

DERECHO PENAL I. SEGUNDO CUATRIMESTRE.

EL DELITO.

LECCIÓN 9: EL CONCEPTO DE DELITO.

1. CONCEPTO LEGAL DEL DELITO.

El Cp es el que nos va a decir si a una conducta le corresponde una pena o una medida de seguridad. El tránsito entre pena y medida de seguridad lo tiene que probar el juez. El delito lo podemos analizar desde diferentes perspectivas, como por ejemplo desde la del médico forense.

La explicación general del delito la vemos en la parte general del Derecho penal o Teoría del delito. El libro II del Cp regula todos los delitos. Todos estos delitos aquí regulados tiene cuestiones comunes que se encuentran reguladas en los primeros artículos del Cp. Estas características comunes constituyen la Teoría General del delito que supone la creación de un saber lógico y ordenado que permite conocer anticipadamente cuál va a ser la respuesta de los jueces ante eventuales delitos. Este saber lógico y ordenado nos dice que el delito es una acción típica, antijurídica , culpable y punible. Con estos elementos se garantiza la seguridad jurídica.

En la teoría del delito hay un sistema, pero es un método de interpretación. No supone crear la ley, sino que la interpretación está referida a preceptos del CP. Deberíamos recurrir a una definición de delito que está en el Cp pues. Así son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas penadas por la ley (art. 10 Cp). Sin embargo, en este artículo no se hace mención a dos elementos que se incluyen en la definición del delito: que el comportamiento humano sea antijurídico y que además sea culpable.

Para saber que no es punible el imputado no nos sirve pues el art. 10 Cp ya que nos da una definición incompleta, por lo tanto tenemos que analizar los cientos y pico de artículos primeros del Cp y utilizar un sistema.

Esta creación de un sistema lo hizo en su día Von Liszt, que fue en su momento la crisis del Derecho como ciencia de Kirscham y la aparición del positivismo jurídico donde Liszt dijo que había que encontrar unas pautas, que es la Teoría del delito donde se aproximan los hechos al resultado del análisis.

Liszt analiza los requisitos que la ley penal del momento exigía para el delito y a partir de ahí Liszt analiza un sistema y empieza a hablar del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Esta estructura se podría decir como una escalera con sus peldaños empezando con las conductas en la realidad y acabar con la pena o la medida de seguridad.

Por lo tanto nuestro punto de partida serán los comportamientos humanos. Pero los que llevan a la pena y para llegar a ella tenemos que ir comprobando que ese comportamiento humano sea doloso o al menos imprudente, lo cual significa que no existe responsabilidad penal cuando el daño provocado haya sido consecuencia de la fortuita concurrencia de circunstancias ajenas al sujeto.

Por último el art. 10 Cp requiere que la acción u omisión dolosa o imprudente aparezca penada por la ley, lo que vincula la definición de delito con el principio de legalidad y la estricta determinación de las conductas punibles que ese principio conlleva.

El Cp ha seleccionado del universo una serie de conductas que podemos pues desarrollar pero ya hemos visto que en el tipo existen elementos objetivos y subjetivos y nos damos cuenta de que no es lo mismo matar a otro imprudentemente que no.

La teoría del delito tiene la misión de alejar conductas de la responsabilidad penal. Del gran número de conductas que se realizan sólo algunas están tipificadas. Para que las conductas nos interesen en este punto tiene que ser contrarias al Derecho.

Si se dan todos estos requisitos aún nos quedan más porque vamos a preguntarnos por el sujeto acerca de sus capacidades intelectuales, psicológicas, psíquicas... para comprender qué es lo que está haciendo. Así no es culpable por ejemplo el que desconoce la norma.

Además nos queda la punibilidad. Otro escalón mas que algunos delitos excluyen de pena aunque la persona haya realizado la acción típica, antijurídica y culpable.

La Teoría del delito pone una gran cantidad de trabas. Aún así, hay decenas de miles de personas cumpliendo condena en la cárcel. Sumados todos los requisitos nos encontramos pues con una responsabilidad penal muy exigente.

Fundamentalmente todo esto aporta seguridad jurídica. Por una parte es la única forma de que pueda existir una función de motivación para poder abstenerse hay que saber que es lo que está prohibido y para ello hace falta un método que es la dogmática, la teoría del delito.

La teoría del delito aporta seguridad jurídica y se estructura en base a dos juicios de desvalor:

- Un juicio de desvalor sobre el hecho cometido, que se da cuando estamos ante un comportamiento humano típico y antijurídico, que es la esencia del comportamiento delictivo.

- Un juicio de desvalor en la culpabilidad cuando desvaloro al sujeto que ha realizado el hecho. Puede ocurrir que desvalore el hecho. Lo primero que analizo es si estamos ante un comportamiento humano típico y antijurídico, y si es así podemos decir que ese comportamiento es un hecho delictivo. Luego hay que analizar si ese hecho delictivo hace referencia a un autor que debemos desvalorar y si este es culpable le aplicaremos pena. Si no es culpable el resultado es que no podremos aplicarle pena sino medida de seguridad.

Art. 12 Cp. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

Esta idea de acción u omisión debe ser dolosa o imprudente en la medida en que no existe responsabilidad objetiva, los delitos sólo serán sancionados si son dolosos o imprudentes.

La ley debe relacionar la conducta y la pena por lo que tiene que existir un principio de legalidad que se materializa en pena. También es importante decir que la conducta tiene que ser contraria al derecho (antijurídica). El Cp consagra el conjunto de causas que eximen de responsabilidad criminal en los artículos 19 y 20. este último artículo es fundamental ya que diferencia las causas de justificación y las causas de culpabilidad

Por lo tanto el art. 10 Cp hay que completarlo con el concepto de antijuricidad y culpabilidad. Para saber si existe delito también tenemos que saber cuando hay punibilidad (lo encontramos en la CE,, en libro II del Cp...)

La dogmática ha evolucionado desde el planteamiento de Liszt hasta las pautas más modernas de la interpretación de la ley penal. entonces tenemos que analizar esta evolución a un concepto más moderno de delito que está inserto en la sociedad de riesgo. Para poder comprender la teoría del delito tendremos que analizar la evolución desde el positivismo jurídico pasando por el causalismo valorativo, finalismo y funcionalismo. Lo que prevalece es el finalismo.

■ EVOLUCIÓN DEL ANÁLISIS DE LA TEORÍA DEL DELITO. EL POSITIVISMO JURÍDICO.

Viene a resolver la crisis de el Derecho como ciencia. El Derecho no se correspondía con las Ciencias naturales de progreso de la unanimidad y tenía una metodología basada en la designación empírica de objetos.

Kirscham dice que el Derecho no es ciencia. Así aparece el positivismo e intentan aplicar la metodología de los fenómenos naturales para estudiar el dolo. Para ello el método es la dogmática. Las leyes no pueden ser analizadas anárquicamente. Quien mejor construye esto es la Ciencia jurídico penal.

Liszt traslada y desarrolla estos conceptos creando un sistema. Identificó cuáles eran los requisitos que se repetían en todos los delitos. Todos deben tener en común una serie de elementos que se encuentran requeridos en diferentes preceptos del Cp.

Estos requisitos Liszt los extrae de la ley penal y construye un sistema. El primer sistema es el causalismo naturalista construido por Liszt y sienta las pautas de la Teoría del delito:

Lo primero que hay que analizar según Liszt lo encontramos en el concepto de acción que es fundamental. la acción es una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, es decir, para poder hablar de delito la acción es el primer elemento. La acción es casual, lo que supone que el resultado tiene que estar unido a la acción y todo esto tiene que ser perceptible por los sentidos.

No todas las acciones interesan al Derecho, sólo interesan las antijurídicas. Por lo tanto este va a ser el segundo elemento, es decir, la contrariedad al Derecho.

Aquí existen una serie de conductas que no son prohibidas. sin embargo, aún no nos hemos preguntado por el autor, por lo que es ahora el momento de hacerlo, lo que contempla un elemento del delito que se llama culpabilidad.

Esto es importante porque todo lo objetivo va en el hecho y todo lo subjetivo en la culpabilidad. En la culpabilidad existen dos elementos en este modelo:

- UNA RELACIÓN PSICOLÓGICA: es el hecho que hay entre el valor y el hecho y puede ser de dos formas: puede haber dolo o imprudencia, es decir, la relación entre el sujeto y el resultado. Pero existe otra forma de relación psicológica, y es la imprudencia.
- LA IMPUTABILIDAD DEL SUJETO: capacidad suficiente para saber si lo que estaba haciendo es conforme o no al Derecho, entonces habrá culpabilidad.

En este modelo de Liszt falta algo que fue completado por su discípulo Binding: entre la acción y la antijuricidad falta algo porque este esquema no analiza cómo se cumple el principio de legalidad en materia penal. para poder hacerlo, entre la acción y la antijuricidad se coloca el elemento tipicidad que queda definitivamente allí instalado.

A partir de aquí el análisis jurídico tiene que empezar por la acción. Ahora nos tenemos que preguntar si esa acción es típica, es decir, si está tipificada en el Cp. Casualmente el disparo de A a B coincide con el art. 138 Cp, pues la conducta es típica porque los hechos coinciden con todos los elementos previstos en el art. 138Cp.

El siguiente elemento es la antijuricidad , es decir, si ese comportamiento es o no contrario a Derecho. La mayoría de las acciones típicas son contrarias a Derecho. Pero hay que comprobar aún así si concurren algunas de las causas de justificación.

En el modelo de Liszt-Beling estamos analizando el hecho, es decir, tiene que analizarse en el plano objetivo. Ahora pasamos a la culpabilidad, que ya nos releva cuáles son las características subjetivas y objetivas del autor, es decir, se analiza si existe una relación psicológica y se analiza la inmutabilidad. El juez por lo tanto puede saber si tenía capacidad o no para hacerlo y si no existe capacidad pues no hay pena, sino medida de seguridad.

Después de analizar la imputabilidad se analiza si existe dolo o imprudencia. La pena es diferente según sea dolo o imprudencia. La imprudencia recibe menor pena que los delitos dolosos.

2. LOS SISTEMAS DE LA TEORÍA DEL DELITO: SISTEMA CAUSALISTA Y SISTEMA MODERNO.

Es una forma de analizar el delito por buena parte de los penalistas. Esto está relacionado con la lección 6 porque como ya vimos Liszt, Beling, el positivismo intentaba asentar las críticas sobre el cuestionamiento del Derecho como ciencia. Autores que cuestionaban ese análisis porque hay que diferenciar las ciencias del ser de las del debe ser, por eso no son iguales las ciencias naturales que las sociales.

■ SISTEMA CAUSALISTA:

La clave del causalismo valorativo está en diferenciar que existen dos mundos en la ciencia, que no son iguales: las ciencias naturales y las sociales. Haya muchos autores, pero uno destacado es Radbruch, quien se ocupa del causalismo valorativo.

Este autor y otros comienzan a analizar el modelo Liszt-Beling y descubren fallos importantes:

- **Concepto de acción:** para el modelo Liszt-Beling la acción es toda observación del mundo exterior perceptible por los sentidos, no incorpora valoración alguna. En el neokantismo la acción es esto anterior pero también es la omisión. Para poder sancionar las conductas omisivas hay pues que recurrir al concepto de acción esperada. Aquí hay que introducir una valoración, ya que podemos saber que existe una acción esperada. Por eso se habla de causalismo-valorativo, hay que valorar: analizamos también lo que debería haber hecho el sujeto.

- **Tipicidad:** en el modelo de Liszt-Beling suponía la constatación de todos los elementos objetivos. El tipo no contiene elementos subjetivos. El problema es que algunos tipos penales consagran momentos subjetivos. Imaginemos que una persona coge el coche de su amigo para gastarle una broma, pues será susceptible de encontrarse en el ámbito del delito de hurto, porque el artículo de hurto pone el

requisito de ánimo de lucro y en este caso no existe ánimo de lucro. Algunos tipos consagran elementos subjetivos.

- **Antijuricidad:** supone que no sólo se trata de la comprobación si existe legítima defensa, estado de necesidad... también se incorporan valoraciones a través de la idea de bien jurídico, lo que se conoce como antijuricidad material, es decir, si existe bien jurídico o no.

Por lo tanto la confirmación del carácter típico de una conducta requiere sobre todo un análisis externo del hecho que confirme la concordancia del suceso con el supuesto de hecho previsto en la norma, lo que obliga a comprobar sólo el grado de conexión entre la conducta del autor y el resultado producido, hablándose entonces de la relevancia típica de esa conducta. Dicha relevancia constituye un indicio serio de su carácter antijurídico, indicio que quedará plenamente confirmado si no concurre alguna causa de justificación.

En el caso de la **culpabilidad** se estructura sobre dos elementos: la relación psicológica y la imputabilidad.

Pero Radbruch identifica una serie de supuestos en los que no se puede afirmar esta relación psicológica y las consecuencias que se extraían del modelo anterior. Nos encontramos con:

- **CULPA CON PREVISIÓN:** imaginemos que alguien conduce su vehículo y toda su relación psicológica está ligada a la música que escucha muy alto. Pero se salta un STOP y atropella a un peatón. Pues no existe relación psicológica entre conducir y matar a alguien, pero si existe responsabilidad penal porque dice que no debe estar escuchando música sino pendiente a la carretera. Por lo tanto hay culpabilidad. También se da la situación inversa, el ejemplo clásico es el de la tabla de Carnea, que supone que en un naufragio solo queda una tabla y dos naufragos. En

consecuencia uno de ellos decide ahogar a otro para salvarse. En este caso existe una relación psicológica. El ejemplo de la tabla es un ejercicio de estado de necesidad.

Aquí aparece otro autor, Frank, que basa la culpabilidad en el juicio de reproche, que no es una relación psicológica ya que puede haberla o no. Es lo que se conoce como concepción normativa de la culpabilidad. Esto consiste en que hay culpabilidad si el sujeto pudiendo actuar de otra forma no lo ha hecho. Si puede actuar de otra forma es pues culpable.

En definitiva, la culpabilidad se concibe como un reproche dirigido al sujeto por haber obrado antijurídicamente cuando podía y debía comportarse de otro modo. Este reproche presupone en el autor una capacidad suficiente para hacerle responsable del hecho, capacidad que desaparecerá en el caso de alteración psíquica. Una vez comprobada esa capacidad caben dos formas de culpabilidad: dolosa y culposa.

Durante todo el siglo XX estuvieron en discusión el sistema causalista con el finalista. En lo esencial el esquema es el mismo.

■ SISTEMA MODERNO:

Se desarrolla en Alemania en escuelas y Welzel cambia el concepto de acción. Aquí viene el cambio más importante de Welzel porque su punto de partida es que el delito sólo puede ser cometido por seres humanos y estos se caracterizan porque sus acciones son finales, dirigidas a un fin. Es por lo tanto el concepto de acción final, finalismo.

Todo lo subjetivo no puede quedar relegado a la culpabilidad. Las diferencias entre Welzel y los anteriores está en que las acciones que interesan son humanas, la consecuencias es que el tipo no sólo contiene elementos subjetivos extraordinarios, ya que aquí se analiza el do lo del sujeto. Así si la acción es guiada por una finalidad entonces hay que diferenciar los tipos en dolosos e imprudentes.

Tentativamente no sólo se sancionan los delitos consumandos, sino también los delitos en grado de tentativa. Imaginemos que A se lanza sobre B con un puñal en la mano, pues el juez tendrá que decir si ha habido una tentativa. Esa conducta será delictiva aunque no se haya producido ningún resultado.

Para saber si estamos ante una tentativa de homicidio o de lesiones tenemos que analizar hacia donde iba el dolo en su vida. El causalismo colocaba los elementos subjetivos en la culpabilidad y lo que hace Welzel es extraer el dolo de la culpabilidad.

Esto tiene consecuencias para la Teoría del Delito, ya que existen elementos subjetivos en la primera parte del delito. Son acciones que persiguen una finalidad, con lo cual el dolo y la imprudencia forman parte del tipo:

- Tipo objetivo: pero una conducta no es típica sólo por coincidir la realidad con esa acción.
- Para que sea típica tiene que ser también dolosa.

Hay dos conceptos de Dolo:

- DOLO MALO: supone conocer lo que se hace y conocer el carácter prohibido de la conducta. El dolo es el dolo malo pues.

En cambio el dolo que se maneja a partir del finalismo se fracciona en dos elementos subjetivos diferentes:

- DOLO NATURAL: conocer lo que se hace es el que traslada el carácter subjetivo.
- CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD: conocer el carácter prohibido de la conducta.

El modelo impuesto por el finalismo es este y con algunos matices es el que rige habitualmente. La estructura es la misma, lo que se modifica es la fundamentación. Este cambio de estructura que realiza Welzel es una lucha que tiene los filósofos alemanes entre diferentes concepciones en base a la teoría del conocimiento si es el que crea la norma o el objeto de conocimiento o si este objeto está en la realidad.

Los juristas alemanes durante la II Guerra mundial habían aceptado el orden jurídico vigente sin ningún inconveniente. A Welzel no le pareció esto correcto y entendió que el Derecho tenía que estar ligado a estructuras previas y esto lo hizo a través de las estructuras lógicas objetivas.

En definitiva, tenemos una estructura del delito que parte de una acción típica, antijurídica y culpable, pero la base no es la sostenida por Welzel. La estructura se basa en los dos objetivos del Derecho penal. La dogmática sigue siendo la interpretación de la ley penal. El primer elemento de la teoría del delito será el comportamiento humano. A los delitos no le interesa lo que no responde al concepto de comportamiento humano que aquí se maneja. Por ejemplo, los actos reflejos, las conductas que no son penalmente relevantes...

A partir de aquí nos vamos a preguntar por la antijuricidad. El tipo penal consagra el conjunto de requisitos de la conducta que se quiere evitar. En consecuencia el tipo penal comienza como una norma de determinación, motiva a los sujetos en contra de la realización del hecho delictivo. Los hechos que el legislador quiere evitar se diferencian entre homicidios dolosos e imprudentes.

El tipo ya tiene que ir diferenciando todos los elementos del delito. El tipo objetivo va a analizar todos los requisitos que establece la ley penal desde el punto de vista de la acción prohibida.

El tipo se diferencia entre:

- objetivo: supone la constatación de todos los requisitos previstos y la posibilidad de imputar los resultados a la conducta.
- Subjetivo: analizado el tipo objetivo sí la conducta ha sido dolosa o imprudente, es decir, se analiza la función de motivación.

Por lo tanto:

ANTI JURICIDAD:

Supone la contradicción al derecho de la conducta desde el punto de vista formal y la lesión a un bien jurídico desde el punto de vista material.

CULPABILIDAD:

Para la Teoría de Frank existe un concepto normativo de la culpabilidad que sería un juicio de reproche. Actuar de una forma contraria a Derecho. Esta característica de la culpabilidad genera muchos problemas y está en crisis porque la culpabilidad como un juicio de reproche es el libre albedrío de los sujetos.

El problema que se plantea es si el libre albedrío es una cuestión de fe. Es diferente el libre albedrío que creen que tienen las personas y el libre albedrío que nos puede decir un tercero. El libre albedrío es sin duda, científicamente indemostrable.

En consecuencia, esto hace caer la definición de culpabilidad y nos lleva a cosas más demostrables. Tenemos pues que analizar si el sujeto es jurídicamente motivable. Simplemente tenemos que analizar o valorar si el sujeto padece algún tipo de enfermedad que le impide ser motivado.

De esto modo los no motivables no son pues culpables. Se recurre aquí al juicio negativo de destruir a estos. Aquel que desconoce la norma jurídica no es motivable y es correcto que la desconozca. (inglés que va a 200 km/h).

PUNIBILIDAD:

Por motivos de política criminal realmente hay supuestos excepcionales pero consagrados por la ley en el que una persona comete un delito pero no es penalmente responsable. Por ejemplo las opiniones de los parlamentarios en el desarrollo de su actividad. Pero aquí no termina la responsabilidad penal.

Toda la estructura se relaciona con el cometido de un hecho delictivo. Hay una teoría de la parte criminal y nos dice que algunos sujetos que no realizan el hecho en sí son condenados penalmente,, como por ejemplo los partícipes. Así pues también tenemos que analizar delitos en los que no hay resultados porque diferentes circunstancias han impedido que se realice.

ACCIÓN: (igual que última parte punto 1)

Art. 12 Cp. Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

Esta idea de acción u omisión debe ser dolosa o imprudente en la medida en que no existe responsabilidad objetiva, los delitos sólo serán sancionados si son dolosos o imprudentes.

La ley debe relacionar la conducta y la pena por lo que tiene que existir un principio de legalidad que se materializa en pena. También es importante decir que la conducta tiene que ser contraria al derecho (antijurídica). El Cp consagra el conjunto de causas que eximen de responsabilidad criminal en los artículos 19 y 20. este último artículo es fundamental ya que diferencia las causas de justificación entre otras.

Por lo tanto el art. 10 Cp hay que completarlo con el concepto de antijuricidad y culpabilidad. Para saber si existe delito también tenemos que saber cuando hay punibilidad (lo encontramos en la CE,, en libro II del Cp...)

LECCIÓN 10: EL COMPORTAMIENTO HUMANO.

1. EL COMPORTAMIENTO HUMANO COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO.

El sistema moderno del delito se estructura sobre la base del comportamiento humano. de él dependen o han dependido en mayor medida las distintas construcciones dogmáticas, esto es, las distintas teorías del delito. El comportamiento humano, que comprende acciones y omisiones, es esencialmente un concepto ontológico y por lo tanto prejurídico.

Los comportamientos humanos se diferencian claramente de los hechos de los animales y de los fenómenos de la naturaleza, aunque puedan materializar los mismos resultados. El hecho llevado a cabo por un ser humano posee ciertas notas distintivas que no se dan en los demás supuestos.

Antes de analizar el contenido de la acción humana y su relevancia para el Derecho penal debemos adelantar que quedan excluidos todos los comportamientos que no son humanos.

Al derecho penal sólo le interesa los comportamientos humanos que exterioricen determinadas conductas por lo tanto tiene que haber un actuar o un no actuar para hablar de responsabilidad penal.

Así pues la acción se ha caracterizado de diferentes formas:

- **MODELO LISZT-BELING:** consideraba la acción como un mero hecho de la naturaleza, es decir, un movimiento corporal que se materializa en un modelo del mundo exterior perceptible por los sentidos. La acción se constataba sin analizar la voluntad o intencionalidad del sujeto. A los efectos de la acción, la voluntad humana era considerada como un simple impulso que se producía el resultado. Los componentes intelectuales y volitivos se analizarían posteriormente, al llegar a la culpabilidad, que concentraba todo el aspecto subjetivo del delito. Las críticas a este planteamiento son muy importantes porque al definir la acción como un movimiento corporal quedan comprendidas las conductas que consisten en un hacer positivo, pero el concepto no es aplicable a las omisiones. El punto de partida de la omisión es justamente la ausencia de un movimiento corporal y por este motivo el concepto causal naturalista de acción tuvo que ser abandonado.

- NEOKANTISMO O CAUSALISMO VALORATIVO: ya no se habla de acción, sino de comportamiento humano que comprende acciones y omisiones, las dos formas en las que se puede expresar la acción causal. Esta diferenciación que se hace no convence. Las acciones que interesan al Derecho penal son las imprudentes. Pero acciones ya tiene que analizarlo con el tipo penal por eso los tipos penales consagran acciones dolosas o imprudentes. Fue Mezger el representante más importante de esta corriente. Para el causalismo valorativo la acción u omisión humana tiene que ser voluntaria, entendido la voluntad como simple impulso o deseo de causar un resultado en el exterior. La finalidad debe pues formar parte del concepto de acción.

- FINALISMO: Welzel sostuvo que no se puede hablar de acción humana si no existe una voluntad. Las acciones humana persiguen un fin, son acciones finales. Antes de comenzar a actuar, selecciona los medios con los que podrá llevar a cabo dicho objetivo. El hombre puede prever las consecuencias de su acción. Una vez hecho esto procederá a poner en marcha el plan que se ha propuesto en el mundo exterior. En cuanto al comportamiento humano, la meta de Welzel era conseguir un concepto unitario de acción aplicable a todos los delitos dolosos e imprudentes, activos y omisivos.

- La evolución del concepto de acción nos lleva a encontrar un concepto prejurídico de acción que se encuentra enlazado con los demás elementos de la teoría del delito. Son cada vez más los científicos que afirman que el concepto de acción no puede ser únicamente un concepto ontológico, pues en alguna medida depende de valoraciones que dotan de sentido a la acción.

2. AUSENCIA DE COMPORTAMIENTO HUMANO.

Nos encontramos con tres supuestos de ausencia de comportamiento humano:

- ESTADOS DE INCONCIENCIA: existe cuando el sujeto no tiene voluntariedad. Se pueden dar normalmente situaciones de sueño o imbrigadez en las que el sujeto no es consciente de lo que hace. Hay muchos delitos cometidos en estas circunstancias, por ejemplo, la persona que va conduciendo y se queda dormido produciendo un accidente con fallecidos. La responsabilidad penal y la culpabilidad se analizan en el momento en que se produce el hecho. No podremos sancionar a la persona por ejemplo que está dormida. Prevalece la teoría de la ACTIO LIBERAE IN CAUSA que desde hace más de un siglo era la solución a todos estos sistemas. Según la ACTIO LIBERAE IN CAUSA hay que valorar dos momentos en el Estado de inconsciencia:

- o Comisión de los hechos donde la persona no tiene conciencia.
- o Momento previo: es el de la causa. Si el sujeto por ejemplo dispuso seguir adelante cuando estaba dormido hay responsabilidad penal ya que el sujeto podría haber evitado el accidente.

- MOVIMIENTOS REFLEJOS: respecto a los actos reflejos tampoco existe comportamiento humano, es decir, se da cuando su movimiento físico no pasa por el cerebro. Por lo tanto no puede dar lugar a responsabilidad penal.

- FUERZA IRRESISTIBLE: puede ser:

- o Vis absoluta: fuerza física, en este caso no existe comportamiento humano Son misiones típicas. Esta vis absoluta tiene que ser externa.
- o Vis compulsiva: fuerza psíquica, sería una amenaza y aquí lo que falta es la culpabilidad.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

La evolución del derecho penal ha hecho que se noten más las diferencias entre el sistema anglosajón y el continental europeo que ve más inconvenientes en este tipo de responsabilidad penal.

Se rechaza en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas en primer lugar porque se tiende a unas responsabilidades colectivas, lo que supone que la pena históricamente podía ser trasladada a otras personas que eran inocentes. Esto fue excluido por el principio de personalidad de las penas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, quiénes pueden sufrir esas penas, son personas inocentes, sobre todo en el modelo norteamericano. Por eso y conforme a la teoría del delito las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, es decir, no pueden realizar conductas dolosas o imprudentes, no tiene libre albedrío pero tampoco tienen capacidad de motivación normativa.

Tampoco las personas jurídicas tienen capacidad de pena, no pueden cumplir penas resocializadoras. Por este motivo se ha optado por la aplicación de sanciones administrativas en el proceso penal y ahí nos encontramos con disposiciones.

Art. 129 Cp

Se puede imponer el art 121 a, b, c, d Cp. Estas son sanciones que no son penal sino sanciones administrativas y se tiene que haber cometido previamente un hecho delictivo y el problema que se plantea es que no está prevista para todos los delitos, es decir, para poder aplicar estas sanciones tiene que estar en el Cp. Por ejemplo, estas sanciones administrativas contra las empresas son aplicables para delitos contra el modelo ambiental.

Las personas jurídicas tienen presupuesto y capacidad para cometer esta lesión de bienes jurídicos que no serían delictivas. Se les puede aplicar sanciones administrativas, pero el motivo fundamental de responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en las nuevas formas de organización empresarial. Si se comete un delito dentro de una multinacional es difícil encontrar a la persona individual que lo ha cometido.

Nos encontramos que en buena parte de Europa admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto se considera que esa responsabilidad es posible en algunas materias puntuales, por este motivo nos encontramos con una enorme presión en la Unión Europea. Los directivos responden pues a las órdenes del capital. Su posición es dar orden y no responder.

■ ESTRUCTURA DE SISTEMA DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA:

Hay dos fórmulas posibles:

- **MODELO DE RESPONSABILIDAD BICARIAL U OBJETIVA DE LA EMPRESA:** este modelo supone responsabilidad penal añadida cuando en el seno de una empresa un miembro de esta comete un delito dentro del marco de actividades propias de la empresa y buscando un beneficio para las empresas. La empresa responde cuando el delito se comete por un empleado suyo dentro de la empresa, en el marco y en beneficio de esta pues. Lo que caracteriza a este modelo es que es imprescindible que el trabajador sea sancionado penalmente. Además se añade una pena para la empresa que tiene responsabilidad objetiva, no puede alegar falta de dolo. Para que este modelo sea posible es imprescindible que haya podido tener derecho a la defensa en el juicio.
- **MODELO DE LA RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD DE LA EMPRESA:** incorporado en Suiza en 2003. existe responsabilidad penal de la empresa con independencia del que haya podido cometer el trabajador. Este modelo

es muy peculiar porque es una responsabilidad penal basada en un concepto de culpabilidad dentro de la empresa diferenciado de la culpabilidad que tienen los individuos. Para una persona individual el fundamento de la culpabilidad lo vamos a encontrar en la capacidad de motivación. Pero una empresa no es motivable. Por eso la responsabilidad penal de una empresa en la que se ha cometido un acto delictivo está basada en defectos de organización. El modelo de Suiza permite seguir el proceso de la culpabilidad de la empresa y la del sujeto por separado. En este modelo se determina si la Empresa no ejercía los controles correspondiente y por eso permitió por ejemplo el blanqueo permanente.

4. LA ACTUACIÓN EN NOMBRE DE OTRO.

Esta formula ya existía en el Cp del 83 y se impuso para resolver un problema que se puede dar en los delitos especiales. La analogía en Derecho penal no nos sirve. Existe una serie de delitos especiales en los cuales el legislador restringe el nombre del autor, esto se da sobre todo en los delitos de los funcionarios públicos.

Art. 260.1 Cp.

Las empresas declaradas en concurso algunas veces han provocado su insolvencia, si lo hace así puede entrar en responsabilidad penal. el concurso se declara contra la persona jurídica y si aplicándose el principio de legalidad no habría responsabilidad penal que exige que coincida con la conducta desarrollada en el cp.

El art. 31.1 Cp extiende la responsabilidad penal a sujetos no cualificados que obran en representación de la persona jurídica. Se produce una disociación de los elementos objetivos del tipo entre la persona jurídica y el administrador, quien se

convierten destinatario de la norma. La actuación debe ser llevada a cabo siempre en nombre de la entidad. El art. 31.2 Cp recientemente incorporado, establece la responsabilidad patrimonial solidaria para la persona jurídica en cuyo nombre se ha actuado, respecto al pago de la multa.

LECCIÓN 11: LA ANTIJURICIDAD.

1. ANTIJURICIDAD EN SENTIDO FORMAL. RELACIÓN ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD.

■ ANTIJURICIDAD EN SENTIDO FORMAL:

El término antijurídico evoca la idea de un comportamiento que contradice las reglas establecidas por el Derecho. Puesto que el ordenamiento se compone de un conjunto de sectores normativos no cabe duda de que un acto puede ser antijurídico y sin embargo, carecer de relevancia penal; así por ejemplo es contrario a las normas civiles el comportamiento de arrendatario que no conserva la vivienda en buen estado y es contrario a las normas administrativas que regulan el tráfico de vehículos aparcar en doble fila. Por lo que al Derecho penal se refiere una conducta podrá tacharse de antijurídica cuando sea contraria a las normas que rigen ese sector del ordenamiento y que, en general, tienen naturaleza prohibitiva.

La teoría del delito habla de la conducta pero no dice nada de la pena, pues posteriormente habrá un análisis sobre la culpabilidad que se le puede achacar o no. Pero existe el hecho y su conducta es antijurídica, otra causa es que se le ponga pena o medida de seguridad.

Es el legislador quien decide las conductas penalmente antijurídicas ya que es él el que selecciona, determina lo que es delictivo o lo que queda fuera.

Hay que diferenciar entre

- juricidad formal, que es la conducta en contradicción con la materia penal legislada y la selección por parte del legislador.
- Antijuricidad general diferente de antijuricidad penal: recurrimos al concepto de tipo penal que viene a precisar qué conductas son penalmente antijurídicas, es decir, dirá que características tendrá la conducta prohibida.

■ RELACIÓN ENTRE TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD:

El legislador tiene la tarea de abstraer y definir en pocas palabras la conducta. Cuando este establece y regula los tipos está cumpliendo una función de garantías ya que declara las conductas punibles, pero el juez no puede usar la analogía si no existe la conducta en el tipo jurídico del derecho penal, como función esencial.

El tipo entonces tiene un signo negativo en que enuncia o escribe todos los elementos de la conducta prohibida. Sin embargo la ley que crea el legislador si se aplica a la realidad requiere una cierta matización. Las normas de derecho penal tienen contradicciones y es imposible tal caústica. Existe algo que permite resolver caos en que el legislador no puede especificar. Por ejemplo, el homicidio formalmente antijurídico, fundamento del tipo penal, necesito valoraciones que solucione los conflictos sociales.

Estos delitos entran en lo justificado, por eso existen ciertas conductas que se basan en el tipo penal que establece los parámetros, pero existen causas de justificación de conductas. Por ejemplo, se puede aplicar el estado de necesidad,

existen elementos que excluyen el tipo penal, excluyendo pero no en todos los casos. También existen causas de exculpación.

El art. 20.7 habla del ejemplo legítimo de un derecho.

Existen contradicciones entre derecho penal o el cumplimiento de un deber con base legal. El ordenamiento jurídico no es perfecto, por lo que algunas normas están en contradicción con otras. tiene que haber delitos y ausencia de causas de justificación.

Una parte de la doctrina llama a la ausencia de justificación elementos negativos del tipo o elementos integrantes del tipo negativo, terminología que aquí no se utiliza porque puede llevar a la confusión y porque bajo la terminología tradicional que preferimos seguir puede explicarse perfectamente la cuestión fundamental: que la tipicidad es una condición necesaria pero no suficiente de la antijuricidad de una conducta.

2. ANTIJURICIDAD EN SENTIDO MATERIAL: DESVALOR DE ACCIÓN Y DESVALOR DE RESULTADO.

Los principios constitucionales de lesividad e intervención mínima permiten utilizar el Derecho pena tan sólo para castigar aquellas conductas que comprometan gravemente la vigencia de algún bien jurídico. Ahora bien, no basta con decir que el bien jurídico debe quedar afectado por la conducta, sino que habrá de concretarse un poco más cuál es el grado de afectación. A este respecto los principios mencionados permiten castigar dos clases de comportamientos; los que originan lesión del bien jurídico y los que generen un peligro de lesión.

Sólo tenemos pues un análisis incompleto. Sólo podemos decir que se ha producido un resultado poco valioso, pero este análisis, de la antijuricidad material no es suficiente porque la producción de resultado se puede llevar a cabo de diferentes formas.

En efecto, el fundamento normativo en el que se apoya este sistema moderno obliga a distinguir netamente esas dos modalidades delictivas porque se considera que cada una de ellas vulnera distintos tipos de normas. Así mientras la conducta dolosa supone un comportamiento en el que el autor dirige su acción deliberadamente contra la norma que prohíbe realizar justamente acciones dirigidas a lesionar o poner en peligro el bien jurídico, la conducta imprudente vulnera una prohibición distinta: la de realizar conductas que comporten riesgos para el bien jurídico prescindiendo del cuidado debido. Por ello, junto al tradicional desvalor de resultado se añade en el sistema moderno el denominado desvalor de acción que consiste básicamente en esa infracción normativa pero que abarca también todo lo concerniente al modo de realizar el hecho. El propio legislador tiene en cuenta el desvalor total del hecho a la hora de diseñar los distintos tipos de injusto.

Hay que diferenciar tipos dolosos y o imprudentes, según desvalor de acción y no de resultado. El valor de resultado es similar a otros homicidios o asesinatos, según ensañamiento o no y el problema es cómo llevo a cabo la acción siendo sólo característica de la acción.

En consecuencia, existe una caracterización de injusto que diferencia DESVALOR DE ACCIÓN Y RESULTADO que exige el valor de la conducta así como el resultado para asignar el tipo penal específico.

La explicación que se ha ofrecido puede encuadrarse en lo que se conoce como doctrina dualista del injusto. Sin embargo, algunos autores sostienen que para calificar un hecho como injusto bastaría con apreciar en él un desvalor de acción quedando relegado el desvalor de resultado a un papel secundario, fuera del injusto. Este modo de explicar el injusto se denomina doctrina monista subjetiva y es objeto de crítica.

LECCIÓN 12: LA TIPICIDAD.

1. CUESTIONES PREVIAS.

Como ya sabemos todo delito incluye tres partes, es un modelo tripartito: delito se fracciona en típico, antijurídico y culpable. El tipo supone el aspecto central del análisis jurídico del delito porque es la categoría que determina lo que debe hacer una persona para que su conducta se considere delictiva. El tipo penal es pues el eje sobre el que se construye toda la responsabilidad y sirve para dar fundamento al principio de legalidad penal.

El tipo consagra tanto elementos objetivos como subjetivos. Tenemos que recordar que Liszt nos habla de la antijuricidad y la culpabilidad y es Binding quien incorpora la idea de tipo, que supone que la conducta que se desarrolla coincide con el comportamiento prohibido en el Cp.

Los tipos consagran la mayor parte de la materia prohibida u ordenada del Cp y todos tienen en común que se estructura a un determinado tipo penal. el Derecho penal motiva y para ello tiene que existir una descripción de la conducta que queremos motivar. A través de este camino se cumple la función de garantía que tiene que tener el principio de legalidad y que exige que el ciudadano conozca que está prohibido y que no.

Los tipos penales contribuyen a seleccionar los ataques a bienes jurídicos que deben sancionarse y los que no. Los bienes jurídicos no se protegen a todo tipo de ataques. El tipo determinará pues lo que es o no relevante para el ordenamiento jurídico-penal. la única delimitación previa al mismo será que la conducta sea humana.

En relación con el patrimonio por ejemplo, para que haya delito de hurto tiene que haber también ánimo de lucro. Si no es así puede estar fuera del tipo penal. el tipo penal está ejerciendo esta tarea de seleccionar los aspectos del bien jurídico que son relevantes y otros que no son relevantes.

La descripción de los tipos penales se hace normalmente de manera abstracta. No obstante, el principio de determinación de la norma penal exige moverse entre ambos extremos. A los efectos de lograr este deseado equilibrio cobra especial importancia el análisis de los diferentes elementos que conforman el tipo penal, ya que ello permite reducir el contenido abstracto del tipo. En la Parte general se estudian las características comunes a todos los tipos penales y en la parte especial, sus aspectos particulares.

2. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Los elementos que integran cualquier tipo penal son la acción, los sujetos y el objeto. Algunos autores añaden además otro elemento, tiempo y lugar de la perpetración del delito.

■ LA ACCIÓN:

El elemento más importante del tipo lo constituye la acción entendida como comportamiento en sentido amplio y por lo tanto, comprensivo de conductas activas y omisivas. Los aspectos externos e internos de la acción quedan recogidos en la parte objetiva y subjetiva del tipo.

La aparición externa del hecho es lo que se describe en el tipo objetivo. La parte subjetiva comprende aquellos elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho. Esta significación la proporciona la finalidad, el ánimo, la tendencia que determinó a actuar al sujeto activo del delito. En resumen, la presencia del dolo, de la imprudencia.

Siempre que en el Cp no se diga nada en particular los tipos y las penas se refieren al dolo. Es decir, se tienen que dar todos los elementos objetivos y luego pasar a analizar si existe dolo o imprudencia (elemento subjetivo).

Además, puntualmente algunos tipos penales no se conforman con el dolo, sino que añaden elementos subjetivos específicos (por ejemplo, en los delitos de estafa se requiere ánimo de lucro).

■ SUJETOS DEL DELITO:

Sujeto activo:

El sujeto activo del delito es aquel que realiza el tipo penal, es decir, aquel que ha cumplido con todos los elementos del tipo. El sujeto activo es el autor del delito y su conducta tiene que coincidir con la conducta prohibida. Como ya hemos dicho, en este Cp sólo puede ser sujeto activo una persona física. Nada obsta, a que el Cp se reforme incorporando la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Estos sujetos pueden ser comunes o especiales, lo que supone que el Cp por regla general establece delitos comunes. Por ejemplo, una malversación de caudales públicos sólo puede hacerlo un funcionario. Por lo tanto los delitos especiales son menos pero no son pocos.

Sujeto pasivo:

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, por ejemplo, en un atraco a una joyería sería el dueño de esta.

Tenemos que tener clara la diferencia entre sujeto pasivo del delito y víctima del delito, ya que este último es aquel sobre el que recae la acción del delito, es decir, en el ejemplo del atraco a la joyería sería el dependiente.

Hay que diferenciar porque el sujeto pasivo es más amplio que el concepto de sujeto activo pues puede ser el propio Estado. En consecuencia, esto es relevante porque la determinación del sujeto pasivo en algunos delitos posee relevancia práctica en orden a la impunidad o no del hecho. En algunos supuestos su consentimiento tiene relevancia ya que puede operar como causa de exclusión de la responsabilidad criminal. Asimismo, influye a la hora de atenuar o gravar la pena.

■ OBJETO MATERIAL Y JURÍDICO DEL DELITO:

El objeto material sobre el que recae físicamente la acción típica es el objeto del delito. No haya que confundir, por lo tanto, lo que es el objeto de la acción con el objeto jurídico del delito.

El objeto jurídico es un bien jurídico que se está protegiendo. Constituye la base de la estructura. Los bienes jurídicos son por definición valores ideales del orden social sobre los que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad. El bien jurídico se conforma como una guía material de inestimable valor a la hora de interpretar el tipo. El objeto jurídico es el patrimonio.

En el delito de homicidio el objeto material es la vida y el objeto jurídico es la vida como circunstancia que se da en la realidad que supone una serie de valores inmateriales y que tienen una característica muy diferente.

■ TIEMPO Y LUGAR DEL DELITO:

Estos conceptos son importantes desde varias perspectivas. El tiempo del delito es fundamental para medir sustancialmente si el delito ha prescrito y está consagrado en todas las normativas, o sea, hay que saber el tiempo del delito para saber cuando empieza la descripción de este. Por lo tanto el tiempo del delito es relevante de cara a la aplicación de la ley penal.

El tiempo también es importante para saber si el sujeto es menor o mayor de edad en el momento de comisión del delito, con lo cual se le aplicaría la ley del menor o el Cp del adulto.

En cuanto al lugar es un problema que interesa para el proceso penal. es importante porque establece la competencia o no de Tribunales españoles y dentro de España la competencia de un tribunal u otro.

3. CLASES DE TIPOS.

■ SEGÚN MODALIDADES DE LA ACCIÓN:

- **Delitos de resultado y de mera actividad:**

Esta diferencia es importante porque un delito será de resultado si existe un resultado que se puede separar en el espacio y en el tiempo. Por ejemplo, la estafa, que requiere la presencia de un perjuicio patrimonial. Estos delitos presentan un problema que es la relación entre la acción y el resultado, es decir, tiene que darse una relación causal o de imputación objetiva de ese resultado a esa acción.

Los delitos de resultado pueden dividirse en atención al momento consumativo en delitos instantáneos, permanentes y de estado. El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica en el tiempo por la voluntad del autor. En el delito de estado, aunque también crea una situación antijurídica duradera, la consumación cesa desde la aparición de éste, pues el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento.

En los delitos de resultado hay que buscar las pautas para que ese resultado sea imputable a la conducta. Para poder hablar de delitos de resultado tiene que existir una modificación en el mundo exterior. Ahora bien, no todos los delitos

provocan esa modificación en el mundo exterior, por eso están los delitos de mera actividad, que se caracterizan porque no existe resultado. Por ejemplo, alguien que entra en morada ajena sin consentimiento del dueño.

- **Delitos de acción y de omisión:**

El Cp establece prohibiciones y mandatos. Los delitos de comisión realizan una conducta prohibida por su nocividad y los delitos de omisión consisten en que el sujeto se abstiene de realizar una conducta ordenada por la norma.

El Cp establece otra serie de delitos que son omisivos, por ejemplo la omisión del deber de socorro. Los delitos de omisión pueden ser puros o propios o de comisión por omisión, es decir, cuando se trata de delitos de resultado y ese resultado se alcanza por una inactividad. En virtud del art. 14 Cp se equipara esa conducta omisiva a una conducta activa.

- **Delitos de medios determinados y resultativos:**

En los delitos de medios determinados el legislador acota expresamente las modalidades comitivas. Ejemplos de éstos serían la estafa, puesto que se exige que la acción se concrete en forma de engaño. Por el contrario, en los delitos resultativos el tipo no limita las posibles modalidades de la acción, basta con que sean idóneas para la producción del resultado. Así sucede en los delitos contra la vida por ejemplo.

- **Delitos de un acto, pluralidad de actos y alternativa:**

En general casi todos los delitos son de un solo acto, es decir, tiene que darse una única conducta prohibida. En cambio existen casos en los que no es suficiente un acto, sino que tiene que darse pluralidad de actos.

El ejemplo más fácil es el delito de robo, que es apoderarse de cosa ajena pero empleando fuerza y amenaza en las personas. La diferencia con el hurto es que en este hay un solo acto que es apoderarse de cosa ajena. El robo sería pues un delito de pluralidad de actos.

En los delitos alternativos se estructuran una serie de supuestos y cualquiera de ellos es suficiente para considerar punible la conducta, por ejemplo hallanamiento de morada.

■ SEGÚN LOS SUJETOS:

- **Delitos comunes y especiales:**

Todos los delitos del Cp son comunes salvo que se establezca lo contrario. Normalmente la ley se abstiene de delimitar el círculo de eventuales sujetos activos del delito por medio de fórmulas de gran amplitud. Pero existen delitos en los que se exige la concurrencia de determinadas cualidades personales en el sujeto activo. A los primeros se les denomina delitos comunes porque pueden ser cometidos por cualquier sujeto y a los segundos delitos especiales.

A su vez, los delitos especiales admiten una distinción interna: delitos especiales propios y delitos especiales impropios. En los primeros el tipo prevé sólo como posibles sujetos activos a personas especialmente calificadas. Los delitos especiales

impropios tienen correspondencia con un delito común, pero su realización por sujetos cualificados hace que éste se convierta en un tipo autónomo distinto.

Los delitos especiales presentan importantes problemas en relación a la autoría y participación en el delito.

- **Delitos de propia mano:**

Es una clasificación que ha caído en desuso. Son delitos que sólo pueden ser cometidos por una persona sin posibilidad de autoría mediata. Pero nosotros sólo nos vamos a quedar con los delitos comunes y especiales en esta clasificación.

■ **SEGÚN LA RELACIÓN CON EL BIEN JURÍDICO:**

- **Delitos simples y compuestos:**

Los simples protegen un solo bien jurídico y los compuestos varios. Los simples no presentan problema y son la mayor parte. En cambio los delitos compuestos también son pluriofensivos, es decir, que la conducta afecta a varios bienes jurídicos.

Por ejemplo, en el delito de extorsión la conducta típica lesiona dos bienes jurídicos: la libertad y el patrimonio.

- **Delitos de lesión y de peligro:**

La lesión es la destrucción o el menoscabo del bien jurídico, con lo cual en buena parte de los delitos del Cp la pena se aplica cuando se destruye o menoscaba el bien jurídico.

El legislador no siempre espera a la destrucción del bien jurídico para sancionar conductas ya que se pueden sancionar conductas de peligro para el bien jurídico.

En los últimos 30,40 años existe la sociedad del riesgo, hecho que hace que el Cp incorpore delitos de peligro.

Es importante distinguir de los delitos de peligro concreto los de peligro abstracto. Éstos constituyen un grado previo respecto de los delitos de peligro concreto. El legislador castiga aquí la peligrosidad de la conducta en sí misma. La consumación de un delito de peligro concreto requiere la comprobación por parte del Juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo. Por esta razón, estos delitos son siempre de resultado.

En cambio, el delito de peligro abstracto parte de una presunción en la que no existe necesidad de comprobar el peligro efectivo para el bien jurídico.

4. FORMULACIÓN DE TIPOS PENALES.

En la formulación del tipo el legislador puede utilizar elementos descriptivos y normativos. Los elementos descriptivos pueden ser empíricamente constatados, perceptibles por los sentidos. Pero que sean descriptivos no supone que en algunos casos haya que establecer valoraciones.

También hay tipos penales de naturaleza normativa que requieren de una valoración judicial, que puede ser a la vez social o jurídica. Los criterios normativos de

naturaleza jurídica exigen que haya que recurrir a una serie de conceptos jurídicos para saber que es lo que se está prohibiendo.

Todas estas características tienen gran importancia en materia de error, puesto que es más complejo según el nivel intelectual y social de cada persona acceder a conceptos normativos y en especial los jurídicos que pueden dar lugar a un error de tipo o de prohibición.

Los tipos de la parte especial no se hayan desconectados entre sí, sino en primer lugar existe la relación entre delito base y delito cualificado o privilegiado. La segunda variante resulta de la adición de ciertos elementos al tipo base que cualifican o privilegian la conducta.

En segundo lugar, existen los denominados delitos autónomos los cuales representan una variante típica independiente y separada de todo otro delito. Estas distinciones son muy importantes establecer la autoría y participación de los sujetos en el delito.

LECCIÓN 13: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE RESULTADO.

1. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO.

El tipo objetivo es la parte externa del delito. En él se describen la acción, el objeto de la acción, en su caso el resultado, las circunstancias externas del hecho y las

cualidades de los sujetos. El tipo objetivo es el objeto en el que se proyecta el tipo subjetivo.

Los elementos del tipo tienen que estructurarse de una determinada forma. Entre la acción y el resultado tiene que haber una relación. En la antigüedad el resultado era consecuencia de la acción.

En cuanto a los elementos subjetivos, si nos preguntamos por ellos, las dudas se disparan. Por lo tanto tiene que analizarse en primer lugar en todos los delitos de resultado la relación entre la acción y ese delito de resultado. Esto se hace por la vía de los elementos objetivos, en la que la acción es imputable.

En un segundo momento se verá si este resultado es imputable a título de dolo o de imprudencia o ninguno de los dos. Esto se realiza por vía de la imputación subjetiva.

En la evolución de la teoría del delito el eje del delito era la relación causal, es decir, entre la acción y el resultado tenía que existir una relación causal. En esa característica del delito la comprobación era si el resultado había sido causado por la acción A.

El tránsito hacia el pensamiento moderno viene dado porque estos criterios no siempre conducen a resultados apropiados, por eso se recurre a la imputación objetiva, que supone la utilización de criterios valorativos (resultados imputables a acción).

Hay muchos supuestos en los que existe relación causal que al Derecho penal no le interesa y para eso sirve la imputación objetiva que es un medio para seleccionar supuestos que están en el tipo penal. por eso damos pautas axiológicas y valorativas.

La diferencia entre el planteamiento causalista y el moderno es que en el tipo interesa establecer una relación entre conducta y resultado o realizar una valoración para determinar cuál es la conducta que quiere ser evitada entre todas las que se ha relacionado el hecho delictivo.

La imposibilidad objetiva se estructura en base al incremento del riesgo de producción del resultado, de ahí que establezca cuáles son los criterios que hay que utilizar para hacer la comprobación de la imputación de un resultado en los delitos de resultado.

2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE RESULTADO.

El presupuesto en cualquier caso tiene que ser una relación causal. Para establecer la relación de causalidad la doctrina ha elaborado numerosas teorías, de entre ellas vamos a mencionar: la teoría de la condición o de la equivalencia de las condiciones y las teorías de la adecuación y de la causa relevante.

■ LA CAUSALIDAD COMO CONDICIÓN:

Dentro de esa relación causal tenemos que hablar de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según esta teoría toda condición que interviene en la producción de un resultado es causa de ese resultado. Esto en alguna medida nos sirve, ya que es la primera posibilidad para llegar a cuál ha sido la causa.

En el siglo XIX se establece el segundo paso y se recurre a la fórmula de la CONDITIO SINE QUA NON, que según el TS “el que es causa de la causa es causa del mal causado”. Según esta fórmula la supresión mental de una condición que hace desaparecer el resultado es su causa.

Esta fórmula es hoy en día utilizada por el TS. La CONDITIO SINE QUA NON supone suprimir mentalmente una condición de resultado y si el resultado no se produce es la causa del resultado.

Las críticas a esta fórmula son muchas: en primer lugar con la fórmula de la supresión mental llegamos al regreso de lo infinito. En segundo lugar, no demuestra nada, se trata de un método de comprobación posterior que no arroja ninguna luz sobre el fundamento material de la relación causal. Esta teoría sólo es aplicable cuando ya se ha comprobado en supuestos anteriores la eficacia de la condición. Además existen otra serie de problemas que no resuelve este método hipotético de la CONDITIO SINE QUA NON.

El primer caso son los llamados cursos causales hipotéticos, cuando el resultado se hubiera producido simultáneamente y de igual forma cuando suprimimos mentalmente esa condición.

Por lo tanto hasta aquí vemos: un universo de convicciones equivalentes, hay que buscar un criterio de esas convicciones equivalentes para que lleguemos a lo que queremos y la fórmula utilizada es inadecuada porque nos lleva a resultados erróneos.

Por lo tanto hay que buscar criterios que incluyan una valoración y nos encontramos con:

■ TEORÍAS EVOLUCIONADAS DE LA CAUSALIDAD:

Las deficiencias observadas en la teoría de la equivalencia de las condiciones determinaron a la doctrina a buscar métodos de análisis más parecidos. De esta forma se elaboran dos teorías: las de la adecuación y la de la causalidad relevante.

La teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada tengo que saber si la conducta es adecuada para resolver el caso concreto. Esta teoría intenta resolver el problema de la causalidad en base a sujetos como hombre prudente, avalado por la ley de probabilidad...

Por tanto la teoría de la adecuación pregunta si el comportamiento es adecuado para producir un determinado resultado. El error que subyace a la teoría de la adecuación es que selecciona los procesos causales con arreglo a criterios estadísticos y de normal aparición sin alcanzar a exponer con claridad la relevancia normativa de los mismos con la nitidez debida. Por eso esta teoría resulta aún excesivamente amplia y poco precisa como principio limitador de la responsabilidad por la producción del resultado.

3. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

■ LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: EL PRINCIPIO DEL RIESGO:

A Roxin se debe la gran aportación de depurar de todo vestigio ontológico esta teoría y elaborar el denominado principio de riesgo. La cuestión jurídica fundamental consiste en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. Sólo es objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha materializado en el resultado típico. El juicio de imputación objetiva se compone de dos elementos:

- la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado.
- el resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado implícito en la acción.

La clave por tanto es la diferencia entre causalidad e imputación objetiva. Por lo tanto acción y resultado tienen que estar conectados. Los delitos de resultado exigen esta doble conexión. En el homicidio consumado por ejemplo tiene que haber una relación causal empíricamente demostrable y además ese resultado tiene que ser valorado.

Lo normal es que con la constatación empírica de que esa acción fue causa del resultado la valoración va a ser bastante sencilla.

Los parámetros para valorar se centran fundamentalmente en:

→ **CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS:**

Qué ocurre si ese resultado se hubiera producido en el mismo momento y en la misma forma. Por ejemplo, el anestesista que se equivoca en la anestesia del paciente pero se demuestra que aún dándole la droga que le correspondía el paciente se hubiera muerto igual.

En estos casos hay relación causal. La pregunta es si hay que imputar o no ese resultado, es decir, si es objetivamente imputable. La primera reflexión fue la existencia de una relación causal desde el punto de vista empírico, es decir, lo que se conoce como Teoría de la equivalencia de las condiciones.

Todas las condiciones que dan lugar a ese fenómeno son causas, siempre que se pueda demostrar empíricamente. De todo ese espectro tendremos que individualizar algunos, tiene que existir algún criterio, es decir, fórmula para identificar cuál es la causa del resultado y se eche mano de la *CONDICTIO SINE QUA NON*.

Esta fórmula se enuncia haciendo una abstracción mental de una determinada condición y si el resultado no se produce entonces esa condición no es la causa. Por lo tanto se trata de suprimir mentalmente la condición y si el resultado varía pues hay tenemos la causa.

Por lo tanto se trataría de un análisis para limitar la Teoría de la equivalencia de las condiciones. Los problemas de esta Teoría son:

- Para llegar a identificar una condición relevante para el resultado proponemos cuál es la causa, con lo cual existe un problema lógico y por lo tanto esto no sirve para nada.
- No da solución a los ejemplos de cursos causales hipotéticos ni a la causalidad acumulativa.

Con lo cual la supresión mental nos lleva a la conclusión de que ni el anestesista ni el asesino son causas. Por tanto esto no es válido.

En consecuencia, con la tesis de la CONDICTIO SINE QUA NON nos encontramos con una serie de problemas que tienen difícil solución. Esto ha llevado a una evolución, por lo que hay que abandonar estos criterios y recurrir a criterios valorativos. Habrá que llegar pues a la teoría de la adecuación o de la causalidad adecuada. Esta teoría dice que de todas las condiciones equivalentes que pueden llevar a un resultado tenemos que seleccionar una que llamamos CAUSA y no podemos ir a una fórmula psicológica, sino que hay que incorporar valoraciones, de tal modo que sólo será causa la valoración que normalmente produce el resultado.

La valoración significa que el juez se tienen que colocar en el lugar del autor con unos criterios objetivos. Entonces el juez se tienen que preguntar si lo que ha hecho el autor normalmente produce ese resultado. Esto supone valorar lo que el juez piensa que ha ocurrido.

Ahora se ha dado paso a la imputación objetiva, que nos dice que el resultado debe ser jurídicamente atribuible a la persona, es decir, cuando el resultado no es obra del azar. En esencia, la imputación objetiva nos dice que el resultado es imputable al sujeto cuando éste ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

La imputación objetiva supone un paso más de lo comentado hasta ahora, porque incorpora un incremento de riesgo. Lo que hay que hacer para que el resultado sea imputable al sujeto será:

- Relación de causalidad que es diferente a la imputación objetiva y supone esta relación mucho más genérica. Empezamos pues con una relación puramente empírica. Puede haber muchas causas pero tengo que tener un cauce para llegar a una imputación a una persona determinada. Esta relación de causalidad

se mide según la Teoría de la equivalencia de condiciones. Siempre estamos hablando de los delitos de acción.

- Afirmar o valorar si este resultado supone la manifestación del riesgo jurídicamente desaprovechado presente en la acción. Los riesgos jurídicamente desaprovechados son por ejemplo matar, envenenar, disparar... pero esto no supone que la persona sea sancionada. Por lo tanto aquí empiezan a excluirse una serie de conductas que no incrementan el riesgo. Vamos a preguntarnos pues si existe o no existe el riesgo. Destacar que la conducta del sujeto es una manifestación del riesgo prohibido que no quiere decir que exista responsabilidad penal.

La clave es que el resultado sea la expresión de riesgos jurídicamente desaprovechados. Con lo cual ya algunas de las conductas quedarán fuera y otras diremos que si comportan un desvalor de acción y que existe riesgo jurídicamente desaprovechado.

Según **la creación o no creación del riesgo no permitido** un resultado sólo es imputable si la acción del autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico. Se trata de un criterio complementario al principio de riesgo en el que aparece con bastante nitidez la teoría de la adecuación.

El grupo de casos referentes a cursos causales irregulares se resuelven por esta vía. En todos ellos ha de negarse la imputación debido a que el riesgo creado no está jurídicamente desaprobado. Una vez más, la falta de relevancia penal del riesgo reside en la ausencia de la capacidad de la acción de pretender la producción del resultado típico.

Hay imputación objetiva en todo lo que hemos conocido como cursos causales hipotéticos, por ejemplo, el padre que sustituye al verdugo aunque la causa se haya producido igual por otros motivos, lo que supone un riesgo jurídicamente

desaprobado. Son por tanto comportamientos que quieren ser evitados por el Derecho penal.

Por otro lado, en el supuesto de que el sujeto aumente con su acción el riesgo permitido el resultado le será objetivamente imputable. La eficacia del criterio adicional que estamos examinando en relación a los cursos causales hipotéticos es que la condición no ofrecería respuesta al problema, pues la supresión mental de una causa no hacía desaparecer el resultado, debido a la presencia en el curso causal de otra causa sustitutiva.

La teoría de la imputación resuelve con mayor precisión el problema. En efecto, la imputación del resultado queda excluida sólo si la conducta del autor no cooperó a incrementar el riesgo permitido.

La imputación objetiva nos sirve para excluir otros resultados así nos encontramos con:

- **Riesgos socialmente adecuados:** son los que sin constituir una infracción del deber objetivo de cuidado la experiencia nos dice que antes o después pueden llegar a lesionar un bien jurídico. No hay imputación objetiva de resultado o muerte del marido por ejemplo si lo hace porque su mujer se ha separado de él. La imputación objetiva nos sirve para deslindar en el momento previo al dolo todas estas circunstancias.
- **Disminución del riesgo:** tampoco es imputable el resultado que el autor produce para impedir otro más grave. Por ejemplo si un sujeto para reanimar a alguien le provoca lesiones en las costillas.

Por último la imputación objetiva culmina con la existencia de un fin de protección de la norma que supone una solución interpretativa de cara al bien jurídico

que opera en el ámbito de los delitos imprudentes y señala que la conducta tiene que coincidir con el fin perseguido por el tipo penal. en los delito dolosos no tiene cabida este criterio, ya que todos los casos son reconducibles a los de creación o aumento del riesgo.

LECCIÓN 14: LA OMISIÓN. (ejemplos vip en este tema).

1. CONCEPTO DE OMISIÓN Y CLASES.

La conducta humana que sirve al tipo penal puede ser positiva o negativa, es decir, puede consistir en hacer o no hacer algo. Estas dos modalidades se traducen en conductas activas u omisivas, que se encuentran reflejadas en el art. 10 Cp y desarrolladas en el 11 de este mismo código. Así según el art. 10 Cp son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

Por lo tanto se equipara la omisión a la acción ya que por ejemplo una madre puede matar al hijo con sus manos o no dándole los alimentos que necesita para vivir. Ahora bien, no todo comportamiento pasivo reviste un comportamiento omisivo, es decir, requiere un juicio normativo negativo.

La cuestión no es fácil de resolver y ha traído un debate acerca del fundamento de la omisión. Así nos encontramos con:

- **PERSPECTIVA ONTOLÓGICA, NATURAL O VALORATIVA:** esta concepción entendía que la omisión se explicaba a partir de reacciones naturales. La omisión se explica por la mera pasividad. Esto ha sido muy criticado a lo largo de los años porque no es relevante jurídicamente que algo proceda de la pasividad. En el

ejemplo de la madre anterior es así porque está valorado normativamente. Es decir, dentro de esta tendencia se agrupan todas aquellas teorías que consideran a determinadas propiedades naturales como suficientes para dar sentido a la omisión. El contenido de esas propiedades puede provenir de fuentes muy diversas. Los conceptos propuestos adolecen de un alto grado de indeterminación y valor sistemático. Estas posturas fueron pues objeto de crítica, ya que hacer depender la noción de la omisión de la pasividad del sujeto resulta irrelevante.

- PERSPECTIVA AXIOLÓGICA O NORMATIVA: hoy en día la doctrina mayoritaria se decanta por entender la omisión como un concepto jurídico penal, no meramente naturalista. Es decir, consiste en no hacer algo que debería haberse hecho y debía porque así lo exige la norma. La omisión sólo puede fundamentarse de acuerdo con pautas morales y nosotros lo valoramos. Para que una omisión sea valorada jurídicamente su marco de referencia tiene que ser la norma penal.

Así la omisión se puede formular como un comportamiento consistente en no hacer normativamente lo desvalorado. Según el art. 10 CP no sólo las acciones dolosas o imprudentes estarían penadas, sino también las omisiones.

Por tanto el tipo penal legal puede presentarse en forma de acción o de omisión. Las acciones se ejecutan cuando se realiza la conducta escrita, por ejemplo, el que matare a otro. Esto se enfrenta a los tipos de omisión en los cuales no se ejecuta conducta alguna. Por tanto, cuando hablamos de omisión nos referimos a una categoría penal que se encuentra dentro del tipo objetivo.

Dogmáticamente el delito de omisión se construye a caballo con el de acción. A partir del siglo XIX empieza la discusión sobre la omisión que no ha terminado aún, lo que se da por la evolución de la sociedad. La discusión fundamental tiene lugar en la segunda mitad del siglo XX cuando aparecen formas diferentes de criminalidad. Ya no

sólo estamos ante formas de criminalidad violenta, sino que el Derecho penal empieza a reflexionar sobre conductas que socialmente hubieran sido exigibles. Es decir, se va incrementando la necesidad de exigir la obligación de actuar en determinadas ocasiones, que es lo que va generando la discusión dogmática de la omisión.

El problema es que se han intentado colocar en la omisión todas las categorías de la acción y esto no siempre es posible. Por ejemplo, en la omisión no hay una actuación exterior que desemboque en un resultado como ocurre con la acción. A partir de aquí estamos ante categorías intelectuales completamente distintas. Cuando pensamos en la norma penal pensamos en una norma de mandato. En el caso de la omisión se trata de una norma de mandato que obliga a haber realizado una acción.

Así el art. 195 Cp nos habla de la omisión del deber de socorro. Se sanciona un no hacer, es una norma de mandato referente a una acción que se omite. La traducción del mandato en positivo sería que se tiene la obligación de resolver.

Existen dos categorías de delitos de acción, pues igualmente en los delitos de omisión también existen dos clases: delitos de omisión puros o propios (incriminan únicamente la omisión frente a la obligación de hacer algo determinado, por ejemplo en el art. 195 Cp se sanciona la obligación) y los delitos de omisión impropia o de comisión por omisión (la omisión realizada cuando se está obligado a evitar el resultado y como consecuencia de esa omisión se da el resultado, por ejemplo, la madre que tiene que dar de comer al hijo , no lo hace y éste muere).

2. DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS.

También llamados puros. Los delitos de omisión propios incriminan un no hacer, la no realización de la acción que la ley obliga. Equivalen a delitos de mera actividad.

La obligación aparece en el Cp y surgen para todos los sujetos que se puedan encontrar en tal situación. Por ejemplo, en el art. 195 Cp.

La exigencia de la norma es que en primer lugar la persona se tiene que encontrar en esa situación, en segundo lugar tiene que actuar sin riesgo propio o ajeno y en tercer lugar se genera la obligación de socorrer, que se da cuando surge el peligro en el tipo si se cumplen los requisitos previos. Si omito la acción estoy incumpliendo el tipo objetivo.

Los elementos de la omisión pura son:

→ **TIPICIDAD OBJETIVA:**

- La adecuación de la situación real a la descripción del tipo penal: en estos delitos normalmente se describe la situación típica claramente (ejemplo de art. 195 Cp). Hay que tener en cuenta que para saber si yo estoy obligado a actuar la norma tiene que ser muy descriptiva, es decir, conocer la situación es un elemento esencial.

- Ausencia de la acción exigida: de la situación que conocemos surge una obligación de actuar. Para cumplir con el tipo tenemos que conocer la descrita. Así en el art. 195 Cp la obligación es socorrer a la otra persona. Según cada caso sería cooperar con la justicia, denunciar el delito, etc.

- El autor tiene que tener capacidad de ejecutar la acción debida: sólo cumple el tipo penal quien está en condiciones objetivas de realizar la acción que

omite. Nos pone en la situación de tener que valorar la capacidad del que no actúa. Habrá que valorar por ejemplo la actuación de un hombre medio, situarlo en la posición del autor concreto, es decir, con el conocimiento que el autor tiene en ese momento. Habrá también que analizar si contaba con las capacidades físicas y mentales de una persona normal y valorar muchas más cosas. Sólo si valoramos todos estos aspectos podemos saber si el sujeto podía haber realizado la acción debida.

→ **TIPICIDAD SUBJETIVA:**

El tipo doloso en los delitos de omisión presenta particularidades respecto a los de acción. En los de acción para que haya dolo se conocen todos los elementos del tipo objetivo. Sin embargo en la omisión el comportamiento desemboca de forma ajena a la voluntad del sujeto. Esto trae consigo problemas.

En los tipos de omisión el legislador establece qué delitos se pueden cometer imprudentemente y cuáles no. No todos los tipos tienen modalidad imprudente y cuando lo hay pueden ser delitos o faltas.

3. LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIOS O DE COMISIÓN POR OMISIÓN.

Determinados sujetos tienen un deber específico de actuar para evitar que se produzca el resultado típico. A éstos se les denomina garantes y se dice que han cometido un delito de omisión impropio si se abstienen de cumplir con el deber específico mencionado.

Los delitos de comisión por omisión incriminan la causación de un resultado típico a través de un comportamiento pasivo, omisivo. Esta modalidad plantea problemas infinitos.

■ REGULACIÓN LEGAL DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN:

Esto hace que muchas teorías incidan sobre la relación de causalidad. Se hace tratando de intervenir a través de la teoría de la causalidad hipotética que surge para tratar de equiparar la omisión en la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Según la teoría de la causalidad hipotética si se introduce mentalmente la acción mandada y desaparece el resultado podríamos decir que la omisión antepone la acción no realizada.

Por ejemplo, si una mujer ve que al marido sufre un ataque al corazón y no hace nada por socorrerle. Si en este caso la mujer le hubiera dado la pastilla de la lengua al hombre no hubiera muerto, pues entonces se produciría una omisión que produce la muerte.

Pero a esta teoría se le reprochó que construyese el delito desde una hipótesis. Así es más imaginación que otra cosa. Lo que estamos buscando es algo que no existe. Nunca podríamos por lo tanto comprobar que hubiese sucedido si no le hubiéramos dado la pastilla.

Por tanto la causalidad no puede ser algo que explique la omisión. Hay que tratar de explicar la omisión a través de su carácter normativo. Hay que acudir a la teoría de la imputación objetiva en el seno de lo normativamente aprobado.

Hasta la entrada del Cp de 1995 no se reconocía la comisión por omisión. No existía una regla para valorar situación de omisión impropias. Hoy en día si existe en el art. 11 Cp.

Hasta que el Cp de 1995 no incorpora el art. 11 la comisión por omisión era un vacío doctrinal. Los delitos de comisión por omisión se aplican para cualquier delito de resultado en el Cp. Así la omisión pura o propia es omitir un deber reglado y aquí lo que hay es que alguien debía haber hecho algo, no lo hace y se produce un resultado.

Así en el ejemplo de la madre que mata a su hijo no dándole de comer se le sanciona a ésta porque es como si lo hubiera matado. La omisión si que la recoge la CE en su art. 25 y el propio Cp también hablaba de la omisión pero no describía los elementos. Esta pared polémica se resuelve con la incorporación del art. 11 Cp.

Artículo 11

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

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

El autor ocupa una posición de garante. La madre es garante de este modo respecto a la vida de su hijo por ejemplo.

De esto modo la injerencia se da si yo genero la situación con una acción precedente. A través de la injerencia se provoca la acción. Este art. 11 Cp es muy abierto, lo que lo hace polémico.

■ CONDICIONES:

El tipo objetivo de la comisión por omisión presenta una estructura similar a la pura, pero existen diferencias fundamentales:

1. **Adecuación de la situación a la descripción típica:**

En este caso tiene que concurrir en el autor los requisitos que configuran la posición de garante. Es preciso que la situación que fuere el autor cumple con la situación de garante en el momento en el que desarrolla la acción. En la omisión pura por ejemplo nos teníamos que encontrar en la situación de socorro, pero aquí nos encontramos con el riesgo de resultado muerte.

En la comisión por omisión se da el tipo concreto y por otro lado el art. 11 Cp dice que se tiene que dar riesgo de muerte y estar en situación de garante. Situación de garante es la que tiene el autor frente al bien jurídico que exige que se cuide la permanencia de ese bien, evitando cualquier resultado lesivo para ese bien jurídico. Es esa situación la que permite fundamentar la imputación objetiva de un resultado a un no hacer.

4. **FUENTES Y FUNCIONES DE LA POSICIÓN DE GARANTE. (este punto puede ser preguntado individualmente o como continuación de lo anterior).**

→ **Fuentes legales de la posición de garante:**

Existen varias teorías para fundamentar la posición de garante en el seno de este elemento (adecuación a la situación). Para responder en qué casos la posición de garante existe en el Derecho penal podemos hacer referencia a dos teorías:

- Teoría formal del deber jurídico: existe posición de garante siempre que exista un deber de actuar con arreglo a la ley, o a un contrato o a un actuar precedente (teoría de la injerencia). Por ejemplo la obligación que existe al que causa un accidente de circulación de auxiliar a la víctima.

- Teoría de las funciones: de forma más moderna. Hay que superar la teoría formal. La posición de garante es una situación funcional que existe entre el autor y la víctima. Con base a ella se piensa que habría posición de garante si el autor tiene una especial situación de protección. Esta teoría supera la tesis forma pues por ejemplo existe una función de protección entre dos personas que son pareja de hechos con independencia de que no exista situación reglada. El art. 11 Cp tiene una referencia a la teoría formal porque en el segundo inciso equipara la omisión a la acción a través de una situación reglada.

Lo que nos pasa es que va a ser un desarrollo teórico y jurisprudencial el que introduzca la teoría de las funciones. Pero en realidad si seguimos el art. 11 Cp vemos que no podríamos sancionar por ejemplo al novio que deja a su novia sola tras caer en una zanja.

En definitiva, lo que se trata es de buscar hoy en día un fundamento material a la posición de garante. Esto es necesario y en primer lugar tendríamos que exigir que el

autor tenga que ver o no bien con la creación de riesgo o bien que lo incremente a través de su no hacer.

→ **Funciones que dimana de la posición de garante:**

Además tendríamos que valorar también que la situación de riesgo genere una situación en la que el bien jurídico dependa del que omite. Según esta tesis de las funciones de las fuentes de la posición de garante se dividen en:

Deber de defensa del bien jurídico:

Determinadas personas están obligadas a velar por la integridad de un bien jurídico debido a que se encuentra dentro de su ámbito de dominio. Ellos han adquirido el compromiso de evitar que pueda ser puesto en peligro o incluso lesionado. Si debido a su conducta tal resultado se produce responderán como garantes de un delito en comisión por omisión. El origen de este compromiso puede obedecer a múltiples circunstancias:

- derivado de una relación familiar: ocuparemos posición de garante cuando se trate de relaciones familiares próximas. Existe por tanto un deber de protección, pero esto por si solo no implica imputación objetiva de resultado, sino también hay que analizar el caso concreto y si se ocupa la situación de garante. Habría que comprobar también si existe relación materia o formal. También hay que probar si existe relación de dependencia.
- Derivado de una comunidad de peligro: deber que se genera cuando varias personas realizan una actividad de riesgo. Surge la obligación de protección

entre todos, de unos sobre los otros. por ejemplo cuando tres personas van en un velero asumen una situación de riesgo.

- Derivado de la aceptación voluntaria de la función de proteger bienes jurídicos: cuando una persona por sí misma asume una función de protección de vigilancia de bienes jurídicos. Por ejemplo el profesor de ski.

Pero no basta con esto, ya que esto es necesario pero además hay que verificar el caso concreto, es decir, hay que atender a la situación típica, la posición de la víctima, etc.

Deber de vigilancia de una fuente de peligro:

La posición de garante también puede aparecer cuando la indemnidad del bien jurídico depende del control personal de determinadas fuentes de peligro ya existentes o generadas por alguna acción u omisión precedente contraria a derecho. En todos estos casos, el sujeto queda en posición de garante, y en consecuencia, obligado a evitar la producción de un resultado típico. La doctrina distingue grupos de supuestos:

- Deber de actuar que surge del actual precedente (injerencia): se llama actuar precedente a la actividad exterior a la omisión que ha generado el peligro. Por ejemplo, una persona se salta un semáforo en rojo y atropella a un peatón, es el atropellador el que ha generado la situación de riesgo, por lo que está obligado a actuar para que no se produzca el resultado. Si el atropellador huye no responde por homicidio, sino por comisión por omisión.

- Deber que surge del deber de control de fuentes de peligro: se encuentra bajo el dominio del autor. Está obligado quien trabaja con máquinas a controlar este instrumento peligroso. Esta posición de garante abarca un amplio

ámbito. Así el perro que le hace un mal a otra persona sitúa al dueño en una posición de garante.

- Deber de control respecto de terceros: en determinadas situaciones algunas personas están obligadas a controlar a un tercero. Se convierten así en garantes de lo que esa persona pudiera cometer. Por ejemplo, el padre que ve como su hijo roba y no hace nada, es responsable de un delito de robo.

■ SEGUIMOS AHORA CON CONDICIONES DEL EPÍGRAFE 3.

2. No realización de la acción debida y como consecuencia producción del resultado:

La producción del resultado diferencia la omisión pura de la comisión por omisión, ya que el resultado sólo interesa en el segundo caso. Es el elemento que exige el tipo legal según el delito de que se trate, es decir, para que exista comisión por omisión tiene que haber siempre un resultado. El tipo legal del homicidio está pensado así para su realización activa. Para que exista comisión por omisión tiene que haber resultado de muerte y tiene los mismos requisitos que la imputación objetiva de la acción.

Si el Juez considera que la realización de la conducta hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, entonces es posible atribuir el resultado a la omisión.

3. Capacidad para realizar la acción y posibilidad de evitar el resultado:

Exige que valoremos si el autor era capaz de evitar el resultado teniendo en cuenta la situación del caso concreto. Para que exista comisión por omisión tenemos

que estar seguros de que si hubiera intervenido no hubiera producido el resultado. En este caso si habría responsabilidad.

Finalmente, en relación con el resultado es preciso esa concreción real del deber de garantía que se incumple por parte del autor.

LECCIÓN 15: EL TIPO DE INJUSTO DOLOSO.

1. INTRODUCCIÓN.

En el conjunto de conductas lesivas de los bienes jurídicos se pueden distinguir dos clases distintas según la actitud del sujeto respecto del bien jurídico y la dirección de su voluntad. En un primer grupo de casos el autor es plenamente consciente de que con su actuar lesiona el bien jurídico y actúa así porque lo que quiere es lesionarlo. Así lo contempla la figura delictiva y se denomina delito doloso. En otro grupo de casos el autor ni busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero su forma de actuar arriesgada y descuidada produce su lesión; estas conductas se contemplan en las figuras delictivas que se llaman delitos imprudentes.

La relación entre el sujeto y el hecho ya realizado puede tener diferente intensidad. Podemos identificar así cinco momentos subjetivos:

- El dolo directo de primer grado: es la intención del sujeto, es decir, el sujeto quiere ese resultado.
- Dolo directo de segundo grado: el resultado no es querido por el sujeto pero es un resultado seguido.

- Dolo eventual: el resultado es probable y sin embargo el sujeto actúa.
- La imprudencia o culpa: puede ser consciente o inconsciente.

Todas las conductas dolosas reciben la pena íntegra del delito doloso. Por ejemplo, si A mata a B por imprudencia o negligencia, ya sea por culpa consciente o no, la pena será de prisión de dos a cuatro años.

Esto nos sirve para darnos cuenta del desvalor de la acción y del resultado. El Cp diferencia los delitos dolosos y los imprudentes y establece una pena diferente. Para ahorrarse reiteraciones la regla general es que sancionan exclusivamente los delitos dolosos y exclusivamente cuando se quiere sancionar la imprudencia tiene que estar expresamente previsto.

Esto tiene gran trascendencia porque todas las conductas imprudentes no tipificadas son imprudentes. Esto tiene una consecuencia de cara al dolo y más en concreto al dolo eventual.

La estructura del delito doloso es diferente a la estructura del delito imprudente. En el dolo, que consiste en actuar con conocimiento y voluntad, el legislador quiere evitar que los sujetos realicen conductas que atenten contra bienes jurídicos de manera intencional. El que mata por ejemplo porque se ha saltado un semáforo en rojo realmente no quería matar a nadie (conducta dolosa), por lo tanto quien realiza un homicidio imprudente su intención no va dirigida a lesionar el bien jurídico.

El delito imprudente va dirigido a que todos los seres humanos actúen apropiadamente, con cuidado. Se exige que el sujeto actúe de una determinada forma. Por este motivo, la estructura de los delitos dolosos e imprudentes es diferente.

2.CONCEPTO DE DOLO.

El concepto de dolo se origina en Derecho romano y es utilizado con la idea de dolo malo. Este concepto exigía además la conciencia de la antijuricidad de la conducta. Hoy se considera que esta conciencia de la antijuricidad no es elemento del dolo,, sino de la culpabilidad, y su ausencia no excluye el dolo, y por tanto tampoco el tipo doloso y su pena, proporcionada a la menor culpabilidad que releva el sujeto que así actúa y excluye de toda pena en los casos más radicales.

Este es el concepto original, pero ha ido evolucionando incluso en el momento en que Liszt y Binding crean la Teoría del delito. Ese concepto de dolo malo era subjetivo y se ultraja en la culpabilidad. En la actualidad ese concepto puede considerarse superado y el dolo es ahora otra cosa.

En la actualidad el dolo se concibe como la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva.

Para poder decir que un hecho es doloso hay que comenzar por el tipo objetivo. El dolo es conocer y querer todos los elementos del tipo objetivo. Los elementos intelectuales del dolo se refieren a conocer y querer los elementos objetivos del tipo.

El conocimiento que se requiere no es un conocimiento científico, se tiene que conocer en líneas generales que lo que se hace produce ese resultado. Cuando ese conocimiento no se da nos encontramos en una situación de error, que es la contrapartida del dolo.

El error de tipo nos conduce a una exclusión del dolo de tal modo que sólo tiene sentido en la medida en que puede excluirse si se da una situación de error.

Una vez que conocemos, la voluntad está dirigida por lo que se conoce. El conocimiento no es el conocimiento del resultado, sino que es previo a éste. Por otro lado, la voluntad de realizar el resultado, es decir, el resultado tiene que ser querido por la gente, el dolo es querer el resultado, por eso el querer sin conocimiento no va a ningún lado.

3.CLASES DE DOLO.

El elemento cognoscitivo y volitivo del dolo se pueden dar con distinta intensidad respectivamente. La combinación de sus variantes nos permiten diferenciar diversas clases de dolo.

■ DOLO DIRECTO:

→ Dolo directo de primer grado:

Existirá cuando el resultado es el objetivo perseguido por el sujeto.

→ Dolo directo de segundo grado:

Existe cuando el resultado no es directamente perseguido por el sujeto pero está indisolublemente unido a él. Por ejemplo, una persona que pone una bomba en un avión para matar a una persona pero mata a todos los demás también.

Hay que reforzar el conocimiento sobre la voluntad. En este caso, respecto de todos los que van en el avión existe resultado de ese sujeto, pero no existe voluntad.

■ DOLO EVENTUAL:

En este dolo el resultado no es querido por el sujeto ni siquiera va indisolublemente unido a la conducta, es decir, el resultado es probable pero no seguro. Es bastante complejo diferenciar estas conductas ya que pueden ser dolosas y también imprudentes. El problema está en que si nos decantamos por una u otra cosa la pena de prisión será mayor o menor.

Desde el punto de vista del componente intelectual es posible que se produzca ese resultado, sin embargo no es querido por el sujeto. Ante la misma conducta puede haber dos supuestos:

- dolo eventual.
- Culpa consciente.

Tienen en común que hay una posibilidad de producción de resultado, con lo cual el sujeto conoce que hay un riesgo para el bien jurídico. Existen dos teorías: teoría de la voluntad y teoría de la representación o probabilidad.

→ Teoría de la voluntad:

Habrá que analizar si el sujeto ha querido el resultado para ver si ha habido dolo eventual. Hay grado de voluntariedad a través de una serie de fórmulas de

naturaleza subjetiva, es decir, fórmulas a lo largo del siglo XX y sintéticamente la pregunta es si el sujeto acepta o consiente el resultado.

Lo que ocurre con este planteamiento es que es imposible descifrar la voluntad interna de los sujetos. La prueba del dolo trasciende los contenidos procesales y entra en la determinación del propio elemento del delito.

Esto supone que si recordamos los orígenes de la teoría del delito no se recurría a las valoraciones, entonces si hay que realizar la prueba del dolo hay que demostrar lo que el sujeto quería. Por este motivo se incorporan criterios normativos (valorativos) en donde hay que buscar cómo esa persona realiza esa conducta dolosa. La valoración exige recurrir a criterios que valoren conforme una serie de signos externos.

Para saber si esa persona actúa dolosamente tenemos que recurrir pues a criterios normativos y esa valoración no se puede basar sólo a lo que el sujeto declara, sino que es necesario objetivizar. Esta teoría de la voluntad se contrapone con otras teorías que suponen este análisis y lo colocan en el plano normativo.

→ **Teoría de la representación o probabilidad:**

Para ellas el sujeto que actúa conoce lo que está haciendo, es decir, es suficiente con el elemento intelectual. Esta teoría rechaza que el elemento querer forme parte del dolo, con lo cual si conozco la situación peligrosa y de esta se deduce la probabilidad de resultado habrá dolo, es decir, el dolo se circunscribe a la esfera del conocimiento.

En la actualidad ninguna de estas dos teorías convencen o al menos son las más seguidas. Podemos decir que el dolo con carácter general exige conocimiento y voluntad. Sin embargo la diferencia con la teoría de la voluntad es que no es un querer psicológico, sino que es un querer en sentido normativo.

Para saber si quería hacerlo o no recurrimos a una comparación con un tipo social de referencia, es decir, comparamos lo que ha hecho una persona con lo que hubiera hecho una persona similar. De esta comparación el juez deberá deducir si la conducta es o no es dolosa.

El juez tiene que trazar los parámetros que le llevan a la conclusión de que esa conducta es pues dolosa. También está obligado a demostrar que ha existido voluntariedad y para eso tendrá que conocer el plano que ha trazado el sujeto y cómo actuaría una persona en su circunstancia, es decir, una persona que reúna características similares a la suya.

4. EL ERROR DE TIPO Y LA AUSENCIA DE DOLO.

El sujeto tiene que conocer los elementos esenciales del tipo penal, es decir, el nexo causal y el resultado. Pero además el sujeto debe conocer los elementos accidentales del delito, es decir, conocer los elementos que agravan la pena.

El art. 22 del CP nos habla de las circunstancias agravantes. El sujeto tiene que conocer también que no se dan los presupuestos objetivos de las causas de justificación.

En cuanto al tipo subjetivo tenemos que conocer a los sujetos, el nexo causal y el resultado, pero además tenemos que conocer que no se dan los presupuestos de las causas de justificación.

La teoría del error cumple un papel importante en el Derecho penal. existen diferentes clases de error que pueden tener mayor o menor relevancia de cara al delito y a la pena.

Nos encontramos con el error de tipo, el error sobre las causas de justificación, el error de prohibición y el error sobre la punibilidad. En este momento concretamente nos estamos refiriendo al error de tipo y al error sobre las causas de justificación.

El error es importantísimo en tanto y en cuanto el legislador tiende a responsabilizar a los sujetos objetivamente, con lo cual tenemos que conocer tanto lo que hacemos como que lo que hacemos está prohibido en el ordenamiento jurídico. Evidentemente en un Estado de derecho es relevante que el sujeto conozca esto. El legislador está obligado en un Estado de derecho a otorgar relevancia a las diferentes modalidades de error.

Pero en algún momento se consideró el error de tipo como un error de hechos y el de prohibición como un error de derechos. Sin embargo esta diferenciación no es apropiada porque el tipo penal no sólo hace referencia a elementos descriptivos sino que también de utilización de elementos normativos.

Un tipo muy frecuente es el delito de hurto que supone tomar cosas, muebles ajenos. Para saber lo que es una cosa-mueble-ajena tengo que recurrir a normas jurídicas.

No se puede realizar una diferenciación entre error de hecho y de derecho porque los tipos penales recurren a elementos normativos y para saber en qué situación estoy tengo que partir de algo que emane de normas.

Esto tiene consecuencias fundamentales de cara a la pena que le corresponde si el error es vencible.

Así tenemos:

- ERROR TIPO: desconocimiento de algunos de los elementos esenciales del tipo.
- ERROR DE PROHIBICIÓN: se refiere sólo al carácter penalmente prohibido de la norma jurídica, es decir, que la conducta que ha realizado el sujeto está prohibida o no por parte del ordenamiento jurídico.

Habrá error de tipo si por ejemplo dispara un sujeto sobre un ciervo y en vez de darle al animal le da al ojeador de la finca. Lo que ocurre aquí es que el error es sobre un elemento esencial del tipo penal.

El dolo es conocer todos los elementos del tipo penal y esto se aplica a todo. Lo más importante lo encontramos en las consecuencias jurídicas del error porque no siempre el error provoca o conduce a la impunidad. Hay que tener clara la diferencia entre el error invencible y el vencible.

El error es invencible cuando no hubiera podido salir de él una persona cuidadosa y diligente. Si aplicándose una serie de normas de cuidado es posible salir del error entonces este error se considerará vencible, lo que puede tener consecuencias jurídicas porque el Cp diferencia en el art 14: que el error invencible excluye de responsabilidad criminal y que el error vencible será castigado en su caso como imprudente.

Esto supone que casi todos los delitos del Cp están formulados y excepcionalmente algunas conductas admiten la forma imprudente. En el resto de preceptos del Cp no hay responsabilidad penal, sino que hay un error de tipo vencible.

El error puede recaer sobre las circunstancias agravantes. Esto está regulado en el art. 14.2 del Cp. En el art. 22 se da la agravación también.

Si se desconoce que el sujeto se encuentra en esa situación no se puede apreciar la agravación. Todos los elementos para agravar la responsabilidad tienen que ser conocidos por la ley.

Existen una serie de supuestos especiales de error de tipo:

- ERROR SOBRE EL NEXO CAUSAL O SOBRE EL CURSO CAUSAL:

El curso causal es el tránsito entre la conducta del sujeto y la producción del resultado. Este curso causal puede desviarse. En la desviación del curso causal tenemos que diferenciar si la desviación es esencial o no es esencial.

Aquí algunos de estas desviaciones esenciales del curso causal es por ejemplo que un sujeto que quiera matar a una persona le dispara y el sujeto muere pero no por el disparo, sino porque la ambulancia donde es trasladado tiene un accidente. Esto es un problema de imputación objetiva del resultado.

También puede ocurrir que la desviación no sea esencial lo que es muy frecuente que se de el elemento típico de un homicidio pero que el resultado no se produzca en el momento. Aquí hay una desviación del curso causal.

- ERROR SOBRE O/EN OBJETO:

Más complejos son estos problemas y se dan cuando el sujeto dirige su acción equivocadamente a un objeto diferente al prefijado. Este error sobre el objeto de la acción es irrelevante si el objeto de la acción goza del mismo nivel de protección, es decir, si el bien jurídico es el mismo.

En cambio si la valoración jurídica cambia la pena no puede ser la misma. En consecuencia la solución pasa por un concurso de delitos.

- ERROR EN EL GOLPE:

Tiene una solución parecida a la anterior o no. Es cuando por ejemplo A quiere matar a B y porque tiene mala puntería mata a la persona que está al lado. Esto es

relevante para la jurisprudencia, es decir, sanciona por un único delito doloso. Hay quien opta por un concurso de delito.

- **DOLUS GENERALIS:**

Intenta resolver un supuesto muy específico en el que hay dos actos. El sujeto considera erróneamente haber consumado el delito en el primer acto y para encubrir su conducta realiza un segundo acto en el que se materializa el hecho delictivo. Son causas que se dan con bastante frecuencia.

La teoría del dolus generalis que es la más clásica, considera que la segunda acción está comprendida en el dolo genérico de matar de la primera. Pero si lo analizamos técnicamente la segunda acción en cualquier caso no es una acción dolosa.

En consecuencia se hace la diferencia entre una tentativa de homicidio con un homicidio imprudente, lo que tiene consecuencias.

5. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO.

Existen otros elementos subjetivos que se trata de ánimos específicos que limitan la intervención penal, los elementos subjetivos de tendencia. Se caracterizan porque en el delito hay un solo acto y ese acto requiere un ánimo o una intencionalidad añadida. Por ejemplo, el ánimo de lucro en los delitos patrimoniales.

Estos elementos son subjetivos de tendencia y hay un solo acto y una sola tendencia intensificada. Estos elementos se diferencian de los elementos subjetivos de intención trascendente.

Los tipos con elementos subjetivos pueden clasificarse en tres grupos:

- **MUTILADOS EN DOS ACTOS:** el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, al cual le basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la intención de efectuar el segundo.
- **DE RESULTADO CORTADO:** son aquellos en los que se tipifica una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado ulterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar, como es el caso de los delitos de rebelión y sedición.
- **DE TENDENCIA INTERNA:** en lo que hay una finalidad o motivo que trasciende la mera realización dolosa de la acción, como es el ánimo de lucro con el que ha de apoderarse de la cosa para que se realice el hurto.

LECCIÓN 16: LA IMPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN.

Mientras las conductas delictivas consisten en que la acción es emprendida con la finalidad de realizar la lesión del bien jurídico, la conducta imprudente es la

acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico pero, que por falta de aplicación del cuidado o diligencia debida, causa su efectiva lesión. Nos encontramos aquí en el incumplimiento por parte de aquél de la exhortación al actuar cuidadoso que es un principio general del ordenamiento y que prohíbe poner en peligro los bienes jurídicos ajenos.

Así pues vemos que los tipos penales no son sólo dolosos. El Cp ni siquiera dice cuáles son las conductas dolosas, sólo las presupone. Al contrario, existen sobre unos trece o catorce delitos imprudentes, con lo cual estadísticamente en cuanto a su reiteración se cometen más delitos imprudentes que dolosos. No obstante, como tienen menor pena que los delitos dolosos existen menos personas en la cárcel por este motivo.

En cuanto a su estructura, el sujeto no conoce o no quiere el resultado, se trata de un sujeto que emprende una acción peligrosa a la que le falta el ánimo de lesionar el bien jurídico pero sin embargo ha violado un deber de cuidado que exige no poner en peligro los bienes jurídicos de los demás.

Las acciones peligrosas se desarrollan en todos los ámbitos de la vida, de esta forma cuando se asume una acción peligrosa hay que incrementar el cuidado. En consecuencia, el presupuesto es una serie de acciones peligrosas en las que el Derecho exige que actuemos con negligencia y cuidado.

Por eso el Cp crea tipos diferentes entre el que puede existir para el tipo doloso y para el imprudente. En los dolosos se está desvalorando la conducta, pero para los otros supuestos se darán por haber realizado una conducta por negligencia. Así el art. 142.1 Cp es importante:

Artículo 142.

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

La diferencia es sustancial, no se puede equiparar realizar los delitos con dolo que con imprudencia. No se trata pues de una relación psicológica entre la acción y el resultado. El delito doloso e imprudente presentan una estructura pues normativa y de desvalor de acción diferente, pero esta concepción es nueva. Tradicionalmente tanto el dolo como la culpa se consideraban la forma objetiva de realización del tipo de delito, una relación psicológica entre la acción y el resultado típico, relación que integraban y hacían pertenecer a la culpabilidad. Los delitos imprudentes se convirtieron numéricamente más relevantes que los dolosos, como ya he mencionado anteriormente.

El delito imprudente se concibe aquí pues como un tipo estructuralmente propio y distinto del doloso, cuyo injusto está constituido objetivamente por la producción del resultado típico como consecuencia de una acción que infringe el deber normativo de cuidado, y en lo subjetivo por la capacidad individual de prever efectivamente el peligro de realización del resultado típico.

La razón y fundamento de la incriminación de los delitos imprudentes se encuentra en un doble aspecto. En primer lugar, en el desvalor de la conducta que comporta la infracción de la norma de cuidado, por crear o incrementar el peligro de la vida social. En segundo lugar, en el desvalor del resultado típico, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

2. **TIPO DE INJUSTO DEL DELITO IMPRUDENTE.**

■ LA INFRACCIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO:

La infracción del deber objetivo de cuidado es el núcleo esencial del injusto del delito imprudente y es el fundamento de la desvaloración de la acción. El desvalor de la acción consiste en violar el deber objetivo de cuidado y existe para construir este deber objetivo de cuidado no causar daño a los demás. Pero lo fundamental radica en conocer cómo debería actuar una persona en unas circunstancias iguales a la que se encontraba la que ha cometido el hecho objetivo del delito.

Este principio encuentra plasmación en numerosas normas jurídicas que se proyectan sobre múltiples ordenes de la vida, el trabajo, la industria... pero también en normas sin valor de ley, como la LEX ARTIS de las diferentes profesiones, todas ellas dedicadas siempre a orientar la acción de los sujetos para que actúen excluyendo la creación de riesgos innecesarios o bien para cuando resulta socialmente imprescindible actuar arriesgadamente, adoptando determinadas cautelas para evitar que la situación de riesgo se convierta en lesión.

En todo caso, es norma general de cuidado la común experiencia, de la que suele ser una plasmación depurada de cada ámbito de la vida cada norma jurídica o profesional. A su vez, no toda infracción de deberes de cuidado está castigada penalmente. El legislador ha seleccionado sólo aquellas que lesionan los bienes jurídicos más relevantes.

Este deber de cuidado se divide en:

- **DEBER DE CUIDADO INTERNO O INTELECTUAL:** es un deber de previsión y si ni siquiera se plantea el peligro habrá violado claramente el deber objetivo de cuidado.

- **DEBER DE CUIDADO EXTERNO:** es el deber de comportarse conforme a la norma de cuidado que el peligro previamente advertido requiere. Se trata por tanto de personas que advierten el peligro y sin embargo actúan. Los grupos de casos en los que no se actúa con el cuidado debido son:

- Conductas que exigen una capacidad técnica que no se tiene: por ejemplo el estudiante de medicina que realiza una intervención y el paciente muere porque no tiene tal capacidad para hacer la operación. Esto quiere decir que sólo deberá asumir el presupuesto del riesgo quien esté técnicamente formado.

- Preparación e información previa: exige que antes de emprender acciones peligrosas necesarias para tomar precauciones específicas de formación, de reconocimiento del terreno, del estado del instrumento a utilizar o del objeto sobre el que se va a intervenir.

- Personas cualificadas y preparadas: se exige que en todas las acciones peligrosas se actúe prudentemente, es decir, además de comprobar cuando estamos en riesgo también cuando se actúa debe ser con prudencia. Alguien que actúe imprudentemente está condicionado por el azar. De esta forma si no se produce el resultado, a pesar de haber actuado imprudentemente, no habrá responsabilidad penal.

Pero, **cómo medimos el peligro** pues a través de parámetros objetivos de relación entre lo que se constata y el tipo social de referencia, es decir, lo que haría una persona similar. Lógicamente también tiene que existir una relación subjetiva entre el que actúa y ese resultado. Por tanto la frontera del injusto imprudente y la impunidad se encuentra en esta evaluación de lo que es exigible a toda persona diligente en la situación concreta del autor, con sus conocimientos y experiencias.

La diligencia o prudencia a la que hasta ahora nos hemos referido es la diligencia o cuidado objetivo que es distinto del poder subjetivo individual que el autor

en su situación concreta tiene para advertir del peligro a adaptar su acción a la norma de cuidado o para evitar el resultado típico mismo.

■ CAUSACIÓN DEL RESULTADO E IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL MISMO:

Para que el resultado típico producido sea atribuido al autor de la infracción de la norma de cuidado el resultado tiene que ser objetivamente imputable a su acción, y el resultado será imputable si se encuentra la relación de causalidad con la acción, y la acción contraria a la norma de cuidado ha creado o incrementado el riesgo de realización del mismo y ese riesgo es de los que la norma de cuidado infringida quería evitar. Los diversos elementos de la imputación son:

- Relación de causalidad: supone que aún no hemos valorado. La relación de causalidad se demuestra en base a leyes de la naturaleza. La cuestión es que cuando se da la relación naturalista a veces se puede imputar y a veces no. Por tanto el resultado ha de estar en relación de causalidad con la conducta contraria a la norma de cuidado.
- Criterio de la adecuación: si el resultado es previsible que se produzca ese tipo de resultado.
- Si existe un incremento de riesgo y se cumple lo que se conoce como fin de protección de la norma.

Cuando el resultado que se produce no es realización estricta del riesgo creado por el autor con su conducta, dicho resultado no le es objetivamente imputable. Fuera del ámbito de protección de la norma han de situarse también los resultados imprevisibles. Por esta razón, aquellos eventos que se conectan causalmente con la conducta típica de un modo sorpresivo quedan fuera del fin de protección de la norma. En cualquier caso, debe advertirse que el criterio de la previsibilidad objetiva es

extraordinariamente vago. El criterio de previsibilidad es un indicador hermenéutico más a la hora de determinar los supuestos que caen bajo el ámbito de protección de la norma.

Por lo tanto el incremento de riesgo es el más polémico y en consecuencia hay que analizar si existe o no existe. Podemos diferenciar varios grupos de casos. Entre ellos el comportamiento alternativo correcto que se trata de que el sujeto viola el deber de cuidado y sin embargo el resultado se hubiera producido igualmente si hubiera actuado correctamente.

Así por ejemplo destacar el caso de los pelos de cabra chinos que un empresario proporcionaba a sus trabajadores para fabricar cepillos y respecto de los cuales la norma de seguridad exigía su desinfección, lo que no llevó a efecto y se produjo la muerte por infección de varios trabajadores, descubriéndose más tarde que el agente infeccioso de que se trataba era de nuevo tipo y no hubiera podido ser neutralizado por el procedimiento ordinario de desinfección. Este grupo de casos tienden a resolverse mediante el juicio del incremento del riesgo y debe complementarse con el fin de protección de la norma.

Recordar que si no existe incremento de riesgo no existe imputación objetiva de resultado.

Ahora bien, también existen criterios específicos muy importantes en la imprudencia. Esto es la práctica mas frecuente. Se estructuran así una serie de criterios específicos para saber si ha existido o no incremento de riesgo:

- Principio de confianza: rige en el tráfico rodado. Este principio supone que se esperan una serie de expectativas acerca del comportamiento de los demás sujetos que intervienen en el tráfico rodado. Este principio de confianza es importante

pero no supone una patente de corso, es decir, es condicional y depende de las circunstancias que se dan.

- Principio de desconfianza: se da en otros ámbitos de delitos imprudentes como el económico o el empresarial. En el ámbito por ejemplo de la seguridad e higiene en el trabajo, el empresario está obligado a ver si sus trabajadores cumplen las medidas. Esto no son principios que están regulados en la ley, sino que se construyen científicamente y con la jurisprudencia.

- Trabajo en equipo: en las intervenciones quirúrgicas estarían ambos principios.

Estos principios sirven para unir o delimitar la responsabilidad por imprudencia.

3. EL DELITO IMPRUDENTE EN EL CP.

El Cp no hace demasiadas referencias en la parte general, sólo se pueden cometer por imprudencia los delitos expresamente tipificados. De la parte especial sólo existen doce o catorce delitos imprudentes (homicidio, incendio...).

También hace una referencia a la imprudencia en materia de error, así el error de tipo conduce a un delito imprudente.

El Cp diferencia dos clases de imprudencia: la grave y la leve. La imprudencia supone la violación de un deber objetivo de cuidado, pero esta violación puede graduarse. Puede que el sujeto viole las normas de cuidado más básicas (imprudencia grave) o que el sujeto viole las normas de cuidado más complejas (imprudencia leve).

En los Cp anteriores la imprudencia grave sería la temeraria, es decir, aquella que viola las reglas más elementales. El problema es que la imprudencia leve es una falta que no es un delito y la sanción es pequeña, lo que supone que puede haber una falta de homicidio imprudente.

En el caso de los delitos contra la vida o la salud puede llevar aparejada sanciones diferentes a las penas privativas de libertad, por ejemplo, inhabilitación para el ejercicio profesional, en el ámbito de uso de armas de fuego se puede privar a la persona de este uso, etc. es lo que se llama imprudencia profesional.

El nuevo Cp ha efectuado una importante despenalización de conductas que hasta ahora se castigaban como delitos imprudentes. Lo más trascendente desde el punto de vista estadístico es la despenalización de los daños imprudentes leves y de los graves inferiores a diez millones de pesetas, que representan todos los accidentes de tráfico sin daños a las personas, y el cheque en descubierto.

LECCIÓN 17: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

1. CONCEPTO.

Al analizar la antijuricidad formal se explicaba que no todas las conductas coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidas penalmente, pues algunas se realizan bajo condiciones tales que el legislador no quiere desaprobarlas. Esas condiciones reciben el nombre de causas de justificación. En el ordenamiento jurídico aparecen como tal la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Todas ellas están recogidas en el art. 20 Cp. Al margen de las circunstancias expresamente previstas en el art. 20 Cp es opinión generalizada que el consentimiento de la víctima justifica el hecho en relación con aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido es de su libre disposición.

La concurrencia de alguna causa de justificación en un hecho típico convierte a éste en un hecho permitido por el ordenamiento. De ahí se extraen ulteriores consecuencias prácticas.

El fundamento de las causas de justificación pueden ser muy diverso. Es difícil encontrar un único fundamento. En general las causas de justificación intentan resolver un conflicto entre intereses contrapuestos.

2. ESTRUCTURA DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Toda causa de justificación consta de una parte objetiva y otra subjetiva. La parte objetiva se divide a su vez en el presupuesto de hecho cuya concurrencia habilita para realizar la conducta típica y las condiciones que debe cumplir ésta para que el legislador la autorice. La parte subjetiva exige que la acción del autor esté presidida por el conocimiento de la presencia de ese presupuesto de hecho y por la voluntad de actuar justificadamente.

■ EL PRESUPUESTO DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN:

El presupuesto de las causas de justificación es la situación de peligro para bienes jurídicos que habilita la acción justificada.

El presupuesto de ésta deberá existir realmente cuando el hecho se ejecuta, no antes ni después. Al igual que ocurre con cualquier otro aspecto del delito, el Juez deberá reconstruir todo lo ocurrido con apoyo de las pruebas pertinentes, y concluirá positiva o negativamente sobre la concurrencia del presupuesto de la causa de justificación. El análisis deberá retrotraerse al momento en el que ese hecho tuvo lugar.

■ CONDICIONES PARA LA JUSTIFICACIÓN.

El efecto restrictivo sobre la prohibición penal que producen las causas de justificación explica que el legislador someta a condiciones restrictivas el modo en que debe obrar el autor una vez detectada la presencia del presupuesto de la justificación.

Las distintas causas de justificación incluyen por ello una serie de requisitos que debe cumplir el autor para ver autorizada su conducta. En el caso de la legítima defensa se requiere la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión. En el caso del estado de necesidad, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Esas condiciones representan una configuración diferente a la del presupuesto de la justificación, pues mientras éste consiste en una situación que adquiere vida al margen de la voluntad y de la acción del autor y que es, por consiguiente, ajena a él mismo, las condiciones que el ordenamiento le impone para justificar su comportamiento constituyen otras tantas órdenes de actuación que pretenden dirigirlo por el cauce establecido por el legislador.

Esta diferencia sirve para explicar el distinto tratamiento jurídico que el ordenamiento reserva al presupuesto y a las condiciones de la causa de justificación.

La ausencia del presupuesto conduce a la imposición de la pena íntegra prevista para el hecho típico.

Por el contrario, cuando esa situación existe pero el autor incumple alguna de las condiciones establecidas para la plena justificación del hecho, el TS considera que la eximente se ha cumplido de manera incompleta y que resulta aplicable el art. 21.1 Cp.

Si se da el presupuesto y faltan condiciones no se exonera la responsabilidad, sino que hay rebaja de penas. Estos presupuestos fácticos son elementos aprehensibles y constatables por los sentidos, tiene que existir una situación de necesidad, la persona tiene que estar en una situación extrema o crítica. Y esta situación fáctica tiene que ser abarcada por el dolo. El dolo debe referirse a los presupuestos objetivos de la justificación.

3. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

No basta con que la conducta externa cumpla con los requisitos legales sino que el Juez debe indagar si el autor realizó el hecho a raíz del presupuesto de la justificación o por un motivo distinto.

Cabe recordar aquí la diferencia que existe entre el dolo y los motivos del autor: aquél se requiere para configurar el delito doloso mientras que éstos resultan indiferentes salvo que expresamente se diga lo contrario.

Con las causas de justificación sucede algo similar: si concurre el presupuesto de la misma y el autor obra con conciencia de ello puede decirse que la lesión de bienes jurídicos provocada por éste ha sido debida a la concurrencia del primero, que es todo

lo que cabe exigir. Si, además, dicho autor abriga otros motivos distintos, ello es indiferente para aplicar la causa de justificación.

La catadura moral del autor no puede convertir en ilícito un acto que el derecho quiere, tan sólo podrá efectuar a la valoración ética de esa persona, asunto distinto y que debe quedar relegado fuera del derecho penal. La insatisfacción que ello pueda producir se ve compensada con creces si se tiene en cuenta que los principios político-criminales que rigen el sistema no pueden sufrir distorsiones siempre que obliguen a adoptar soluciones que parezcan insatisfactorias, ya que su elusión provocaría un mal todavía mayor.

4. ERROR SOBRE EL PRESUPUESTO Y SOBRE LAS CONDICIONES PARA LA JUSTIFICACIÓN.

Cabe la posibilidad de que el autor actúe convencido de que se ha presentado la situación que le permite actuar justificadamente cuando ello no es cierto. Incurrir entonces en un error sobre el presupuesto de la justificación.

La opinión del espectador objetivo servirá ahora para dilucidar qué clase de error cometió el autor. Cuando su opinión coincida con la de aquél podrá decirse que el autor obró de manera razonable y que el error en el que incurrió puede calificarse de invencible. Por el contrario, cuando el juicio del espectador objetivo no coincida con el del autor podrá calificarse como vencible. Por último, si al espectador objetivo le parece absolutamente ridícula la idea de que concurría el presupuesto de justificación el error aducido se considera inexistente.

En la doctrina española predomina la opinión de que este error debe tratarse como error de prohibición porque se entiende que la equivocación del autor tiene por objeto la norma que permite actuar cuando dicho presupuesto concurre realmente.

El error de tipo consiste en una falsa representación de la realidad típica. El error sobre el presupuesto de la justificación consiste también en una falsa representación de la situación prevista en la Ley para que pueda entrar en juego la causa de justificación.

Si aplicamos las reglas del error de tipo a los casos de error sobre el presupuesto de la justificación, el art. 14 Cp dispone que el error invencible es impune y que el vencible se castigará, en su caso, como delito imprudente.

Si el autor aduce que creyó obrar legítimamente, cumpliendo dichas condiciones, aún cuando en realidad el ordenamiento le permitía una respuesta de esa índole, su error no podrá tratarse, como el relativo al presupuesto.

Esta clase de errores afectan directamente a la conciencia de antijuricidad del hecho, elemento que se sitúa en la culpabilidad y cuya ausencia da lugar al error de prohibición.

Ello quiere decir que en nuestro Cp, cuando no se aprecia la concurrencia de alguna de las condiciones exigidas para la justificación del hecho, el hecho de que el sujeto incurriera en un error al respecto, si éste es vencible, resulta poco menos que irrelevante dado que, tanto si existe error como si no, se hará acreedor de la misma rebaja de pena, en uno o dos grados.

Cuando el error no consiste sólo en una deficiente captación por parte del autor de las condiciones requeridas legalmente para la justificación de su conducta sino que su mente construyó una causa de justificación inexistente, deberá tratarse como un error de prohibición.

Puede ocurrir también el error al revés, o sea puede que el sujeto desconozca que lo agreden y lo están agrediendo en ese momento.

LECCIÓN 18: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL CP.

1. LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Hay situaciones de conflicto y en algunas de ellas el legislador las resuelve a favor de cometer un delito. Las causas de justificación se dan en un catálogo cerrado de supuestos en los que se puede cometer un hecho delictivo.

La legítima defensa cumple un papel preventivo-general diciendo que de persistir en su idea, va a tener enfrente a alguien que podrá responderle legítimamente y que su propia vida puede correr peligro si finalmente se decide a atacar.

La legítima defensa sirve para la prevención de agresiones y que de ese modo procura la tutela de bienes jurídicos. El ámbito de aplicación de la eximente cuarta del

art. 20 Cp es muy amplia, ya que el legislador se ha encargado de mencionar como intereses a defender no sólo a la persona, sino también los derechos.

Existen una serie de fundamentos que permiten que alguien cometa un delito:

- Fundamento individual: todos los seres humanos tienen un derecho básico a protegerse de agresiones ilegítimas.
- Fundamento colectivo: se relaciona con la prevalencia del derecho, el orden jurídico tiene que ser respetado. El derecho no tiene porqué ceder ante el injusto. Este es un fundamento colectivo que resulta de la validez del derecho.

Lo normal sería que el Estado tuviera medios para protegernos de toda fuente de peligro, pero cuando no existe nadie que lo ampare entonces el instrumento que nos da el derecho es la legítima defensa.

Por ejemplo si el atracador nos amenaza y nosotros lo matamos, si se dan ciertos requisitos y toda la ley establece exoneración de la responsabilidad o disminución de la pena.

También tiene que existir proporcionalidad porque hay que valorar una serie de elementos que son importantes.

■ EL PRESUPUESTO:

El presupuesto fáctico es el elemento que no debe faltar nunca, sería la agresión ilegítima. Esta agresión ilegítima es un ataque a bienes jurídicos como la vida, la salud, y un ámbito más amplio como el honor, la intimidad...

Históricamente la legítima defensa actuó conforme a la defensa de la vida, pero hay que recordar que cuanto menos valor tiene el bien jurídico menor será la proporcionalidad.

La agresión tiene que ser actual o inminente, lo que supone que tengamos que esperar la completa agresión por parte de la persona que nos ataca.

La situación de peligro para bienes jurídicos propios debe ser seria, grave y real, por lo que no basta con una lejana percepción del peligro por parte de la víctima.

El Cp se refiere un poco más a la agresión ilegítima. Para que sea ilegítima tiene que ser constitutiva de delito.

En relación a la defensa de la morada siempre ha sido objeto de discusión de los Cp. Antiguamente el hecho de que una persona escalara por la ventana era suficiente para la legítima defensa.

Ahora se considera entrada indebida en la morada o en sus dependencias. En efecto, según el Cp existen dos modalidades de allanamiento: la entrada indebida y la negativa a salir contra la voluntad del morador. Pues bien, sólo en el primer caso existe una agresión bastante para actuar por propia iniciativa con ánimo de repelar semejante ataque a la intimidad.

■ CONDICIONES PARA LA JUSTIFICACIÓN.

→ **Respuesta necesaria:**

Prevalece el principio de proporcionalidad. De este modo si por ejemplo un niño se le cae la pelota y entra en la casa, hay no cabe legítima defensa. La respuesta a la agresión debe ser necesaria, tanto en lo que se refiere a la actualidad como a la entidad. En primer lugar, se exige que mediante la acción defensiva realmente se esté protegiendo un valor jurídico de un ataque inminente o que persista.

Si el sujeto ya ha sido agredido, su réplica no va a lograr nada nada que el Derecho pueda valorar positivamente, porque el daño ya está hecho. Se trata de evitar o paliar el daño, no de responder a éste provocando otro al agresor. Cuando esto sucede, la jurisprudencia entiende que el sujeto no protege ningún bien jurídico sino que daña otro en venganza a la previa agresión.

Por tanto cabría la legítima defensa hasta que el delito se agote. Cuando el delito está agotado cualquier acto contra el autor del delito será una venganza , ya que no existe una agresión actual.

Una vez que el delito está agotado no cabe legítima defensa, se de lo que se llama exceso extensivo. Si no hay necesidad de defensa se produce un exceso extensivo o impropio, bien porque la reacción se anticipa o bien porque se ha prolonga indebidamente. La legítima defensa no puede apreciarse en ninguno de estos casos, ni como completa ni como incompleta.

La defensa según la constitución del propio código puede ser de Derechos propios o ajenos, lo que supone que podemos salir en defensa de un tercero. En este caso quien debe sufrir la agresión ilegítima es el tercero.

Dentro de esta agresión ilegítima se da una respuesta que tiene que ser necesaria. La necesidad de defensa en el código en el art. 24 exige una necesidad

racional del medio empleado para repelarla o impedirla. La racionalidad de los medios se mide mediante un criterio que es el de la proporcionalidad. Si ésta no existe se apreciará otro tipo de exceso, el llamado exceso intensivo, que se da cuando ha vencido el plazo.

El intensivo es la falta de proporcionalidad. Tenemos que tener en cuenta que no se da una ponderación de bienes, sino un criterio de proporcionalidad por tanto la exigencia de proporcionalidad se trata de valorar hasta qué punto, dada la situación en que se encontraba este último, existía alguna posibilidad de evitar la agresión del primero de un modo menos lesivo.

Los efectos jurídicos de ambos excesos son bien diferentes. Mientras que el extensivo indica que el autor realizó la acción cuando ya no concurría el presupuesto de la justificación y que, por tanto, se hace acreedor de la pena íntegra por el delito cometido, en el intensivo sí concurría aquél pero no se cumplió exactamente la condición prevista en el art. 20.4 Cp lo cual impide la justificación completa del hecho pero permite aplicar la eximente incompleta del art. 21.1.

Un tema muy polémico es el de las offendiculas, que son los medios de defensa mecánicos tales como una valla electrificada, el perro adiestrado... lo que ocurre con estos medios es que son muy polémicos porque quién los ha colocado podría invocar la legítima defensa y para que esta exista tiene que haber agresión actual, cosa que no se da aquí.

Ahora bien, en el caso de que exista una agresión ilegítima es más polémica. De esta forma considerar que existe una agresión actual o que no la hay y de este modo sólo se quedará exento de responsabilidad si su actuación estuviera regulada por el Derecho.

→ **Falta de provocación previa:**

El Cp exige la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Esto es un elemento muy polémico porque supondría que hay que valorar según el código cualquier provocación sería suficiente para excluir la legítima defensa y esto no puede ser así.

La falta de provocación suficiente hay que medirla, hay que ver cuál es la intensidad de la provocación.

→ **Elemento subjetivo:**

El sujeto tiene que conocer que se encuentra en esa situación, es decir, que padece una agresión ilegítima. Además uno se puede encontrar objetivamente en una situación y desconocerla, caso en el cual existe una causa de justificación incompleta.

El error sobre los presupuestos de una causa de justificación excluye el dolo, es un error de tipo. Si es vencible exonera la pena y si no es vencible es impune.

2. EL ESTADO DE NECESIDAD.

Los orígenes históricos de la legítima defensa son muy antiguos. También puede ocurrir que no se trate de una agresión ilegítima, sino de una situación de necesidad de peligro inminente para bienes jurídicos que no son legítima defensa.

Esta situación de necesidad puede venir de animales, cosas, situaciones, enfermedad... Incluso el Estado de necesidad se puede dar cuando existe una situación humana que no sea la agresión ilegítima.

■ EL PRESUPUESTO:

La situación de necesidad es el presupuesto del estado de necesidad. Aquí no se trata del derecho a la autoprotección, sino que es un derecho más genérico que el Estado les permite para protegernos de peligros externos en general.

En la legítima defensa actuamos contra quien nos agrede pero en el Estado de necesidad no nos defendemos contra quien nos agrede. Así por ejemplo el que roba una farmacia por un medicamento que le salva la vida sería un caso típico de estado de necesidad.

El principio de ponderación de intereses valora cuáles son los intereses más relevantes y también algo muy importante y es el camino por el que optemos tiene que ser la única posibilidad que le quede al ser humano. si la persona tiene otra solución tiene que optar por las menos lesivas.

Ese mal que se pretende evitar debe ser real, grave y actual o inminente.

Todo esto supone que en el estado de necesidad podemos llegar a matar a otra persona. Así en la tabla de Carnea (barco a la deriva y sólo queda una tabla pero si los dos naufragos se agarran a ella mueren los dos por lo que uno decide matar a otro) sería un estado de necesidad.

El debate sería si estamos ante un estado de necesidad o ante una falta de culpabilidad. Es decir, si existe estado de necesidad para uno o para dos. Si decimos que sólo existe un estado de necesidad, es decir, si se aplica a todos los males que podemos padecer, pues existe entonces un solo estado de necesidad, lo que supone afirmar que matar a otro en estado de necesidad es conforme a derecho.

■ **CONDICIONES PARA LA JUSTIFICACIÓN:**

En el estado de necesidad se percibe mejor que en ninguna otra causa de justificación el fundamento de la ponderación de intereses, porque obliga a valorar concretamente cuál es el mal evitado y a compararlo con el mal ocasionado, debiendo dilucidarse si el ordenamiento jurídico se contenta por la acción del sujeto o por el contrario, considera que el remedio utilizado por éste ha sido peor que el menoscabo que habría sufrido el bien jurídico salvado si la acción salvadora no hubiera tenido lugar.

→ **Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar:**

Si el mal que ocasiona el sujeto es menor que el que quiere evitar la ponderación del conflicto con el que se identifica la situación de necesidad se traduce en la obligación de comparar el mal causado y el mal evitado, teniendo en cuenta que, como antes se decía, el concepto de mal debe relacionarse con el sistema de valores que el ordenamiento jurídico asume y no aquél que conciba cada persona.

Si los males son iguales la teoría de la diferenciación dice que esas conductas siguen estando prohibidas pero no es culpable el sujeto. Sin embargo, nosotros tratamos el estado de necesidad sólo como causa de justificación, con lo cual es la teoría unitaria la que tenemos que seguir, según la cual da igual que el mal sea mayor

o menor, pero en cualquier caso lo que nos interesa es que exista estado de necesidad.

Los requisitos del estado de necesidad según el art. 20.5 Cp son entre una de ellas que exista una situación fáctica, un presupuesto. Es decir, nunca puede faltar una situación de necesidad real e inminente y con lo cual encontrarse en la situación de sufrir un mal propio o ajeno. Si la situación es imaginaria podemos llegar a un caso de error.

Se tiene que sufrir un mal que tiene que recaer en intereses como la vida, la salud y todo lo que abarque los intereses de naturaleza personal como la libertad, el honor propio o de tercero...

El estado de necesidad de tercero se conoce como auxilio necesario que se da cuando quien padece la situación de necesidad extrema es una persona allegada. Anteriormente eran los parientes cercanos ya fuere por afinidad o por consanguinidad.

No puede quedar además otro camino alternativo, por lo que habrá que recurrir a una valoración objetiva para conocer si era o no inevitable la realización de este hecho delictivo.

El Cp exige una ponderación de males o intereses. En esta ponderación hay que ver cual es más valioso que otro. El criterio para saberlo es que el Cp establece en su libro II una ponderación de intereses. La vida humana es el bien más valioso que existe. Además también hay que tener en cuenta la entidad amenazada por los delitos que afecten esos intereses.

Ahora bien, la idea de ponderación de intereses que marca el Cp es un criterio único o tiene correcciones. Pues bien, tiene correcciones que son importantísimas.

Cuando se valoran determinados intereses como la vida humana o la salud habrá que hacer una salvedad porque las vidas no son ponderables.

Por ejemplo, el caso Mignone que trata de un velero británico del siglo XVIII que había naufragado y no tenían alimentos con lo que el capitán decide matar al grumete para comérselo. Cuantitativamente en este caso no podemos valorar la vida humana.

Todos los criterios cuantitativos antes se aplicaban, pero esto es de regímenes totalitarios y con lo cual no vale la santificación cuando se trata de la vida.

→ **Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto:**

En el código se exige también que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Aquí el que no haya provocado la situación de necesidad es el que actúa, es decir, puede que quién padezca la situación de necesidad sea un tercero.

Se trata del auxilio necesario. Ahora bien, el que no debe haber provocado la situación es el que actúa.

→ **Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse:**

El tercer requisito del estado de necesidad impide aplicarlo a quienes cumplen funciones sociales que conllevan la posibilidad de enfrentarse a situaciones de riesgo para su vida, salud, etc, como ocurre con los bomberos, el personal sanitario, la policía, etc.

Tiene que existir un deber legal que establezca claramente cuál es la obligación de esa persona. En consecuencia, aquí también es importante la ponderación de los intereses porque en base a este nivel de sacrificio marca el límite del estado de necesidad.

Por tanto, ese deber de sacrificio no puede ser absoluto y desde luego cesará cuando el riesgo para la propia vida o salud supere el ámbito al que se circunscribe aquél.

3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO.

El cumplimiento de un deber o una obligación legal de cometer un hecho delictivo, es decir, la ley obliga a realizar determinadas conductas que son típicas.

Se trata de actividades regladas. Así por ejemplo el funcionario de prisiones que cachea a los presos para ver si llevan drogas no supone un delito a su honor, en cambio si cualquiera hace lo mismo dentro de otro contexto si comete un delito.

Son pues actividades regladas llevadas a cabo por funcionarios públicos y que hay que resolver conforme al principio de unidad del ordenamiento jurídico.

Existe la posibilidad de encontrarnos con el empleo de violencia por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Se trata de un tema que puede ser polémico pero hay que recurrir a lo que marque la ley.

De este modo la ley de fuerza y seguridad del Estado define los parámetros en los que la utilización de la violencia está dentro del marco legal por lo que supone que el Estado marca cuando, porqué, con qué condiciones, etc los antidisturbios se tienen que poner y qué tiene que hacer.

Se encontrará dentro de este cumplimiento del deber si está dentro del art. 20.7 Cp que justifica la conducta lesiva cometida por una persona cuando ejerce legítimamente un derecho, oficio, o cargo. En efecto, la práctica de determinadas profesiones puede conllevar en algún caso la realización de conductas lesivas para bienes jurídicos penalmente tipificadas.

Además de cumplir con los principios legales debe valorarse la necesidad, la oportunidad y la proporcionalidad de los agentes del estado cuando realicen estas conductas típicas con amparo legal.

La ley dice cuando puede hacerse uso de las armas y la violencia. Si no existe necesidad de hacer uso de ellas habrá responsabilidad penal plena.

Las acciones violentas tienen que ser oportunas, es decir, se recurre a ella cuando existe una obligación de actuar sin demora para evitar daños rápidos e irreparables. Además tienen que ser proporcionales. De todos los excesos se responde penalmente. Esa responsabilidad resulta atenuada si no existe un eximento incompleto.

El cumplimiento del deber intenta evitar que el orden jurídico entre en contradicciones. Quiere conjugar los delitos del Cp con las personas que están obligadas a cometer un deber. Esta causa de justificación permite evitar introducciones internas al ordenamiento.

Esto es un concepto muy amplio, se trata de actividades lícitas en las que se puede cometer un hecho delictivo. Históricamente se aplicaba al Derecho de corrección de menores, pero dentro de ciertos límites. Así por ejemplo la posibilidad que tienen los padres de no dejar salir solos de casa a los niños de 10 años.

Los propios abogados, en el ejercicio de su profesión, no tienen más remedio en muchos casos que ofender a acusados, testigos e incluso compañeros, cumpliendo con su cometido de defender los intereses de su cliente.

En el caso de los médicos su actuación debe estar guiada siempre por las reglas de su ciencia (*lex artis*), entre las que ha ido introduciéndose hasta ocupar un lugar central el llamado consentimiento informado del paciente, de manera que si el médico pretende ejercer legítimamente su oficio deberá recabar ese consentimiento so pena de ser acusado por el paciente de ejercicio abusivo de la profesión.

4. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.

Al margen de los casos de intervención médica, el consentimiento cumple un papel general que ahora se aborda. La teoría del bien jurídico distingue netamente dos clases de intereses: los que quedan a disposición de su titular y aquellos otros cuya lesión no permite el Derecho, independientemente de lo que opine quien lo detenta.

En el eje del derecho encontramos la actividad médica. Cuando el médico realiza una operación está lesionando a una persona. Estas actividades de lesiones curativas si se utilizan correctamente y el resultado es positivo no existe el tipo de delito de omisiones.

Puede ocurrir que no tenga el resultado esperado pero si se realiza correctamente también quedará fuera del tipo penal. lo que más problemático puede ser son las operaciones de estética ya que si se practican bien los resultados de la intervención se consideran que son conforme al ejercicio de un oficio.

Muchos de estos casos están a medio camino entre actividad física y consentimiento. El consentimiento lo vamos a ver o excluyendo el tipo positivo o siendo una causa de justificación.

El consentimiento sólo puede exonerar de responsabilidad cuando el bien jurídico sea disponible. Hay bienes jurídicos preponderantemente disponibles, no en todos los casos y supuestos pero el patrimonio por ejemplo lo es. Así si por ejemplo me dejo estafar es mi problema. La libertad sexual también es disponible a partir de una edad.

El problema viene con los bienes jurídicos predominantemente indisponible como la vida o la salud. Son bienes jurídicos sobre los que se puede disponer pero no con la misma libertad que los otros. la ley marca los casos en los que están justificados.

En consecuencia, donde existe esa disponibilidad es donde el conocimiento sea factible, si hay capacidad y voluntad por parte de la persona entonces el consentimiento lo vamos a encontrar en el tipo.

En cambio, será causa de justificación cuando sea predominantemente indisponible como la vida o la salud. El Cp ha establecido una serie de pautas para por ejemplo el trasplante de órganos. Para que ese trasplante resulte impune se tendrán que dar todos los requisitos de la ley. Así quien reciba correctamente el trasplante no será punible.

Igual ocurre con la esterilización o la cirugía transexual que media el consentimiento consciente y libre. Así pues, el consentimiento no basta para autorizar la lesión. Habrá que añadir a esta decisión de la víctima una acción terapéutica legítima para que el hecho esté justificado.

LECCIÓN 19: LA CULPABILIDAD I.

1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD: CONCEPTO PSICOLÓGICO DE CULPABILIDAD Y CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD.

Existen dos opciones en todo caso: que la persona sea culpable o que no lo sea. La culpabilidad es un juicio sobre la persona en concreto. Esto supone que constatada el momento dentro de un mismo hecho una persona puede ser culpable o no.

Las personas que intervienen en un hecho se dividen en las que merecen pena y las que no. Todos los supuestos de culpabilidad o no se sitúan en un hecho que es delictivo. El hecho principal tiene que ser típico y antijurídico. Una vez que tenemos esto se construyen las responsabilidades de todos , tanto autores como partícipes.

La culpabilidad es muy importante en el derecho penal ya que fundamenta la imposición de la pena, de ahí su importancia. La culpabilidad tiene sus orígenes

éticos, religiosos, que estaban relacionados antes con el libre albedrío, sobre el que se construye buena parte de las religiones.

Pero ese libre albedrío ha ido marcando la evolución de la culpabilidad hasta hace poco. La demostrabilidad del libre albedrío se ha puesto en duda.

Con la culpabilidad nos preguntamos porque no se aplican penas a los sujetos que han cometido un hecho delictivo. La culpabilidad mira a la persona y lo hace preguntando que porqué no se aplican penas a algunos sujetos. La respuesta es porque carecen de culpabilidad. Son obviamente los inimputables como los dementes, las personas que actúan con miedo insuperable...

Desde esta perspectiva hablamos del carácter limitador de la pena, algo negativo. Pero también la culpabilidad debía servirnos para explicar porqué se impone la pena.

El fundamento de la pena se dice que es la culpabilidad porque existe libertad, porque se le puede reprochar haber cometido un delito cuando tenía la posibilidad de no cometerlo. Esto nos lleva a debates metafísicos para encontrar la naturaleza de la culpabilidad, con lo cual habrá que ver cuál es el fundamento.

En esencia la culpabilidad es imprescindible en la teoría del delito porque la culpabilidad supone un límite, unas garantías del sujeto ante el Estado y esa garantía nos indica que sólo son culpables las conductas que el sujeto ha podido evitar.

La culpabilidad se relaciona con la capacidad de evitar el delito, quien no puede evitar el delito no es culpable. Es importante que el Estado ponga límites a la culpabilidad porque históricamente prevalecía la responsabilidad objetiva y la culpabilidad suponía un límite a la responsabilidad objetiva. Históricamente se imponían penas a quien no podía evitar el delito, pero era peligroso esto.

En la actualidad para esas personas están las medidas de seguridad.

■ CONCEPTO PSICOLÓGICO DE CULPABILIDAD:

En el causalismo-naturalista el concepto de culpabilidad era psicológico. Estas pautas naturalistas eran unas constataciones descriptivas. Esa caracterización fue superada por concepciones normativas. Se comprobaba una relación psicológica entre el sujeto y el resultado.

Desde esa perspectiva de la relación psicológica el dolo era la voluntad de perseguir el resultado y la imprudencia era la falta de voluntad de producir ese resultado.

■ CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD:

Esta caracterización normativa es que la culpabilidad es un juicio de reproche. El juez se tiene que preguntar si A que mata a B ha podido actuar de otra forma.

El juicio de reproche se basa en la constatación de que si el sujeto ha sido libre o no en el momento de los hechos, es decir, si ha tenido libertad de acción, y si la ha tenido será culpable. El juicio de reproche es la base de la estructura del concepto normativo de la culpabilidad que permite exonerar de pena a los dementes y otros.

El concepto psicológico entra en crisis porque en sentido inverso puede existir culpabilidad y no haber relación psicológica, es lo llamado como culpa inconsciente. Por tanto con esto se supera el criterio psicológico y se pasa a las teorías normativas.

Las teorías normativas estuvieron vigentes durante mucho tiempo y según ellas en la culpabilidad existe un juicio de reproche. El sujeto que comete cualquier delito se le reprocha porque ha podido obrar de otra manera.

La base de la culpabilidad sería la libertad y esta teoría normativa en la que existe juicio de reproche y existe un presupuesto de la libertad se estructuró sobre la libertad durante principios del siglo XX.

En el último tercio del siglo XX con la teoría del psicoanálisis se llega a la conclusión de que el libre albedrío puede existir o no existir pero no es demostrable empíricamente.

Welzel, que defendía la teoría normativa y era partidario del indeterminismo hablaba del misterio del libre albedrío en cual es imposible que una persona que evita el delito y hace uso de su autocontrol pueda obrar conforme al derecho.

En la actualidad existen diversas teorías que rechazan el libre albedrío. La culpabilidad hace referencia a lo que el sujeto puede hacer o no en el momento de la comisión de los hechos. Las líneas que guían nuestra caracterización de la culpabilidad son:

- la culpabilidad se relaciona con la teoría de las normas y la norma penal se estructura sobre la base de un imperativo en el cual sólo puede ser culpable aquella persona que conozca el imperativo, es decir, aquel que si pueda motivas.
- No cabe la retribución, la culpabilidad debe tener finalidades preventivas.
- Tiene que alejarse de todo debate metafísico acerca del libre albedrío porque ese debate no conduce a nada.

En síntesis, la culpabilidad posee un contenido social y para delimitarla tenemos que conocer que en una sociedad determinada y en un momento determinado cuáles son las conductas que el legislador quiere evitar. En ese momento y en función de los fines preventivos se dará un contenido negativo a la culpabilidad enunciando los supuestos en los que no hay culpabilidad. Esto supone que en esta sociedad se determina una serie de criterios y existen una serie de sujetos que no son culpables.

No pueden ser culpables aquellos que no son motivables. No son motivables los menores de 13 años por ejemplo.

La culpabilidad puede ser culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor. Esto es fruto de uno de los debates históricos mas importantes porque podemos hablar de una peligrosidad criminal y de una peligrosidad social.

La peligrosidad social hace referencia a personas que realizan conductas antisociales o amorales. Realizar conductas amorales ha llevado a responsabilidades penales. Por ejemplo, hace 30 años la homosexualidad era delictiva en Alemania.

El Derecho Penal no puede considerar conductas antisociales o antimorales como hechos punibles. Ahora bien, cuando alguien comete un nuevo delito se le incrementa la pena por ser delincuente.

El grado de responsabilidad de un sujeto se guía por criterios preventivos. Estos supuestos de ausencia de responsabilidad son muy excepcionales y se dan en aquellos lugares donde el sujeto no tiene culpabilidad o la tiene disminuida. Por tanto la culpabilidad es gradual.

LECCIÓN 23: LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN.

1. LA CONSUMACIÓN COMO FORMA PERFECTA DE EJECUCIÓN.

Cuando hablamos de formas imperfectas de ejecución nos referimos a casos en los que el autor no llega a realizar perfectamente la conducta descrita en el supuesto de hecho típico, pese a intentarlo. Por el contrario, cuando la ejecución sí es perfecta y la conducta coincide con ese supuesto de hecho típico estaremos ante la consumación del delito.

Por tanto el final de este tipo de delitos no sería la consumación ya sea por parte del autor o no. Puede ocurrir que su fin último no coincida con la definición expresada por el legislador, sino que vaya más allá y en ese caso el delito seguirá considerándose consumado cuando la actividad practicada se corresponda con el supuesto de hecho contenido en el tipo, que recibe el nombre de agotamiento del delito.

Si no acaba en consumación puede terminar en:

- Fase preparatoria: por ejemplo dos sujetos deciden consumir un robo y por diferentes causas el robo no se lleva a cabo.

- Tentativa: A dispara sobre B con una pistola carga con intención de matarlo pero la bala no lleva a B.

Los delitos imprudentes no permiten la tentativa porque difieren del dolo en el afán del autor, es por tanto, incompatible un delito imprudente con la tentativa.

2. EL ITER CRIMINIS Y SUS FASES.

Hasta que una conducta humana llega a realizar un tipo doloso, ese camino se llama iter criminis. Este iter criminis presenta dos fases:

- FASE INTERNA: corresponde a la situación en la que el sujeto activo decide cometer el delito, pero ¿el derecho penal debe intervenir en esta fase? No, ya que hay que recordar el principio de última ratio, el de intervención mínima... el aparato punitivo del Estado no puede castigar a nadie por lo que piensa, sino sólo por lo que hace. Si es cierto que el pensamiento no delinque habrá que buscar entonces un criterio distinto del dolo para fundamentar el castigo de las formas imperfectas. Y habrá que buscarlo en la actividad exterior del agente, que asume por tanto un papel protagonista.

- FASE EXTERNA: tiene que ver con el comienzo de la ejecución. Cuando el iter criminis sale a la luz, realizando el sujeto actos que forman parte de su proyecto delictivo y que son observables desde el exterior, que no alcanzará la consumación puesto que suponemos que la ejecución es imperfecta. Aquí se plantea el problema de saber cuáles son los actos punibles y son aquellos casos que sean interesantes político-criminales. En esta fase nos enfrentamos ya al problema de dilucidar cuáles de los actos practicados se considerarse punibles, de acuerdo con

los principios políticos criminales que rijan el sistema. En el marco de un derecho penal democrático tiene que señalarse un punto de inflexión dentro de la propia fase externa que nos sirva para separar con claridad, a su vez, la fase de mera preparación y la ejecutiva, circunscribiéndose a esta última la legítima intervención penal.

3. LA TENTATIVA. CONCEPTO. DISTINCIÓN CON LOS ACTOS PREPARATORIOS.

El art. 16 .1 Cp afirma que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

La primera parte de la definición legal nos sitúa en la fase ejecutiva. Los actos que se sitúan antes de la ejecución no reciben sanción alguna. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido castigar determinados actos preparatorios, como la conspiración, proposición y provocación, aunque limitando su penalización a aquellos delitos que expresamente lo dispongan, que suelen ser los graves.

Antes de entrar en el análisis de las diferentes teorías conviene resaltar que:

- el principio constitucional de lesividad limita la intervención penal a aquellos actos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido.
- No puede tomarse en consideración la denominada teoría subjetiva ya que fundamenta su punición en la voluntad contraria a la norma.

■ TEORÍA OBJETIVA:

Seguir esta teoría trae consigo la impunidad de los actos preparatorios. Otra consecuencia es la menor punición de la tentativa respecto de la aproximación, es decir, si el grado de peligro es menor tendrá que ser menor también la sanción penal. La tercera consecuencia es la impunidad de la tentativa idónea. Según el art. 16 Cp se considera tentativa la realización de actos que objetivamente deberían producir el resultado. Existen argumentos político-criminales y legales que confirman la viabilidad de esta teoría.

Puede mantenerse la teoría objetiva a condición de no olvidar que el injusto de la tentativa no se nutre sólo del elemento objetivo que representa el peligro provocado por el acto sino también por la dirección que imprime a éste el autor del hecho que es expresión de la voluntad de éste e integra, pues el desvalor de la acción.

Desde un punto de vista legal el argumento a esta teoría es doble. En primer lugar, el tenor literal del art. 16 Cp obliga a constatar la dirección objetiva de la acción. En segundo lugar, la exigencia de un peligro real y objetivo puede extraerse de lo dispuesto en el art. 62 Cp cuando establece los criterios para la penalización de la tentativa y entre ellos, el grado de peligro inherente al intento.

■ TEORÍAS SUBJETIVAS:

Ven el fundamento de la pena en la voluntariedad. Voluntad manifestada, resuelta, observable en el delito. Si falta la lesión del bien jurídico lo importante será la voluntad hacia dicha lesión. Sus consecuencias políticas criminales son las contrarias a las tesis objetivas. Así:

- Si un acto preparatorio es observable también puede ser sancionable.
- Tentativa sanciona el riesgo de un bien jurídico.
- Hay que sancionar la tentativa idónea.

La teoría subjetiva elude un dato esencial: que el dolo del autor surge ya en la fase interna del iter criminis lo que impide tomarlo en consideración por sí solo para delimitar la frontera entre las fases preparatorias y ejecutiva.

■ TEORÍAS MIXTAS:

Hay de todo (es por la que se decanta Nuñez Paz). Lo que tienen estas teorías es que parten de la voluntad delictiva pero limitan esa voluntad a partir de exigencias objetivas como por ejemplo la tesis de la impresión de Roxin, que exige que el hecho sea capaz de impresionar a la voluntad.

Habría que averiguar cómo había planificado esa persona sus actos y cuándo y de qué modo pensaba ejecutar la acción prevista en el tipo. Si no existiera corrección alguna a este criterio se aproximará demasiado a la teoría subjetiva, pues dejaría al margen que si el autor ha dado comienzo o no a la ejecución. Por ello, los autores que la manifiestan suelen matizarla conforme a la teoría de la impresión, con lo que quieren señalar que la tentativa se castiga sólo y en la medida en que los actos realizados provocan en la comunidad una pérdida de confianza en la vigencia del orden jurídico.

4. LA IDONEIDAD DE LA TENTATIVA.

Cuando un individuo planea cometer un crimen, lo lógico es que seleccione adecuadamente los medios para llevarlo a cabo y el objeto de su acción. Pero no siempre se seleccionan los medios más adecuados.

La penalización de estos hechos depende de la postura que se adopte sobre la configuración de la tentativa. La teoría subjetiva justifica el castigo de cualquier conducta, por inocua que sea, siempre que se demuestre la intención lesiva del autor. Sin embargo, ni siquiera sus seguidores llegan a justificar el castigo del primer grupo de casos calificados como tentativa irreal o supersticiosa, y que el ordenamiento no toma realmente en serio dada la escasa peligrosidad demostrada por el autor. Sería por ejemplo quien intenta matar a otro a través de conjuros.

Pero si justifica la calificación como tentativa punible en el resto de los casos. En este sentido se dice que hay tentativa inidónea o imposible en los casos en que por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto no podía llevarse nunca a la consumición del delito que se encontraba.

El Cp de 1995 no ha modificado en exceso el pensamiento penal español respecto a la tentativa inidónea, aunque dicho Código haya prescindido de castigarla expresamente y además exija en el art. 16.1 que los actos ejecutivos del autor tengan capacidad objetiva para alcanzar el resultado.

Bajo estas premisas, tanto la jurisprudencia de casación como la mayoría de la doctrina entiende que sólo han quedado fuera del Cp los supuestos de idoneidad absoluta, mientras que seguirán penados los supuestos de idoneidad relativa.

Las STC aciertan cuando subrayan que para determinar si la tentativa es o no es idónea la cuestión fundamental estriba en cómo debe realizarse ese juicio de idoneidad.

Los medios utilizados son difíciles de distinguir los idóneos de los que no. Por ejemplo, el azúcar es un medio inidóneo de envenenar, pero para un diabético no por lo que hay que situar el medio en el contexto del sujeto. Así la doctrina se divide a la hora de fundamentar la punición de la tentativa.

5. TENTATIVA ACABADA E INACABADA.

Una vez que el autor da comienzo a la ejecución del delito cabe la posibilidad de que culmine completamente su plan y que pese a ello no produzca la consumación por causas independientes de su voluntad o también puede ocurrir que, por las circunstancias que sean pero siempre ajenas a su voluntad, ni siquiera pueda realizar todos los actos que deberían producir esa consumación.

La tentativa es acabada en el primer caso e inacabada en el segundo. El art. 16.1 Cp distingue en su redacción ambas categorías al decir que el autor practique todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado.

Esta distinción se traduce también en un diferente tratamiento punitivo, al establecer el art. 62 Cp que al calificarse el hecho como tentativa la pena se rebajará en uno o dos grados con respecto a la del delito consumado atendiendo al peligro

inherente al intento y al grado de ejecución alcanzando. El TS ha adoptado una regla general para la interpretación de este precepto que permite una rebaja de la pena en dos grados cuando se trata de tentativa inacabada y de un grado cuando se califica como acabada, regla que no impide una solución distinta.

6. EL DESISTIMIENTO.

Es una causa de exclusión de la pena. El art. 16.1 Cp hace mención indirecta al desistimiento cuando incluye un elemento negativo en la definición de la tentativa, según el cual la falta de consumación tiene que deberse a causas independientes de la voluntad del autor.

Sin embargo, son los apartados 2 y 3 del mismo artículo los que regulan completamente esta institución. El primero, advierte de que quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado.

Si sólo comenzó la ejecución bastará probablemente con no persistir en su propósito. Por el contrario, cuando el autor realizó todos los actos necesarios para la consumación del delito el autor tendrá que actuar positivamente para evitar el daño ulterior. Pero si logra salvar en última instancia el bien jurídico amenazado, el hecho no es punible, aunque lógicamente se hará acreedor de la pena correspondiente a los daños ya consumados en el transcurso de la ejecución de ese delito finalmente truncada.

Para que el desistimiento opere como causa de exclusión de la punibilidad se requiere que la ejecución fuera factible y que sea el propio autor quien abandona su

proyecto. En tal caso, el Derecho penal no valora positivamente el abandono y sigue considerando punible la conducta del sujeto.

Por lo tanto para que exista desistimiento tiene que haber:

- Voluntariedad: el sujeto tiene que haber manifestado. Las teorías para explicar la voluntad son:
 - o Psicológicas: piensan que es voluntario si el sujeto no quiere abandonar la producción de un delito aunque puede alcanzarlo.
 - o Valorativas o normativas: la voluntad sólo es estimable si obedece a un valor jurídico.

- Eficacia.

Cabe el desistimiento tanto en la tentativa acabada como en la inacabada. En la primera el desistimiento sería posible con una emisión y en la segunda sería posible mediante una acción positiva.

Cuando el autor ha realizado ya todos los actos de ejecución, el art. 16.2 Cp exige que el desistimiento sea, además de voluntario, eficaz, e impida la producción del resultado. La voluntariedad debe analizarse aquí bajo los mismo parámetros que en el supuesto anterior.

El apartado 3 del art. 16 Cp orienta la exclusión de pena en estos casos hacia el criterio subjetivo de la responsabilidad personal, relegando un tanto la exigencia objetiva de la evitación del daño. En efecto, cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente la consumación.

Para terminar recordar que el fundamento de la impunidad del desistimiento encuentra su origen en la teorías jurídicas. Así serán subjetivas si falta culpabilidad y serán objetivas si falta antijuricidad.

Otras teorías por razones legislativas son las político-criminales (Liszt). Una teoría más reciente es la del premio o la de la gracia, que se trata de premiar al que desiste y se hace no sancionando. Esta tesis ha sido muy desarrollada después a la vez que criticada.

En la teoría del resarcimiento de la culpabilidad el desistimiento es una disminución de la voluntad criminal. Debe valorarse esta disminución de alguna manera. La teoría del fin de la pena fundamenta la impunidad en que no se cumple el fin de la pena.

LECCIÓN 26: LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.

1. TEORÍA GENERAL.

Las circunstancias modificativas trascienden sobre el hecho en sí y va a operar sobre la pena. Esta legislación es novedosa en el aspecto circunstancial. La ley abstracta quiere decir que en muchos casos tendrá en cuenta elementos esenciales (injusto, culpabilidad), pues las circunstancias modifican o matizan.

Le ofrece al juez para precisar una responsabilidad, tanto en autores o en artífices, siempre en virtud de las circunstancias modificativas. Hay que hacer referencia a su accidentalidad, pues no es necesaria apreciarlas en el injusto, y pueden ser contingentes, es decir, puede que esté y puede que no.

También puede haber mayor o menor grado de injusto y habrá mayor injusto o mayor culpabilidad sobre todo a la hora de la graduación de la pena. Se pueden hacer varias circunstancias: atenuantes, agravantes o mixtas, en virtud de lo que le hagan a la pena.

El Cp sistematiza y aclara muy bien estas circunstancias (art. 21 atenuantes, art. 22 agravantes y art. 23 mixta). Así pues existen varias clasificaciones:

Circunstancias genéricas: aplicables a cualquier delito de la parte especial (art. 21, 22 y 23). Estos artículos hablan en general y se pueden aplicar exactamente igual estas circunstancias y se aplican las específicas a un grupo determinado. Por ejemplo el art. 248 Cp regula la estafa, en el 250 habla de los bienes de primera necesidad y se agrava, como circunstancia específica.

Pero nos interesan a nosotros las genéricas. Además también pueden ser comunicables o no: sin ser transmisibles a los partícipes.

Por lo tanto las circunstancias pueden incrementar o disminuir el injusto y la culpabilidad, pero no fundamentarlo. Eso sí, pueden tener relación exactamente con el injusto o con la culpabilidad.

2. NATURALEZA Y COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

Las circunstancias son elementos accidentales del delito, y por lo tanto, no pueden servir de fundamento al injusto o a la culpabilidad. Sin embargo, aunque no fundamenten, pueden tener directa relación con la medida del injusto y de la culpabilidad. De la variada gama de circunstancias genéricas que regula el Cp, algunas se relacionan directamente con el injusto y otras con la culpabilidad.

Existe un tercer grupo de circunstancias que son comportamientos post-delictuales, por ejemplo la confesión o la reparación del daño causado. Tienen importancia a efectos de determinación de la pena, donde se establecen una serie de penas en virtud de que sí haya una serie de circunstancias agravantes o atenuantes.

Pero en el art. 67 Cp dispone que no se aplicarán las circunstancias genéricas, atenuantes o agravantes, cuando la ley las haya tenido en cuenta al describir o sancionar la infracción o las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

Esto se llama inherencia expresa, pues si está exigidas en el delito concreto no se puede aplicar. El art. 188 Cp sanciona al que determine a persona, mayor de edad a ejercer la prostitución o mantenerse en ella, mediando abuso de superioridad. esto es inherente, pues no se puede aplicar dos veces lo mismo (ne bis in idem), pues ya reconoce el uso de la fuerza, no se puede agravar con el genérico nuevo.

Es verdad que existe la inherencia tácita, para que sea de tal forma inherentes, que sin su concurrencia el delito no podría cometerse. Por ejemplo, la malversación o el cohecho, es de funcionario público exclusivamente. De ahí que el hecho de ser funcionario no lo agrave.

Las circunstancias pueden ser no comunicables o personales, pues concurren sólo en esa persona y las comunicables o materiales y depende de la pluralidad de

sujetos. Sólo existe un injusto en cada delito, pero las circunstancias se valoran individualmente, para cada partícipe.

Las circunstancias personales o no comunicables (art. 65.1 Cp) dispone que sean causas de naturaleza personal, sólo en quienes concurren. Estas circunstancias atienden a la culpabilidad y a comportamientos, por ejemplo adicciones, abuso de confianza, reincidencia, confesión...

Las circunstancias materiales o comunicables son, según el art. 65.2 Cp consistentes en la ejecución material del hecho o en los medios empleados y afectan al injusto, y el criterio es el conocimiento.

Por ejemplo, A quiere dar un buen susto a B, al enterarse que éste no tiene intención de devolverle el dinero que le ha prestado. Para ello, contrata a C, portero de una discoteca, para que le de una paliza. A considera que C es suficientemente corpulento y apto para cumplir con el encargo, realizándolo individualmente. Sin embargo, C se hace acompañar por otras personas, para debilitar la defensa de B. la circunstancia del art. 22.2 Cp, consistente en contar con el auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido es por regla general comunicable. Pero esta circunstancia no puede aplicarse al inductor A porque éste la desconocía.

3. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.

■ EXIMIENTE INCOMPLETA:

El art. 21.1 regula la eximente incompleta. Constituyen circunstancias atenuantes las causas expresadas en el capítulo anterior cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos

casos. La llamada eximente incompleta se diferencia claramente de las demás circunstancias atenuantes porque genera una reducción de pena muy superior.

Incluso puede pensarse que no se trata de una circunstancia en sentido estricto, pues lleva la disminución del injusto y la culpabilidad. Puede faltar algún requisito no esencial, no trascendental, por ejemplo, puede ocurrir que tras la agresión ilegítima el autor actúe con una respuesta desproporcionada y no cabría el art. 24 Cp. Por lo tanto en la legítima defensa es imprescindible una agresión ilegítima.

Existen anomalías físicas o psíquicas que según el juez será completa o incompleta.

■ **GRAVE ADICCIÓN DE SUSTANCIAS TÓXICAS:**

Dispone el art. 21.1 Cp que constituye una circunstancia atenuante la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior.

Esta circunstancia afecta a la culpabilidad con disminución de esta. Incluso podría llevar a una eximente completa. Cuando no se comprenda la ilicitud del hecho puede ser completa, y es caso de adicción propia del art. 22.

■ **ARREBATO, OBCECACIÓN, ESTADO PASIONAL SEMEJANTE.**

Dispone el art. 21.3 Cp la atenuación de aquél que obre por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. Se trata del llamado estado pasional, que afecta necesariamente a la culpabilidad.

Se da la misma situación que en el supuesto anterior, pues el estado pasional puede llevar según su intensidad, a una situación de trastorno mental transitorio de eximente incompleta o bien de simple atenuante. El estado pasional supone una situación de excitación momentánea o persistente, que conduce a la realización de un hecho delictivo.

■ CONFESIÓN DEL DELITO:

La confesión se regula en el art. 21.4 Cp. Es atenuante haber confesado a las autoridades, anterior al fin del procedimiento judicial. Es un comportamiento postdelictual y no tiene que ver con el injusto o culpabilidad. El legislador premia pues la confesión.

Lo hace por el beneficio probatorio del delito, y lo premia mediante atenuación específica. Establece claramente el art. Cuál es el momento en el que puede hacerlo. Está limitado a la actuación judicial, cuando comienza las actividades judiciales, y antes de que el sujeto conozca que el procedimiento se dirige contra él. (cuando secretario abre el acta).

■ REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO:

Dice el art. 21.5 Cp que constituye una circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Este supuesto, al igual que el anterior, se estructura como comportamiento postdelictivo y por lo tanto no supone una disminución del injusto ni de la culpabilidad.

Se busca alcanzar un objetivo político-criminal importante, pero no tiene nada que ver con el injusto, pues lo que busca es resarcir a la víctima, pues al Estado le interesa mucho más que sea el delincuente quien resarza a la víctima ya que es más barato.

El momento efectivo es mucho más grande que la confesión, más tiempo para reparar que para confesar.

■ ATENUANTE ANALÓGICA:

El art. 21.6 Cp considera circunstancia atenuante cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores. La analogía se puede aplicar tanto a las eximentes incompletas como a las circunstancias atenuantes. Es una medida muy acertada, pues flexibiliza las posibilidades del Juez para poder apreciar atenuantes. La doctrina destaca que no se exige una similitud completa, sino que la circunstancia posea análoga significación.

4. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

El Cp ha reducido el número de agravantes, pues los ha especificado. La doctrina suele clasificar estas circunstancias en dos categorías:

- **Objetivas:** se relacionan con los elementos objetivos del injusto (peligrosidad del sujeto).
- **Subjetivas:** tienen en cuenta aspectos del ámbito subjetivo del autor, aunque no puede decirse que necesariamente incrementan su culpabilidad.

■ ALEVOSÍA.

La primera circunstancia agravante regulada en el art. 22.1 Cp consiste en ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiere proceder de la defensa por parte del ofendido.

Se estructura en base a la indefensiva. Por ejemplo el veneno o el ataque detrás de la puerta. El injusto es mayor con la alevosía porque se conoce la indefensión. Se limita a los delitos contra las personas, como el aborto, el homicidio o las lesiones.

El homicidio mas la alevosía dan como resultado un asesinato y no se podrá aplicar las circunstancias genéricas otra vez. De ahí que sea sólo para aborto y lesiones, porque ya está incluido.

Hay que valorar también el aprovechamiento de la indefensión, así como tratar de evitar que el sujeto se defienda. La jurisprudencia recoge alevosía cuando el sujeto pasivo es un niño o un sujeto indefenso. La esencia de la alevosía es evitar que la víctima se defienda, pero por ejemplo en el caso de un recién nacido ya no se puede defender.

De ahí que no se considere que sea con alevosía.

■ **DISFRAZ, ABUSO DE SUPERIORIDAD, APROVECHAMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DEBILITEN LA DEFENSA O FACILITEN LA IMPUNIDAD.**

El art. 22 Cp regula una serie de circunstancias que tienen en común el debilitamiento de la defensa del sujeto pasivo o el facilitar la impunidad del autor. El disfraz puede servir a cualquiera de esos objetivos.

El abuso de superioridad consiste en una situación que supone aprovecharse de la correlativa situación de inferioridad que se da en el sujeto pasivo.

Por su parte, el aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o del auxilio de otras personas comprende distintos supuestos ya previstos en el antiguo Cp, como la nocturnidad, despoblado, cuadrilla, etc. pero a diferencia de la anterior regulación sólo podrán apreciarse en cuanto sirvan para debilitar la defensa o facilitar la impunidad y no como en dicha regulación en la que el simple hecho de la nocturnidad o el número de personas era suficiente para apreciar la agravante.

■ **PRECIO, PROMESA, RECOMPENSA:**

Supone el desvalor del injusto por perseguir una base retributiva. Podría haber dinero o también recompensa de trabajo, por ejemplo con repercusión económica de alguna otra manera.

También transforma el homicidio en asesinato. No hay mejor inducción que el dinero, de ahí que se aplique al que cobra. Parte de la doctrina decía que se debía sancionar a ambos, pero realmente es sólo a quien cobra.

Quien paga será inductor. El que no ejecuta no es partícipe, es inductor.

■ **MOTIVOS RACISTAS, XENÓFOBOS O SIMILARES:**

Regula el art. 24 Cp otra agravante que consiste en cometer el delito por motivos racistas, antisemitas y otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca.

Existe un resurgir de actuaciones racistas y discriminatorias. Hace al legislador sensible e introduce esta circunstancia genérica.

■ **EL ENSAÑAMIENTO:**

Dispone el art. 22. 5 Cp que es circunstancia agravante aumentar inhumana y deliberadamente el sufrimiento de la víctima, con padecimientos innecesarios para el delito.

En alevosía es indefensión pero aquí es el dolor pero siempre con matices. El sujeto realiza unas actividades que provocan más padecimientos de los necesarios y provoca más mal del delito realizado, por ejemplo los instrumentos de tortura.

Es incompatible con el estado pasional. Tienen que ver con el número de golpes y puede que después de 50 puñaladas por ejemplo no es ensañamiento si muere a la primera, lo que se quiere es provocar un mayor dolor.

No debería ser incompatible con el estado pasional, aunque no habra ensañamiento, sería por circunstancias.

■ ABUSO DE CONFIANZA:

Regulado en el art. 22.6 Cp se estructura en una base de violación de confianza no circunstancial, pues debe haber inicialmente cierta lealtad.

■ PREVALERSE DEL CARÁCTER PÚBLICO:

Se caracteriza por estar limitada a los delitos comunes de funcionarios públicos. No es aplicable a los delitos especiales cometidos por los funcionarios públicos, es decir, los delitos que únicamente puede cometer un funcionario como autor, pues la circunstancia es inherente a ellos (inherencia tácita).

■ REINCIDENCIA:

Dispone el art. 22.8 Cp que es circunstancia agravante ser reincidente. Y que hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número, no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Es polémica y la doctrina no dice que haya más injusto o más culpabilidad, sino que refleja un mayor desprecio hacia la norma, una mayor rebeldía. Se castiga a alguien en virtud de la personalidad. Existe conflicto, pues es un derecho penal del autor totalmente reprobable.

Se exige una cadena firme. Están excluidos las faltas y los delitos de otros títulos o los que no tengan naturaleza.

5. CIRCUNSTANCIAS MIXTAS DE PARENTESCO.

Dispone el art. 23 que es circunstancia que puede atenuar o agravar según la naturaleza concreta del delito, puede ser cónyuge o haberlo sido, ascendiente o descendiente.

La regulación legal de la circunstancia mixta de parentesco no presupone que el parentesco sea utilizado necesariamente como atenuante o como agravante en relación a determinado grupo de delitos. Por el contrario, el Juez sólo debe tener en cuenta la naturaleza, los motivos y los efectos del delito para valorar si la pertenencia al ámbito parental o familiar debe beneficiar o perjudicar al sujeto penalmente responsable, o no optar por lo uno ni lo otro, recurriendo a la no aplicación de esta circunstancia mixta.

La regulación del parentesco no quiere decir que sea agravante a unos o atenuantes a otros. por ejemplo en el 95 desapareció el parricidio, ahora es homicidio agravado.

Asimismo en los delitos patrimoniales se atenúan. El problema con la eutanasia se da en que no es lógico agravar a alguien cercano.

LECCIÓN 20: LA CULPABILIDAD I. LA IMPUTABILIDAD.

1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN.

Nos vamos a encontrar con elementos que determina la capacidad de la culpabilidad, son los llamados inimputables, que son quienes padecen ciertos trastornos.

En estos casos ciertos retrasos psicológicos y psiquiátricos y existe un catálogo. Si son peligrosos se les aplicará medidas de seguridad. Además, y en segundo lugar, en la culpabilidad prevalece la teoría de los imperativos y serían los que están en error de prohibición. En tercer lugar, los supuestos de inexigibilidad de otra conducta como por ejemplo el art. 26 Cp (miedo insuperable). Esto supone que si alguien actúa con miedo insuperable el Cp establece la posibilidad de no imponerle pena.

El miedo insuperable es un supuesto de inculpabilidad, no una causa de justificación.

Se trata de supuestos que excluyen de culpabilidad. Es importante la interpretación científica del Derecho penal. estos son supuestos de exculpación. En el art. 20 Cp existen algunos supuestos como la legítima defensa.

Hay muchos supuestos de ausencia o reducción de la culpabilidad. La culpabilidad es gradual y esto es importante porque será bastante difícil exonerar completamente de responsabilidad por alcanzar el máximo grado de culpabilidad.

Hay personas que padecen estas anomalías psiquiátricas y poseen la rebaja de pena o la exclusión. El Cp alude a esa capacidad de motivación al eximir de pena a quien al tiempo de cometer la infracción penal no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

2. INIMPUTABILIDAD DEBIDA A ANOMALÍAS O ALTERACIONES PSÍQUICAS.

■ PERITAJE PSIQUIÁTRICO Y PROCESO PENAL:

El Cp define las anomalías o alteraciones psíquicas. La capacidad para comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, que constituye la definición legal de la imputabilidad en el art. 20. 1 Cp debe ser analizada en el proceso penal con arreglo a criterios jurídicos.

Se pueden utilizar tres clases de forma para la inimputabilidad:

- Psiquiátrico: que el sujeto sea un enajenado, un demente.
- Capacidad de entendimiento que tenga el sujeto.

Pero estos dos tipos de fórmulas son incorrectos. Si optamos sólo por las anomalías psiquiátricas deberíamos exonerarlo de responsabilidad en intervalos lúcidos por lo que sería una descripción incompleta.

- posibilidad de comprender la ilicitud o actuar, lo que sería la capacidad de voluntad o de motivación.

Esto es impreciso porque cabe cualquier causa que lleve a anular la comprensión del carácter lícito de un delito. Lo ideal es la formula que combina pues elementos psiquiátricos con requisitos psicológicos.

La imputabilidad es un concepto jurídico que obliga al encargado de aplicar la ley a un laborioso análisis en el que debe tener en cuenta el estado psíquico del sujeto pero también las finalidades de la norma jurídica penal, las cuales determinan el ámbito de sujetos culpables y por tanto, también el grado de capacidad de motivación que se estima socialmente adecuada para considerar responsable al autor del hecho delictivo. A esta contundente razón se une la necesaria motivación de las resoluciones judiciales y el principio de igualdad de armas entre acusación y defensa.

■ RELEVANCIA DE LAS DIFERENTES ANOMALÍAS Y ALTERACIONES PSÍQUICAS.

Por una parte encontramos una base psiquiátrica y para saber si la dolencia que padece el sujeto es de las contempladas en el art. 20.1 hay que recurrir a la psiquiatría.

El art. 20.1 Cp declara exento de responsabilidad criminal a quien al tiempo de cometer la infracción penal a causa de cualquiera anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

La jurisprudencia del TS ofrece determinadas pautas de la incidencia de las distintas enfermedades mentales sobre la imputabilidad del sujeto. Se trata de pautas orientadoras. La mayor influencia sobre la imputabilidad procede de la psicosis, principalmente de la esquizofrenia y la paranoia, cuyo brote agudo puede llevar a la exención completa de pena.

Los problemas llegan en lo que se conoce como zona oscura de la culpabilidad que no tienen estrictamente la naturaleza de una dolencia psiquiátrica, sino que son trastornos del comportamiento del adulto y también las llamadas psicopatías que tienen origen en la infancia y se manifiestan a lo largo de toda la vida.

El cuadro más grande es el llamado trastorno disocial de la personalidad. Quienes padecen estos trastornos disociales son personas que desprecian a las normas y a las demás personas, lo cual da lugar a los crímenes más graves y espeluznantes.

En los últimos años se ha incorporado algunas psicopatías y podrían llegar a considerarlo inimputables o semi imputables. Además de poseer la dolencia se tiene que dar la actuación conforme a la comprensión del hecho. Tiene que haber una relación entre la dolencia que padece y la actuación psicológica de no comprender la ilicitud del hecho.

Tenemos que tener en cuenta que todo esto debe estar sometido a un importante proceso probatorio. Es muy importante saber que la imputabilidad ha de contar con una limitación psicológica añadida pero en el momento de los hechos.

Aquí actúa la *ACTIO LIBERAE IN CAUSA*, que es una fórmula que permite retrotraer en la responsabilidad cuando la persona se ha colocado en la situación a conciencia para poder cometer un hecho delictivo.

Si en el momento que mata a otro es inimputable pero se ha colocado en esa situación porque no ha tomado la medicación por ejemplo, entonces será responsable penalmente.

Por tanto si una persona enloquece estando en la cárcel esto no tiene ninguna relación con la pena que se le va a imponer.

■ GRADUACIÓN DE LA IMPUTABILIDAD Y APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD:

El autor del delito puede ver afectada su capacidad de motivación de un modo más o menos intenso. Por ello, el legislador ofrece a los tribunales la posibilidad de valorar esa intensidad y de ajustar la sanción de acuerdo a ella.

Cuando se detecte una notable alteración psíquica en el momento de cometer el hecho, pero se considere que persistía cierta capacidad de motivación, será aplicable la eximente incompleta del art. 21. 1. por último, cuando dicha alteración hubiera dado lugar a una leve disminución de aquella capacidad, podrán aplicarse las atenuantes genéricas previstas en los apartados 2º, 3º y 6º del art. 21 Cp.

En la imputabilidad la rebaja de pena puede no existir o eximente incompleta o rebajar la pena de una forma menos significativa con el resto de circunstancias atenuantes. Se puede aplicar conjuntamente la pena y una medida de seguridad.

Se puede establecer una pena más un internamiento psiquiátrico. Esto se da en el llamado sistema vicarial en el cual antes se cumple la medida de seguridad y luego la pena, salvo que esta pena haya dejado de ser necesario, en cuyo caso se puede evitar su aplicación.

Esa medida podrá consistir en el internamiento sólo si es el delito es castigado con pena privativa de libertad y su duración no podrá superar la prevista por el legislador para ese delito. Ahora bien, como la medida se aplica en función de la

peligrosidad del sujeto, cuando se considere que ésta ha sido neutralizada, podrá cesar la ejecución de la medida aunque no haya cumplido la totalidad del tiempo máximo previsto.

■ ALTERACIÓN PSÍQUICA TRANSITORIA:

El llamado trastorno mental transitorio hace referencia a situaciones normalmente no patológicas y exime de pena si el sujeto padece una situación parecida a la de la imputabilidad del art. 20.1. Cp, es decir, son trastornos en el que el sujeto no comprende la ilicitud del hecho o actúa conforme a esa comprensión. Aquí actúa la fórmula de la LIBERAE IN CAUSA que viene a situar la responsabilidad penal en ese momento previo a la ejecución del delito en que el autor se colocó, dolosa o imprudentemente en situaciones de inimputabilidad.

El carácter transitorio sugiere la inexistencia de base patológica alguna asociada a la alteración mental del sujeto, siendo un estímulo a él lo que perturba su estado psíquico ya se trata de una situación o de la ingestión de alguna sustancia.

La inexistencia de base patológica en los sujetos a los que se aplican estas disposiciones legales influye naturalmente en la posibilidad de recurrir a la imposición de medidas de seguridad en estos casos.

■ ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA DROGADICCIÓN:

A diferencia de lo que ocurría hasta hace poco, el Cp trata específicamente los problemas de imputabilidad relativos a la ingestión de lo que genéricamente se denomina droga. Ese tratamiento diferenciado abarca tanto a los casos de ingestión casual como a los que se refiere a la adicción.

La adicción a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos constituye uno de los principales problemas político – criminales en nuestro país desde hace más de diez años. esa es la razón que ha llevado al legislador a incluir una atenuante específica en el art. 21.2 donde se subraya la exigencia de que dicha adicción sea grave, entendiéndose por tal aquella que comporta una disminución de la imputabilidad del sujeto, sin que baste la condición de consumidor más o menos habitual.

Por lo que se refiere al síndrome de abstinencia, el art. 20.2 adopta una concepción amplia del mismo, ya que permite la exención total de pena siempre y cuando el autor se encuentre afectado hasta el punto de ser incapaz de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Esta capacidad es graduable y casi nunca se considera el síndrome tan relevante como para eximir completamente de pena al autor del hecho.

Las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2 del Cp, propia atenuante de drogadicción o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6. los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento en la esfera penal, pueden sintetizarse del siguiente modo:

- estar en estado de intoxicación plena que exonere de responsabilidad criminal.
- No comprender la ilicitud del hecho, no ser motivable por el consumo de las drogas.

Será difícil apreciar eximente incompletar pero si se apreciará eximente analógica donde se aplicará un sistema vicarial (pena más medida de seguridad).

Existen una serie de requisitos:

- REQUISITO BIOPATOLÓGICO: que nos encontremos en presencia de un toxicómano, cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos:
 - o Intoxicación grave.
 - o Trayectoria importante en cuanto al consumo.

- REQUISITO PSICOLÓGICO: resultar afectadas sus facultades mentales.

- REQUISITO TEMPORAL O CRONOLÓGICO: relación cronológica entre el consumo de droga y el síndrome de abstinencia y la comisión del hecho delictivo.

- REQUISITO NORMATIVO: la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto, lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática.

Para poder eximir de responsabilidad tiene que existir una perturbación completa y desde allí se comenzará a rebajar los requisitos para la eximente incompleta o la mera atenuante. Hay muchos drogodependientes en las cárceles y aplicarles estrictamente el Cp va en contra del principio resocializador.

3. ALTERACIONES EN LA PERCEPCIÓN (ART. 20.3).

Esta circunstancia, tradicionalmente vinculada a la ceguera y a la sordomudez, amplió su espectro desde la reforma de 1983 al no mencionar expresamente dichas minusvalías.

Se trata de un caso muy peculiar que no justifica su mantenimiento dentro del trato en el Cp. En base a esa ceguera las personas podían tener alterada la conciencia de la realidad.

Así los sordomudos eran tratados de una forma en la que no tenían acceso a la cultura. Lógicamente estas alteraciones no tienen la entidad que tenían a principios del siglo XX y finales del XIX.

No existe sentencia en la que se acepte alteraciones en la percepción porque si realmente estas personas poseen añadido un cuadro de problemas psicológicos – psiquiátricos quedará en el art. 20.1 y no en este art. 20.3. por este motivo, es un supuesto de exoneración que sobra.

4. LA MINORÍA DE EDAD (ART. 19 CP).

La comisión de delitos por menores siempre ha estado en el eje del debate por la alarma social de la delincuencia juvenil. Esto lleva a una serie de reflexiones sobre dónde, cómo y cuándo debe intervenir el Derecho penal en esta materia.

Existen diferencias entre menores y adultos, pero ¿cuál es el sistema clave para determinar cuándo debe aplicarse una pena a un menor o qué tipo de sanción?

Existen dos modelos:

- **MODELO PSICOLÓGICO:** se debe determinar cuál es el nivel de comprensión o discernimiento del menor. Este modelo se movía sobre la base del impúber que poseía una presunción de incapacidad que se demostraba que poseía discernimiento. Este modelo del impúber romano se trasladó al Cp francés y es el vigente en el mundo anglosajón. Así por ejemplo sancionar a un niño de 11 años por un delito de asesinato con la amenaza de prisión perpetua es algo que nos señala que en la criminalidad de menores no siempre las cosas son claras. Existe conflicto lo que nos indica que la responsabilidad del menor no puede ser igual que la del adulto aunque sea un menor con discernimiento.

- **MODELO BIOLÓGICO:** establece una edad y a partir de ahí se van marcando límites. Hay una edad en la que los menores son siempre inimputables. Los de 0 a 13 años cumplidos y agotados son completa y totalmente inimputables.

Existe una ley penal del menor. El menor de 14 años es completamente inimputable. Puede ocurrir que un menor de 11 años asesine, pero para resolver estos conflictos el Estado tiene que recurrir a otro tipo de soluciones. El art. 3 de la ley penal del menor se refiere al régimen de los menores de 14 años.

El criterio es la madurez biológica y la social. Es el criterio normativo el que traza la ley en función de valoraciones de carácter social. El sistema del menor a finales del XIX con el positivismo y a lo largo de todo el siglo XX se ha aplicado como lo conocido sistema tutelar de menores.

En España regió la ley del Tribunal tutelar de menores del 48. el Estado apreciaba como delincuencia a menores y establecía la edad penal en los 15 años. a partir de los 15 años se podía tener responsabilidad penal atenuada pero el modelo era tutelar, es decir, se regulaba en base a los tribunales tutelares.

El tribunal tutelar estaba compuesto por individuos que contaban con una moralidad y una vida familiar intachable. Pero no existían ni el principio de legalidad ni el derecho al abogado ni ninguna garantía procesal.

Las acciones se imponían también a los menores abandonados o prostituidos, con lo cual se mezclaba a todo el mundo en los correccionales. Los tribunales tutelares de menores eran pues un desastre.

Los jueces podían hacer lo que querían y además sus STS tenían un contenido altamente moralizante. Esto sufre un cambio y gracias a las Convención de NNUU sobre derechos del niño de 1989 la cosa cambió.

Aquí se establecen una serie de soluciones que van en el sentido de someter a los menores en el sistema penal antes que en el tutelar. A partir de esta Convención de NNUU el panorama mundial cambia en este tema. Los derechos más elementales de los jóvenes delincuentes comienzan a ser respetados, se rebaja la edad penal (antes era a los 16), etc. el sistema cambia y esto se refleja en el Cp de 1995 que establece en su art. 19 que los menores de 18 años no serán responsables criminalmente con arreglo a este código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

En el Cp los menores de 14 años son completamente impunes y quedan sometidos a responsabilidad administrativa y civil. Los de 14 y 15 años incluidos

forman un grupo y los de 16 y 17 otro grupo. Todos ellos responden penalmente, lo que ocurre es que para el segundo grupo se le imponen sanciones más importantes que para el primer grupo.

A partir de los 18 años por tanto se aplica la responsabilidad penal, pero en el Cp del 95 existía un concepto que hoy en día se encuentra derogado. Así entre los 18 y los 21 años cabía la posibilidad de aplicar el régimen de menores a los delincuentes ocasionales de esas edades y a partir de los 21 se tenía responsabilidad penal. pero esto ha desaparecido como ya he mencionado anteriormente.

Por ende se elimina el sistema tutelar también. El problema de los menores se relaciona con la culpabilidad lo que supone que para poder responsabilizar a un menor tenemos que analizar todos los elementos del injusto.

El menor tiene su derecho a que lo que ha hecho sea imputable a su conducta y tiene que haber actuado con dolo o negligencia. Se tienen que dar los elementos típicos, cosa que en el sistema tutelar no era así, ya que se mezclaban delincuentes con no delincuentes.

Se pueden cuestionar cosas porque podría existir un catálogo más cerrado de delitos que fueran cometidos por menores. El ámbito del delito imprudente podemos discutirlo, porque ¿se le puede exigir el mismo nivel de cuidado a un menor de 14 años o a una persona de 30? Esto es discutible, pero nuestro Cp no hace limitaciones, por tanto todos los delitos son susceptibles de comisión por parte de un menor.

En la culpabilidad encontramos un tratamiento peculiar. Las consecuencias de todo este sistema de menores es fundamentalmente en las sanciones que pueden ser consideradas penas o medidas de seguridad y entonces la ley penal del menor habla

de medidas, pero parece que tiene más bien naturaleza de pena ya que tiene culpabilidad disminuida.

Una cosa importante que no pasaba antes es radica en el papel que se le otorga a la víctima. Esto es positivo y negativo porque la víctima puede pedir parte en el procedimiento y es difícil esto ya que lo que normalmente quiere es venganza. En el Derecho penal del menor el único objetivo del Estado tiene que ser la resocialización del joven, es decir, que esa persona salga de la espiral delictiva, ya que así la sociedad gana.

Por este motivo no existe ninguna potestad para las víctimas. Antes la fiscalía era la que negociaba con el autor del hecho delictivo. Lo que ocurre es que a raíz del caso de Sandra Palos esto cambió. Así el art. 6 de la ley penal del menor dice: corresponde al ministerio fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

En un proceso penal de adultos es posible presentar una querrela, lo que supone asumir obligaciones diversas, como por ejemplo de tipo económico. Aquí no hay que presentarse como querellante. Esto es así por el caso Palos, ya que se le da a la víctima todos los derechos lo que supone limitar cualquier tipo de negociación y por tanto se retrocede en el tiempo.

Las medidas posibles son:

- internamiento en régimen cerrado: lo que es igual a una prisión.
- Internamiento en régimen semiabierto: Salir a trabajar, salir de fin de semana...
- Internamiento en régimen abierto: sólo dormir y controles mínimos.
- Internamiento terapéutico: cuando existen anomalías o dependencias a alcohol, drogas o similares...
- La asistencia a un centro de día: implica que el menor es derivado a un centro plenamente integrado en la comunidad, donde se realizan actividades educativas de apoyo a su competencia social.
- En la medida de la libertad vigilada el menor infractor está sometido a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado.
- La realización de tareas socio-educativas: consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social.

El juez puede imponer al menor una o varias medidas , existe cierta flexibilidad para aplicar la sanción por parte del juez de menores. El art. 9.2 de la ley del menor se refiere así a la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando por ejemplo los hechos estén tipificados como delitos graves por el Cp o las leyes penales especiales.

Pero, ¿cuánto duran estas medidas? Existe un régimen general para algunos delitos y otros para los delitos más graves. Así se diferencia entre:

- menores de 14 y 15 años: la medida sólo puede alcanzar los tres años de duración.
- Menores de 16 y 17 años: la medida puede llegar a los 6 años de duración.

Aquí comienzan algunos matices:

- Extrema gravedad: se da un régimen cerrado de 6 años más 5 de libertad vigilada. Se da en los homicidios, asesinatos, violaciones, terrorismo. En el homicidio, la violación y el terrorismo los de 14 y 15 años presentan cinco años más 3 de libertad vigilada. En el caso de 16 y 17 años presentan internamiento de 8 años más 5 de libertad vigilada.

Esto no se parece en nada a lo que se aprobó en 1995. tenemos que ver la uniformidad punitiva que tienen los diferentes gobiernos que se han dado a lo largo de todos estos años. hay coincidencia en incrementar la sanción penal de los menores.

LECCIÓN 21: LA CULPABILIDAD III.

1. LA CONCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD.

No se puede exigir responsabilidad penal si no existe capacidad de motivación, es decir, los sujetos tienen que conocer la prohibición, ya que sino no somos culpables.

La conciencia de la antijuricidad afecta a la culpabilidad porque es el sujeto concreto que conoce o no la prohibición que existe. Se exige en la conciencia de la antijuricidad que el sujeto conozca el carácter prohibido. Así el sujeto debe conocer la contradicción a derecho de la conducta que realiza.

Cuando se confundía el derecho y la moral era suficiente con que fuera consciente de la inmoralidad de su comportamiento, pero esto está ya superado.

La conciencia de la antijuricidad tiene que conocer que la conducta es contraria a derecho. Pero esto es motivo de discusión. La pregunta es que si la persona que desconoce que ha cometido un delito puede intentar motivarse en contra de la violación de esa norma que desconoce.

La contradicción tiene que ser contraria a derecho penal y no contraria a derecho. Lo que tiene que conocer el sujeto es la contradicción al Derecho penal de la conducta que realiza. El conocimiento requiere una comprensión equivalente a un hombre medio, no precisa de requisitos técnicos-jurídicos, sino comprensión coloquial.

Es importante definir cuál es el nivel de conocimiento, es decir, el conocimiento tiene diferentes grados:

- conocimiento actual: estar pensando en ello. Normalmente nadie asesina a otro por ejemplo pensando en el art. 138 Cp.
- Conocimiento actualizado: la persona no piensa explícitamente en el carácter antijurídico de su conducta pero puede por un esfuerzo mínimo recrear en su mente que lo que está haciendo es un delito.
- Conocimiento eventual de la antijuricidad: supuestos de indiferencia u omisión intencionada de conocer la ley penal. en este caso no existe posibilidad de desconocimiento.

Para determinar la conciencia de la antijuricidad deberán constatarse las características personales del sujeto y su entorno, porque este conocimiento dependerá en buena medida de sus circunstancias. También habrá que tener en cuenta que se trata de un conocimiento graduable. En cualquier caso, hay que destacar que la doctrina rechaza unánimemente la relevancia del llamado error craso o burdo. El desconocimiento puede llevar a exonerar de responsabilidad total. El desconocimiento de prohibición que no debe confundirse con el error.

2. EL ERROR DE PROHIBICIÓN.

Históricamente el responsable de un hecho delictivo no podía invocar con éxito el desconocimiento total o parcial de las normas jurídicas. Sin embargo, ese desconocimiento podía existir por tratarse de sujetos no integrados del todo en la sociedad.

Pero también la aparición de una hipertrofia normativa en ámbitos del derecho administrativo y del derecho económico en general hace posible que un ciudadano plenamente integrado pueda desconocer alguna norma con relevancia para el Derecho penal.

Incluso puede pensarse que en los primeros meses de vigencia de un nuevo Cp algunos ciudadanos desconozcan que ciertas conductas han pasado a ser delictivas.

Existen delitos pues que tienen menor o mayor grado de complejidad y nos preguntamos si se puede exigir a la persona sobre lo que debe conocer.

Hay que analizar en qué sector nos movemos porque cada delito tiene sus particularidades en cuanto al conocimiento exigido. El error puede ser de prohibición o de mandato.

Existen dos errores de prohibición:

- directo: recae de forma afectiva en el carácter prohibido de la conducta.
- Indirecto: sobre las causas de justificación.

■ ERROR DE PROHIBICIÓN DIRECTO:

Historicamente no era admitido el directo. El Estado para demostrar su fuerza no negociaba con los ciudadanos, con lo que se presumía que la ley era conocida por todos.

Existe una presunción que no admitía prueba en contrario lo que se complementaba con las leyes penales secretas, por tanto no podemos motivar acerca de algo que se desconoce.

Esto se llamaba también teoría de obligación de conocer el derecho. Esto ha ido evolucionando y este comienzo se relaciona con la aparición de delitos no tradicionales, es decir, el Derecho penal accesorio, delitos fiscales, propiedad intelectual...

Por ejemplo en los delitos contra la propiedad intelectual supone una infracción administrativa pero además será también castigado el que crea o compre un dispositivo técnico que supone saltar un control. Es posible que alguien desconozca que tener un programa así sea delito.

Hay espacios de las prohibiciones que son desconocidos por las personas. Por este motivo hay un desarrollo porque se hace necesario no utilizar criterios genéricos y si individualizados para ver los comportamientos exactos que tiene el sujeto acerca de esa materia.

No existe una determinada reflexión sobre lo que se construye en la conciencia de la antijuricidad pero si nos obligan a informarnos totalmente de todo, por tanto si esto es así todo será punible.

Habrá que ver si el error es vencible o invencible. Prevalece la teoría de la culpabilidad. El error vencible da lugar a un delito doloso atenuado (art. 14.3 Cp). El delito es doloso pero existe rebaja de pena si el error es vencible de 1 a 2 grados.

■ ERROR DE PROHIBICIÓN INDIRECTO:

Sobre las causas de justificación pueden recaer tres clases de errores:

- Error sobre el presupuesto de las causas de justificación: es un error de tipo y se trata con la solución de ausencia de dolo. Lo trata como un error de tipo y a esta misma solución llega la teoría de los elementos negativos del tipo. Para esta teoría los presupuestos fácticos de las causas de justificación forman parte del tipo del injusto.
- Error sobre la existencia de causa de justificación: existe límites en las causas de justificación, así una persona puede equivocarse creyendo que existe una causa de justificación que no existe.
- Error sobre los límites de las causas de justificación: sabemos que existe una serie de criterios (proporcionalidad y demás). Podemos exceder esos límites. Este tipo de errores si son invencibles exoneran de responsabilidad y si son vencibles hay rebaja de pena de 1 a 2 grados.

3. EL MIEDO INSUPERABLE.

El miedo insuperable se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, basándose en la no exigibilidad de otra conducta. Nos encontramos ante un supuesto en el que el sujeto no se puede motivar con normalidad, porque padece miedo.

Son supuestos de difícil aplicación porque no se le puede aplicar una pena a estos supuestos, con los cual se trata de hechos que son delitos pero no se les puede aplicar sanción penal alguna. Son motivos de política criminal.

Nos encontramos pues con la no exigibilidad de una conducta, son hechos diferentes al error en los que el legislador entiende, por motivos de política criminal, que la pena no debe exigirse.

La primera pregunta que tenemos que hacernos es que si deben estar expresamente consagrados en el Cp. La no exigibilidad está marcada por la ley y la ley penal no puede exigir a las personas comportamientos heroicos, es decir, cuando no se le puede exigir al sujeto una conducta alternativa entonces existe situación de miedo que proviene de un factor externo, con lo cual no existe culpabilidad.

Así por ejemplo un camarero que trabaja en un bar y el dueño y a su vez jefe le indica que no registre su sueldo. Si estuviera cometiendo un fraude fiscal el camarero no sería cómplice, por tanto no le sería exigible una conducta alternativa.

La única forma de considerar culpable a estos sujetos es ver que existe miedo en base a un mal que puede padecer el individuo. El Cp no exige ninguna ponderación de males, es suficiente con que el sujeto actúe impulsado por miedo insuperable.

El antiguo Cp eximía de responsabilidad penal al que hubiera obrado impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor. Se estructuraba, por ello, en base a una ponderación de males, comparando el mal que se podía padecer con el mal efectivamente causado por el delito. El Cp actual ha simplificado esta regulación, estableciendo que se exime de responsabilidad al que obre impulsado por miedo

insuperable (art. 20.6 Cp). Por tanto el miedo tiene que ser real pero el mal puede ser real o imaginario.

LECCIÓN 22: LA PUNIBILIDAD.

1. LA PUNIBILIDAD CONCEPTO Y FUNCIÓN.

Se trata de pasos necesarios para la aplicación de una pena y con todo ello podemos decir que la pena es merecida. Hay que diferenciar merecimiento de pena y necesidad. Es merecido cuando es fruto de una acción típica, antijurídica y culpable. Pero puede ocurrir que una pena merecida no sea necesaria. Este injusto culpable es un presupuesto indispensable pero no suficiente de la pena, porque existe un elemento más llamado punibilidad o penalidad.

La punibilidad responde a razones políticas muy diversas, así pueden ser de política jurídica en general, tributaria, económica, constitucional... o incluso de política criminal.

Toda esa rama de la política inciden en el delito de tal forma que pueden incluir requisitos y elementos que restringen la penal.

El delito ya se ha cometido y todos los requisitos de la acción típica, antijurídica y culpable están comprobados, pero entran requisitos añadidos que tienen un fundamento político y se encuentran de forma expresa en la ley penal.

Dentro de la punibilidad encontramos dos categorías: concretamente estamos hablando de las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, que son dos supuestos completamente distintos aunque tienen en común algún elemento importante.

La doctrina suele diferenciar estas categorías afirmando que las condiciones objetivas fundamentan la punibilidad, mientras las excusas absolutorias esencialmente la excluyen. Sin embargo, esta diferenciación debe tener en cuenta que las condiciones objetivas de punibilidad también excluyen la posibilidad de aplicar una pena en todos aquellos supuestos en los que dichas condiciones no se cumplen.

2. CAUSAS ABSOLUTORIAS.

Se relacionan con la persona del autor. Son supuestos excepcionales en los que se tolera la ejecución del delito cuando se dan circunstancias que son extraordinarias y personales.

Hay que diferenciar entre excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad. Las primeras son personales y no benefician al resto de intervinientes del hecho delictivo, al revés que las condiciones objetivas de punibilidad.

En la CE encontramos algunas excusas absolutorias o en el Cp en la regulación específica para algunos delitos. Así son excusas absolutorias: las inmunidades del Jefe de Estado (art. 56.3 CE) o las inmunidades parlamentarias que benefician a los parlamentarios en relación a las opiniones que manifiestan en el ejercicio de sus funciones (art. 71 CE).

De singular importancia es la excusa absolutoria consagrada para los delitos patrimoniales cometidos entre ciertos parientes. Este supuesto se encuentra regulado en el art. 268 Cp que declara exentos de responsabilidad a los cónyuges no separados o divorciados, ascendientes, descendientes, hermanos y afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. El art. 268.2 Cp nos indica claramente la naturaleza de esta disposición como excusa absolutoria, al disponer que no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

Esto es así porque el delito ya contiene todos sus elementos y en consecuencia son sólo motivos de política criminal que establecen la no sanción penal de este supuesto.

A idéntica conclusión llegamos en el supuesto de la revelación de la rebelión o sedición, prevista como excusa absolutoria en los arts. 480 y 549 del Cp. Queda exento de penal el que implicado en un delito de rebelión o sedición, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

3. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

Suponen un concepto algo diferente porque exoneran de responsabilidad a todos los intervinientes, es decir, suponen un añadido más a los requisitos del tipo penal.

Las condiciones objetivas de punibilidad eliminan el hecho delictivo una vez que se han comprobado todos los requisitos. Hay dos clases de condiciones objetivas de punibilidad:

- **condiciones objetivas de punibilidad propias o genuinas:**

Son supuestos de restricción de pena una vez que se han concretado todos los elementos del delito. Por ejemplo el fraude fiscal es un delito que consiste en defraudar a hacienda. Esto en sí es delito ya que supone engañar a hacienda.

Ahora bien, por una acción de política criminal hay un criterio añadido que es una condición objetiva de punibilidad y es que el fraude ha de superar los 120000 euros, por tanto el que defrauda con 199999 no comete un delito penal. si comprobamos que el segundo es penalmente irrelevante y el primero recibe una pena, podemos comprender que ese límite cuantitativo no forma parte del tipo del injusto, esto es, que se ha añadido un elemento ajeno al tipo que funciona como una barrera político-criminal.

Otro ejemplo lo vemos en el art. 606.1 del Cp, que supone que los jefes de Estado extranjeros cuando están de visita oficial en España gozan de inmunidad. Pero para que se le aplique este artículo es preciso que concurra la exigencia de la reciprocidad. Este requisito sería una condición objetiva de punibilidad y si no se da entonces estos tipos que son agravados no se aplican. Por lo tanto la consecuencia jurídica sería la no aplicación de las figuras específicas en base a la reciprocidad.

- **condiciones objetivas de punibilidad impropias o anómalas:**

Son rechazadas normalmente por la doctrina. Constituyen auténticos elementos del tipo del injusto, que se pretenden caracterizar como condiciones objetivas de punibilidad para evitar que el dolo o la imprudencia deban referirse a ellas.

Estas condiciones objetivas de punibilidad impropias pertenecen en realidad al injusto y deben ser por ello abarcadas por el dolo. En definitiva, el caracterizar un elemento típico como condición objetiva de punibilidad impropia supone una violación del principio de culpabilidad y debe ser rechazado.

Suponen generar conceptos penales incorporando una serie de requisitos que no tienen porque ser conocidos por el sujeto. Son elementos que fundamentan la responsabilidad penal.

LECCIÓN 24: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR.

Los hechos delictivos normalmente no son obra de una sola persona. La estructura del delito habrá que aplicarla a personas que han delinquido y esas personas pueden ser múltiples.

La responsabilidad penal tiene un campo amplio, por eso hablamos de autoría y participación. Existe un grado de responsabilidad que se basa en la aportación que realiza cada uno de los que interviene, pero fundamentalmente la diferencia es tripartita: están los autores, los inductores y los cómplices o partícipes.

Se puede ser instigador o se puede ser partícipe y dentro de estos se pueden ser cooperados necesarios y cómplices. Casi todos reciben la misma pena, y sólo los cómplices se ven con un derecho de rebaja de penal.

Tenemos que preguntarnos cuál es la respuesta de cada uno de ellos y los límites. Así existen varias posibilidades de interpretación:

→ **Concepto unitario del autor:**

Fue el defendido por el causalismo de tal forma que no existe diferencia entre autores y partícipes. Todos los que intervienen en un hecho delictivo son autores, tengan la participación que tengan.

Esto es propio del causalismo naturalista porque como había que encontrar una relación entre la acción y el resultado pues todos los que aportaban algo al resultado eran culpables de la acción.

Este concepto unitario decae si existe un tratamiento diferenciados entre autores y partícipes. Y eso es lo que ocurre en el Cp como veremos en los arts. 27 (responsables de delitos y faltas los autores y cómplices), el art. 28 (autores quienes realizan el hecho por sí solo o por medio de otro) y el 29 (cómplices los que cooperan con la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos). Además el art. 63 Cp supone que la complicidad recibe menor pena y la autoría la misma.

Por lo tanto el problema está entre la autoría y la participación en la imprudencia. Para dejar esto claro sería posible que el concepto unitario de autor no rigiera en los delitos dolosos pero si podría regir en la imprudencia. Este concepto unitario en España no se da.

→ **Teorías subjetivas:**

Estas teorías siguen considerando que no existen distinciones entre autores y partícipes pero esta afirmación choca con la realidad normativa, pues el Cp trata de forma desigual a los autores en relación a algunos partícipes. Por este motivo, consideran que al diferenciación se da en el plano subjetivo. Esta tesis es sin embargo rechazada mayoritariamente. La doctrina entiende que las diferencias entre autores y partícipes no pueden asentarse exclusivamente en al simple voluntad.

→ **Teorías restrictivas:**

Prevalecen estas teorías, es decir, aquellas que diferencian autores y partícipes y el autor es el que debe realizar la acción típica y antijurídica. El partícipe sólo responde si un autor ha realizado una acción típica y antijurídica.

El hecho principal al cual se accede es el principio de accesoriedad limitada que exige para la participación un hecho típico y antijurídico, no es necesario que sea culpable.

El partícipe es alguien que contribuye a un hecho delictivo de otro y lo hace con su propia culpabilidad.

2. LA TEORÍA DEL DOMINIO PÚBLICO.

Esta teoría diferencia autores y partícipes. Autor será aquel que pueda considerarse la figura central del hecho delictivo. Es autor el que decida si el hecho se comete o no y cómo se comete ese hecho.

Esta teoría permite clasificar por un lado los autores y por otro los partícipes. El art. 28 Cp establece tres supuestos de autoría:

- por sí solos.
- Conjuntamente.
- Por medio de otro del que se sirven como instrumentos.

El art. 28 Cp consagra la autoría directa unipersonal, la autoría mediata y la coautoría, aunque dicho precepto también contempla supuestos de participación, tales como la inducción y la cooperación necesaria, en los que no existe dominio del hecho y por lo tanto no suponen casos de autoría.

El art. 61 del Cp dispone que las penas establecidas en el Cp son las que se imponen a los autores de la infracción consumada. Y esas penas se aplican por igual a los autores con dominio del hecho y a los partícipes sin dominio del hecho que el Cp equipara a los autores.

3. AUTORÍA DIRECTA.

Existe autoría directa cuando el sujeto realiza personalmente el hecho prohibido por el Cp. Esto no presenta muchos problemas y está regulado en el art. 28 Cp.

En general en los delitos comunes la autoría directa es llevada a cabo por cualquiera. Sin embargo existen delitos en el Cp que no pueden ser cometidos por cualquiera, por ejemplo el delito que se refiere a las administraciones públicas.

Nos encontramos con un número importante de delitos cometidos por la administración pública y casi todos estos delitos solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos o autoridades.

Esto supone que estos delitos además de cometerse por autoría directa o unipersonal pueden referirse a delitos comunes o especiales. Si son especiales solo existe delito si interviene a título de autor una persona cualificada.

4. AUTORÍA MEDIATA.

Es autor mediato quien no realiza directa y personalmente el hecho, sino que se sirve de otra persona, que actúa como instrumento y que es en definitiva la que lo realiza. La autoría mediata se basa en el dominio de la voluntad.

Por lo tanto no existe una intervención personal directa por parte del autor. El autor no realiza los elementos típicos. Se dará cuando no se realizan por sí mismo los hechos, sino cuando se utiliza a otro como instrumento. Se instrumentaliza a otro para que lleve a cabo el hecho delictivo.

Se caracteriza esta autoría por el dominio de la voluntad de otra persona que comete el hecho delictivo. El autor mediato también se llama hombre de atrás. Esta posibilidad es perfectamente imaginable y se dan supuestos con lo cual para resolver esto habría discusión porque el principio de legalidad exige que pague por el hecho quien realice el acto.

En consecuencia, si aplicáramos de forma estricta las teorías objetivas formales llegamos a la impunidad de todos los intervinientes. La participación exige un hecho principal típico y antijurídico.

El fundamento es el dominio de la voluntad. Los supuestos de instrumentalización de otra persona son:

- dominio de la voluntad por coacción: un caso frecuente es el sujeto que quiere atracar un banco y el método es secuestrar a la familia del director del banco. Éste ha ido sin escoltas pero ha vaciado el banco y entregado el dinero. en este caso puede haber un estado de necesidad o bien éste ha actuado en una situación de miedo insuperable. En todo caso existe autoría mediata y se basa en que existe un dominio de la voluntad por coacción.

- Dominio de la voluntad en virtud de un error: supone crear un error de tipo o de prohibición en la persona que actúa, que se le conoce como autor inmediato, y la persona de detrás que es el que dirige los hilos es el mediato. Puede haber un error de prohibición, es decir, alguien que se aproveche del desconocimiento que tiene otro de la norma jurídica.

- A través de inimputables o menores: este grupo no son culpables pero se les puede aplicar una medida de seguridad y alguien puede utilizarlo para cometer un hecho delictivo con lo cual habrá autoría mediata en relación con lo que haga ese inimputable. Con respecto a los menores de 14 años no existe sanción penal por lo que es frecuente la utilización de menores para el tráfico de drogas. Si son entre 14 y 18 años son inimputables y al solución es más próxima a la intervención en un hecho que comete el menor.

- Autoría mediata a través del dominio de una organización: Roxin, en relación con esto, intentaba resolver un problema de imputación que se dio en la época nazi, pero no sólo ahí. El caso del coronel que nunca mató a nadie pero si decidía si la persona se iba a un campo de concentración o no decidía la vida y la muerte de las personas. Esta fórmula de dominio se ha autorizado como otra forma de autoría mediata siempre que se den una serie de requisitos como:

o Persona pueda dar órdenes.

- Decisiones al margen de la legalidad.
- Que el que actúa físicamente sea fungible.

Dentro de la autoría mediata está la duda acerca de la posibilidad de aplicar estas pautas en el marco de empresas e industrias ilícitas. Esto es complicado y se aplica cuando el objeto central es ilegal.

Los delitos en el ámbito de empresas traen problemas. Las grandes transnacionales con organigrama complejo toman decisiones de forma colectiva por tanto, ¿cómo responsabilizamos a esta gente? Pues es complicado.

Se habla de una irresponsabilidad organizada. Existe una tendencia importante a sancionar directamente a los directivos por los fallos en la organización de la empresa. Esto es un debate bastante amplio que existe en los delitos económicos y es un tema complejo porque en muchas ocasiones responden los directivos intermedios y la responsabilidad no suele recaer en la propia empresa o en el capital de ésta. Puede haber autoría directa, el problema es que si podemos trasladar la autoría mediata a las empresas.

5. COAUTORÍA.

Supone la realización conjunta del hecho delictivo. Se refiere el art. 28 a la realización conjunta del hecho, es decir, al dominio conocido como dominio coautorial del hecho.

Para hablar de coautoría ninguno de los intervinientes tiene que haber realizado a título personal todos los elementos del tipo. La coautoría requiere un acuerdo previo, es decir, una distribución de tareas o funciones que se haya pactado previamente.

No existe coautoría si existen muchas contribuciones individuales que no están coordinadas. El acuerdo previo es por tanto muy importante porque restringe la posibilidad de cada uno a lo que haya acordado. Por tanto es clave identificar y determinar cuáles eran los parámetros del plan previo.

Luego para poder hablar de coautoría no sólo se requiere acuerdo previo y común, sino que la aportación debe ser esencial porque sino no existe espacio para la complicidad cuando existe coautoría.

La contribución del coautor debe ser esencia, así será cuando el interviniente individual, retirando su contribución, pueda desbaratar todo el plan (ROXIN).

6. LA PARTICIPACIÓN.

El partícipe es aquél que contribuye a la realización del hecho de otro. En tanto y en cuanto prevalecen las teorías restrictivas, resulta indispensable trazar un límite tanto entre el comportamiento del autor y el comportamiento del partícipe.

El Cp marca esa distinción en los arts. 28 y 29. por una parte, se encuentran los autores, que son aquéllos que ejecutan sus propios comportamientos delictivos, sobre la base del dominio del hecho, pues participan en un hecho ajeno. Son los partícipes. Para que exista participación debe constatarse previamente el hecho principal de un autor al que relacionar el hecho accesorio del partícipe.

El partícipe no realiza el hecho prohibido ni tiene dominio del hecho. Por eso mismo, nunca puede lesionar directamente el bien jurídico tutelado. Sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en tanto y en cuanto contribuye a poner en peligro el bien jurídico que será lesionado por el autor. Para caracterizar correctamente la participación debemos analizar brevemente la accesoriedad y la unidad del título de la imputación.

→ **Accesoriedad:**

El hecho del partícipe está en relación de dependencia con el delito cometido por el autor. La doctrina considera que la participación es accesoria a la autoría. El partícipe contraviene las disposiciones específicas de los arts. 28 y 29 Cp, que extienden a otros sujetos las prohibiciones que consagran los distintos tipos penales.

Haya una relación de dependencia o subordinación con el delito principal. La participación se rige por el principio de accesoriedad limitada, que supone que el autor debe realizar una acción típicamente antijurídica. Debe quedar claramente delimitado el hecho principal dolosamente realizado por el autor.

Lo que no exige este principio de accesoriedad limitada es que el autor del hecho principal sea culpable. El inductor o cooperador necesario de un delito cometido por un inimputable podrá ser sancionado penalmente como partícipe, independientemente de la irresponsabilidad penal del autor principal.

→ **Unidad del título de la imputación:**

Los partícipes responden por el mismo título de imputación por el que responde el autor. No puede romperse este título, haciendo responder a autores y partícipes cada uno por separado. Ello tiene consecuencias muy importantes en la participación en delitos especiales, que analizaremos posteriormente.

En nuestro derecho existen tres supuestos de participación: la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad. En ninguno de ellos existe el dominio del hecho. La inducción y cooperación necesario no son supuestos de autoría.

Por otra parte, el nuevo Cp ha regulado, como formas de coautoría o participación intentadas, tres supuestos que el antiguo código consideraba actos preparatorios, esto es, la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

7. INDUCCIÓN.

Inducir significa convencer, es decir, hace surgir en otro una decisión delictiva que no tenía. El sujeto aconseja a otra persona, que ya tenía planeado el hecho, para que cometa un hecho delictivo. Este apoyo psicológico podrá ser sancionado por complejidad.

Ahora bien, sólo si aconsejan a alguien, que no tenía la decisión de hacer algo delictivo, este inductor es un partícipe muy especial que recibe la misma pena que el autor.

Sin embargo, debemos recordar que se trata de un partícipe, no un autor, puesto que no domina el hecho. Si el inductor llegar a dominar el hecho, se podría convertir en coautor. La inducción tiene que ser además dolosa.

Además se habla del doble dolo del inductor porque su conducta debe dirigirse a la intención del resultado y a convencer. Hay que analizar el grado de peligrosidad que alcanza el consejo que da el inductor y además el inductor sólo responde por el resultado inducido. Si el inducido se excede, el inductor no responde, ya que sólo lo hace por lo que induce.

Una peculiar forma de inducción es la que lleva a cabo el llamado agente provocador. Este sujeto no desea la consumación del delito, sino que el individuo lo lleve a cabo en grado de tentativa, con la finalidad de posibilitar la sanción penal a determinados sujetos, sobre quienes no existen pruebas concluyentes de su accionar delictivo.

La inducción tiene que ser directa y eficaz.

- DIRECTA: porque tiene que dirigirse a una persona o personas determinadas. Esto evita considerar inducción a un anuncio genérico lo cual puede tener algún tipo de responsabilidad penal por otra vía, que es la provocación, la cual es una forma de participación. Y no cabe la inducción en cadena. El inductor sólo responderá por los resultados que se corresponden a con su dolo.

- EFICAZ: en primer lugar, la incitación del inductor debe producir un incremento del riesgo de comisión del delito. Por otra parte, la influencia que ejerce el inductor debe ser causante de la resolución delictiva del inducido. La inducción debe ser decisiva en la determinación de cometer el delito. No existirá inducción si la resolución delictiva estaba ya tomada, con anterioridad, por el autor del delito. La eficacia también está condicionada por el hecho de que el inducido debe dar comienzo a la ejecución del delito. Por ello debe existir, al menos, tentativa.

8. LA COOPERACIÓN NECESARIA.

La cooperación necesaria consiste en una de las formas de favorecimiento del hecho ajeno que regula el Cp. Así, dispone el art. 28 que también serán considerados autores: los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado. El cooperador necesario no es autor sino partícipe. Pero el Cp regula otra forma de favorecimiento del hecho ajeno, como es la complicidad. Es importante distinguir ambas figuras, pues la complicidad recibe la pena inferior en grado a la prevista para los cooperadores necesarios.

El cooperador necesario realiza actos relevantes de cooperación en fase preparatoria o ejecutiva. Los medios con los que se puede colaborar son ilimitados. La doctrina acepta la cooperación intelectual y la técnica o física. El hecho al que se coopera debe haberse materializado. El cooperador necesario no es responsable del exceso que pudiera cometer el autor.

El Cp exige que la aportación constituya un acto sin el cual el hecho no se habría efectuado. La doctrina ha elaborado distintas teorías al respecto. Una de ellas es la que formula Gimbernat con su teoría de los bienes escasos. Si lo que aporta el autor es un bien escaso, el partícipe será cooperador necesario. Si lo aportado es un bien abundante habrá complicidad.

9. LA COMPLICIDAD (cooperación no necesaria).

La complicidad funciona residualmente, pues el art. 29 Cp considera comprendidos en este supuesto de participación a los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Debe tratarse de sujetos que no posean el dominio del hecho y cuyo comportamiento no sea lo suficientemente relevante como para que al faltar su aportación el acto no se hubiera efectuado.

El código si aclara que la contribución puede realizarse con actos anteriores o simultáneos. La complicidad que se materialice en hechos anteriores sólo tendrá relevancia penal si el autor ha dado comienzo a la ejecución del delito.

10. FORMAS DE COAUTORÍA Y PARTICIPACIÓN INTENTADAS.

Un importante cambio que se advierte en el libro 1º del nuevo Cp es el distinto tratamiento que se brinda a la conspiración, proposición y provocación. En virtud de la regulación prevista en los arts. 17 y 18 Cp, la conspiración, proposición y provocación dejan de ser actos preparatorios y se convierten en tres especiales supuestos de coautoría o participación intentadas.

El Cp prevé que estos tres especiales supuestos se sancionarán cuando esté previsto por la Ley:

- **CONSPIRACIÓN:** la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Se trata de un supuesto de coautoría intentada.

- **PROPOSICIÓN:** la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Se tratará de un supuesto de coautoría intentada, en tanto y en cuanto el que invita proyecta compartir el dominio del hecho con los individuos o de autoría y participación intentadas si él

pretende reservarse el dominio del hecho, otorgando el papel de partícipes a los demás. Se caracteriza por ser una invitación individual y personalizada.

- **PROVOCACIÓN:** existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. Es un supuesto de autoría intentada. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción. El art. 18 Cp regula la apología como forma de provocación, definiéndola como la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

11. LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES.

Los delitos especiales son aquéllos en los que el tipo limita el círculo de posibles autores a determinados sujetos. La peculiaridad de los delitos especiales consiste en la existencia de sujetos calificados, también llamados INTRANEUS.

Quienes no reúnen esa característica no pueden ser autores de delitos especiales. Los extranets no pueden ser autores, pero pueden ser partícipes. Los delitos especiales presentan peculiaridades respecto a los delitos comunes, en materia de autoría y participación:

- graves dificultades plantea la utilización de un instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales. Estos supuestos de instrumento dolosos no cualificados han provocado intensas discusiones doctrinales. La respuesta a estos problemas es bastante difícil y pasa por establecer excepciones a la teoría del

dominio del hecho o bien por proponer la impunidad de todos los intervinientes, para que una futura reforma legal cubra este vacío.

- También presenta problemas la participación en delitos especiales. Por ejemplo, el apoderamiento de dinero o caudales tiene distinto tratamiento si lo realiza un funcionario respecto a los caudales públicos o un particular respecto a dinero, bienes... la pena a aplicar en uno u otro caso es muy distinta. Creemos que la solución más apropiada se basa en la unidad el título de la imputación, y siendo el delito principal la malversación de caudales públicos, todos los intervinientes deben responder por este delito.

LECCIÓN 25: UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS. CONCURSO DE DELITOS Y CONCURSO DE LEYES.

1. UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHO.

Siguiendo una concepción estrictamente naturalista habría que entender por acción todo movimiento humano guiado por la voluntad. Pero una acepción naturalista de la pluralidad de acciones no puede asumirse en la órbita jurídico-penal. Es preciso incluir aspectos no naturales sino jurídicos, como el dolo o el bien jurídico protegido, elementos del tipo penal.

Los problemas generados por la pluralidad de acciones en relación con el concurso de infracciones deben resolverse desde la óptica de la determinación de la unidad de acción. Al respecto es posible distinguir entre lo que se denomina la unidad natural de acción y la unidad típica o antijurídica de acción.

Para el TS sólo esta última resulta aceptable a partir de ella son varias las combinaciones posibles entre hecho y delito para dar vida a otras tantas modalidades de concurso: real, medial, ideal, delito continuado y concurso de leyes.

2. CONCURSO REAL.

Varias acciones dan lugar a varios delitos, que se castigan independiente y acumulativamente unos respecto de otros, tal y como lo establece el art. 73 Cp. Por ello, se amolda a lo que podría denominarse una forma de concurso por defecto: en ausencia de una combinación más compleja, será ésta la que resulte aplicable.

Por lo tanto aquí el sujeto realiza diferentes acciones y cada una de ellas supone aisladamente un hecho delictivo. Estos hechos son juzgados en el mismo proceso si existen reglas de conexidad y reciben la aplicación del concurso real.

Esto supone una serie de limitaciones máxima a la hora de imponer la pena que se pondrá en función de la reinserción social de los individuos. Esto supone que tiene que haber una pena máxima que sea de un cumplimiento racional. Este límite absoluto establece una serie de reglas que pueden ir desde los 20 años hasta los 40 años en algunos delitos relacionados con el terrorismo en la actualidad.

Pero existen otras limitaciones que son las relativas y que se encuentran recogidas en el artículo 76.1 Cp: el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años.

Las limitaciones relativas indican pues que independientemente del número de delitos que haya cometido la persona, la pena no puede superar el triple de la más grave.

Sin embargo existen algunas consecuencias importantes que complementan esta idea. El problema radica en lo que ocurre con los beneficios penitenciarios. Estos permisos de salida se computan conforme a la ley penitenciaria y se establecen en base al art. 78 Cp: 1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del [artículo 76](#) la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

En los beneficios penitenciarios el Cp da la solución porque establece que la limitación del límite de la pena, para que la persona tenga beneficios, será del cumplimiento de la mitad de la condena. ahora bien, esto de “podrá acordar” que dice el art. 78 no es obligatorio, por lo tanto es potestativo del juez optar a esta solución.

Sin embargo, cuando se trata de supuestos en los que la limitación absoluta supera los 20 años (terrorismo fundamentalmente) los beneficios penitenciarios se computan sobre el total de la suma de las penas impuestas.

En el caso de los delitos más graves la solución es obligatoria. Esto se hace para impedir sobre todo los beneficios penitenciarios en materia de terrorismo.

Sin embargo, como esto es muy duro se establece una excepción a la excepción en la cual los beneficios penitenciarios serán los aplicables al conjunto. No obstante, también existe una nueva excepción a la excepción que queda recogida en el art. 78. 3 Cp : 3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la [sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código](#), o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

- a. Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
- b. A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

En definitiva, la regla general es la aplicación de todas las penas sumadas, pero existe una limitación absoluta y otra relativa. Los beneficios penitenciarios tienen que estar patentes también en función del art. 25.2 CE, el cual manifiesta la reinserción. De esta forma los beneficios penitenciarios se computarán de la siguiente manera:

- art. 78.1. : regla general, salvo que el juez declare que hay que tener en cuenta todas las penas sumadas.

- Art. 76 a, b, c, d: hay que tener en cuenta el conjunto de las penas impuestas para los beneficios penitenciarios.

- Excepción muy limitada: se puede decidir sobre todo en materia de terrorismo donde el juez podrá establecer un límite mínimo para los beneficios penitenciarios pero no tiene nada que ver con la regla general. Tan solo para la libertad condicional se requiere una octava parte del límite máximo.

3. CONCURSO IDEAL.

Se conoce con el nombre de concurso ideal la comisión de dos o más delitos mediante una sola acción del sujeto. En el concurso ideal se da un solo hecho, entonces se parece mucho más al concurso de leyes. No obstante, la clave es el bien jurídico lesionado.

Por ejemplo, si a A le paran para realizar un test de alcoholemia y en lugar de soplar golpea al policía su conducta es una sola (el golpe) pero por esa conducta ha realizado varios delitos que están en el Cp como delito contra la autoridad pública, lesión... la misma conducta no tiene nada que ver si es un mero delito de lesiones o se dirige contra un policía en servicio.

El concurso de delito se caracteriza porque existe una sola conducta pero puede haber varios delitos. Esto entonces supone que hay que ver cuál es la solución que da el Cp a este llamado concurso ideal de delitos.

Según el art. 77 Cp

Artículo 77.

1. Lo dispuesto en los [dos artículos anteriores](#), no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

Por lo tanto cuando se trata de un concurso ideal existe un solo hecho que afecta a diferentes delitos y la pena se aplica en función del más grave de los cometidos, es decir, se aplica en su mitad superior pero ojo, porque sigue habiendo un único delito pero lesiona varios bienes jurídicos.

La solución para este concurso está asentada pero existen situaciones polémicas. Si es real se suma y si es ideal se elige el precepto más grave y se aplica así.

Se ha abandonado este criterio porque existen supuestos que tienen una solución muy difícil. Junto al bien jurídico cumple también un papel importante el dolo del autor. Ello nos permitirá valorar críticamente un caso que suele utilizarse para explicar el concurso ideal: la colocación de una bomba que mata a varias personas. Suele decirse que, por tratarse de una sola acción, las muertes y lesiones producidas concurrirán idealmente. Pero tal calificación no satisface.

Desde un punto de vista general podría decirse que cuando el autor se sirve de una sola acción para lograr su propósito múltiple, sabiendo que con ella le basta para alcanzar su fin, hay que entender que existe una pluralidad de delitos, porque

respecto a cada uno de ellos se cumplimenta perfectamente tanto el tipo objetivo como el subjetivo.

Por ello, cuando el TS ha analizado el caso Hipercor (ETA coloca una bomba que mata a 21 personas) califica el hecho como concurso real de otros tantos delitos de asesinatos y lesiones, sin aplicar la regla del art. 77 Cp. El dolo eventual sirve aquí para integrar la parte objetiva del tipo en relación con cada uno de esos delitos.

Por lo tanto el CP dice lo que dice y define el concurso ideal de tal forma que no podemos decir que alguien que haya realizado un solo hecho no se le vaya a aplicar el art. 77. la regla para el concurso ideal es la pena para el delito más grave pero con salvedad de que la que pueda exceder de la suma de todas las infracciones (art. 77.2 y 77.3).

Es decir, el juez tiene que hacer un análisis de si el concurso ideal es más o menos grave que penándolo por separado. Si así fuera habría que aplicarlo como si fuera un concurso real.

4. CONCURSO MEDIAL.

Es una modalidad de concurso real que se sanciona con la solución del concurso ideal. El concurso medial es una modalidad del concurso real con la única peculiaridad de que entre los delitos existe una estrecha relación.

En relación con esta modalidad concursal se presenta siempre la duda de si la relación tiene que ser de necesidad o de oportunidad, es decir, si entre ambos delitos debe existir una conexión objetiva o basta con que el autor haya diseñado el plan

delictivo de tal modo que para conseguir su propósito último debe cometer antes otro delito. La jurisprudencia se inclina más por exigir una relación de necesidad.

Por ejemplo, en el allanamiento de morada más un asesinato existiría un concurso real. Sin embargo, dado que existe una conexión entre ellos se le considera un concurso mediato. El allanamiento es necesario como paso previo. En este caso las penas son iguales que para el concurso real.

5. DELITO CONTINUADO.

Cuando un mismo sujeto comete sucesivamente varias infracciones entre las cuales existe una determinada homogeneidad el legislador recurre a la ficción de considerar que desde un punto de vista jurídico existe una sola calificándola de continuada.

El autor no siempre sale beneficiado. Para la apreciación del delito continuado, el art. 74 Cp establece una serie de requisitos que se pueden reducir a la exigencia de una doble homogeneidad: objetiva y subjetiva.

- Homogeneidad objetiva:

Se debe realizar una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante

naturaleza. Es indiferente el grado de ejecución de los hechos y el conjunto tiene que dar una cantidad de hechos (consumados o no) pero todos homogéneos.

Algunos delitos no admiten el delito continuado. El apartado 3º del art. 74 impide recurrir a esta figura cuando los hechos hayan afectado a bienes eminentemente personales, como la vida, la salud, la libertad, etc. pero salva de esa excepción los atentados contra el honor y la libertad sexual, en relación con los cuales sí está permitido aunque deba analizarse caso por caso si la continuidad es viable.

El delito continuado se ha aplicado tradicionalmente cuando afectan a un mismo sujeto pasivo, por ejemplo cuando una víctima ha sufrido 300 agresiones sexuales por la misma persona.

Especial mención merece el llamado DELITO MASA, definido en el último inciso del apartado 2º del art. 74 en relación con las infracciones patrimoniales, al decir que el Tribunal impondrá motivadamente la pena superior en uno o dos grados si el hecho revistiese notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Estos delitos continuados en general benefician pero no siempre, ya que algunas veces perjudica. Así ocurre en los delitos patrimoniales porque se tendrá en cuenta el perjuicio causado.

- Homogeneidad subjetiva:

Se da por ejemplo cuando la muchacha de la limpieza se quiere llevar un collar de perlas y aprovecha la falta de control para hacerlo. En estos casos también es beneficioso salvo en los delitos patrimoniales porque el juicio se mide en relación con todos los hechos.

Por lo tanto, la comisión tiene que ir enlazada por un elemento objetivo y un elemento subjetivo unificado: el dolo continuado. Así lo intenta expresar el art. 74 Cp al requerir que los delitos se hayan cometido en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

6. CONCURSO DE LEYES.

En ocasiones, el hecho enjuiciado presenta rasgos que corresponden a más de una figura delictiva, lo que obliga al intérprete a deshacer esa apariencia procediendo a elegir la que más se adecúe al perfil de la conducta realizada. El art. 8 del Cp establece una serie de reglas o criterios al respecto, los cuales deben aplicarse sucesivamente hasta dar con la norma que mejor se adapta al caso analizado:

- Elección de la norma especial antes que la general: aquella que presenta todos los elementos de esta última más alguno o algunos específicos, como por ejemplo el tipo del asesinato se halla constituido por todos los elementos del homicidio y además por otros específicos.
- Elección de la norma preferente sobre la subsidiaria: algunas veces el propio legislador establece una cláusula que indica la preferencia de una norma sobre otra. La complicitad será mayor cuando la ley no establezca ningún criterio expreso al respecto.
- Consunción: el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones en aquél.

Cuando ninguna de las reglas anteriores sirva para resolver el conflicto normativo, permaneciendo la duda respecto a cuál de los preceptos aparentemente aplicables debe serlo definitivamente, el art. 8.4 Cp introduce la regla de la ALTERNATIVIDAD, que obliga a elegir el precepto que castigue más gravemente la conducta.

