuo socorro que imperan en las relaciones familiares, aún cuando ello suponga la lesión de bienes jurídicos.

## **LECCIÓN 27: GRADOS DE REALIZACIÓN DEL DELITO.**

### 1. ITER CRIMINIS: CAMINO AL CRIMEN.

*El autor de una infracción penal en los delitos dolosos siempre toma una resolución delictiva, la cual trata de*

*realizar con un comportamiento, pero puede suceder que no alcance una realización plena y en ello pueden influir causas ajenas a su voluntad. Por tanto, en el Iter Criminis hay dos fases: la 1ª se compone de actos internos que tienen lugar sólo en la del sujeto; Mientras en la 2ª fase se manifiesta exteriormente la realización de unos actos que tienden a poner en práctica la resolución delictiva. El problema es el de cuando son punibles aquellos actos que se dirigen a la lesión de los Bienes protegidos.*

## *2. Actos internos:*

*Compuestos por la tendencia criminal, la deliberación entre los motivos favorables o desfavorables a la omisión del delito y la resolución delictiva.*

*En derecho penal rige el principio y la cogitationis poenam nemo patitur (nadie es castigado por mero pensamiento). Así pues, los actos internos son impunes y ello por varias razones:*

- Son difícilmente captados y habría que acudir para acreditarlos a procedimientos incompatibles con el estado de derecho.*
- Todavía revelan una insuficiente energía criminal.*
- La impunidad de los actos internos favorece el desistimiento, lo cual favorece la protección de los bienes, que es la función del Derecho Penal.*

*Los actos externos ya implican una práctica mediante un comportamiento de una resolución delictiva. Dentro de ellos se diferencian entre los preparatorios y los ejecutivos. Con respecto a los primeros también se ha polemizado respecto a si deben o no quedar impunes. Os penalistas del Siglo XIX así lo creían. Los actos preparatorios deben quedar impunes porque son equívocos ( pueden encaminarse a realizar una conducta ilícita como una lícita). Y porque favorecería el desistimiento. Otros autores pensaban que se castigarán sólo cuando revelaban peligrosidad del delincuente. Nuestro Código Penal vigente castiga los actos preparatorios sólo excepcionalmente y sólo dentro de ellos la conspiración, la provocación y la proposición para delinquir.*

## *3. Actos preparatorios:*

*A. Conspiración. Es un acto preparatorio del delito que según el Art. 17.1 del CP existe cuando dos o más personas que concretan para delinquir u resuelven la ejecución. Así pues los elementos nucleares son tres:*

*1. – Pluralidad de personas ( 2 o más )*

*2. – Concierto de voluntades.*

*3. – Resolución delictiva.*

*Para que la conspiración sea punible es preciso que se de cómo resultado la resolución de cometer un determinado delito; Quedando impune el mero cambio de impresiones respecto de cometer un delito si no se toma en firme la resolución de delinquir. La conspiración sólo se castiga cuando expresamente lo disponga la ley Penal. Parte el legislador del castigo excepcional de la conspiración igual que en los delitos imprudentes.*

*B. Proposición. Existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otro u otros a ejecutarlo, según dispone el Art. 17.2 del CP. Por tanto, exige que un sujeto llamado proponente invite a otros a cometer un delito que él ya ha resuelto ejecutar. Es indiferente que las personas invitadas acepten o no para la existencia de la proposición punible. Debe diferenciarse de la llamada inducción frustrada que es una forma de participación en el delito impune. En ella un sujeto determina psicológicamente a otro a delinquir. Si en ese proceso de determinación se fracasa, la inducción queda impune. Pero para algunos autores no debería serlo porque podría castigarse con proposición para delinquir. Pero en la inducción el inductor no resuelve ejecutar el delito, sino que quiere que otro lo haga. En la proposición, el proponente tiene que haber decidido*

*ejecutar él mismo el delito invitando a otros. Así, no puede identificarse la inducción impune con al proposición para delinquir.*

*C. Provocación. Según el Art. 18.1 del CP. Existe cuando directamente se incita por algún medio de comunicación que facilite la publicidad o invite una concurrencia de personas a la perpetración de un delito. Para que sea punible es necesario en primer lugar una incitación directa, es decir, que un sujeto pretenda animar a alguien a delinquir y esa incitación debe ser directa, no con insinuaciones o con alegorías, etc. En segundo lugar requiere que el destinatario de la provocación sea una masa indeterminada de personas, pues no se trata de convencer a un determinado sujeto para que cometa un determinado delito. Es preciso también que la provocación se realice a través de un medio que facilite la publicidad; Medios de comunicación, etc. O bien ante una característica de personas (reunión, conferencia, etc.). Para que sea punible no es preciso que por ella se aguar cometido un delito; Y además tampoco puede castigarse la inducción frustrada como provocación porque la primera exige convencer a un sujeto determinado y la segunda se realiza ante una pluralidad de sujetos.*

*D. Apología del delito. El segundo párrafo del Art. 18.1 la define como la exposición ante una concurrencia de personas o a través de un medio de difusión de ideas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. Tiene un límite específico que es la libertad de expresión, de tal modo que la difusión de ideas que pueden favorecer la comisión de un delito o la reputación de un delincuente por sí misma no es delictiva porque se afectaría al núcleo esencial de la libertad de expresión. Por ello el CP señala que sólo será delictiva como forma de provocación, es decir, cuando incite directamente a delinquir. Así pues, la apología no es sino una forma de provocación para delinquir.*

*Si a la provocación le sigue la perpetración del delito, debe castigarse al provocador como inductor (la pena es más grave porque sino se le rebaja en uno o dos grados por ser provocador).*

#### *4. Actos ejecutivos:*

*En estos actos el autor ya da comienzo a la realización de la conducta típica. Nuestro código penal castiga como actos ejecutivos sólo la tentativa y la consumación del delito. Con anterioridad se castiga junto a ellas también la frustración del delito, pero hoy en día, las antiguas tentativas y frustración, quedan fundidas en la tentativa. Además a la hora de castigar los actos ejecutivos diferenciamos entre delitos y faltas, según el Art. 15.1 son punibles el delito consumado y la tentativa y, conforme al 15.2, las faltas solo se castigan cuando se consumen, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.*

#### *5. La tentativa: elementos:*

*La tentativa la regula el Art. 16 del CP, señalando que existe tentativa cuando el sujeto da comienzo a la ejecución del delito por hechos exteriores practicando parte o todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, pero no se produce por causas ajenas a la voluntad del autor. En nuestro CP y a tenor de lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del Art. 16, se puede diferenciar entre tentativa acabada e inacabada. La primera, que vendría a identificarse con la antigua frustración, tiene lugar cuando se practican todos los actos que producirían el resultado, pero este no se produce. En la segunda, el sujeto sólo practica una parte de los actos que deberían producir el resultado.*

*La tentativa de delito tiene dos elementos: el dolo; y el principio de ejecución del delito. Además, para que la tentativa sea punible, es preciso que el resultado no se produzca por causas independientes de la voluntad del autor.*

*Para que exista tentativa es preciso que el autor realice una conducta típica dolosamente, es decir, con conciencia y voluntad de producir el resultado típico. Por ello, la tentativa solo es posible en los delitos dolosos y es imposible construirla en los imprudentes. La falta de resultado en éstos solo da lugar a un delito*

*imprudente inconcreto, pero no a una tentativa. Algunos delitos imprudentes incompletos pueden castigarse en delitos de peligros concretos y abstractos.*

*El elemento del principio de ejecución del delito se exige expresamente en el Art. 16.1 del CP, y el problema que plantea es la delimitación entre la ejecución y la preparación de un delito, es decir, diferencia entre actos ejecutivos y preparatorios. Para resolver esto existen varias teorías:*

- *Teoría de la univocidad de Carrara: Los actos ejecutivos son siempre unívocos, es decir, dirigidos a producir el resultado delictivo, mientras que los preparatorios son equívocos porque pueden o no estar dirigidos a la comisión de un delito. A esta teoría se le critica en primer lugar una excesiva restricción de los actos ejecutivos porque estos se darían cuando sin duda el acto realizado ejecutara ya la acción típica. En segundo lugar se le critica que supondría el castigo de algunos actos que en realidad son preparatorios porque están dirigidos a la realización de un delito.*
- *Teoría objetivo–formal de Beling: Serían ejecutivos aquellos actos que pudieran subsumirse en la actuación descrita por la norma penal, y así habría principio de ejecución del delito cuando el acto fuera parte del verbo típico (matar, violar, etc.). Mientras que los actos serán preparatorios cuando no pertenecieran al verbo típico. Este autor señala también que algunos tipos penales contienen no sólo un núcleo central constituido por el verbo típico, sino una zona periférica que alude a la forma de ejecutar el delito. En estos casos habría principio de ejecución cuando el acto pudiera subsumirse en la zona periférica. A esta teoría se le critica su falta de precisión, pero se elogia que reconduzca a la tipicidad el principio de ejecución del delito. La falta de precisión le viene porque existen actos previos a aquel que pueda considerarse como perteneciente al verbo típico que políticamente sería absurdo dejarlo fuera del reproche penal. (Falta de precisión: disparar coincide con el verbo típico matar, pero apuntar no coincide con el verbo típico).*
- *Teoría de la unidad natural de Fronr: el principio de ejecución del delito no solo se da de los actos que suponen la realización del verbo típico, sino también están incluidos en dicho principio aquellos actos que están estrechamente unidos a la acción nuclear del tipo de modo que en una contemplación natural forman un todo.*

*Modernamente, algunos autores exigen bien el comienzo del ataque al bien jurídico o bien la creación de un resultado de peligro para el bien jurídico para que haya tentativa del delito; Principio de ejecución del delito.*

*Para Cerezo ninguna de estas teorías por sí solas basta para explicar en cualquier delito cuando da comienzo la ejecución del mismo. Por ello debe partirse de la segunda teoría, porque sujeta las acciones relevantes para el derecho penal al principio de legalidad, completándose con la tercera teoría o con la del comienzo del ataque al bien jurídico. Descarta la teoría de la creación de un peligro concreto porque no sería conveniente políticamente–criminalmente, al suponer una excesiva restricción de los ataques ejecutivos.*

## *6. El desistimiento:*

*Según el Art. 16.1 la tentativa exige dolo y principio de ejecución del delito; pero, a tenor de la regulación que establece el Art. 16.2 así como lo dispuesto en el Art. 16.3, cuando en el hecho delictivo intervengan varios sujetos, la punibilidad de la tentativa se sujeta a que el resultado no se haya producido por causas independientes de la voluntad del autor. El Art. 16.2 exime de responsabilidad por el delito intentado a quien evite voluntariamente la consumación del delito. Para evitarla el legislador alude a si la tentativa es acabada o inacabada.*

*En la segunda el sujeto es suficiente con que adopte un comportamiento pasivo, es decir, desista de seguir actuando. En la primera, la exención de responsabilidad requiere que el sujeto adopte un comportamiento activo, es decir, realice actos que neutralicen los ya ejecutados que producirían el resultado.*



*El desistimiento exime de responsabilidad penal, con base en la falta de necesidad de la pena y en el postulado político–criminal de estimular comportamientos que preserven la integridad de los bienes jurídicos aún cuando el autor ya quebrantase su protección. Para que el desistimiento exima de responsabilidad es preciso que sea voluntario (16.2). Esto no ocurre cuando el autor no comete el delito, por ejemplo por la actuación de un tercero (un policía).*

*La doctrina señala que el desistimiento, a diferencia de lo que ocurría en el CP 83, constituye una causa personal de exclusión de la responsabilidad. Es una excusa absolutoria y ello porque, según el Art. 16.3, si en el hecho intervienen varios sujetos solo queda exento aquel o aquellos que desistan de la ejecución inicial. Por ello, la tentativa será punible para el resto de los supuestos. En el CP 83 desde que desista uno ya no había tentativa, es decir, el desistimiento anulaba la tentativa. En el CP 95, el desistimiento anula la punibilidad de la tentativa para el sujeto que desista.*

*Criticable es la diferente regulación del desistimiento según se trate de un autor o de varios. En este último caso existiría desistimiento cuando los sujetos impidan seria, firme y decididamente la consumación del delito. Mientras que si es un autor no basta con que intente impedir la consumación, sino que el desistimiento debe ser eficaz. (Debería equipararse cuando sea un autor o varios los que desistan).*

*El desistimiento excluye la punibilidad de la tentativa, pero el autor podrá ser responsable si los hechos ya ejecutados fueran constitutivos de otro delito.*

#### *7. Tentativa inidónea:*

*La hay cuando de antemano en una perspectiva de antemano resulta imposible la consumación del delito. Tradicionalmente se distingue entre una tentativa por idoneidad del medio o del objeto. Ej. Si se intenta el aborto a una mujer que no está embarazada.*

*En la doctrina se han elaborado diferentes teorías conforme a las cuales la tentativa inidónea será punible en unos o en todos los casos. Las teorías que se manejan son fundamentalmente tres:*

##### *A. Teorías objetivas.*

*Para estos el castigo de la tentativa inidónea dependerá del peligro de la acción delictiva. Algunos se bastan con el peligro abstracto y otros autores con el peligro concreto. Las teorías del peligro abstracto distinguen entre una tentativa absolutamente inidónea que no puede ser punible y otra relativamente inidónea que debe ser punible. La primera tiene lugar cuando el medio utilizado no puede producir el resultado o cuando no existe el objeto material del delito.*

*La Crítica parte desde una perspectiva ex post, es decir, tiene en cuenta lo sucedido con los datos obtenidos una vez ejecutada la acción.*

*Para las teorías del principio concreto sólo debe castigarse aquellas tentativas de delio que desde una perspectiva exacta sean peligrosas para los Bienes. Por consiguiente, es preciso que en 1; vicio de previsibilidad objetiva se de que la acción en el momento de ejecutarse sea peligrosa. Alguna derivación de esas Teorías exige también la creación de peligro concreto para los Bienes. Para estas Teorías debe castigarse sólo la tentativa idónea porque es peligrosa. De tal modo que las inidóneas en los que no exista peligrosidad ex ante deben quedar impunes.*

##### *B. Teorías subjetivas.*

*Estas teorías parten de la premisa de que toda tentativa inidónea debe castigarse porque ya es reprochable que un sujeto haya tomado una resolución delictiva y la esté poniendo en práctica. Para determinar si la*

*tentativa resulta punible ha de atenderse al plan del autor, es decir, ha de comprobarse que resolvió delinquir y que los actos que estaba ejecutando responden a la puesta en marcha de esa resolución delictiva. Así se consigue que el Derecho alcance un mayor nivel de protección de los Bienes, prohibiendo siempre poner en marcha resoluciones delictivas. Estas teorías se acogieron en el CP como el Alemán y el Suizo, pero se enfrentaron a un gran handicap: Conforme a estas teorías resultaría también punible la tentativa irreal o supersticiosa, en la que el plan delictivo está totalmente desconectado con la realidad porque los cursos causales elegidos responden a la ignorancia o superstición y que más que al castigo de esos actos, mueven a la compasión.*

### *C. Teorías mixtas.*

*Estas teorías dentro de las que se encuentra la teoría de la impresión, parten también de la premisa de las segundas teorías, y es que deben castigarse todas las resoluciones delictivas puestas en marcha por actos exteriores. Pero para superar la crítica de las segundas teorías en los supuestos de tentativa irreal o superstición, estipulan que no serán punibles aquellas tentativas que no generen alarma social porque si las acciones dirigidas a la lesión de un bien no impresionan a la comunidad será porque se siente segura y no necesita reprochar penalmente ese comportamiento.*

*En el CP 83 y hasta 1995, el Art. 52 castigaba también el denominado delito imposible o tentativa inidónea.*

*El TS castigaba tanto la tentativa relativamente inidónea como la absoluta. La doctrina mayoritaria estimaba sólo punible la relativa. En el CP 95 no hay un precepto semejante al Art. 52 pero el Art. 16.1 define a la tentativa como la práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Así pues la tentativa en nuestro Derecho no puede castigarse con criterios subjetivos, sino mediante una teoría objetiva. Además el criterio objetivo que se utilice debe emplearse ex ante porque el CP alude a que objetivamente se castiga la tentativa (se rebajará la pena en 1 o 2 grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, imponiéndole en la extensión adecuada atendiendo al peligro (al intento) inherente y al grado de ejecución alcanzado.*

*Luego, el Art. 62 señala que la peligrosidad es inherente a la tentativa. Por ello, la mayoría de la doctrina considera que nuestro CP acoge para el castigo de la tentativa una teoría objetiva de peligro concreto, no diferencia entre tentativa idónea o inidónea sino declarando punible sólo la tentativa peligrosa, y dejando impune la no peligrosa. Así pues, conforme al CP serán punibles las tentativas en los que desde una perspectiva ex ante pueda considerarse que sean peligrosas: para los bienes. No es necesario la existencia de un peligro concreto, sino sólo la peligrosidad.*

### *8. Delito putativo: (Putativo o imaginario).*

*Tiene lugar cuando un sujeto cree por error que la conducta que está realizando es ilícita, pero no lo es. Se trata pues de un supuesto de error de prohibición al revés y que la doctrina estima que debe quedar siempre impune, con base en que lo punible no depende de las representaciones del autor, sino de lo establecido por la Ley.*

## **LECCIÓN 28: LA AUTORÍA:**

### **1. Formas y regulación legal:**

En la autoría se suelen dar varias formas de cometer un delito, porque de la realidad práctica deriva que los hechos punibles se realizan solos, con otros o incluso valiéndose de otros para cometer el delito. Así, se suelen diferenciar entre autores directos, mediatos y coautores.

- Autores directos: son aquellos que realizan personalmente el delito, es decir, realizan el hecho típico y

lo ejecutan con sus propias manos.

- Autores mediatos: son los que para realizar la acción típica utilizan a otra persona llamada instrumento para que ejecute toda o parte de la acción descrita por el tipo penal.
- Coautores: son los que conjuntamente realizan la acción prevista en el tipo penal.
- Al lado de los autores y como intervinientes también en el delito podemos encontrar a los partícipes, que son los que auxilian a los autores para delinquir. La doctrina diferencia tres clases de partícipes:
  - Inductores: determinan a un sujeto a resolver la comisión de un delito y a ejecutarlo.
  - Cooperadores necesarios: contribuyen al hecho típico con un acto, sin el cuál el delito no se habría ejecutado.
  - Cómplices: contribuyen al delito con actos anteriores o simultáneos a la ejecución del mismo.

Según el art. 27 CP de los delitos y las faltas son responsables criminalmente los autores y los cómplices. El art. 28 CP señala en su primer párrafo, que son autores los que por sí solos, conjuntamente o valiéndose de otros realizan el hecho delictivo. Además, en las letras A y D del propio art. 28 CP se consideran autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Por su parte, el art. 29 CP declara que son cómplices los que no se encuentren incluidos en el art. 18 y realicen actos anteriores o simultáneos a la ejecución del delito. A la vista de la regulación legal, se señala que nuestro CP admite las tres formas de autoría a tenor de lo dispuesto en el art. 28 y equipara punitivamente a los autores, a los inductores y cooperadores necesarios, que son partícipes. Pero el legislador por razones político-criminales los considera también autores imponerles la misma pena a los cómplices, que constituyen una figura subsidiaria y están regulados en el art. 29 CP, también son partícipes.

Por otro lado, el CP no regula como autor el encubrimiento como participación, sino como delito contra la Administración de Justicia, lo cuál es dogmáticamente correcto porque el encubridor interviene después de haberse consumado el delito.

2. Concepto de autor: unitario, extensivo-subjetivo, objetivo-formal, finalista:

Concepto unitario de autor: Tiene su base en un sistema casualista del delito y se apoya en la teoría de la equivalencia de condiciones. Así pues, son autores todos los que hayan puesto una condición para producir el resultado delictivo. De esta forma no se diferencia entre autores y partícipes, porque tal diferencia resulta imposible en el delito, ya que todos son causa del resultado. Este sistema unitario ha sido acogido por varios códigos penales europeos, pero se abandona por la dogmática moderna, ya que de la mera causalidad de las acciones no puede derivarse que se atribuya la misma responsabilidad a todos los intervinientes sin diferenciar la magnitud de cada contribución al delito.

Ejemplo:  $2 + 1 + 3 + 1 = 7$  resultado

Pepe Juan Mario Javi

---

Todos son condiciones para que se produzca el resultado.

Todos son autores.

Concepto extensivo-subjetivo de autor: En este concepto es cierta la premisa de que el autor es quien causalmente produce el delito, aunque como el CP obliga a vincular el comportamiento delictivo a unas categorías como la inducción, complicidad, cooperador necesario, todo el que no siendo cooperador necesario, cómplice o inductor coloque una condición del resultado, ya en principio interviene ilícitamente en el delito.

El problema que se plantea es como distinguir una forma de intervención del delito y otra forma bajo el prisma de la causalidad. Pues objetivamente las condiciones que causan el resultado no son diferenciables, por ello se introduce un criterio subjetivo con base se puede diferenciar a los autores de los partícipes y así el autor es aquel que realiza el hecho como propio puesto que actúa con animus autoris, mientras que el partícipe realiza el hecho como algo ajeno porque actúa con animus socii, de tal modo, que el criterio diferenciador entre el autor y el partícipe tiene naturaleza subjetiva, según el sujeto actúa con animus autoris o socii. Este concepto se extendió en el pasado siglo en Alemania y con él se enfrentaban, sin embargo los autores al considerar que llegaba a resultados ficticios desconectados de la realidad. Se dieron dos casos en la jurisprudencia Alemana, que tuvieron fuertes críticas doctrinales que darían con la anulación de este criterio.

Ejemplo: Caso de la bañera.

Caso Estachinsky.

Concepto objetivo-formal de autor: Lo importante no es quien causa el resultado delictivo sino quien ejecuta la acción que describe el tipo penal.

Autor es aquel que ejecuta en todo o en parte la acción típica, mientras que el partícipe nunca ejecuta la acción típica, por tanto, la autoría se vincula al principio de legalidad sobre la idea de ejecución o subsunción de una conducta en un tipo penal.

Sin embargo, se presentan dos problemas: que son la no explicación de la autoría mediata y la coautoría. El autor mediato no ejecuta la acción típica para ello se vale de otra persona llamada instrumento, por tanto, el concepto objetivo fallaría en casos de autoría mediata.

Ejemplo: una persona que ofrece una pastilla a otra, diciendo que le va aliviar el dolor, pero la pastilla le mata. Quien es autor es la ingestión de la pastilla, es decir, que el sujeto que le ofrece la pastilla no la mata porque no le mete a la pastilla a la fuerza en la boca, por tanto quien produce la muerte es la ingestión de la pastilla (autor mediato).

En la coautoría el concepto objetivo formal también falla en los supuestos en los algunos de los coautores no ejecutan actos típicos.

Ejemplo: en un robo hay 5 personas, pero no todos hacen lo mismo. El CP dice que para que haya robo ha de haber violencia e intimidación. El que vigila en el robo no realiza lo que dice el CP, por tanto, no puede ser coautor, pero en este concepto dice que realice todo o parte del tipo penal, pero no realiza nada, por eso en este concepto no cabría la coautoría.

Concepto finalista de autor: Este concepto es formulado por Welzel señalando que autor es aquel que tiene el dominio finalista sobre la realización del tipo penal. No es suficiente la causalidad de la acción, ni la ejecución material del delito, lo relevante es que el autor domine la ejecución del tipo penal y ello según Benzel lo puede hacer el sujeto que dirige conscientemente hacia un fin un curso causal que produce el resultado delictivo. Autor no es el que causa, ni ejecuta el hecho, sino quien lo domina. Autor es en definitiva, el que tiene las riendas del acontecer típico. El partícipe nunca tiene las dominio del hecho.

El dominio del hecho que es el criterio con el que opera el concepto finalista de autor lo desarrolla y potencia el profesor Roxin, convirtiéndolo en mayoritario tanto en la jurisprudencia y doctrina Alemana. Roxin dice que según se trate de una forma de autoría u otra, caracteriza de modo diferente al dominio del hecho. En la autoría directa es un dominio de la acción, que el sujeto que realiza la acción tenga el control de la misma, mientras que en la autoría mediata existe un dominio de la voluntad en cuanto que el autor mediato controla la voluntad del instrumento para ejecutar el delito.

En la coautoría estamos ante un dominio funcional del hecho en cuanto que cada coautor realiza una función esencial para la realización del hecho típico.

En consecuencia y como síntesis el autor se diferencia del partícipe, porque el primero tiene la última y decisiva resolución sobre la realización de la acción típica. El partícipe contribuye a la ejecución de un hecho que domina el autor.

En España el criterio mayoritario en la doctrina y jurisprudencia es el del dominio del hecho pero solo en los delitos dolosos.

En los delitos imprudentes se sigue un criterio de autoría basado en la causalidad, de tal modo que todo aquel que infrinja el deber objetivo de cuidado será autor del delito imprudente. La mayoría de la doctrina dice que en los delitos imprudentes debe utilizarse un criterio restrictivo de autor y partícipe y no basarse en la mera autoridad.

Finalmente algunos delitos previstos en el CP están basados en una concepción unitaria de la autoría. De tal modo que se realiza el delito con solo colocar una condición causante del mismo.

Ejemplo: tráfico de drogas. 368 CP.

### 3. La autoría mediata:

Autoría directa: es una persona que por sí sola causa un resultado. Controla todo el proceso causal porque tiene el dominio de la acción.

Autoría mediata: Es una forma de autoría que con el CP de 1995 alcanza una plasmación expresa en el art.28 cuando señala, que son autores los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento. Según la doctrina el dominio del hecho lo obtiene el autor mediato, porque controla la voluntad del instrumento.

En los casos en que no existe tal dominio, no podrá afirmarse la autoría mediata. Esta coincide con la autoría directa, en que los autores directo y mediatos tienen el dominio del hecho y difieren en cuanto que el directo ejecuta personalmente la acción típica y el mediato se vale de otra persona llamada instrumento para ejecutar el delito.

También por otro lado, se diferencia la autoría mediata de la inducción. El inductor no tiene el dominio del hecho.

Ejemplo: un médico le da a una enfermera una inyección letal, para que se la ponga al paciente, esta se la pone y el paciente muere, sin que la enfermera supiese que era una inyección letal. Quien ejecuta la acción es la enfermera, pero quien tiene el dominio del hecho es el médico y, por tanto, es autor mediato, ya que utiliza a la enfermera para cometer el delito.

Ejemplo: lo mismo que lo de arriba la diferencia es que el paciente es el marido de la enfermera y el médico es su amante, y convence a la enfermera para que le mate. El médico es inductor y ella autora, porque ella tiene el dominio del hecho, ya que ella sabía que lo iba a matar.

Para que haya autoría mediata es necesario que haya dos personas. El de atrás que tiene dominio del hecho es autor mediato y el de delante que es el instrumento, quien realiza la acción.

Por otro lado para que haya autoría mediata es preciso que se de una instrumentalización de otra persona y se obtiene a través de la coacción, engaño o incluso mediante aparatos organizados de poder.

Por consiguiente, solo habrá instrumentalización y por tanto autoría mediata cuando el sujeto de atrás coacciona al sujeto de delante o le engaña, o utiliza un aparato organizado de poder.

Si se utiliza la coacción debe producirse en el instrumento un déficit o anulación de su libertad.

Ejemplo. O matas a Juan o te mato a ti.

El sujeto de atrás puede utilizar el engaño, aprovecharse de un error, de la ignorancia del instrumento haciendo que este no sepa la trascendencia jurídico penal que implica su acción para la integridad de los bienes jurídicos.

Ejemplo: le dice alguien a Pepe, – Pepe pulsa el botón amarillo. Lo pulsa y se desprende la grúa y mata a un hombre. Aquí hay engaño porque el sujeto no sabe que si pulsaba el botón se desprendería la grúa. La instrumentalización se obtiene mediante el manejo de los aparatos organizados de poder.

Estos aparatos que pueden ser organizaciones criminales se basan en una estructura jerárquica, cuyos miembros se integran realizando funciones de dirección o ejecución.

Los que están en la cúspide son los dirigentes, estos dan las ordenes para que los instrumentos ejecuten los delitos. son autores mediatos porque dominan el aparato. Por otro lado están los ejecutores son los que pueden ser sustituidos por otras personas sin que el poder de la organización disminuya.( ETA).

Para que exista autoría mediata resulta indiferente cuál sea la responsabilidad o la irresponsabilidad del instrumento.

La autoría mediata puede manifestarse atendiendo a la calificación que recibe la actuación del instrumento o sujeto de delante.

En primer lugar, cuando el instrumento actúa atípicamente, bien porque faltan los dos tipos: objetivos y subjetivos.

Ejemplo: electricista que se electrocuta.

En segundo lugar, el instrumento puede actuar de forma típica pero no antijurídica.

Ejemplo: detención ilegal.

En tercer lugar, el sujeto puede actuar típica y antijurídicamente, pero no culpable.

Ejemplo: niños muy menores o deficientes.

En cuarto lugar, el instrumento puede actuar típica, antijurídica y culpable, cuando se utiliza un instrumento con error de prohibición vencible.

### ***Los límites de autoría mediata:***

Originariamente la autoría mediata funcionaba como un tapa agujeros, es decir, trataba de cubrir lagunas de punibilidad, sobre todo que la inducción no pudiera aplicarse.

Y ese origen lo ha seguido mostrando, porque modernamente se señala que no todos los delitos son susceptibles de cometerse en autoría mediata.

En primer lugar la autoría mediata según un sector doctrinal, tiene un límite, los delitos de propia mano, estos exigen que el sujeto activo personalmente ejecute la acción típica. Ejemplo: allanamiento de morada, agresiones sexuales...

En segundo lugar, los delitos especiales propios, en estos delitos no cabría la autoría mediata si el sujeto no posee la cualidad específica que requiere el tipo para hacer autor. Ejemplo: obligar a un juez a dictar una sentencia injusta.

En tercer lugar la autoría mediata no puede apreciarse en aquellos supuestos en el que los sujetos de atrás se sirve de un error en los motivos del instrumento.

El error en los motivos no afecta a la conciencia respecto a la que se esta disponiendo de un bien jurídico y en su caso a la lección del mismo.

Lo que alcanza al error en los motivos es el significado de trascendencia, que tendrá el error que padece al lesionar el bien jurídico.

#### 4. La coautoría:

Esta regulada en el art. 28 CP. Coautoría es cuando se señala que son autores los que realizan conjuntamente el hecho, cabe hacer una distinción, que es coautoría y que es codeincuencia.

Codeincuencia: alude a una pluralidad de sujetos intervinientes en el delito, en calidad de autores o partícipes.

Coautoría: alude exclusivamente a una pluralidad de autores.

Desde el punto de vista del dominio del hecho la coautoría requiere un dominio funcional, esto es, que cada coautor realice una función esencial e interdependiente para la realización del hecho, no es necesario para ser coautor ejecutan directamente el acto típico, sino realizar funciones esenciales para cometer el delito.

En la coautoría no se comparte la ejecución del delito, sino lo que se comparte es el dominio del hecho, mediante la realización de una función esencial e interdependiente.

Para que exista coautoría se requiere la presencia de tres elementos:

- Acuerdos de voluntades.
- Intervención en la fase de la ejecución del delito.
- Realizar una función esencial e interdependiente.

La coautoría requiere en primer lugar un acuerdo de voluntades entre los diversos coautores, de tal modo que la realización del hecho se vincula a lo acordado.

Por ello, si durante la ejecución del delito algunos de los coautores se excede de lo acordado no cabría configurar la coautoría respecto a ese hecho no acordado previa o coetaneamente a la ejecución.

En segundo lugar la coautoría solo puede verificarse en la fase de ejecución del delito, de manera que para ser coautor debe intervenir en la fase de ejecución del delito, no antes ni después.

En tercer lugar, la coautoría exige en virtud del dominio funcional del hecho que cada coautor realice en la fase de ejecución del delito una función esencial e interdependiente, ello viene a decir que la aportación al hecho delictivo de cada coautor, en virtud de una división del trabajo será decisiva para la realización del delito, de tal modo que el delito se realiza porque cada uno de los coautores aporta la parte que le corresponde

en el delito.

5. El actuar en lugar de otro:

*Es una figura jurídica que permite responsabilizar de un delito a un sujeto que no tiene la cualidad de autoría, que si tiene la persona en la que se actúa en su nombre o como representante, y ello determina que no se realicen completamente los tipos penales, es decir, hay un sujeto que realiza una acción en lugar de otro lesionando un bien jurídico, pero sin reunir la cualidad de autoría que si tiene el otro.*

Su necesidad viene requerida por la presencia en el CP de delitos especiales en los que la autoría se circunscribe en un círculo reducido de personas. Existen personas que sin pertenecer a ese círculo están en condiciones fácticas de lesionar un bien jurídico y que quedarían impunes si no se operan con la figura de actuar en lugar de otro. El art. 31 CP señala que el administrador de hecho y de derecho de una persona jurídica o quien actúa representación legal o voluntaria de otro responde penalmente del delito que provoque, aunque no concurren en ellas las cualidades de autoría y si en las personas que administran o representan.

## **LECCIÓN 29: LA PARTICIPACIÓN.**

1. Formas y regulación legal:

En el derecho español se distinguen 3 clases de partícipes:

A. Inductores; B. Cooperadores necesarios:

Art.28 CP; son partícipes aunque a afecto punitivos se equiparan a los autores, tienen la misma pena, por ello art.28 señala que los inductores y cooperadores necesarios no son autores pero si los considera autores.

C. Cómplices.

Art. 29 CP, constituyen una figura subsidiaria, no es aplicable sin que los intervinientes en el delito puedan considerarse autores, inductores o cooperadores.

En virtud de esta regulación legal se distingue entre:

- Participación material: viene constituida por la aportación de los cooperadores necesarios al delito.
- Participación moral: constituida por la inducción al delito.

2. Naturaleza accesoria de la participación:

La participación tiene una dependencia con la autoría, de tal modo que no pueden existir partícipes si no existe al menos 1 autor. Es preciso que 1 sujeto ejecute una acción típica para que pueda hablarse de participación en el delito.

El partícipe contribuye a realizar el delito pero no lo realiza, esto lo hace el autor; de ahí que se señale que la participación tiene naturaleza accesoria, porque depende de un hecho principal.

La intensidad de la accesoriidad de la participación se puede ver tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo, y así se habla de accesoriidad cuantitativa para referirse al grado de ejecución que debe experimentar el hecho principal del autor para que resulte punible la participación. Se señala que sólo cuando el hecho principal alcance el grado de tentativa es cuando puede producirse y castigarse la participación, si no la aportación del partícipe quedaría impune.



Se habla de accesoriadad cualitativa para referirse a las características del hecho que ejecuta el autor, distinguiéndose:

- Accesoriadad mínima en la que resulta suficiente para castigar al partícipe con que el autor actúe típicamente.
- Accesoriadad limitada, solo se castiga al partícipe cuando el autor realiza una acción típica, antijurídica.
- Accesoriadad máxima, el partícipe es punible únicamente si el autor realizó una acción típica, antijurídica y culpable.
- Hiperaccesoriadad, solo puede castigarse al partícipe cuando el autor realice una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

En nuestro derecho la doctrina mayoritaria y el TS exigen para castigar al partícipe una accesoriadad limitada, esto es, que al menos el autor haya actuado típica y antijurídicamente.

Cerezo considera que debe castigarse la participación con arreglo a la accesoriadad mínima, puesto que el autor que ha realizado la conducta \_\_\_\_\_ fundamente la existencia de un injusto penal.

### 3. Elementos:

Los elementos de la participación son 2:

A. Elemento objetivo constituido por la conducta de cooperación del sujeto al acto.

Requieren según la doctrina dominante que la conducta del partícipe sea causante del resultado típico, es decir que debe existir una vinculación causal entre la conducta del partícipe y la realización de la acción típica, por ello se plantea algunos problemas a la hora de la determinación si cabe o no apreciar algunas formas de participación cuando falla el elemento causal.

Y así, en primer lugar se discute si resulta o no punible la denominada complicidad psíquica es decir aquellas que tienen lugar reforzando mediante el influjo psíquico la resolución delictiva que libremente habría tomado el autor.

Por tanto el cómplice psíquico solo se dedica a dar ánimos al autor para que no desista de ejecutar lo resuelto, a acompañar al autor durante la ejecución del delito o incluso a tratar de convencerlo en caso de que flaqueara la voluntad del autor en consumar el acto.

En otros supuestos no siempre puede afirmarse que exista causalidad entre la acción del partícipe y la realización de la conducta típica.

En consecuencia debería rechazarse la punibilidad a falta de la causalidad esta no es la postura del TS que ha castigado como complicidad psíquica supuestos en los que no hay aportación causal del partícipe.

En segundo lugar, se plantea la omisión, en la que anida la idea si la realidad de la causalidad, en consecuencia se plantea la cuestión de si cabe la participación por omisión.

Nuestro TS, tradicionalmente la ha negado, con base en la literalidad de la regulación de la complicidad que exigía la ejecución de actos que el TS, entendía en sentido estricto es decir comportamientos activos no omisivos.

En su moderna jurisprudencia admite la posibilidad de participar por omisión en un delito sobre todo a partir de la STS 31 de enero de 1986 por ello se exige una serie de requisitos entre los cuales el mas sobresaliente es que el partícipe omitente tenga posición de garante es decir el deber jurídico de impedir el resultado delictivo.

STS 31 enero 1986: delito de violación y asesinato; había vinculación familiar, un miembro de su familia estaba dentro del coche en el que subió la chica, la cual confiaba en ese familiar.

B. Elemento subjetivo viene dado por el acuerdo de voluntades por el autor o los autores y el partícipe o los partícipes.

Para que exista participación es preciso que entre el autor y el partícipe exista un acuerdo de voluntades, por consiguiente, no es suficiente con que objetivamente un sujeto favorezca la comisión de un delito, sino que es preciso además que previa o coetáneamente, expresa o tácitamente, así lo haya acordado con el autor del delito, para poder ser partícipe.

TS manejó la teoría del acuerdo previo para considerar no partícipes sino autores a todos aquellos que tomaran parte en el acuerdo, cualquiera que fuera la magnitud de la atribución del delito, e incluso con independencia de si actuaba o no también en la fase de ejecución del delito.

Esa teoría jurisprudencia del acuerdo previo contraria al principio de culpabilidad, ya ha sido abandonada, pero no definitivamente, ya que en algunas sentencias aun se utiliza el argumento del acuerdo previo, como base para castigar la participación.

#### 4. La participación en el delito imprudente:

Existe una polémica doctrinal respecto que si al igual que en los delitos dolosos, cabe castigar a los partícipe que intervienen en los delitos imprudentes.

La mayoría de la doctrina española, últimamente y con carácter mayoritario se ha decantado por esta posibilidad, es decir, que cabe castigar como partícipe al que imprudentemente favorezca a que otro sujeto realice un delito imprudente.

Frente a esta posición otro sector doctrinal, señala que no cabe tal distinción entre autores y partícipes en los delitos imprudentes, sino que todo el que infringiendo el derecho produce o favorece la realización de un tipo penal imprudente, debe ser considerado autor.

También se plantea si cabría la participación dolosa en un delito imprudente: médico y enfermera debería negarse, art. 82. Se discute también si cabe la participación imprudente en un delito doloso debería negarse, se considera autor, autora imprudente.

#### 5. Comunicabilidad de las circunstancias:

En relación con las circunstancias atenuantes y agravantes se plantea la cuestión de si se aplica a todos los intervinientes en el delito sean autores o partícipes o únicamente en aquellos en quien concurren o sólo cuando conozcan su existencia.

La cuestión es si puede aplicarse una atenuante o agravante a un sujeto que interviene en el delito cuando no concurren en él y si en otro sujeto.

Art. 65 CP resuelve la cuestión sobre la comunicabilidad o no de las circunstancias y así en su nº 1 establece la regla de que las circunstancias de naturaleza subjetiva o personal sólo agravan o atenúan la responsabilidad de aquellos en quienes concurren las circunstancias atenuantes o agravantes personales no se comunican a los restantes intervinientes en el delito. El nº 2 establece la regla de que tratándose de circunstancias de naturaleza objetiva como puede ser el modo o las medidas de ejecución del delito, se agrava o atenúa la responsabilidad de aquellos sujetos que en el momento de realizar la acción o el acto de cooperación tuvieron conocimiento de ellos, en consecuencia las circunstancias atenuantes o agravantes objetivos se comunican si el interviniente en

el delito las conocía: ej. Reincidencia es de naturaleza subjetiva, no se comunica. Parentesco es de naturaleza subjetiva. Alevosía es objetiva, modo de ejecutar el delito, se aplica a todos los que la conozcan.  
Ensañamiento, objetiva

Una cuestión que se plantea en relación con art. 65 CP es si resulta o no aplicable a los tipos cualificados, es decir, aquellos en los que la presencia de una circunstancia sirve para configurar un tipo agravado de un delito básico. Asesinato, tipo agravado del delito de homicidio.

La doctrina mayoritaria considera que las reglas del art.65 también son aplicables a los tipos cualificados o agravados, de tal modo que dependiendo de la naturaleza de la circunstancia, el partícipe o el autor responderán o no por el delito agravado o el tipo básico.

Se discute si art. 65 resulta aplicable a los delitos especiales, doctrina mayoritaria considera que así debe ser, deben aplicarse las reglas de comunicabilidad o incomunicabilidad en los delitos especiales impropios, no en los propios, puesto que las circunstancias que hacen especiales estos delitos no agravan la responsabilidad penal sino que fundamentan lo injusto. Delito especial impropio: falsedad de documentos, arts. 390 y 392 CP. Delito especial propio: prevaricación judicial, art.446 CP.

## 6. La inducción:

Es una forma de participación que el legislador en art. 28 CP equipara a efectos punitivos a la autoría.

Consiste en determinar mediante una influencia psicológica a otra persona para que cometa un hecho delictivo que reviste los caracteres de típico y antijurídico; en consecuencia, la inducción requiere por parte del inductor el despliegue de una influencia sobre el inducido que le lleve a tomar una resolución delictiva que no existiría antes, y además el inducido tendrá que dar comienzo al menos a la ejecución del delito. La inducción por ello debe revestir la cualidad de ser eficaz porque requiere 2 momentos:

A. Que el inducido resuelva ejecutar un delito.

B. Que el inducido de comienzo a la ejecución del delito.

Además de eficaz la inducción tiene que ser directa, esto es, por un lado el inductor despliega su influencia directamente sobre el sujeto que resuelve cometer el delito y al menos comience a ejecutarlo; por otro lado requiere que la inducción tenga por objeto un delito determinado, en consecuencia, no es punible en nuestro CP la inducción en cadena, es decir, aquellos casos en los que un sujeto convence a otro para que este a su vez determine a un 3º a cometer un delito.

Por otro lado, el inductor no responderá sino del contenido que utilizo para convencer al inducido, y por lo tanto, los excesos del sujeto inducido no serán ejecutables al inductor.

Del inductor debe determinarse el llamado agente provocador, que es aquella persona que provoca la ejecución de un delito para obtener pruebas o detener a los delincuentes; generalmente suelen ser agentes provocadores los funcionarios de policía pero podrían serlo también los particulares.

Doctrina y jurisprudencia consideran que el agente provocador no es inductor, y por ello su conducta queda impune, así como la ejecución del delito provocado. Ello se basa en que el agente provocador lo que persigue es únicamente que el delito alcance sólo el grado de tentativa, para obtener las pruebas o detener al delincuente, pero no tiene voluntad de que el delito se consuma, por ello el agente provocador no actúa con dolo, puesto que no existe dolo de la tentativa, sino dolo del delito consumado, el delito provocado queda inmune en base a que constituye una tentativa inidónea, no es peligrosa porque el agente provocador controla de antemano que el delito no se consuma.

Podrá responder el agente provocador si no observa el deber objetivo de cuidado al provocar el delito y ello permita que se consuma, respondiendo por delito imprudente.

#### 7. Cooperación necesaria y complicidad: criterios de distinción.

Son las otras 2 formas de participación en el delito. La cooperación necesaria se equipara al igual que la inducción y, los solos efectos punitivos que la autoría, consiste en cooperar a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado.

La complicidad es una forma subsidiaria de participación en el delito y consiste en cooperar al hecho con actos simultáneos o anteriores a su ejecución.

La complicidad se castiga según art.63 imponiendo la pena inferior en grado a la señalada para los autores.

La cuestión capital que plantean la cooperación necesaria y la complicidad es la delimitación entre ellas, hay que determinar cuando es o no la cooperación.

Doctrina y jurisprudencia han utilizado varios criterios:

A. Criterio del caso concreto: en virtud del cual para averiguar si la cooperación es o no necesaria, se comprueba si conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, el acto de cooperación fue o no condición del resultado. Este criterio dejaría vacía la complicidad, puesto que la participación requiere siempre causalidad con elemento objetivo.

B. Criterio del caso abstracto: conforme al cual la cooperación necesaria vendría en los casos en que la contribución al hecho no hubiera podido obtenerse de otra forma. Conforme a este criterio, la cooperación necesaria casi nunca se aplicaría, porque casi todo acto de materialización puede aplicarse de otra forma

C. Criterio de la teoría de los bienes escasos: la cooperación necesaria se aplicara cuando el medio que se aporta a la ejecución del delito por el partcipe tiene una naturaleza escasa, es decir, no abunda en la práctica, este criterio es muy relativo, puesto que para el delincuente ocasional puede ser un medio de comisión del delito escaso pero para una banda organizada es bastante fácil de obtener y contradiría incluso la definición de cooperación necesaria puesto que no ha de depender de la facilidad para obtener medios, sino de la necesidad de ejecutar el delito.

D. Señala que la cooperación necesaria se aplica únicamente cuando la contribución de uno de los intervinientes en el delito no habría podido ser prestada por ningún otro de los intervinientes en el delito.

TS utiliza varios de estos criterios para solventar en la práctica la cuestión de si la cooperación es o no necesaria, aplicando sobre todo los criterios del caso abstracto y de los bienes escasos.

La doctrina llega a la conclusión de que la distinción entre complicidad y cooperación necesaria no podrá realizarse porque en el plano de la causalidad entre 2 condiciones no cabe tener distinción. Señala que debía que haberse suprimido alguna de las 2 formas de participación en el delito, castigando la cooperación como la autoría pero facultando al juez para rebajarla en algunos casos.

Cerezo señala que debería suprimirse del CP la figura medieval de la cooperación necesaria que prácticamente sólo aparece en Europa en el CP español, y dejar como únicas formas de participación en el delito la inducción y la complicidad.

De momento, sin embargo, habrán de utilizarse aquellos criterios que mejor se acomoden a la naturaleza del delito.

8. La codelincuencia en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social:

Nuestro CP establece una excepción a las reglas de autoría y participación, en los casos en que los delitos se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos que engloben en general a todos los medios de comunicación, prensa, radio, TV, Internet, etc. con base en 2 postulados:

A. No restringir el ámbito de la libertad de expresión, de manera que los intervinientes en un medio de comunicación social se vean compelidos a comprobar cada uno en su lugar, si a través de ese medio se cometen delitos.

B. Esta regla especial de autoría y participación persigue que los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social no queden impunes, estableciendo un régimen de responsabilidad penal en concreto.

Atr.30.1 CP señala: en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social no responderán penalmente los cómplices ni quienes hubieran favorecido personal o realmente, es decir, encubridores.

Art.30.2 señala: los autores de estos delitos responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria, de acuerdo con el siguiente orden:

1º responderá de estos delitos el que haya redactado el texto o producido el signo y quienes le hayan inducido a realizarlo, es decir, los autores en sentido estricto y los inductores.

Si estos no pueden responder, salvo que la causa sea porque se ha extinguido su responsabilidad penal, responderán los directores de la publicación o programa en el que se difunda, si no pueden estos, en 3º lugar responderán los editores y de la empresa emisora, editora o difusor, si estos no pueden, en 4º lugar los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

Este sistema de responsabilidad penal es escalonado, en cascada, por cuanto se establece un orden de prelación para hacerles responsables de los delitos. Es un sistema de responsabilidad también excluyente, pues desde el momento en que se haga responsable uno de estos sujetos, los restantes en la escala no responderán. Además es un sistema de responsabilidad subsidiario, en cuanto que para responder unos sujetos previamente habrá de hacerse responsables otros y ante su imposibilidad acudir a ella.

Este sistema, sin embargo, no implica la vulneración del principio de culpabilidad, de tal modo que se le haga responsable objetivo a un sujeto por los hechos que cometan otros, en realidad, todos esos sujetos tienen que actuar con los elementos propios de la responsabilidad penal y han de aprobarse su dolo o imprudencia, y por tanto, el conocimiento de los hechos.

### **LECCIÓN 30: LA OMISIÓN.**

1. Concepto y estructura de la omisión:

La acción y la omisión no pueden englobarse bajo un mismo concepto genérico de acción, ya que la omisión es simplemente la no acción.

Tiene un elemento común la omisión con la acción que es la capacidad de acción, allí donde un sujeto no tenga capacidad para actuar no podrá ni omitir ni ejecutar una acción, por ello, la omisión implica la no realización de una conducta con capacidad de acción, en consecuencia, omitir no equivale únicamente a no realizar una acción.

En la omisión no existe causalidad, el sujeto no despliega medios causales ni pone en marcha cursos causales para lesionar un bien jurídico, lo único que sucede es que en determinadas circunstancias el orden jurídico le

exige a un sujeto que tenga capacidad de actuar, que realice una determinada acción o que impida la producción de un resultado ejecutando una acción.

La doctrina debate la naturaleza de la omisión, discutiendo si esta como la acción tiene una estructura ontológica en el campo del ser, o si tiene una estructura normativa, es decir, en el campo del deber ser. Si tuviera una naturaleza normativa el sujeto omitiría en los casos en que dejara de realizar una conducta que le fuera exigida por el ordenamiento jurídico. Si la omisión tuviera una naturaleza ontológica el sujeto omitiría cada vez que deja de realizar una acción pudiendo realizarla.

Dado que la omisión no consiste en quedarse quieto, sino que desde el punto de vista jurídico se puede omitir actuando, debe tenerse presente que bajo la exigencia jurídica de actuar se encuentra siempre un presupuesto ontológico, que es la capacidad concreta de actuar.

En el derecho al exigir la realización de una acción no deja de tener en cuenta un escenario que no pertenece al mundo de las normas, sino a la propia realidad fáctica, y que se concentra en la capacidad que tiene un sujeto para realizar la acción que le exige el ordenamiento jurídico.

A diferencia de las acciones, las omisiones típicas están implícitas en unas normas jurídicas denominadas mandatos, el ordenamiento jurídico orienta a un sujeto a actuar de una determinada dirección, mientras que en las acciones típicas el derecho prohíbe actuar a un sujeto en una determinada dirección.

– No actuar con capacidad física real para actuar.

Omisión:

– Su estructura: es de naturaleza ontológica.

## 2. La omisión en el derecho penal:

La omisión consiste en incumplir un mandato jurídico cuando el sujeto deja de realizar una conducta que le exigía el ordenamiento jurídico y que estaba en condiciones de realizarla.

En el derecho penal se distinguen fundamentalmente dos clases de delito de omisión:

- Delitos propios o puros de omisión.
- Delitos impropios o de comisión por omisión.

## 3. Delitos propios de omisión:

El ordenamiento jurídico exige al sujeto que realice una acción en una determinada dirección, ya que se encuentra en peligro un bien jurídico.

La tipicidad en los delitos propios de omisión existe ya desde el momento en que no se realiza la acción, pero se excluye la tipicidad cuando se realiza la acción exigida jurídicamente aunque no se logre alcanzar el fin que pretendía la norma jurídica que establece el deber de actuar.

Ej: omisión del socorro, art. 195

Delitos propios de omisión: ej: omisión de impedir un delito, art. 450 CP.

Delito impropio o de comisión por omisión doloso: Se caracteriza porque el ordenamiento jurídico exige que se realice una acción para impedir un resultado de tal modo que, si no se evita el resultado se le imputa al

individuo como si lo hubiera causado.

Ej: la madre que deja de amantar al niño recién nacido y muere. Es como si la madre lo hubiera matado con sus propias manos.

Delitos propios de omisión: estructura típica:

1º. En ello está presente una situación típica que viene dada por las circunstancias de peligro en las que se encuentra un bien jurídico protegido.

2º. La no realización de la conducta exigida por el ordenamiento jurídico ante esta situación típica.

3º. Es preciso que el sujeto tenga capacidad concreta de acción, lo que implica la posibilidad física y real de actuar, y a su vez, tener a disposición los medios necesarios para poder realizar la acción exigida por el ordenamiento jurídico. ej. No poseer un salvavidas para rescatar a un sujeto que se está ahogando.

4º. Es necesario el dolo, que en los delitos de omisión presenta una peculiaridad. El dolo en los delitos de omisión: consiste en el conocimiento de los elementos típicos, es decir, de la situación típica y de la posibilidad de actuar y de utilizar los medios que tiene a su disposición.

En los delitos de omisión al no existir curso causal no está presente el elemento volitivo que debe impulsar, y en consecuencia el dolo no es conciencia y voluntad sino únicamente conciencia por lo contrario, la doctrina española considera que en los delitos omisivos y el concretar el dolo también está presente el elemento volitivo que viene caracterizado por la negativa del individuo al realizar la conducta que le exige la norma.

4. Delitos impropios de omisión o de comisión por omisión dolosos:

Imponen a un sujeto la obligación de impedir un resultado lesivo para un bien jurídico protegido.

Esta obligación jurídica que se impone a determinados sujetos hace que los delitos de comisión por omisión sean delitos especiales, ya que el círculo de autores que pueden cometerlo es reducido, solo puede incurrir en responsabilidad penal por un delito impropio de omisión aquellos sujetos que tengan la denominada posición de garante .

Los delitos de comisión por omisión alcanzan su delimitación dogmática hacia la mitad del pasado siglo por las aportaciones de Armin Kaufmann.

Hasta 1995, en España no existía un precepto que expresamente reconociera la existencia y punibilidad de estos delitos a pesar de que la jurisprudencia y la doctrina los admitían.

Los delitos de comisión por omisión han tenido unos límites farragosos y en cuanto a su delimitación viene necesitada de una particular atención causística.

Se distinguen en el tipo de estos delitos los siguientes elementos:

- Situación típica: aquel ámbito descrito por los tipos penales del que surge la obligación de realizar una acción. Ese ámbito va referido a la situación de peligro en la que se encuentra el bien jurídico protegido.
- No realización de la acción exigida por el orden jurídico: en esta clase de delitos de omisión se concreta en impedir la producción del resultado lesivo.
- Capacidades concretas de acción: implica que el sujeto tenga la posibilidad física y real de poder evitar la producción de resultado.
- Posición de garante: es el elemento nuclear de la comisión por omisión, sólo aquel sujeto que tenga la

posición de garante, es el que tiene el deber jurídico de impedir la producción del resultado lesivo.

Tradicionalmente se adoptaba un criterio formal de determinación de la posición de garante, señalándose que tenía su origen en la ley, el contrato o el previo actuar peligroso, la ingerencia.

Armin Kaufmann, desterró ese criterio formal e implantó un criterio material para obtener las posiciones de garantía, un individuo tiene la posición de garante atendiendo a si realiza una función de protección de un bien jurídico o si realiza una función de peligro para el bien jurídico.

Modernamente la dogmática atiende a la Tª de las funciones, de tal modo que la posición de garante deriva de una especial vinculación de un sujeto con un bien jurídico o con una fuente de peligro.

Así en la realización de la función de protección de los bienes jurídicos se distinguen cinco supuestos de los que se deriva la posición de garante: fuentes de la posición de garante.

1. La vinculación natural: en virtud de la cual, un individuo tiene la posición de garante, porque le une jurídicamente una relación personal con el sujeto que se encuentra en una situación de peligro.

Ej: padres con hijos menores de edad.

2. Relaciones estrechas de comunidad: en cuanto que la duradera convivencia entre varios sujetos hace que surja entre ellos una relación de mutuo socorro ante peligros externos.

Ej: convivencia de hecho, personas con vínculo familiar.

3. Asunción voluntaria: un sujeto se obliga jurídicamente a eliminar determinados peligros que se proyecten sobre otras personas.

Ej: una excursión organizada, cada uno va voluntariamente, pero si alguno sufre un accidente, lo tienen que ayudar.

4. Función de peligro: quien tiene la posición de garante debe conjugar los peligros que pueda recaer sobre otras personas ya que el garante esta especialmente vinculado con ese peligro, y así en primer lugar esta la ingerencia o el previo actuar peligroso, en que el sujeto por haber creado el peligro para el bien jurídico tiene la obligación de evitar que el peligro se transforme en lesión. En segundo lugar, puede surgir por peligro que se encuentra dentro de su ámbito de dominio.

Ej: un cable eléctrico estropeado amenazante, los empresarios eléctricos encargados no lo arreglan, provocando la muerte a un sujeto.

5. Responsabilidad sobre los actos peligrosos de 3º: se da el caso en los médicos encargados de un centro psiquiátrico, si se escapa uno de los enfermos no es responsabilidad sobre el.

5. Elementos y regulación en el código penal.

La equivalencia:

Para que sea posible la comisión por omisión es necesario que la omisión que no impida un resultado lesivo sea equivalente a la lesión que produce el resultado lesivo.

*Según el art. 11 del CP. esa equivalencia entre omisión y acción habrá de buscarse en el sentido del texto de la ley penal, es decir, que para aceptar la comisión por omisión debe indagarse cual es lo injusto específico*



*del delito del que se trata, y a continuación valorar si en esa situación actuar y omitir tienen una relación de equivalencia. Y así, por ejemplo, suele establecerse en aquellos delitos que no exigen unas modalidades específicas de actuar, por ejemplo: delito de homicidio, delito de lesiones...*

Dolo:

En los delitos de omisión y por tanto en la comisión por omisión se compone sólo de un elemento, el intelectual, de modo que habría dolo cuando el sujeto conozca la situación típica, es decir, de inminencia de la reducción del resultado lesivo, el modo de evitar el resultado y específicamente el dolo habrá de abarcar la posición de garante, es decir, el sujeto tiene que saber en el momento en que emita que es garante del bien jurídico puesto en peligro.

Regulación legal de la comisión por omisión:

*Por 1ª vez en 1995 el CP da una cláusula general reguladora de la comisión por omisión, hasta entonces, la jurisprudencia, sin embargo, castigaba estos delitos exigiendo los requisitos genéricos de los delitos de omisión y los específicos de la posición de garante y equivalencia de la comisión por omisión.*

*Un sector doctrinal, sin embargo, se quejaba de sus prácticas considerando que atentaba contra el principio de legalidad en cuanto a la comisión por omisión como delitos propios de omisión, por ejemplo: omisión del deber de socorro...*

Al art. 11 del C.P. vigente regula la comisión por omisión que ha sido acogido favorablemente por la doctrina pero muy criticado respecto a su contenido.

El art. 11 del C.P. sujeta la posibilidad de los delitos de comisión por omisión a aquellos delitos de resultado de tal modo que no pueden conectarse ni son punibles delitos impropios de omisión cuya naturaleza sea de mera actividad, por ejemplo: tráfico de drogas, si el padre no impide que el hijo trafique no habrá delito de comisión por omisión...

La mayor crítica sufrida por el art. 11 se refiere no obstante a su 2ª parte puesto que pretende introducir las fuentes de la posición de garante que dogmáticamente se habrá separado ya desde los años 50 del pasado siglo.

El art. 11 del C.P. señala que se equiparará la omisión a la acción cuando haya obligación legal o contractual de actuar o cuando haya una ocasión de riesgo por el bien jurídicamente protegido causada por el omitente, es decir, que el legislador en cuanto se refiere a la posición de garante se decanta por el establecimiento de las fuentes formales que son la ley, el contrato y la ingerencia.

Sin embargo, esas fuentes formales deben interpretarse como presupuesto para la acción de posición de garante, no siendo, sin embargo, suficientes por si solas.

El profesor Cerezo, junto con un sector de la doctrina, estima que en efecto, la posición de garante para cumplir con el art. 11 C.P., tiene que estar reconocida legal o contractualmente, y puede surgir también por ingerencia, pero necesitará de una comprobación material de que el sujeto garante ha asumido fácticamente la protección del bien jurídico, de tal modo que, en conclusión, las fuentes formales son presupuestos para configurar la posición de garante, pero no son suficientes, deben completarse con las fuentes materiales de función de protección de un bien jurídico, o de control de peligro que impliquen la asunción fáctica de conjugar peligros para el bien jurídico.

6. Delitos impropios de omisión imprudentes:

El art. 12 C.P. tipifica el principio del castigo excepcional de los delitos imprudentes.

El art. 11 C.P. admite la comisión por omisión de delitos o faltas que consisten en la producción de un resultado y si existen delitos imprudentes del resultado cabe concluir que los mismos también son susceptibles de comisión por omisión.

Los delitos de comisión por omisión imprudentes tendrán los mismos elementos que los dolosos a excepción del dolo e incluyendo la infracción del deber objetivo de cuidado. Y así pueden cometerse imprudentemente los delitos impropios de omisión, bien a la hora de enjuiciar la situación típica o de ejecutar la acción exigida por el ordenamiento jurídico.