

2012-2013

Derecho Penal I



Sento
Profesora: Carmen Tomas Valiente
2012-2013



Tabla de contenido

Tabla de contenido 2

Tema 1. Concepto 8

1.1. Concepto y naturaleza del Derecho Penal 8

1.1.1. Confusión entre derecho penal y moral: 8

1.3. Estructura y función de la norma penal 9

1.3.1. Estructura de la norma penal 9

1.3.2. Función de la norma penal 9

1.4. Los fines de la pena (del Derecho Penal)10

1.4.1 Teorías absolutas o retributivas: 11

1.4.2 Teorías de la prevención general y especial 12

Tendencias actuales. 14

Tema 2. Principios informadores del derecho penal (I). El principio de legalidad15

2.1. Sentido y origen del principio de legalidad15

2.2. Garantías y exigencias derivadas del principio de legalidad15

2.2.1. Garantías para el ciudadano..... 15

2.3. Técnicas interpretativas problemáticas a la luz del principio de legalidad 17

Tema 3. Otros principios informadores del Derecho Penal20

3.1. Principio de Ofensividad, lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos.....20

3.2. Carácter doblemente fragmentario. El principio de intervención mínima o de última ratio .20

3.3. Principio de Proporcionalidad o de prohibición de exceso21

3.4. Principio de Responsabilidad por el hecho (NO está en apuntes)22

3.4.1. Principio de Responsabilidad por el hecho “DP del hecho vs DP de autor” 22

3.5. Principio de Culpabilidad.....22

3.6. Principio non bis in idem24

3.6.1. non bis in ídem en las relaciones entre el derecho penal y el administrativo sancionador 25

3.6.2. non bis in ídem en el seno del Derecho Penal: el concurso de leyes penales 26

Tema 4. Límites de la ley penal30

4.1. Vigencia temporal de la ley penal.....30

4.1.1. Entrada en vigor y término de vigencia de la ley penal..... 30

4.1.2. Retroactividad e irretroactividad de la ley penal. *Tempus regit actum.* 30

4.1.3. Supuestos especiales 32

4.1.4. Momento de la comisión de un delito 33

4.2. Vigencia espacial de la ley penal.....33

4.2.1. Lugar de realización del delito..... 33

4.2.3. Aplicación ultraterritorial de la ley penal. El Derecho penal internacional. El Tribunal Penal Internacional. NO EN APUNTES 36

Practica	37
4.3. Limites personales de la ley penal	38
4.3.1. Inviolabilidades	38
4.3.2. Inmunidad	39
Tema 5. Cuestiones Generales.....	40
5.1. El concepto de delito y su estructura	40
Adecuación del concepto doctrinal de delito a la definición legal.....	42
Tema 6. Consideraciones generales sobre la antijuricidad	44
Las concepciones objetiva y subjetiva de la antijuricidad y sus repercusiones	44
Concepción mixta de la antijuricidad.....	45
El bien jurídico.....	46
Funciones	46
Relación entre tipicidad y antijuricidad	49
Tema 7. La tipicidad. Cuestiones generales.....	51
Concepto	51
Funciones de la tipicidad.....	52
Los términos de la descripción típica.....	52
Clasificaciones básicas de los tipos penales	53
Grado de afectación del bien jurídico:	53
Estructura del tipo de injusto	56
Parte o dimensión objetiva. Tipo objetivo	56
Parte o dimensión subjetiva de la conducta. Tipo subjetivo	56
Tema 8. Tipicidad objetiva (I)	57
Elementos del hecho típico	57
Sujeto activo.....	57
Sujeto pasivo	57
Bien jurídico y objeto material	58
La acción.....	58
Causas de ausencia de acción	58
Tema 9. El tipo objetivo (II). La tipicidad en los delitos activos de resultado material	62
9.1. Introducción.....	62
Teoría de la imputación objetiva	63
Diferenciación entre el plano de causalidad y el de la imputación objetiva en sentido estricto.....	64
Supuestos problemáticos de determinación de la relación de causalidad	65
Los criterios de imputación objetiva	66
Tema 10. El tipo objetivo (III). El tipo en los delitos de omisión.....	72
1. Introducción	72



2. Clases de delitos omisivos72
 Delitos de omisión pura 72
 Los delitos de comisión por omisión 76
 Algunas ideas importantes 84

Tema 11. El tipo subjetivo (I). Dolo e imprudencia85

I. Introducción. Formas de imputación subjetiva85

1. El dolo86
 1. Elemento cognoscitivo del dolo. 87
 2. Elemento volitivo (de voluntad) del dolo 89
 Teoría cognitiva del dolo 92

2. La imprudencia93
 Concepto 93
 Clases de imprudencia 96

La preterintencionalidad.....97

Tema 12. El error de tipo..... 100

1. Concepto de error de tipo y tratamiento legal100
 Error de tipo sobre elementos esenciales (art.14.1) 101
 Error de tipo sobre elementos accidentales: 101

Modalidades particulares de error de tipo103
 1. Error sobre el objeto o sobre la persona 103
 2. Error sobre el golpe o *aberratio ictus*..... 103
 3. Error en el curso causal. 104

Tema 12.2. Esquema de la estructura del delito 105

1. Acción. Causas que excluyen la acción.....105

2. Tipicidad. (Primer elemento del juicio de antijuridicidad)105
 A) Examen del Tipo Objetivo 105
 B) Examen del Tipo Subjetivo 106

3. Antijuridicidad107

4. Culpabilidad108
 A) imputabilidad 108
 B) conciencia de la antijuridicidad 108
 C) exigibilidad 109

5. Punibilidad109

Cuadro sinóptico de los elementos del delito 110

Tema 13. La autoría y participación en el delito 111

1. La autoría y participación en el delito 111
 1.1. Introducción: el planteamiento legal 111
 1.2. La autoría..... 112
 1.3. Coautoría 113
 1.4. Autoría mediata..... 115

1.5. La participación	117
1.6. Inducción.....	118
1.7. La cooperación necesaria	121
1.8. Complicidad (Art.29)	123
1.9. Encubrimiento (Art 451)	125
1.10. Cuestiones generales en la teoría de la participación.....	126

Tema 14. Iter criminis 129

1. Cuestiones generales 129

1.1. Concepto	129
1.2. Fase interna y fase externa del delito	129

2. Actos preparatorios 129

2.1. Consideraciones generales: fundamento de su punición y sistema de incriminación.....	130
2.2. Conspiración.....	131
2.3. Proposición.....	132
2.4. Provocación	133
2.5. Apología	133

3. Tentativa 134

3.1. Concepto	134
3.2. Consideraciones generales.....	134
3.3. Elemento objetivo	134
3.4. Elemento subjetivo	136
3.5. Desistimiento en la tentativa	136
Tentativa inidónea	137

4. Consumación, terminación y agotamiento del delito 139

1) Consumación.....	139
2) Terminación	139
3) Agotamiento	139

Tema 15. Exclusión de la antijuricidad mediante las causas de justificación 140

1. El significado de la justificación 140

2. Las causas de justificación en el CP. Los efectos de la justificación 140

Diferencia entre apreciar causa de justificación y causa de exculpación:	141
Elementos de las causas de justificación	142

Tema 16. Las distintas causas de justificación..... 144

1. La legítima defensa 144

1.2. Requisitos de la legítima defensa. La agresión ilegítima.....	145
1.3. Requisitos de la legítima defensa. Necesidad del medio empleado en la defensa.....	146
1.4. Requisitos de la legítima defensa. Falta de provocación suficiente.....	147

2. El estado de necesidad 148

2.1. Fundamento y naturaleza	148
2.2. La situación de necesidad	149
2.3. Requisitos del estado de necesidad	150

3. El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo 152

3.1. Sentido y fundamento.....	152
--------------------------------	-----



3.2. El ejercicio de derechos constitucionales..... 153

3.3. El uso de la violencia por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 153

4. Los supuestos mandatos antijurídicos obligatorios. La obediencia debida.....154

5. El consentimiento154

Tema 17. La culpabilidad (I): Concepto.....156

7.1. Introducción156

7.2. Concepto y fundamento de la culpabilidad156

7.5. Estructura del juicio de culpabilidad156

Tema 18. La culpabilidad (II): La imputabilidad158

18.1. La imputabilidad y su ausencia158

18.1.1. Anomalía o alteración psíquica 159

18.1.2. Estado de intoxicación plena y síndrome de abstinencia..... 160

18.1.3. Alteraciones en la percepción 160

18.1.4. El momento de la imputabilidad. *La actio libera in causa* 161

Tema 19. La culpabilidad (III). El desconocimiento de la ilicitud y el error de prohibición163

19.1. Regulación legal del error de prohibición.....163

19.1.1. Criterios de apreciación..... 164

19.2. Clases de error de prohibición164

19.2.1. Error directo e indirecto..... 164

19.2.2. Error sobre el carácter penal de la prohibición 166

19.2.3. Error inverso de prohibición: delito putativo 166

Tema 20. La culpabilidad (IV): La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma168

20.1. Concepto de inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma168

20.2. Causas de inexigibilidad169

20.2.1. Estado de necesidad exculpante 169

20.2.2. El miedo insuperable..... 169

20.2.3. Otros supuestos de inexigibilidad 170

Tema 21. La pena y sus clases171

21.2. Clasificación legal de las penas171

21.3. Las distintas clases de pena según su naturaleza.....172

21.3.1. Penas privativas de libertad 172

21.3.1.2. Pena de localización permanente. Art. 37 CP. 174

21.3.1.3. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa..... 174

21.3.2. Penas privativas de derechos174

21.3.2.1. Penas interdictivas de funciones o facultades 175

21.4. Pena de multa 178

Tema 22. Concurso de delitos y determinación de la pena182

22.1. El concurso de delitos.....182



22.1.1. Concepto de concurso de delitos y diferencia con el concurso de leyes	182
22.1.2. Concurso real, concurso ideal y concurso medial	183
22.1.3. Delito continuado y delito masa	184
22.1.4. Unidad de acción/hecho como criterio de delimitación del ámbito del concurso de delitos	186
22.2. La determinación de la pena	187
22.2.1. Reglas para la determinación de la pena	187
22.2.1. Determinación cualitativa y cuantitativa de la pena	189
<i>Ejercicios de autoevaluación</i>	192
Temas 1-4. Conceptos, principios y vigencia	192
Solucionario	194
Temas 5-12. Antijuricidad I.....	195
Solucionario	196
Temas 15-16. Antijuricidad III.....	197
Solucionario	199
Temas 17-20. Culpabilidad	200
Solucionario	201
<i>Parte Práctica</i>	202
Esquema respuesta.....	202
Juicio antijurídico	202
Juicio culpabilidad	202
<i>Notas respecto la asignatura</i>	217

Primera Parte. Introducción

Tema 1. Concepto

1.1. Concepto y naturaleza del Derecho Penal

1.1.1. Confusión entre derecho penal y moral:

Ejemplos históricos:

- Art.449 CP 1944: Delito de adulterio: “Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio”.
- Art.25 CP 1944. Delito de amancebamiento: Comete delito el marido que tuviera manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella.

Supuestos discutidos en la actualidad:

- El debate sobre la punición del cliente en la prostitución.
- El caso de la punición del incesto en el Derecho alemán (si hay acceso carnal por vía vaginal). Ahora está de actualidad por una pareja de hermanos que viven juntos y fueron denunciados. El constitucional alemán, y el tribunal internacional de derechos humanos reconocieron la sanción y la consideran legal.
- La exigencia de la petición de perdón a la víctima como requisito para acceder a la libertad condicional en determinados delitos (terrorismo, Art. 90 CP). Según ella, ¿esto no entraría en el terreno de la moral?

Delito: Conductas humanas descritas en la ley que están o son desvaloradas porque atentan contra bienes o valores que se considera que merecen protección y que es cometido (ese hecho, esa conducta humana) por un sujeto capaz de decidir si comete o no comete esa conducta (hubiera podido actuar de otra manera)

Pena: Mal, consecuencia negativa (prisión, multa, privación de conducir vehículos de motor, privación de poder ejercer un cargo público,...) es una privación de derechos que se impone al sujeto que comete un hecho previsto como delito, como consecuencia jurídica de ese hecho. Es la consecuencia jurídica del delito, castigo que se impone al sujeto que comete la conducta prevista como delito.

No siempre los sujetos que cometen hechos previstos como delitos, son sujetos capaces de decidir plenamente (que podrían haberse comportado de otra manera), existen supuestos (enfermo mental profundo, demencia, intoxicación por alcohol o drogas,...), en esos casos no tiene sentido imponer penas, en el momento de cometer el hecho no son capaces de entender las normas penales, no pueden controlar su comportamiento,... son personas a las que llamaremos

inimputables. En estos casos no tiene sentido ese castigo por una conducta que no ha podido controlar.

Esas personas, al estar en situación de inimputabilidad, pueden representar un peligro de cara a la comisión de futuros delitos, pueden presentar peligrosidad criminal. Para estos casos tendremos las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad conceptualmente no son sanciones (no son castigos), son formas de tratamiento (programas de educación, tratamiento psicológico,...) que no suponen castigar por el hecho cometido, sino que van orientadas a neutralizar esa peligrosidad criminal, a evitar que se repita la conducta.

Los instrumentos de los que dispondrá el CP como consecuencia del delito son *la pena y la medida de seguridad*, pero aparte tenemos la **Responsabilidad Civil**. La Responsabilidad Civil viene recogida en el CP aunque su naturaleza sea Civil. Cuando un delito genera un perjuicio identificable, la víctima tiene que ser indemnizada. Este perjuicio identificable para alguien no se genera en todos los delitos, por lo que no todos los delitos son indemnizables. En una conducción bajo los efectos del alcohol no tendremos a nadie indemnizable, pero por ejemplo, en unas lesiones sí que lo tendríamos.

La responsabilidad civil no es como las demás penas, no es tan personal, puede que el sujeto esté asegurado y no tenga ni que pagarla, se haría cargo el seguro.

1.3. Estructura y función de la norma penal

1.3.1. Estructura de la norma penal

Mensaje de que “si pasa tal cosa ocurrirá esta otra”

- Supuesto de hecho y consecuencia jurídica.
- Muchísimos preceptos del CP en realidad “completan” las normas penales en sentido estricto.
- Dos vertientes de la norma penal:
 - Norma primaria (dirigida al ciudadano)
 - “Está prohibido matar”
 - Norma secundaria (dirigida al juez)
 - “Si un sujeto mata a otro, se le habrán de imponer entre 10 y 15 años de prisión”

1.3.2. Función de la norma penal

- Doble vertiente de la norma penal:
 - Valorativa (se selecciona un Bien Jurídico que es considerado valioso) → Matar
 - Imperativa (Se prohíbe a los ciudadanos lesionar ese BJ) Se prohíbe matar
- La discusión doctrinal se centra más sobre cuál de las dos vertientes prevalece

La concepción de las normas penales predominantemente **imperativa** centra el delito en el momento subjetivo de desobediencia del imperativo. Ej. Intento matar a alguien y no lo consigo

(disparo y fallo). He querido matarlo pero no lo he conseguido. Desde una concepción predominantemente imperativa la pena del delito intentado sería la misma que la del delito consumado, ha desobedecido el mandato de no matar.

Concepción predominantemente **valorativa**. Teoría de la doble función de la norma (Mezger)

- Norma objetiva de valoración: vulneración del bien jurídico, injusto del delito.
 - Su infracción → Antijuricidad
- Norma subjetiva de determinación: deber personal de abstenerse de lesionar el bien jurídico.
 - Su infracción → Culpabilidad.

La norma tiene dos aspectos, el valorativo y el subjetivo. El objetivo de las normas jurídicas está en que el legislador valora unos bienes, unos bienes jurídicos, cuando se lesionan, se produce una situación de antijuricidad. El núcleo del delito está en el momento objetivo de lesión del bien jurídico, desde este punto de vista no es lo mismo disparar y matar, que disparar y no matar. Son casos distintos, la antijuricidad no es la misma.

Una persona puede cometer un hecho antijurídico, pero puede no reunir el segundo aspecto, la norma objetiva de valoración. El elemento de la culpabilidad será el que determine si la persona es inimputable, estamos antes personas que no saben que están lesionando un bien jurídico.

El aspecto objetivo lo estudiamos en la antijuricidad, el aspecto subjetivo de poder ser o no libre para saber si delinco o no, lo tratamos en el aspecto de la culpabilidad.

1.4. Los fines de la pena (del Derecho Penal)

¿Qué perseguimos cuando prevemos e imponemos penas como consecuencia de la comisión de un delito? Castigo, Reparación del daño, Prevención,...

Hay tres grandes grupos sobre la teoría de la pena:

- Teorías absolutas, retributivas → La pena es un castigo, una retribución del mal que el delito ha causado.
- Teorías relativas → La pena sirve para prevenir delitos, no para castigarlos.

Se habla de prevención **general** (evitar que la gente delinca) y **especial** (la pena como instrumento para que ese sujeto que ha delinquido no vuelva a hacerlo).

En la actualidad la discusión no es sobre cuál de las dos teorías es la correcta, se acepta que la pena lleva parte de las dos teorías, lo que se estudia es cómo articularla.

1.4.1 Teorías absolutas o retributivas:

Compensación o retribución del mal cometido. Idea de castigo. Ley del Talión. La pena es un castigo, es retribuir al sujeto que ha delinquido, que ha causado un mal, se le retribuye con un mal equivalente, proporcionado al causado.

Exigencia de justicia no orientada a ninguna utilidad o fin social. El que haya causado un mal tiene que pagarlo. No se trata de que el que ha cometido un delito se le sancione para que él o los demás no lo hagan, se les sanciona como una necesidad de justicia.

KANT. Según él, la pena es un imperativo categórico, una necesidad ética. No busca prevenir nada, busca “justicia”. En su obra pone un ejemplo de una sociedad que vive en una isla, si la sociedad estuviera a punto de disolverse, de que cada uno se fuera por un lado, antes de que se disolviera, tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que estuviera en prisión para que cada uno recibiera el castigo que merece. *No se busca prevención, solo castigo como forma de justicia.* En esta teoría al menos tiene como progresivo la *proporcionalidad* de la pena.

HEGEL. El delito es la negación del derecho. La pena es la negación del delito y con la pena lo que hacemos es afirmar el derecho. La negación de la negación es la afirmación. La pena niega el delito → La pena afirma el derecho. Para mantener la existencia del ordenamiento jurídico este debe ser mantenido cuando alguien lo niega.

Críticas a estas teorías

La función del estado no es la afirmación de un valor inamovible de la justicia. La función del derecho debe ser conseguir una convivencia tranquila, la pena debe de tener algún fin no solo el de “realización de la justicia”.

Se castigaría incluso en casos de pena innecesaria desde el punto de vista de la paz social o de la peligrosidad del delincuente. Imaginemos un toxicómano de 19 años que para conseguir dosis comete robo y lesiones. Se le juzga cuatro años después cuando está integrado, con trabajo, casado y con hijos, se le castiga con pena de prisión de 3 años. Con la concepción Kantiana el sujeto iría a prisión para que no se resienta el ordenamiento jurídico. Desde otros puntos de vista a este individuo no se le metería pena.

El problema del libre albedrío. Esta teoría parte de que los hombres somos libres de vulnerar o no la norma, si no hay libertad toda la construcción de esta teoría de Kant cae por su propio peso. Los deterministas critican estas concepciones de la pena, no está tan claro que el hombre sea libre para delinquir o no.

Aspectos positivos:

- La exigencia de proporcionalidad de la pena.
- Aspecto garantista para el reo: el hombre como fin en sí mismo y nunca como medio. Cuanto más frecuente sea un delito más tentación tendremos de subir la pena, pero Kant decía que

eso era instrumentalizar al individuo, porque no lo trataríamos como un fin, sino como un medio para que los demás no delinca. Pese a que pueda parecer útil, según Kant, no puede hacerse.

1.4.2 Teorías de la prevención general y especial

Prevención general negativa

La pena como amenaza: Intimidación a la generalidad de los ciudadanos para que no delinca. Inhibe en los ciudadanos la posibilidad de delinquir.

- En el momento de prever delitos y penas, normas.
- También cuando la pena se impone a un sujeto.

En esta teoría destacan *Feuerbach* (pena como coacción psicológica de los ciudadanos) y *Bentham* (concibe la pena como un instrumento útil para prevenir delitos, para que la generalidad de los ciudadanos no delinca).

- Aspectos positivos: Teoría mayoritaria actualmente, aunque con limitaciones. No se puede lograr de cualquier manera y a cualquier precio.
- Criticas. En su propia lógica no reconoce el límite de la proporcionalidad de la pena. Entendida como único fin de la pena podría conducir al terror penal por la exacerbación de los castigos.

Empíricamente no se ha demostrado que las penas más altas consigan una mayor inhibición en los ciudadanos.

Prevención general positiva

Esta parte de la teoría es más moderna.

La pena restaura el orden vulnerado por el delito y asegura la confianza de los ciudadanos en las normas como orientadoras del comportamiento que podemos esperar de los demás. Refuerza la confianza en la propia seguridad.

Las normas jurídicas generan en el ciudadano unas expectativas de cómo nos van a tratar los demás, sabemos que no nos van a matar, ni a violar, ni a robar,... aunque a veces nos defrauden. La pena refuerza la confianza del ciudadano de que esas expectativas pueden ser mantenidas, la esperanza en la propia seguridad.

JAKOBS (con ideas que ya se encuentran claramente en Hegel).

En un principio esta teoría era muy criticada por que decía que el ciudadano interioriza el derecho, parecía que el estado se metiera en la cabeza de los ciudadanos. Fue criticable en su versión inicial por su “fidelidad al derecho” “interiorización de las normas”, parece que estemos ante un derecho invasor de la conciencias de las personas, cosa que no debe ser el derecho.

Actualmente muchos autores comparten estas ideas. El ver que las normas se cumplen genera confianza en los ciudadanos y entendida así, la teoría no tiene por qué ser criticada.

Teoría de la prevención especial

Esta es la tercera gran teoría. La pena como instrumento para que el sujeto que ha delinquido no reincida.

Se extiende el último tercio del x.XIX (von Liszt). Quien en una obra “El programa de Marburgo”, las penas tienen que operar de diferente manera en función del tipo de delincuente. Eso quiere decir que hay varios tipos de delincuente. A un delincuente ocasional se puede poner pena para que no reincida, a un delincuente más peligroso (pero susceptible de corrección) la pena debe buscar cambiarle, integrarle. A un delincuente que ya no es reinsertable hay que INOCUALIZARLO, la idea de “inocuar” está vinculada al delincuente no al tipo de delito. Buscamos neutralizar delincuentes reincidentes que ya no podemos resocializar.

En el momento actual, cuando hablamos de prevención social, la ejecución de la pena de prisión lo entendemos como resocialización del delincuente, como reinserción social del delincuente. Es el instrumento esencial en el entendimiento actual.

En los años 60 del s.XX e incorporación a los Códigos de figuras inspiradas en ella: suspensión de la pena, libertad condicional... penas inspiradas en la reinserción. Las penas cortas privativas de libertad pueden ser contraproducentes, porque no reinsertan a la persona pero sí que la sacan del núcleo en el que está integrado (trabajo, familia,...), por lo que se introduce en el código figuras que impidan estas penas cortas, como la suspensión de la pena, la libertad condicional,...

Crisis del pensamiento resocializador. Realidad de las cárceles → Sabemos lo que sucede en las cárceles, pero también sabemos a qué debemos de aspirar.

Aspectos positivos

En la vertiente de reinserción social forma parte de la ejecución de la pena privativa de libertad. Lo tenemos recogido en la Constitución.

Críticas

Las críticas las hacemos en el momento en el que lo tomemos como única guía posible. Si fuera la única base de la pena nos pasaría:

- Igual que la prevención general no contiene en sí misma la lógica de la proporcionalidad. Según esta teoría la pena durará lo necesario para su reinserción en sociedad, lo cual es una barbaridad.
- La resocialización no es siempre necesaria (ej. Delitos de cuello blanco. Alguien que sabemos que o delinquirá más, que ha sido por arrebató, ¿qué hacemos, no lo castigamos?) ni es siempre posible (delincuencia por convicción, habitual,...)
- Necesidad de limitar los medios del propósito reeducativo o “correctivo” (no invadir la esfera interna del individuo). Por ejemplo un terrorista islámico no podemos cambiar sus creencias, por lo que difícilmente dejará de volver a delinquir.

1.4.3. Tendencias actuales.

El gran dilema en torno a la reincidencia: libertad individual vs seguridad colectiva. Por ejemplo el violador del ensanche, ha cumplido sus 17 años en prisión, no ha tenido ni libertad condicional, pero tiene mal pronóstico, los profesionales opinan que tiene alta probabilidad de delinquir. ¿Qué hacemos respecto a delitos que aún no ha cometido?, no se le puede tener toda la vida encerrado,

Tendencia actual a un cierto “retorno a la inocuización”: habitual en Derecho anglosajón (“*three strikes and you're out*” → A la tercera comisión del delito la pena se dispara) y cada vez más en el Derecho europeo.

- Libertad vigilada (reforma CP LO 5/2010). Se introdujo como una medida de seguridad para individuos que ya han cumplido la pena de prisión que le correspondía. Está previsto principalmente para violadores y terroristas.
- Prisión perpetua revisable (proyecto de ley en tramitación), etc.

Tema 2. Principios informadores del derecho penal (I). El principio de legalidad

2.1. Sentido y origen del principio de legalidad

Nos encontramos ante el principio limitador probablemente más fundamental de cuantos vamos a examinar, en la medida en que los restantes pueden considerarse más o menos directamente derivados del mismo (Vives Antón).

Su raíz más clara se encuentra en la exigencia ilustrada de la separación de poderes y de la primacía del legislativo sobre los dos restantes (ejecutivo y judicial). Si una ley, gestada en una asamblea de representantes del pueblo, constituye expresión de la voluntad general de los ciudadanos, a ésta debe quedar reservada en exclusiva la regulación de una cuestión tan trascendental para sus derechos y libertades como las responsabilidades penales.

- En ese sentido, se suele hablar de la función o dimensión política del principio en la que insistía, entre otros, el ya mencionado Cesare Beccaria.

- A ésta se une la usualmente denominada función técnica, que en principio estaba muy unida a la formulación de la pena por Feuerbach como instrumento de coacción psicológica dirigido a la prevención general. Si la pena pretende intimidar a la colectividad para que determinadas conductas no sean llevadas a cabo, resulta imprescindible que tal mensaje se encuentre expresado con anterioridad y de forma clara y taxativa en una norma dirigida a la generalidad de los ciudadanos, quienes sólo gracias al conocimiento previo de lo prohibido podrán adaptar su comportamiento a las exigencias del Derecho. En la actualidad, se comparta o no esta concepción de la pena, resulta indiscutible que sólo la consagración precisa de lo prohibido en la ley consigue garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

2.2. Garantías y exigencias derivadas del principio de legalidad

El principio de legalidad conlleva una serie de repercusiones que podemos clasificar en dos grupos: garantías para el ciudadano y exigencias que ha de satisfacer toda ley penal.

2.2.1. Garantías para el ciudadano

1) El principio de legalidad se desdobra en una serie de garantías para el ciudadano. Son las siguientes:

- La **garantía criminal** (el delito tiene que encontrarse determinado en la ley), consagrada en el art. 1.1. CP.
- La **garantía penal** (la pena tiene también que hallarse determinada en la ley), registrada en el art. 2.1 CP y en el art. 1.2. con respecto a las medidas de seguridad.
- La **garantía jurisdiccional** (la imputación de un delito a un sujeto y la imposición de la pena han de realizarse mediante una sentencia judicial tras haber seguido un procedimiento legalmente establecido), proclamada en el art. 3.1 CP.

- La **garantía de ejecución** (según la cual la ejecución de la pena tiene, asimismo, que estar sujeta a la ley), que se encuentra en el art. 3.2 CP.

También es posible referirse a estas garantías como principios de legalidad criminal, penal, procesal y en la ejecución.

2) El principio de legalidad impone que la ley que determina el delito y la pena tenga que satisfacer determinados requisitos, que suelen expresarse con el aforismo *lex praevia, lex scripta, lex stricta*.

- La exigencia de una **ley previa al delito**, de la que nos ocuparemos con mayor detalle al estudiar la vigencia temporal de la ley penal, supone que los hechos, en principio, tienen que ser juzgados de acuerdo con las leyes vigentes en el momento de su comisión (y, por tanto, promulgadas con anterioridad a ésta), pues sólo así se garantiza la seguridad jurídica del ciudadano, que antes de delinquir tiene la posibilidad de conocer las consecuencias que este hecho puede acarrearle. Tal cosa equivale a prohibir la retroactividad de las normas penales, con la única excepción, como veremos en su momento, de aquellas que sean favorables para el reo.

- En cuanto al **carácter escrito** de la ley penal, implica la prohibición de que la responsabilidad penal pueda fundamentarse o agravarse sobre la base de fuentes no escritas, como la costumbre o los principios generales del Derecho (más discutida resulta la operatividad de tales fuentes normativas a efectos atenuantes y eximentes). Debe tratarse, por tanto, de una ley en sentido estricto, la cual, según la doctrina mayoritaria, ha de revestir siempre el rango de orgánica por imperativo del art. 81.1 CE, al constreñir derechos fundamentales del ciudadano. Asimismo, debemos hacer hincapié en que esta exigencia no se limita, como en ocasiones se ha pretendido, a las normas penales que prevén penas privativas de libertad, sino que se extiende a cualquier norma penal, por cuanto también en el resto de los casos se afecta a varios derechos del más alto rango constitucional.

- Por último, la ley penal debe ser *stricta*, esto es, **estricta** o precisa, lo que nos conduce directamente al llamado principio de taxatividad o mandato de certeza.

En aras de la seguridad jurídica de los ciudadanos, las prohibiciones tienen que establecerse de un modo claro y lo más determinado posible, de manera que dichos ciudadanos puedan conocer con exactitud lo que está o no prohibido. El legislador tiene, por tanto, vedado el empleo de términos excesivamente amplios, vagos o confusos. Por otra parte, la exigencia alcanza también la fijación de los marcos penales asignados a cada delito, que de ser excesivamente amplios no permitirían a los destinatarios de la norma conocer las consecuencias de la realización del comportamiento prohibido. En el campo de la teoría del delito, el principio se proyecta en el requisito de la **tipicidad** –objeto de estudio en el módulo siguiente–; es decir, en el hecho de que un comportamiento sólo pueda considerarse delictivo si se adecua con exactitud a la descripción de algún delito contenida en alguno de los tipos penales de la Parte especial del Código.

Un ejemplo de lo que pasa cuando no rige este principio es el Art.2 CP 1935 alemán (nazi): *Constituye delito lo que contradiga a lo dispuesto en el Código y todo lo contrario "al sano sentimiento popular"*.

Otro ejemplo es el marco excesivo del art.91 CP militar.

Existe una tensión inevitable y dificultades para el legislador. Seguridad Jurídica vs necesidad de flexibilidad.

Se puede caer en un causismo excesivo, como por ejemplo Art.179 CP "el que atentare contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación..." o el artículo 314 CP que sanciona la discriminación en el trabajo por muchos motivos y al final deja fuera la discriminación por razón de edad.

Como es imposible determinarlo todo, es normal la utilización de términos normativos, aquellos que solo se pueden interpretar con la remisión a otras normas o a valoraciones sociales. Es inevitable un margen a la interpretación.

2.3. Técnicas interpretativas problemáticas a la luz del principio de legalidad

2.3.1. La analogía

De la exigencia de taxatividad estudiada en último lugar se deriva la **prohibición del recurso a la analogía** para fundamentar o agravar la responsabilidad penal; es decir, la llamada analogía contra reo o *in malam partem*.

Ejemplo. Art.X "El que utilizare un arma de fuego para..." Sería analogía aplicar el precepto a "uso de arma blanca" basándose en una igual potencialidad lesiva de ambas armas.

El supuesto de hecho no encaja en el tenor literal del precepto, pero se dice que guarda una identidad interpretativa.

Analogía contra reo o *in malam partem*

La analogía contraria al reo está prohibida. Indiscutible prohibición de la analogía contra reo, vulneraría la seguridad jurídica.

No será analogía prohibida si el propio código prevé la analogía, como por ejemplo art.148.4 Las lesiones se agravan "si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una *análoga relación de afectividad*".

Actividad aplicada. Analogía in malam partem.

Art.179 CP Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años".

Si la parte subrayada no existiera no se podría castigar por esas conductas, ya que la analogía en ese caso no sería aceptada, por eso se modificó el artículo con lo subrayado.

Analogía favorable al reo o *in bonam partem*

¿Cuándo la analogía beneficia al reo se puede aplicar? Realmente es ir en contra de los deseos del legislador. ¿Está comprendida en el art.4.1 CP?

- No vulnera garantías para el reo
- Pero sí lesiona el principio de legalidad en la dimensión de división de poderes.

Se admitirá cuando esté expresamente prevista por el legislador. Ej. *Art.21.7. “Son circunstancias atenuantes: 7ª cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores”*.

2.3.2. Leyes penales en blanco

Como segunda técnica (normativa, en este caso) problemática a la luz del principio de legalidad tenemos que hacer referencia a las llamadas leyes penales en blanco, figura que aparece cuando el supuesto de hecho que da lugar a la sanción no queda perfectamente determinado en la ley penal, sino que ésta se remite a otra disposición (como un reglamento administrativo) para completarlo. Se emplea en materias excesivamente casuísticas o muy cambiantes (medio ambiente, alimentos, regulación sanitaria) para no dotar al Código de una extensión excesiva, así como para evitar su continua modificación

- Remisión normativa para completar el supuesto de hecho de la norma
- Tipo de materias cambiantes y casuísticas
- Problemática respecto de la reserva de ley (formal) y a menudo respecto de la determinación (material)
- Exigencias TC:
 - Remisión imprescindible en razón de la materia
 - Núcleo de la conducta prohibida en la ley penal
 - Remisión clara y norma precisa una vez integrada

Art.316 Cp. “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad...”. El núcleo de lo prohibido está en la ley penal, que es no facilitar a los trabajadores “los medios necesarios para...”.

Otro ejemplo de ley penal en blanco es el de la prohibición del dopaje, Art.361 bis.

Un ejemplo que Carmen piensa que no cumple los requisitos del TC es el Art.360 CP “El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a los que se refiere el artículo anterior (sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar



estrágos), los despache o suministre sin cumplir con las formalidad previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado...”

Según ella, no aparece en el artículo el núcleo de la prohibición.

Acaba de anularse una ley del CP por este problema, [STC 101/2012](#) de 8 de mayo, que cuando anuló el artículo ya había sido modificado. “El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior (especies amenazadas o en peligro de extinción), no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con pena de multa de cuatro a ocho meses”.

Un hombre cazó 5 pajaritos y lo pilló la GC, el Juez vio que no estaba expresamente autorizada su caza, pero no era una especie en peligro de extinción.

Hay un problema con las leyes penales en blanco, la posibilidad de que la norma de complemento sea no del Estado, Consejo de Ministros,... sino una norma de una comunidad autónoma. En estos casos hay dudas de constitucionalidad ya que:

- Competencia exclusiva del Estado en materia penal (art.149.1.6)
- Principio de igualdad. No es punible lo mismo en Asturias que en Murcia.

El TC admite que sea admisible si:

- Se respetan los requisitos de toda ley penal en blanco (núcleo prohibición en el tipo penal, de origen estatal).
- Obedece a diferentes necesidades de protección.

Tema 3. Otros principios informadores del Derecho Penal

3.1. Principio de Ofensividad, lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos

El Derecho Penal sólo es legítimo si sanciona **conductas humanas** que sean **socialmente relevantes** → Con trascendencia para bienes jurídicos (individuales o colectivos) de terceros. No puede reprimir:

- Conductas en la esfera de lo íntimo si no repercuten apreciablemente sobre terceros (Ej. Comportamientos sexuales desaprobados por la moral social dominante)
- Conductas meramente autolesivas (consumo drogas, suicidio,...) → hay que evitar la confusión entre derecho y moral.

El TC lo reconduce al principio de proporcionalidad, nunca ha invalidado una ley por el principio de ofensividad.

¿Existen criterios para diferenciar lo que se necesita proteger como bien jurídico y lo que no?

3.2. Carácter doblemente fragmentario. El principio de intervención mínima o de última ratio

En relación con esta misión de protección exclusiva de bienes jurídicos a la que acabamos de aludir, debemos poner énfasis en que el Derecho penal reviste lo que suele denominarse un **carácter doblemente fragmentario**. El derecho penal no se emplea para preservar cualquier tipo de interés de los ciudadanos o de la colectividad, sino para:

- Proteger los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia.
- Tan sólo respecto de los ataques más graves o intolerables.

El **principio de intervención mínima** o de **ultima ratio** significa que el Derecho penal ha de concebirse como un último recurso cuyo empleo sólo está justificado ante la insuficiencia de otras ramas del ordenamiento. De ahí que, en este sentido, se hable del carácter subsidiario o secundario del Derecho penal.

Algunos autores incluyen estos principios dentro del llamado “principio de proporcionalidad en sentido amplio”

En los últimos años se está recurriendo más al Derecho Penal, tanto de forma cuantitativa como cualitativa. Hay una expansión simbólica:

- Más términos normativos, cláusulas generales,...
- Nuevos bienes jurídicos colectivos “difusos”, difíciles de relacionar con intereses reales de los ciudadanos.
- Incremento desmesurado de los delitos de peligro abstracto

- Ej. [Art.286.3](#)¹ Es un delito que no deja claro cuál es el bien jurídico.

3.3. Principio de Proporcionalidad o de prohibición de exceso

La idea de la utilización del Derecho Penal sería ilegítima e incluso inconstitucional si se hiciera un uso manifiestamente desproporcionado del mismo. El Tribunal Constitucional ha sido muy cauteloso cuando ha enjuiciado normas penales recurridas ante el mismo, por ser supuestamente desproporcionadas. El Constitucional opina que el legislador es el que determina la pena a aplicar por la comisión de un delito y que solo será una pena manifiestamente desproporcionada cuando implique un derroche de coacción totalmente inútil, es decir, cuando sea manifiestamente desproporcionado (20 años por un hurto),... pero no es lo habitual, el Constitucional solo ha tumbado una norma en su historia, hace pocos años y por terrorismo,

El principio de partida es el **Principio de Ofensividad**, lo que hay que ver es si aquello que se está protegiendo merece la pena ser protegido. La norma debe buscar proteger un bien socialmente relevante.

- Adecuación o idoneidad de la norma para proteger el Bien Jurídico. El TC primero hace un juicio de idoneidad ¿es apta la norma para proteger el bien jurídico? Ej. No sería idónea una inhabilitación profesional en una conducta que no tiene nada que ver con el ejercicio de la profesión.
- Necesidad. ¿Hay otra rama del ordenamiento jurídico que podría ser válida para proteger este bien jurídico? El derecho penal tiene que ser la última ratio. Las penas deberán de ser las mínimas,...
- Proporcionalidad de la pena en sentido estricto. Nos fijaremos en la pena que se ha puesto.
 - Limite esencial al punitivismo basado únicamente en fines de prevención general.
 - En términos absolutos → veda penas desorbitadas.
 - Más sutil y más frecuente es que se viole la proporcionalidad en términos relativos. En cualquier caso, del principio se deduce, asimismo (en su conexión con el principio de igualdad), que el legislador tiene vedada la asignación a una determinada conducta de una pena igual o más grave que la prevista para un comportamiento más disvalioso. Ej. No parece proporcionado que si buscamos en dos artículos del CP, proteger el mismo bien jurídico tenga la misma pena el delito de lesión que el que lo pone en peligro. Ej. [Art.270.1 - 270.3](#), no deberían de producirse diferencias de trato injustificables. Ej. 270.1 Antes este delito no tenía falta, por lo que si robabas 4 CD's en el Corte Inglés era falta, pero si los vendías en el top manta era delito.

¹ **Art.286.3** A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

3.4. Principio de Responsabilidad por el hecho (NO está en apuntes)

Delito → Comportamiento humano concreto y exteriorizado. Puede ser activo u omisivo.

Art.10 CP “*Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”

Repercusiones.

- Sólo se pueden castigar comportamientos exteriorizados, nunca meros pensamientos o intenciones → El pensamiento no delinque → Principio de responsabilidad por el hecho
- Se ha de sancionar por la gravedad del hecho, y no por lo que el sujeto “es”, por su personalidad o modo de vida → Derecho penal del hecho y no de autor. Hay una contraposición entre el derecho penal del hecho y el de autor. El de un país moderno, democrático será derecho penal del hecho, no de autor (nos es indiferente su personalidad, su modo de vida,...)

3.4.1. Principio de Responsabilidad por el hecho “DP del hecho vs DP de autor”

El TC ha reconocido que no sería constitucional un DP de autor. Ejemplos históricos de DP de autor:

- Ley de vagos y Maleantes de 1933
- DP del régimen nazi

En la actualidad hay un debate sobre si en los últimos años nos estamos deslizando hacia un cierto derecho penal de autor en ciertas medidas que se están tomando, tanto en España como en otros países, dirigidas a inocular al reo (medias de seguridad como vigilancia posterior al cumplimiento de prisión,...)

Hay veces que en el código hay disposiciones que se puede dudar de si son o no correspondientes a este principio. Por ejemplo la agravante de precio, cual es el fundamento de la agravante de precio, ¿Por qué se castiga más a los que cometen el delito porque le han pagado?

3.5. Principio de Culpabilidad

Si el antes mencionado principio de ofensividad inspira la configuración del delito como conducta desvalorada, el de culpabilidad se refiere a la **imputación subjetiva** (esto es, al castigo de dicha conducta como personalmente atribuible al autor).

No hay que entender este principio como que no se puede condenar penalmente a la persona que no es culpable (la persona que no ha cometido el hecho), sino como que no se puede condenar penalmente al sujeto que pese a ser el autor de los hechos, no puede ser responsabilizado por los mismos.

El principio prohíbe castigar al sujeto que actuó sin infringir su deber personal de comportarse de acuerdo a la norma (es decir, sin vulnerar la norma subjetiva de determinación),

ya sea porque no se daban en él las condiciones físicas que hacían posible el respeto a la norma (inimputabilidad), ya porque, por distintas circunstancias, tal cosa no le era exigible

Solo podemos sancionar penalmente al sujeto al que se puede responsabilizar de ese hecho, a quien ese hecho le es personalmente reprochable. Solo podemos sancionar si hay una determinada vinculación subjetiva entre ese autor y ese hecho, una vinculación en condiciones de normalidad, cuando no hay esa normalidad es cuando nos planteamos si se le puede sancionar o no.

De ahí que el propio Código consagre en su art. 5 la máxima "no hay pena sin dolo o imprudencia", lo cual supone la proscripción de los rechazables *delitos cualificados por el resultado*.

Fundamento. No está recogido en la constitución como tal, pero según el TC se puede reconducir al principio de dignidad del artículo 10 CE. Si castigamos a un retrasado que no sabía lo que estaba haciendo sería un trato indigno (según el TC). Este *principio de culpabilidad* se traducirá en:

- Personalidad de las penas
- Prohibición de responsabilidad objetiva o por el resultado
- Reprochabilidad o imputación personal

1. **Personalidad de las penas.** Solo se pueden imponer penas por hechos propios, por lo que se prohíbe:

- La responsabilidad por el hecho de otro (esto no incluye la Responsabilidad Civil).
- La responsabilidad colectiva. Ej. Destrucción de la casa familiar del terrorista (conflicto Israel – Palestina). Cuando un terrorista atentaba en Israel, al día siguiente Israel derribaba su casa.

2. **Responsabilidad subjetiva.** No puede haber responsabilidad objetiva, penalmente solo se puede cometer un hecho con dolo o con imprudencia, por lo que según el Art.5 CP "*No hay pena sin dolo o imprudencia*", el Principio de Culpabilidad es incompatible con el Principio de "*versari in re illicita*", que quiere decir que el que comienza a cometer un hecho ilícito luego debe responder de todo lo que se derive de esa conducta inicialmente ilícita aunque de las ulteriores consecuencias no hubiera ni dolo ni imprudencia y fueran meramente fortuitas.

- Ej. Responsabilizar de la muerte del peatón al conductor del vehículo simplemente porque conduce con el permiso caducado.
- Ej. Los "delitos cualificados por el resultado" (sancionar por el resultado de muerte a quien empuja a otro con intención de lesionarle cuando la muerte fue totalmente imprevisible y se debió a un tropezón y mala caída) Este delito es inventado para este ejemplo.

3. Reprochabilidad o imputación personal. Para imputar a un sujeto el hecho tiene que serle reprochable personalmente. Ha actuado así porque ha elegido libremente actuar así, que es por lo que el ordenamiento jurídico le reprocha y sanciona, lo que no puede hacer es reprochar y sancionar al que no ha sido libre para actuar.

Para poder imputar el hecho al sujeto y poder responsabilizarlo tienen que darse unas condiciones psíquicas y unas circunstancias concretas que permitan considerar el hecho fruto de su autonomía personal (y que precisamente por eso se le reprocha), sólo entonces se vulnera la norma subjetiva de determinación. Se infringiría si se sanciona al autor cuando concurren:

- Causas de inimputabilidad
- Causas de inexigibilidad. El derecho no puede exigir al sujeto que se comporte conforme a norma. Ej. Si para salir de una casa en llamas empuja a otro, es una causa extrema, no se puede exigir que se comporte de otra manera.
- Error invencible sobre la ilicitud del hecho.

3.6. Principio *non bis in idem*

Tiene una parte material y una parte procesal.

La **parte procesal** prohíbe el doble proceso. El sujeto ya juzgado y con una sentencia firme (condenatoria o absolutoria), no puede volver a ser juzgado por los mismos hechos (cosa juzgada basada en seguridad jurídica). Sólo cabe la excepción del “favor del reo”, el recurso extraordinario de revisión (Art.954 LECrim) cuando aparezcan nuevos hechos que favorezcan al reo aunque hubiera sentencia firme.

La **parte material** dice que no se puede sancionar dos veces por la misma infracción si se da la triple identidad:

- Mismo sujeto
- Mismos hechos
- Mismo fundamento.

Este principio se manifiesta en dos campos distintos.

- En las relaciones entre derecho penal y derecho administrativo sancionador
- En el seno del propio derecho penal (relaciones internas entre las normas penales) → Concurso de normas

En la Constitución no figura como principio *non bis in idem*, pero el TC ha considerado que aparece en otros principios, en los de Legalidad y Proporcionalidad, “la garantía material de no ser sometido a *bis in idem* sancionador, que.... (STC 2/2003).

3.6.1. *non bis in idem* en las relaciones entre el derecho penal y el administrativo sancionador

El punto de partida es la relación íntima entre el derecho penal y el administrativo sancionador, en muchos campos confluyen los dos (urbanismo, hacienda pública, tráfico rodado, seguridad alimentaria,...) y puede pasar que un mismo hecho encaje en las dos infracciones (una penal y una administrativa), sustancialmente no hay una gran diferencia entre el derecho penal y el administrativo, puede darse el caso de que se abran las dos vías de sanción (por ejemplo un caso de un sujeto que conduce bajo los efectos del alcohol, da positivo en la prueba y se abre la vía administrativa, pero además al cabo del tiempo lo citan en juzgado porque encajaba en el delito y habían abierto la vía penal).

La normativa general que hay sobre la potestad sancionadora en la administración, acoge este principio y dice que no se puede acumular una sanción administrativa y una penal si se dan las tres identidades.

LRJAPAC (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.) *Artículo 133. No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.*

Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. *Artículo 5.1. Concurrencia de sanciones. 1. El órgano competente resolver la no exigibilidad de responsabilidad administrativa en cualquier momento de la instrucción de los procedimientos sancionadores en que quede acreditado que ha recaído sanción penal o administrativa sobre los mismos hechos, siempre que concurra, además, identidad de sujeto y fundamento.*

Las preguntas que nos tenemos que hacer son: ¿es posible la doble sanción penal – administrativa sin vulnerar el principio? ¿Hay casos en que las sanciones obedezcan a distinto fundamento? La clave del asunto es ¿Qué es eso del fundamento?

Mismo **fundamento** ⇔ Ambas sanciones protegen el mismo bien jurídico ⇔ Responden a la misma finalidad. Si la finalidad de la norma administrativa y la penal es la misma no serán acumulables, si protegen cosas diferentes sí.

Hay una discusión doctrinal al respecto en la que la doctrina mayoritaria y el TC apoyan lo que hemos visto, es decir, que la administración tiene una doble potestad, la disciplinaria y la gubernativa.

En el caso de los sujetos especialmente vinculados a la Administración (funcionarios, presos,...) la relación genera unos intereses propios de la Administración que son los tutelados por la sanción disciplinaria, potestad sancionadora disciplinaria de la Administración (Ej. Relación de confianza con el funcionario). En estos casos si cabe la doble potestad, la sancionadora y la gubernativa.

En casos de potestad disciplinaria, la doble sanción no es automática pero si es admisible en aquellos casos en los que realmente cada sanción responda a un fundamento distinto. Ej. Preso que lesiona a otro dentro de la prisión:

- Sanción penal por delito de lesiones: BJ integridad física del lesionado
- Sanción administrativa disciplinaria: (aislamiento en celda,...) BJ mantenimiento del orden en el establecimiento penitenciario.

En el caso de un ciudadano administrado, sin especial relación con la Administración, NO cabe la doble sanción, ya que las dos sanciones protegen el mismo bien jurídico (medio ambiente, seguridad del tráfico,...), sólo cabe la gubernativa.

Haya habido uso de la potestad disciplinaria o gubernativa, en principio no deben de acumularse las sanciones, lo que debe de haber es un uso de razonable del uso del principio de intervención mínima.

Cuando no cabe la doble sanción

La jurisdicción penal es preferente, por lo que:

- Si la Administración detecta indicios de delito, deberá parar el asunto y llevarlo a la jurisdicción penal (remitir a fiscalía).
- Si se absuelve en vía penal, puede reabrirse la administrativa con vinculación a los hechos declarados probados.

Lo que haya quedado probado en vía penal, se considerará probado en vía administrativa.

Si ya ha habido (incorrectamente) una previa sanción administrativa y se sanciona también penalmente:

- No se ha de renunciar a la sanción penal si hay delito
- Descuento de la sanción administrativa en la vía penal para evitar duplicidad material (STC 2/2003).

3.6.2. non bis in ídem en el seno del Derecho Penal: el concurso de leyes penales

¿Qué hacer cuando una conducta parece encajar en dos preceptos penales? Por el principio de *non bis in idem* sabemos que no podemos sancionar dos veces:

- A un mismo sujeto
- Por un mismo hecho
- Con un mismo fundamento

Concurso de leyes	Concurso de delitos
Si ambos preceptos coinciden total o parcialmente en el BJ protegido (<u>mismo fundamento</u>)	Si ambos preceptos protegen BJ diferentes (<u>distinto fundamento</u>)
No se pueden aplicar ambos. Para evitar el <i>bis in idem</i> hay que optar por la norma que mejor capte ese contenido de injusto	Se puede aplicar ambos preceptos y castigar por los dos delitos
Concurso de leyes (tendremos que optar por uno o por otro, pero no podemos aplicar los dos preceptos)	Concurso de delitos
A amenaza a B y así consigue que tenga relaciones sexuales con el	A engaña a B vendiéndole por mucho dinero un producto supuestamente milagroso que termina produciendo lesiones a B: <ul style="list-style-type: none"> ○ BJ Intereses patrimoniales ○ BJ integridad física
Dependiendo de la clase de amenaza, encajará mejor en el delito de agresión sexual o en el abuso sexual, pero en ningún caso las dos cosas a la vez (BJ libertad sexual en ambos preceptos)	Concurso de delitos (estafa y lesiones)

Otro ejemplo de concurso de delitos sería unas lesiones a una embarazada que produce un aborto, serían dos delitos, las lesiones a la mujer y el aborto.

El principio también juega cuando los injustos coinciden sólo parcialmente → puede ocurrir que un subtipo agravado de un delito absorba el injusto de un delito independiente: hay que hacer concurso de leyes. Ejemplos:

- El robo agravado por casa habitada (patrimonio + intimidad) absorbe el desvalor del allanamiento de morada (intimidad)
- Las agresiones sexuales agravadas por infligir un trato especialmente degradante (libertad sexual + integridad moral) absorbe el desvalor del delito de trato degradante (integridad moral).

Otra manifestación del principio de *non bis in idem* es el Principio de la inherencia de las circunstancias → Puede ocurrir que en la definición misma del delito ya se comprenda el desvalor de una determinada agravante genérica, que no se podrá imponer. Ejemplos:

- A los delitos de funcionarios no se les puede poner la agravante genérica de prevalerse del carácter público (Art.27.7)
- Al delito de asesinato (art.139 CP), que se define como matar por alevosía, ensañamiento o precio, no se le puede poner ninguna de esas agravantes.
- Todos los delitos de violencia de género que están contruidos sobre la base que la violencia se realiza sobre la pareja femenina, no se les podrá aplicar la agravante genérica de parentesco.

Criterio de resolución del concurso de normas (Art.8 CP²)

Especialidad antes que generalidad

El precepto especial (A+B+C) preferente sobre el general (A+B). Ej. El secuestro del art.164 (encerrar o detener a otro pidiendo una condición para ponerlo en libertad) ⇔ la detención ilegal genérica del 163 (encerrar o detener).

Subsidiariedad en defecto de principal

Precepto principal preferente sobre el subsidiario.

a. Subsidiariedad Expresa.

- i. “Los que, sin estar comprendidos en el artículo anterior...”
- ii. Art.556 (resistencia) ⇔ Art.550 atentado
- iii. Art.263 (daños): El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código...
- iv. 244.4³ y 242

b. Subsidiariedad Tácita. Deducible del sentido de ambos preceptos en juego por medio de la interpretación. Art.139 subsidiario del 143.3 y 4. El legislador no quiere castigar como asesinatos los casos incluíbles en el homicidio a petición del art.143.

Principio de Consunción. El más amplio o complejo absorbe al más simple

Se aplica cuando una norma contempla el desvalor de la conducta de manera más completa que la otra, de modo que, de no existir la primera, habría que recurrir a más de una norma para captar todo el desvalor del comportamiento.

Uno de los dos preceptos contempla el desvalor de la conducta de modo más completo, y absorbe el injusto del otro precepto. Ej. Los tipos agravados que absorben el desvalor de otro delito independiente:

- Robo en casa habitada ⇔ allanamiento
- Agresión sexual agrava por carácter especialmente vejatorio ⇔ delito integridad moral.

Puede ser complicado determinar cuándo un delito subsume el desvalor de otro (concurso de leyes a resolver por consunción) y cuándo habría que hacer concurso de delitos. Ejemplos:

² **Artículo 8.** Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos [73 a 77](#), se castigarán observando las siguientes reglas:

1. El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
2. El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
3. El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.
4. En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

³ **Artículo 244.4.** Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del [artículo 242](#).

- Todos los delitos con el elemento típico “violencia” ⇔ Lesiones. ¿Qué grado de violencia entendemos que ya está castigado o subsumido aplicando ese delito, cuando nos basta con ese delito para sancionarlo todo y cuando ese grado de violencia hay que castigarlo de forma independiente como delito de lesiones?
- Un ejemplo serían las coacciones, cojo a una persona y la obligo, tirándole del pelo, a que lama el suelo. ¿esa violencia ya está en la coacción o la meto como falta de lesiones?
- Robos, agresiones sexuales,... ⇔ detenciones ilegales. Todo robo, agresión sexual,... lleva una detención ilegal para poder ejecutarlo.

¿En qué momento haremos el concurso de delitos?

Criterio de alternatividad. El más grave excluye a los que castigan con pena menor

Se ha de aplicar el precepto de pena más alta. Sólo opera en defecto de los criterios anteriores, cuando los dos preceptos contemplen el desvalor del hecho de manera igualmente completa.

Opera de manera muy excepcional. Posible ejemplo (discutido): homicidio en grado de tentativa (5 a 10 años ya que se baja un grado) ⇔ Lesiones muy graves consumadas (las lesiones del art.149 tienen 6 a 12 años).

Art.8 Cp. Los hechos susceptibles..... [Artículos 73 a 77](#) ([concurso de delitos])

Actividad Aplicada

A, jefe de B, la amenaza varias veces con echarla del trabajo si no tiene relaciones sexuales con él. ¿Se castigaría por el 171 (amenazas) o por el 184 (acoso sexual)?

Se castigaría por el 184.2 por especialidad.

Tema 4. Límites de la ley penal

4.1. Vigencia temporal de la ley penal

4.1.1. Entrada en vigor y término de vigencia de la ley penal

- **Entrada en vigor.** Reglas generales (art.91 CE⁴ y art.2.1 CC⁵). Normalmente *vacatio* amplia (excepciones).
- **Término de vigencia:** Reglas generales (art.2.2 CC⁶). Derogación (expresa o tácita) por normas posteriores.

Leyes temporales: Vocación de vigencia limitada en el tiempo (expresamente en la norma o por ligarse a X situación). Se emiten en situaciones excepcionales (guerras, epidemias, catástrofes, estados de emergencia,...)

4.1.2. Retroactividad e irretroactividad de la ley penal. *Tempus regit actum.*

Irretroactividad

Los delitos se enjuician de acuerdo con las normas vigentes en el momento de su comisión, aunque en el momento del juicio ya se encuentren derogadas.

- Art.9.3.CE. La Constitución garantiza “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables”.
- Art.25.1.CE.”Nadie puede ser condenado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.
- Art.2.CP.”No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración”

Fundamento → Exigencia del principio de legalidad → seguridad jurídica.

Retroactividad

La retroactividad de las normas posteriores favorables al reo es una excepción a la irretroactividad. Art.2.2 CP. “no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. **Fundamento:**

- Idea de justicia (cambio de valoración)
- Ausencia de necesidad de pena a efectos de prevención general y especial

⁴ **Artículo 91 CE.** *El Rey sancionará en el plazo de quince días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.*

⁵ **Artículo 2.1 CC.** *Las Leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.*

⁶ **Artículo 2.2 CC.** *Las Leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.*

Puntos importantes:

- Determinación de la norma más favorable
- Alcance de la retroactividad.

Determinación de la ley más favorable

Regla importante → Comparara las dos leyes en su contexto normativo completo. No se puede combinar lo más beneficioso de uno y otro (sería una *lex tertia* creada por el juez).

Hay que tener siempre en cuenta la pena que resultaría de la aplicación conjunta de marcos abstractos de pena + agravantes /atenuantes,....

Ejemplo. Sucesión de Códigos y redención de penas por el trabajo. Las penas del 95 eran más bajas que las del anterior, pero claro, en el del 95 no estaba la redención de penas por trabajo (dos días de trabajo quitaban un día de pena), por lo que la pena en muchos casos salía más alta.

Determinación ley más favorable:

- Despenalización
- Penas de igual naturaleza y con distinta extensión (el delito tenía una pena de prisión y ahora también pero con menos años) comparando siempre regulación completa.
- Penas de distinta naturaleza (complejo). Ejemplo. ¿Es más favorable una pena de prisión (suspendible o sustituible por multa) o una pena alta de inhabilitación profesional?
- Art.2.2. "... En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo".

Alcance de la retroactividad NO EN APUNTES

Nuestro derecho es muy generoso en este aspecto. Afecta:

1. Hechos aún no juzgados
2. Hechos ya enjuiciados con condena no iniciada o cumpliéndose (prisión, inhabilitación...; pero NO afecta a la multa ya pagada) → revisión sentencia y cesar, acortar o cambiar la condena en sentido beneficioso.

Art.2.2.No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, *aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena.*

Ejemplo de retroactividad condena cumplimiento → Un hombre está bajo primera ley con condena de 9 años. Entra en vigor segunda ley con condena que quedaría en 6. Cuando se le revisa lleva cumplidos 4 (aunque quedaban 5), se le descuentan 3 y le quedan 2 por cumplir.

Hechos con condena ya ejecutada → Antecedentes X años.

1. Entra en vigor nueva Ley. Pena del delito más suave → Antecedentes más cortos.
2. Efectos negativos de tener antecedentes en vigor:
 - a. Reincidencia
 - b. Impide la suspensión de prisión
 - c. Efectos extrapenales (ej. No poderse presentar a Juez, Policía,...)
3. Discusión doctrinal. Postura más razonable: aplicar retroactividad favorable y eliminar (despenalización) o acortar proporcionalmente los antecedentes.
4. Algunas normas lo regulan expresamente (LO 3/2002 destipificación insumisión).

4.1.3. Supuestos especiales

Leyes temporales

Normalmente agravan penas y la ley posterior es más favorable cuando se vuelve a la normalidad. Se suelen dictar en situaciones excepcionales.

En el caso de juzgar a un individuo por hechos cometidos bajo la vigencia de la ley temporal, cuando la ley ya ha sido derogada y ha vuelto a la normalidad se le juzgará por esa ley, no se podrá aplicar la retroactividad para el caso más favorable al reo. Art.2.2 CP. Los hechos juzgados bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, *salvo que se disponga expresamente lo contrario*.

Esto es motivado porque las leyes temporales tiene una vigencia muy breve, por lo que normalmente el juicio es posterior a la derogación de la ley, por lo que si se aplicara la retroactividad la ley temporal no se aplicaría prácticamente en ningún caso.

Leyes intermedias

Ley 1	Ley 2 intermedia	Ley 3
Delito		Juicio
2008	2009	2010

L2 es una ley que ha estado en vigor entre L1 y L3.

- Si L1 es más favorable se aplica L1
- Si L3 es la más favorable se aplica L3
- Si L2 intermedia es la más favorable ¿puede aplicarse L2 aunque en 2010 ya esté derogada? La postura mayoritaria dice que sí que se podría aplicar, ya que el retraso de la justicia es el que ha provocado que no se le juzgara en el 2009, que hubiera sido más beneficioso para él.

4.1.4. Momento de la comisión de un delito

Es necesario saber el momento de la comisión para determinar la ley que le es aplicable.

Normalmente no será problemático conocer el momento en cuestión, pero hay varios supuestos problemáticos en los que no es tan sencillo, por ejemplo los supuestos de separación temporal entre acción y resultado. Ej. Un sujeto dispara a otro el 13/02/2002, el sujeto queda en coma y muere el 22/5/2008. El problema surgirá cuando entre estos momentos sucede un cambio de ley.

Acción (disparo)	Resultado (muerte)
L1	L2
Homicidio de 10 a 15 años	Homicidio de 12 a 18 años

En caso de que L2 hubiera sido más favorable no sería problema, porque se la aplicaríamos. Pero si L2 es más grave se aplicará dependiendo del momento en el que se cometa el delito.

Se podría aplicar si entendiéramos que el delito se comete en el momento de la muerte → no sería retroactividad prohibida sino la ley del momento de comisión.

Tenemos que decidir en qué momento se entiende cometido el delito de homicidio.

Hay diversas teorías al respecto:

- Teoría de la acción
- Teoría del resultado
- Teoría unitaria o mixta

Artículo 7. A los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

Consecuencia → Si el delito se entiende cometido en el momento de la acción, no se le puede aplicar la L2 → retroactividad prohibida.

Fundamento → Única opción compatible con la seguridad jurídica (L1 es la ley que el autor conoce cuando actúa).

4.2. Vigencia espacial de la ley penal

4.2.1. Lugar de realización del delito

El lugar de comisión es importante por el criterio de competencia (aunque no sea el único motivo). El CP no lo resuelve expresamente, pero pese a ello no suelen haber problemas.

Problema → Disociación entre lugar de acción y de resultado → delitos a distancia (paquete bomba)

Teorías → Hay varias teorías: actividad, resultado y ubicuidad.

La mayoría de la doctrina y el TS se decantan por el criterio de la ubicuidad, el delito se entiende cometido en España tanto si se realizó aquí la acción (y el resultado fuera) como aquí el resultado pero la acción en el extranjero).

Esto se hace para evitar lagunas de punibilidad, que no pueda ser competente ni un país ni otro, además, sobre todo por no entregar a nacionales. Ej. Español que envía paquete bomba desde España a país X, donde explota y mata. El país donde ha explotado solicitará su extradición, España, como es español y, por la teoría de la ubicuidad, aquí también es delito, se denegará. Si utilizáramos la teoría de la actividad (el país donde explota no podría juzgar) o del resultado (España no podría juzgar) podríamos encontrar lagunas de punibilidad.

Regulado en art.23 LOPJ⁷ 1985 (no en el CP).

Principio básico → La territorialidad de la ley penal.

Fundamento → Soberanía estatal.

Determinación territorio español

- Península ibérica y archipiélagos
- Ceuta y Melilla
- Mar territorial (12 millas a partir de la costa)
- Espacio aéreo español (sobre territorio español y mar territorial)
- Buques y aeronaves con pabellón español (con independencia de dónde se encuentren).

Principios complementarios

Permiten actuar a la jurisdicción española aplicando la ley española a hechos cometidos en el extranjero, esto es lo que se conoce como aplicación ultraterritorial de la ley penal.

- Orientados a evitar lagunas de punibilidad
- Todos en art.23 LOPJ

Principio de personalidad. [Art.23.2 LOPJ](#)

Permite que España pueda juzgar hechos cometidos en el extranjero cuando el autor sea español en el momento de cometer los hechos o se haya nacionalizado español con posterioridad, siempre que se cumplan unos requisitos:

⁷ **Artículo 23.1 LOPJ.** *En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.*

1. Doble incriminación. Que el hecho esté tipificado en los dos países (en España y en el que se ha cometido). Por ejemplo las mujeres que viajaban a Inglaterra a practicar el aborto porque en España era ilícito, al volver, como allí no era delito, no se le podía juzgar.
2. Denuncia o querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal ante tribunales españoles.
3. Que no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero con condena cumplida (sería la aplicación del *non bis in idem*). Si está en cumplimiento → descuento.

Contrapartida al principio de no entrega de nacionales → evitar la impunidad. Ejemplo. A español, asesina a B en Argelia. Después del hecho se refugia en España. Argelia reclamará la extradición, pero España no la concederá (no entrega nacionales). Sólo con el principio de territorialidad no se le podría juzgar en España, por lo que es necesario el principio de personalidad.

No confundir con la nacionalidad de la víctima, que no da la competencia a España (salvo en algunos casos principio justicia universal)

Principio real o de protección de intereses. [Art.23.3 LOPI](#)

Delitos cometidos fuera por españoles o extranjeros. Requisitos:

1. Que afecten a intereses básicos del Estado.
2. Que no haya sido absuelto, indultado, etc.
3. No necesaria doble incriminación. Lo importante es que sea delito en España, da lo mismo que en el otro país no sea delito.

Principio de justicia universal. [Art.23.4 LOPI](#)

El origen de este principio es buscar que hechos de una gran gravedad que atentan contra los intereses “de la humanidad”, como genocidio, delitos de lesa humanidad,... puedan ser juzgados por cualquier país, aunque no hayan sido cometidos allí.

Afecta a los delitos cometidos en el extranjero por españoles o extranjeros. Delitos perseguibles por este principio:

1. Crímenes internacionales contra la humanidad especialmente graves: genocidio, lesa humanidad.
2. Delitos transnacionales o cometidos en espacios no sometidos a soberanía: tráfico de drogas, falsificación de moneda, piratería, tráfico de personas para la prostitución, tráfico de inmigrantes.
3. Mutilación genital femenina (caso especial) siempre que los responsables se encuentren en España.
4. Terrorismo
5. Cualquier otro delito que según los tratados y convenios internacionales deba ser perseguido en España (Ej. Crímenes de guerra).

Fundamento → Evitar su impunidad → dificultades de persecución.

Antes de la reforma LO 1/2009:

- La LOPJ no exigía ningún requisito de conexión
- A raíz del caso de Pinochet diversas denuncias: Guatemala, Tíbet, caso Couso en Irak, Israel, Guantánamo...
- Dificultades de persecución y averiguación
- Polémica entre TS (exigía puntos de conexión con España que no estaban en la LOPJ) y TC (amplio)
- Reforma LO 1/2009. Requisitos tras esta reforma.
 - Conexión con España (alternativos, una de las dos)
 - Que los responsables se encuentren en España
 - Que las víctimas sean españolas
 - Que no haya sido condenado, absuelto, etc.
 - Subsidiariedad respecto de intervención otro país competente o un Tribunal internacional.

Como consecuencia → Se diluye:

- El espíritu que animaba el principio de justicia universal
- Efecto simbólico
- Efectos materiales (Ej. Dificultar salida de su país)

4.2.3. Aplicación ultraterritorial de la ley penal. El Derecho penal internacional. El Tribunal Penal Internacional. NO EN APUNTES

¿Existe o no alguna jurisdicción internacional, algún tribunal internacional con competencias en el ámbito penal?

Los primeros tribunales de carácter internacional que existieron no eran permanentes, eran tribunales Ad Hoc, surgidos tras las guerras mundiales (Tribunal de Nuremberg y Tribunal de Tokio) para juzgar crímenes de guerra.

Más recientemente, en los años 90, surgen tribunales para conflictos concretos, auspiciados por la ONU, uno de ellos juzgó los crímenes de guerra de la antigua Yugoslavia, otro fue en Ruanda. Pero seguía sin existir un tribunal permanente en el ámbito penal. Este tribunal surge en Roma en el año 1998 y se conoce como **Tribunal Penal Internacional** (TPI). Es el primer tribunal de este estilo de carácter estable, con competencia solo en algunos crímenes y sobre algunas personas.

El TPI será competente para juzgar:

1. Genocidio
2. Crímenes de Lesa Humanidad
3. Crimen de lesión (pendiente de definición por el TPI), que consiste en la lesión de un país a otro.

Este tribunal *no juzga estados*, juzga personas que de alguna u otra manera han tenido responsabilidades en delitos de esta clase.

Un aspecto fundamental de este tribunal es que ya nace con ciertas deficiencias en cuanto a su alcance, sólo podrá juzgar a nacionales de países que hayan firmado el estatuto del TPI (es un tratado internacional en el marco de la ONU de libre adhesión), por ejemplo China no ha firmado el tratado ni lo reconoce, por lo que no podrá juzgar a nacionales chinos.

Sólo en el caso de que sea la ONU la que pide al tribunal que empiece a instruir sobre un determinado caso, podrá juzgar a un ciudadano de estado no firmante, como por ejemplo pasó con el caso de Gadafi.

Practica

El sujeto A, es parado por policía local tras haber cometido una importante infracción de tráfico, por lo que se le solicita la documentación del vehículo y la suya propia; A presenta como documentación acreditativa un DNI español en el que consta una fotografía suya pero con una identidad falsa. Tras el correspondiente peritaje, se descubre:

- a. Que el documento fue falsificado en Costa de Marfil, donde el acusado había residido unos años*
- b. Que en Costa de Marfil no está prevista como delito la falsificación de documentos oficiales de países extranjeros.*

*Cuestión: ¿Es competente España para juzgarle por el delito de falsedad documental?
¿Tiene relevancia si realmente era español o no?*

Puntos de partida:

- No tipificación expresa del uso de documento falso*
- Aunque A no fuera el autor de la falsificación en Costa de Marfil, como mínimo habría sido partícipe (facilitando su foto)*

No se podría aplicar el principio de personalidad ni aunque fuera español, ya que en Costa de Marfil no es delito y para aplicar este principio hace falta doble incriminación, se requiere que también sea delito en el país de comisión.

Se le podría aplicar el Principio real o de protección de intereses, ya que la falsificación afecta a los intereses españoles. Esto es lo que se venía aplicando, aunque hubo posturas doctrinales enfrentadas, al final se optó por aplicar este principio, y para evitar más problemas se tipificó la utilización de documentación falsa en la reforma del 2010 del Código Penal Art.392.1 y .2

Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España

4.3. Límites personales de la ley penal

Art.14 CE⁸ igualdad españoles ante la ley. Esta igualdad no quiere decir que todos sean tratados iguales, sino que hay que tratar igual lo que es igual y tratar diferente lo que es diferente.

No se infringe si se otorga un trato diferenciado a situaciones distintas → Fundamento razonable. Cuestionado si se respeta en algunos preceptos del CP de introducción reciente (ej. Violencia de género).

La propia CE reconoce una serie de tratos diferenciados en materia penal: inviolabilidades e inmunidades.

Fundamento: el cargo que se ocupa → Según el TC no son meros privilegios personales, se prevén función del cargo y por necesidades del buen funcionamiento de éste guía su interpretación

4.3.1. Inviolabilidades

Inviolabilidades → No se puede exigir responsabilidad.

Art.56.3.CE *La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Se ha discutido hasta donde alcanza esta inviolabilidad.*

- ¿Cualquier comportamiento? Ej. Si circulando con la moto atropella a alguien, ¿es responsable de este hecho?
- Sólo los realizados en el ejercicio del cargo → Refrendados por el Presidente del Gobierno y los Ministros competentes (arts.56.3 y 64 CE)
- Polémica actual: ¿cubre al Rey frente a una demanda civil de paternidad?

Hay un sector doctrinal que aunque no haya responsabilidad puede haber inhabilitación art.59.2CE.

En el caso de los parlamentarios está recogido en el art.71.1 CE “Los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”

Limitado a:

- Delitos por expresiones verbales (injurias, calumnias, apologías del terrorismo)
- Vertidas en reuniones parlamentarias reglamentariamente convocadas (art.67 CE).
- Reproducción literal de un actor parlamentario (STC)

Fundamento → Garantizar la total libertad en el ejercicio de la función parlamentaria.

Extensión temporal → No se pierde al cesar en el cargo.

Reconocido también en los Estatutos de Autonomía a parlamentarios autonómicos.

⁸ **Artículo 14 CE.** *Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

- Inviolabilidad de magistrados del TC. Art.22 LOTC
- Inviolabilidad del defensor del pueblo y sus adjuntos art.6.2 y 6.4 LODP.

4.3.2. Inmunidad

- No impide responsabilidad penal
- Implica obstáculos procesales a la detención, procesamiento o imputación.

La de los parlamentarios:

Art.71.2 CE. Durante el periodo de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

Esa autorización se tramita de la siguiente manera:

- Suplicatorio: petición dirigida por el TS (aforamiento de Diputados y Senadores) a la Cámara para inculpar o procesar.
- Limitaciones (TC)
 - No es un mero privilegio personal
 - Sólo se puede denegar si se aprecia la intención de alterar el funcionamiento o composición de la Cámara. Ej. Sospechas fundadas de que a la denuncia subyace la intención de instrumentalizar el proceso penal para conseguir apartar al Diputado/Senador de sus funciones.
- Necesidad de que la Cámara motive el acuerdo denegatorio.
- Extensión temporal discutida: si se deniega el suplicatorio → sobreseimiento
 - ¿Definitivo o provisional?
 - TC → La inmunidad es provisional. Si se ha denegado el suplicatorio se puede reabrir cuando desaparece la condición de parlamentario.

Segunda Parte. Teoría Jurídica del Delito

Tema 5. Cuestiones Generales

5.1. El concepto de delito y su estructura

Estudiaremos la estructura que debe reunir un comportamiento humano para ser considerada un delito.

Definición sintética → Delito = hecho punible, aquello que se castiga como tal. Con esta definición nos quedamos cortos.

Si nos conformáramos con esa definición nada habríamos dicho sobre los presupuestos o los elementos necesarios para dicha sanción. Estos elementos son:

- **Comportamiento humano** activo/omisivo (hacer/no hacer, puede consistir en hacer algo o en dejar de hacerlo)
- **Típico** (previsto por la ley). Comportamiento penalmente previsto, descrito. Es la consagración del Principio de Legalidad. Para calificar el comportamiento como delito es preciso que la acción coincida plenamente con alguna de las acciones que la ley penal describe como prohibidas. Esto es lo que llamamos tipicidad o adecuación típica del hecho, por tanto un comportamiento es “atípico” cuando no se encuentra descrito como delito en la ley. Suicidarse es atípico porque no viene recogido en el CP, al igual que matar una mosca.
- **Antijurídico** = lesivo/peligroso para el Bien Jurídico. Tienen una carga de lesividad que es la causa por la que el derecho lo prohíbe. Antijurídico = Contrario al derecho.
Esta antijuricidad se puede neutralizar, puede desaparecer, si ese comportamiento, dadas las circunstancias que lo envuelven, median causas de justificación (art.20 CP). Ej. Un sujeto mata a otro en legítima defensa → Será típico (viene recogido en el CP), pero como está justificado (legítima defensa) para el código penal es correcto, es lícito, no está prohibido → No es antijurídico.
 - Se neutraliza si hay causas de justificación
 - Tipicidad se suele unir a antijuricidad, ya que la tipicidad normalmente encierra la antijuricidad → Conducta típicamente antijurídica.
 - El hecho típico antijurídico se puede cometer sin ser el autor directo, también se puede ser partícipe.
 - El hecho típico y antijurídico puede consumarse o quedarse en grado de tentativa.

- **Culpable** = personalmente reprochable al autor. Condiciones específicas de ese autor para saber si se le puede reprochar la conducta. En este caso el juicio no es sobre el hecho (como pasaba en la antijuricidad), es sobre el autor, pues se estudiará la imputabilidad (si es imputable o inimputable), la exigibilidad (Ej. En el Madrid Arena los que pisotearon a gente para poder salir vivos de las aglomeraciones, el Derecho no les podía exigir otra conducta).
 - No se da si hay causas de exculpación (inimputabilidad, inexigibilidad, no tener conciencia de la prohibición).

Así pues, a partir de una definición sintética del delito como hecho punible, hemos llegado a una **definición analítica** mucho más precisa en la que definimos delito como:

El delito se concibe como un comportamiento humano típico, antijurídico, culpable y sancionado con una pena

Utilidad de la definición analítica para el juzgador:

- Esta definición se estructura de forma que cada elemento presupone los anteriores. Es una definición secuencial, cada elemento se construye sobre los anteriores, los presupone. Solo se habla de antijuricidad cuando ya está clara la tipicidad, si no concurre uno ya no hay que continuar examinando los siguientes y se debe absolver.
- Una teoría que estructure estos elementos adecuadamente sirve además a una mayor seguridad jurídica y también a una mayor (y mejor) justicia, porque la elaboración de estas categorías permite “plantear y fundamentar de modo controlable un amplio abanico de respuestas diferenciadas y adecuadas a la entidad del hecho
 - Objetivo de toda la construcción de la teoría del delito.

La teoría del delito sirve al fin de que los tribunales tengan instrumentos conceptuales que les permitan resolver los problemas que se presentan en algunas ocasiones en la comisión de los hechos para matizar la respuesta jurídica, consiguiendo una mayor seguridad jurídica. No es lo mismo disparar a alguien y fallar, que disparar matar o disparar y que la bala no funcione.

Ejemplo: Se denuncia la desaparición de un valioso anillo en un domicilio. El Juez deberá de comprobar:

1. Comportamiento humano. No será delito si se lo come el perro o lo ha tirado el dueño que es sonámbulo.
2. Típico (todos los tipos aplicables incluyen “ajenidad”). No si se lo llevó la mujer del denunciante y ella era la propietaria de la joya.
3. Antijurídico. Discutible si se lo llevó la asistenta para venderlo y para pagar una operación a su hijo enfermo en país X (posible CJ estado de necesidad)

4. Culpable. No si asistenta inimputable o si actuaba totalmente coaccionada por una mafia para que les entregara X dinero (posible causa de exculpación miedo insuperable).

Normalmente: Comportamiento típico + antijurídico + culpable = punible.

Excepcionalmente:

- Hay causas que eliminan la punibilidad del hecho aunque sea típicamente antijurídico y culpable. Ej. Excusa absolutoria de parentesco en delitos patrimoniales (ejemplo anterior: si se llevó el anillo el marido y la dueña era la esposa)
- Si es un delito en el que estén previstas → El Juez tendrá que comprobar la punibilidad como elemento autónomo.

Adecuación del concepto doctrinal de delito a la definición legal

Una vez examinado el concepto de delito comúnmente aceptado por la doctrina, procede examinar hasta qué punto se encuentra reflejado en nuestro Derecho Positivo.

Art.10 CP “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”

Si bien se trata de una definición mucho más breve y menos técnica que la doctrinal, sí pueden verse ínsitos en ella, de modo más o menos directo, los elementos de la estructura del delito que antes hemos mencionado.

- Comportamiento humano → Acciones y omisiones
- Tipicidad → Penadas por la ley (la ley pena los comportamientos que previamente describe)
- Antijuricidad → Penadas por la Ley
 - Implícito: no están penados los comportamientos amparados por las causas de justificación (art.20.4, 5 y 7 causas de justificación)
- Culpabilidad → “Dolosas o imprudentes” (equivoco). La definición legal no hace referencia expresa a la misma como elemento global del delito. La referencia al dolo o imprudencia resulta equívoca, la doctrina actualmente dominante los entiende como elementos del injusto típico. Para el CP no hay delito sin culpabilidad.
 - Implícito: no están “penados por la ley” los comportamientos amparados por las causas de exculpación (art.20.1, 2, 3 y 6)

Clasificación de los delitos

En función de la naturaleza y duración de la pena

- Delitos graves → Castigado con pena grave
 - Prisión superior a 5 años
 - Inhabilitación absoluta
 - Inhabilitación especial por tiempo superior a 5 años ... etc. (art.33.2 CP)
- Delitos menos graves → Castigado con pena menos grave
 - Prisión de tres meses a 5 años
 - Inhabilitación especial hasta cinco años
 - Suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años... etc. (art.33.3 CP)
- Faltas → Castigado con pena leve (art.33.4)

El propio CP utiliza a veces esta distinción. Ej.Art.136.2.2⁹ donde la duración de los antecedentes penales se fija en función básicamente de que sea pena leve, menos grave o grave.

Los dos grandes juicios del delito

- Juicio de antijuricidad
 - Tipicidad
 - Autoría/participación
 - Iter críminis
 - Ausencia de causas de justificación
- Juicio de culpabilidad
 - Imputabilidad
 - Conocimiento de la ilicitud del hecho
 - Exigibilidad de la conducta adecuada

⁹ Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

EL JUICIO DE ANTIJURICIDAD (I). EL HECHO TÍPICO. TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO

Tema 6. Consideraciones generales sobre la antijuricidad

Las concepciones objetiva y subjetiva de la antijuricidad y sus repercusiones

Distintas concepciones sobre la norma penal → Distintas concepciones sobre la antijuricidad (antijuricidad = el “injusto” del delito = lo prohibido = lo desvalorado)

Según la concepción de la norma penal, tendremos una concepción de la antijuricidad.

La concepción imperativa de las normas penales tiene una **concepción subjetiva de la antijuricidad**, por lo que estará centrada en el *momento subjetivo de desobediencia* de la norma, (como la norma es un mandato, el delito será desobedecer ese mandato). Se centra en el desvalor de acción, no es tanto el resultado, la gravedad, si se ha logrado o no, lo importante es si ha desobedecido la norma, lo demás no añade nada al ilícito.

Según la concepción valorativa de la norma (teoría de la doble función de la norma penal), tiene una **concepción objetiva de la antijuricidad**, por lo que estará centrada en el aspecto objetivo de la *lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos*, lo desvalorado es lesionar o poner en riesgo el bien protegido, por lo que el resultado si será importante.

Acepciones del concepto RESULTADO:

En desvalor de resultado	En delitos de resultado material
Lesividad o peligrosidad del hecho para bienes jurídicos	Consecuencia del delito separable espacio-temporalmente de la acción
Forma parte del injusto de todos los delitos (injurias, homicidio, omisión de socorro, cohecho, contra la Hacienda Pública,...) según las concepciones objetiva y mixta de la antijuricidad	Sólo determinados delitos (homicidio, lesiones, daños,...) y no en otros. Respecto a estos delitos estudiaremos un problema muy importante, la causalidad y la imputación objetiva.
	Plantea el problema de la relación de causalidad e imputación objetiva entre acción y resultado

Unas injurias no habría resultado material, habría un desvalor de resultado.

Concepción subjetiva	Concepción objetiva
Núcleo del injusto → Desvalor de la acción	Núcleo del injusto → Lesión o puesta en peligro del Bien Jurídico
Sancionaría ya los actos preparatorios → ya hay resolución de delinquir	Sólo sanciona los actos preparatorios más peligrosos para el BJ
Sancionaría igual el delito consumado que la tentativa (mismo desvalor de acción)	Sanciona menos la tentativa que el delito consumado (mismo desvalor de acción pero menor desvalor del resultado)

Concepción mixta de la antijuricidad

Injusto = desvalor del resultado + Desvalor de la acción

Es la concepción dominante. No solo sancionamos el desvalor del resultado o el desvalor de la acción, el injusto del delito tiene un componente objetivo (el desvalor del resultado) y un componente subjetivo (el desvalor de la acción).

Desvalor del resultado +	Desvalor de la acción
Dimensión externa objetiva	Dimensión interna subjetiva
Lesión o puesta en peligro del BJ	Intención (dolo) o imprudencia + (en algunos delitos) elementos subjetivos del injusto El desvalor en un delito doloso es mayor que en uno imprudente. El desvalor de acción es regulable, siendo máximo para los delitos dolosos

Desde esta perspectiva, el injusto del hecho viene simultáneamente condicionado por el aspecto o dimensión exterior del comportamiento y por una dimensión interna o subjetiva

Por lo tanto el injusto, lo que prohibimos, lo que desvaloramos, tiene dos partes, la objetiva y la subjetiva (dolo, imprudencia, elementos subjetivos del tipo que tienen algunos delitos), y se recoge en el tipo penal, entonces los tipos penales estarán formados por dos partes, la objetiva y la subjetiva.

Tipo objetivo	Tipo subjetivo
Acción/omisión humana (tema 8)	Dolo/imprudencia (tema 11) - Tradicional polémica doctrinal sobre si pertenecen al tipo subjetivo o a la culpabilidad
Materialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico (tema 6)	(En algunos delitos) elementos subjetivos del tipo sin los cuales el hecho sería atípico • Ej. Ánimo de lucro, ánimo de vulnerar la intimidad ajena,...
Delitos de resultado → Comprobación de causalidad e imputación objetiva entre acción y resultado (tema 9)	
Delitos omisivos → requisitos específicos (tema 10)	
Elementos típicos del delito concreto • Se estudian en PE: p.ej. engaño, documento, marca registrada,...	

Los elementos subjetivos del tipo del injusto son elementos pertenecientes al fuero interno del sujeto (y distintos del dolo) que el legislador exige en algunos tipos como verdaderos condicionantes de la lesividad del hecho, de tal modo que si no concurren la conducta habrá de considerarse atípica (igual que si no se satisficiera cualquier otro de los elementos del tipo penal). Así, p. ej., el art. 234 CP define el hurto como tomar una cosa mueble ajena sin consentimiento del dueño y "con ánimo de lucro", esto es, con ánimo de apropiársela definitivamente; de ahí que si una persona toma un bien mueble ajeno para realizar de él un uso momentáneo la conducta sea atípica (salvo que se trate de un vehículo a motor, único caso en que el hurto de uso se encuentra tipificado –art. 244 CP–).

Delitos contra la intimidad art.197, descubrimiento y revelación de secretos → el que para descubrir los secretos o desvelar.... Será castigado con... el elemento subjetivo es específico, hay que buscar vulnerar la intimidad o descubrir secretos.

El bien jurídico

Bien Jurídico → Punto de referencia central del injusto del delito. Con independencia del concepto de antijuricidad del que se parta.

Funciones

Función sistemática

Criterio de clasificación de los delitos en el CP. Viendo el índice del CP vemos que lo ha utilizado para sistematizar en títulos y capítulos los distintos delitos allí tipificados (de las lesiones, del homicidio,...)

Función interpretativa o teleológica

Bien Jurídico elemento esencial para interpretar el delito.

Puede utilizarse como criterio jurisprudencial para absolver por falta de lesividad material a pesar de que inicialmente la conducta encaja en el tipo.

Ej. Drogas ↔ Salud pública en el 368 CP. Tipo básico de las drogas que castiga cualquier conducta que favorezca el consumo ilegal (lo castiga casi todo), es un tipo muy amplio en el que cabe prácticamente todo salvo el autoconsumo y la posesión para el mismo. Pero conductas como dar una pequeña cantidad de droga a otra persona, que la consume, entra en el tipo penal, la jurisprudencia vio que era un poco "duro", por lo que la jurisprudencia determinó que el bien jurídico era la salud pública, y que lo que se estaba haciendo era dar una pequeña cantidad a una persona que "ya es consumidora habitual", en situación que no va a revender sino a consumir, y de manera gratuita, en ese caso no hay peligro ni lesividad para la salud pública, por lo que no se castiga.

A veces es problemático identificar el BJ. En función del BJ → distintas interpretaciones sobre lo que encaja en el tipo

Ej. El hacking en el art.197 CP. Antes el hacking se utilizaba como medio para lesionar un bien jurídico, pero no se castigaba “per se”, no se podía castigar el meterse p.e. en la web de un Ministerio y demostrar que era vulnerable. Actualmente el hacking es un delito propio, pero ¿qué es lo que protege? ¿la intimidad? Que es el apartado en el que se encuentra, ¿o realmente es la seguridad informática?, esto puede crear problemas de interpretación.

Función de garantía o político criminal

- a. Bien Jurídico como fuente de legitimación del DP.
 - i. Límite al *ius puniendi* -> principio de ofensividad
- b. *de facto*, el legislador puede seleccionar el interés que desee y convertirlo en BJ penal.
- c. Construir criterios para valorar si el BJ X merece ser penalmente protegido
- d. Tarea de gran dificultad → Crisis

El legislador puede proteger lo que quiera, como por ejemplo la moral y convertir en delito la relación sexual con hermanos/as, o los valores familiares, creando un delito contra el que vaya contra los valores familiares. Esto funcionó bien en los años 60-70, cuando este criterio se utilizó para erradicar del CP los delitos relacionados con la sexualidad (homosexualidad, adulterio,...) una vez se eliminaron los delitos de moral, este principio ya no es tan útil.

“En los últimos veinte años, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, como elemento integrante de una teoría de legitimación del Derecho penal, no ha dejado de acentuar su crisis. Dicha crisis surgió, en realidad, tan pronto como la doctrina del bien jurídico hubo de afrontar la realidad de los nuevos procesos de criminalización, para los que – debe convenirse – no estaba preparada, tras décadas de cómoda convivencia con procesos de despenalización. La pluralidad de doctrinas modernas que teorizan acerca de qué es exactamente un bien jurídico han hecho perder fuerza expresiva al concepto. Por lo demás, las distintas concepciones se mueven con frecuencia en el voluntarismo, en el intuicionismo, o, sin más, constituyen meras peticiones de principio” (SILVA SANCHEZ, Aproximación al Derecho penal contemporáneo, 2ª ed, 2010)

En otras palabras, se trata de determinar cuándo el objeto de protección que toda norma incriminadora comporta es digno o merecedor de tutela penal.

- Intenso debate doctrinal. Diversas concepciones del BJ
- Una concepción extendida BJ: condiciones necesarias para el libre desarrollo de la personalidad del individuo en la vida en sociedad (Roxin, Mir Puig)
- Mayor refuerzo de la virtualidad limitadora del Bien jurídico → vincularlo a la Constitución
- Concepciones constitucionales del BJ: solo merecen protección penal los BJ dotados de alguna relevancia constitucional.

Estamos en un proceso de expansión del CP, se gasta para cosas que no se gastaba, no queda muy claro que se está protegiendo,... entonces hay autores que tratan de evitar esto dando una versión del BJ más personalistas, más próximas al individuo concepciones más constitucionales

Concepciones constitucionales BJ

Capacidad limitadora también relativa

El intento más consistente para dotar al bien jurídico de alguna (siempre relativa) capacidad crítica del *ius puniendi* estatal lo constituye la doctrina que pretende acudir a la Constitución, única norma cuyo rango le permite operar como verdadero límite al legislador, como ineludible marco valorativo de referencia a este respecto.

La capacidad limitadora que de esta concepción se deriva es tan sólo relativa; relativa porque, de una parte, no se trata de exigir que el bien seleccionado por el legislador haya de encontrarse expresamente mencionado por el texto constitucional –cabe, como señalaba Briccola, la protección penal de bienes de relevancia constitucional implícita–; y, de otra, porque tampoco se trata, aunque algunos autores así lo hayan propuesto, de que los bienes o valores contemplados de modo explícito (y menos aún implícito) deban ser necesariamente objeto de tutela penal, de suerte que la Constitución viniera a considerarse fuente de una obligación positiva de incriminación para el legislador con la consiguiente reducción de su libertad para configurar la política penal que estime más conveniente.

Puede protegerse BJ de relevancia constitucional implícita.

El legislador no está obligado a proteger penalmente todos los intereses explícitamente contemplados → la CE no es fuente de obligaciones positivas de incriminación.

Debate doctrinal sobre las “obligaciones constitucionales de penalización” (¿al menos los derechos fundamentales?)

Virtualidad limitadora modesta

Si fijamos la Constitución Española como el marco de valores al que se debe ajustar el legislador cuando se selecciona Bien Jurídico → El Tribunal Constitucional podría anular la norma penal, aunque es muy complicado encontrar un bien jurídico que no quepa en la constitución.

Es legítimo proteger:

- BJ individuales (vida, propiedad, libertad, intimidad)
- BJ colectivos → también necesarios para el libre desarrollo del conjunto de los ciudadanos (medio ambiente, hacienda pública, correcto funcionamiento Administración, etc.)
 - Necesaria una referencia última al individuo
 - Evitar BJ colectivos excesivamente difusos y desligados de esa referencia individual
 - Preferible una concepción personalista del BJ (también de los colectivos).

* Estos tres puntos últimos son orientaciones de la judicatura para que el derecho penal no se desmadre y se utilice sólo para las cosas que, según ellos, debe utilizarse.

Ejemplos problemáticos en el CP

- Posible protección de sentimientos colectivos ¿es legítima?
 - Maltrato de animales art.337 (¿derechos de los animales? ¿sentimiento de compasión hacia ellos?)
 - Profanación de cadáveres art.526 CP (¿sentimiento de piedad hacia los muertos)
- Otros bienes jurídicos discutibles
 - Corrupción entre particulares en el ámbito deportivo art.286 bis. 4 (¿limpieza en el juego?)

HASSEMER “Cuanto más difícil sea conciliar una amenaza penal con un interés humano, tanto más cuidadoso se debe ser con relación a si se debe amenazar penalmente y cómo”

Ejemplos de desproporción de penas

- Maltratos a animales domésticos art.337 CP (3 meses a 1 año prisión más inhabilitación) BJ más que discutible
- Omisión del deber de socorro del art.195 CP (multa de 3 a 12 meses) BJ claramente merecedor de protección.

Relación entre tipicidad y antijuricidad

- **Íntima relación** entre tipicidad y antijuricidad
- **Delito** → Comportamiento típicamente antijurídico y culpable
- **Principio de Legalidad** → Solo es contraria a Derecho la conducta típica¹⁰. Y en esa descripción del concreto delito¹¹ se encierra ya la explicación de su antijuricidad, lo que llamamos su “injusto específico”.
La antijuricidad radicará en su lesividad o peligrosidad para un determinado bien jurídico: vida, propiedad, etc.
 - ✓ Lesionar la vida (homicidio)
 - ✓ Privar de la libertad ambulatoria (detenciones ilegales)
 - ✓ Poner en peligro la seguridad de los demás (conducir bajo los efectos del alcohol)

El hecho típico (injusto específico) inicialmente está desvalorado, pero ese desvalor inicial puede neutralizarse si hay una **causa de justificación**

- Legítima defensa
- Estado de necesidad
- Cumplimiento de un deber

¹⁰ Es decir, si está prevista como tal en un precepto penal

¹¹ “Matar a otro” en el homicidio del art.138, “tomar una cosa mueble ajena con ánimo de lucro”, en el hurto del art.234

Las causas de justificación son soluciones del ordenamiento jurídico cuando hay un conflicto entre dos bienes jurídicos. El sacrificio de un bien jurídico → jurídicamente adecuado → situación más valiosa para el derecho comparada con el otro polo

Ello sucede en situaciones de conflicto entre bienes jurídicos (o intereses en un sentido más amplio), cuando la acción típica ha sido necesaria para preservar o realizar bienes jurídicos o intereses de superior importancia también garantizados por el ordenamiento (considerado éste en su conjunto). En tales casos, la conducta no deja de ser típica (el ciudadano A retuvo a B contra su voluntad, cometiendo así un hecho típico del delito del art. 163 CP) pero si satisface los requisitos de la respectiva causa de justificación, diremos que pese a ello no es antijurídica, pues el ordenamiento la considera autorizada (en nuestro ejemplo, A acababa de presenciar cómo B cometía un delito, supuesto en que el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza a la detención no sólo a los agentes de la autoridad, sino también a los ciudadanos; ello permitiría aplicar a A la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho prevista en el art. 20.7 CP).

Causa de justificación → Autorización del comportamiento a la luz del conjunto del ordenamiento → No es antijurídico, no es contrario a Derecho.

La justificación elimina la antijuricidad.

Acción típica → lesiva para el Bien jurídico (injusto específico). A mata a B (injusto específico homicidio: matar) PERO había un conflicto de BJ/intereses que la acción de A ha resuelto adecuadamente. Previamente B estaba atacando a A.

- Concorre el injusto específico inicial (se ha lesionado la vida de B) pero a la luz del ordenamiento matar a B ha sido correcto
- Si concurre causa de justificación: injusto específico pero NO injusto genérico = conducta autorizada, no antijurídica
- No concurre causa de justificación: injusto específico + injusto genérico = conducta antijurídica.

Tema 7. La tipicidad. Cuestiones generales

Concepto

Se llama tipo a la delimitación de las características que determinan la concurrencia del injusto específico de cada figura delictiva.

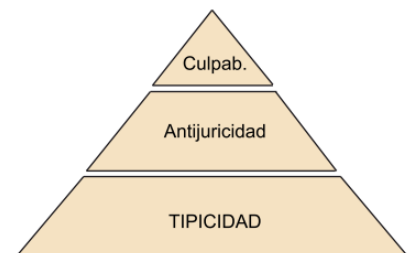
Tipicidad es el conjunto de presupuestos a los que aparece ligada una consecuencia jurídica

Tipo: principal plasmación del principio de legalidad (garantía criminal).

- Descripción legal de la conducta prohibida = delimitación de las características que determinan la concurrencia del injusto específico de cada figura delictiva
- Selección de las conductas penalmente relevantes, lo que no es típico es penalmente irrelevante.

Doble dimensión de la tipicidad

- Dimensión fáctica → Coincidencia formal o literal de la conducta con lo descrito
- Dimensión valorativa → Afectación material al BJ de la manera exigida por el tipo = exigencia de antijuricidad material de la conducta → Una conducta solo es realmente típica (penalmente relevante) si satisface ambos aspectos. Este es el caso de las drogas que hemos visto antes, el caso de dar una dosis pequeña a un adicto, valorativamente no daña el bien jurídico, aunque si de manera fáctica.



Ejemplos

- Quien hace una fotocopia en color de un billete de curso legal, realiza una conducta que de facto encajaría en el art. 386.1.º CP (dimensión fáctica). Sin embargo, la conducta es atípica por no integrar la dimensión valorativa del tipo, pues una burda fotocopia carece de la idoneidad necesaria para lesionar el bien jurídico que se protege con la tipificación de la falsificación de moneda.
- Quien conduce un vehículo a motor con una tasa de alcohol superior a 0,6 en aire espirado, por un circuito particular habilitado en su finca rústica, no incurre en el delito de conducción bajo los efectos del alcohol del art. 379, por más que se cumplimente la dimensión formal (fáctica) de este tipo penal, ya que no se da en este comportamiento la dimensión valorativa del tipo: la seguridad vial, y a través de ella la vida o la integridad de los intervinientes en el tráfico rodado no se ve afectada.

Funciones de la tipicidad

La tipicidad cumple, genuinamente, las dos funciones siguientes:

- Función **fundamentadora del injusto** → Sin tipicidad no puede haber conducta antijurídica
↔ No hay conducta antijurídica que no sea típica
- Función **negativa, o delimitadora de lo penalmente relevante**
 - Conductas atípicas → penalmente irrelevantes (matar una mosca)
 - Conducta típica → penalmente relevante (aunque luego pueda absolverse por justificación o exculpación) Ej. Matar una persona

(ESTO SE LO HA SALTADO) Junto a las anteriores, se atribuyen a la tipicidad otras y muy variadas funciones, aunque con cierta inexactitud. Y ello porque:

1. Se trata de funciones que no cumplen exclusivamente la tipicidad:
 - a. Función de garantía
 - b. Función indiciaria
 - c. Función motivadora (o de determinación general)
2. Que no pueden atribuirse a la tipicidad
 - a. Función procesal

Los términos de la descripción típica.

Atendiendo a los criterios y técnicas que hay que utilizar para alcanzar su sentido, habitualmente se ha señalado en la doctrina que los términos usados en la descripción legal pueden ser de las tres clases siguientes:

1. **Descriptivos.** Para su comprensión basta el recurso a la experiencia, ya sea externa o interna
 - “encerrar”
 - Esterilidad
 - Aborto
 - Internet, teléfono
 - Menor de 18 años.
 - Suicidio art.143
 - Embalse natural o artificial. Art.247

Ejemplo. En el art. 234 se tipifica el hurto como la conducta de quien con ánimo de lucro "tomare" las cosas muebles ajenas sin la voluntad del su dueño. La expresión entrecomillada –se dirá– constituye un elemento descriptivo objetivo, por cuanto puede ser abarcado en este caso por la vista y contemplado, por tanto, por un espectador objetivo.

2. **Normativos o valorativos.** Para su comprensión se requiere un juicio de valor, que puede venir valorado por el ordenamiento o no
 - a) Ya valorados. Definidos en el propio CP o en otras ramas del ordenamiento jurídico (Autoridad / funcionario. Art.24 CP, Incapaz art.25 CP, Plagio 270 CP → Ley de Protección Intelectual)

- b) Pendientes de valoración (Especial gravedad art.235, Notoria importancia art.369, Injurias tenidas en el concepto público por graves art.208)
 - c) Valorativos por valoración social.
 - a) Pornografía. (no aparece en ningún artículo) no es lo mismo aquí que en Arabia Saudí o lo que ahora es pornografía con lo que era hace 20 años.
 - b) Exhibicionismo obsceno ante menores
3. **Teoréticos o cognoscitivos**. Para su comprensión hace falta un juicio técnico o de conocimiento (no de valor). Frecuentemente, la comprobación de su concurrencia requerirá en el ámbito del proceso de prueba pericial:
- 1. Peligro

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, se suele afirmar también que, en beneficio de la *taxatividad*, resultan preferibles los términos descriptivos sobre los normativos; y si estos últimos se hacen necesarios, los normativos ya valorados sobre los pendientes de valoración.

Clasificaciones básicas de los tipos penales

Existen, naturalmente y en función del criterio que se quiera emplear, multitud de clasificaciones posibles de los tipos penales. El objeto de atención debe ser ahora el de las clases de tipos dotados de mayor protección en el terreno de las consecuencias dogmáticas, y por ello, de continua referencia en el curso de parte general, por lo que como clasificación básica de los tipos penales tendremos:

- 1. En función del grado de afectación del bien jurídico
- 2. En función de la estructura
- 3. En función del sujeto activo
- 4. Por el número de intervinientes
- 5. Por el número de bienes jurídicos afectados (contenido de injusto)
- 6. En función de que requieran o no distintas fases para su consumación
- 7. ...

Grado de afectación del bien jurídico:

Relacionado con la carga de lesividad que pueden tener los delitos.

Delitos de lesión

Se consuma cuando se daña efectivamente el bien jurídico. Injusto: Lesión del BJ. Ej. Homicidio, lesiones, hurto, injurias, agresión sexual, malversación de caudales públicos,...

Delitos de peligro

Se consuma con la mera puesta en peligro del bien jurídico. Injusto: puesta en peligro BJ. Es un adelantamiento barreras de punición. Se sancionan conductas peligrosas *per se* sin esperar a la lesión efectiva de BJ.

Fundamento: Necesidad de proteger BJ individuales y colectivos de conductas peligrosas

No bastaban las figuras tradicionales: *Tentativa* (No hay dolo) ni *imprudencia* (requiere resultado), por lo que no se podía castigar, por ejemplo, a la gente que circulaba a 200 por dentro de la ciudad (no intentaba matar a nadie)

Materialmente son una especie de "*imprudencias sin resultado*".

El legislador crea los delitos de peligro en determinadas áreas donde son más frecuentes y son menos toleradas las conductas peligrosas, si no existe el delito de peligro no se puede sancionar por la conducta peligrosa. Por ejemplo en el hogar no existe el delito de peligro, no vas a la cárcel por dejarte la botella de lejía en el suelo de la cocina.

Dentro de los delitos de peligro podemos distinguir:

- Delitos de peligro abstracto
- delitos de peligro concreto:

Delitos de peligro concreto

Para ser típica la conducta ha de haber creado un peligro constatable sobre un objeto determinado.

Elemento típico que debe ser probado

Ese peligro concreto → injusto del delito → lesividad clara

Ejemplos:

- ✓ Conducción temeraria Art.380
- ✓ Medicamentos deteriorados Art.361
- ✓ Delito contra la seguridad e higiene en el trabajo Art.316

Delitos de peligro abstracto

No es necesaria la puesta en peligro concreta de un BJ

Injusto/lesividad → menos claro que en los de peligro concreto

Discusión doctrinal (sector doctrinal muy crítico aunque lo cierto es que cada vez se utilizan con más frecuencia)

Ejemplos:

- ✓ Elaboración o suministro de productos peligrosos sin autorización Art.379, 359
- ✓ Venta o suministro sin cumplir formalidades Art.360

Entendimiento tradicional:

- No es necesario probar la peligrosidad
- Esta se presume iuris et de iure
- Peligrosidad estadística de esa clase de conducta

Críticos:

- La presunción i. et. d.i. vulnera el principio de ofensividad
- Debería de admitirse prueba en contrario de falta de todo peligro en el caso concreto
- Interpretación restrictiva en ámbitos como la tentativa

El resto de clasificaciones no lo ha dado en clase, dijo que se consultara en materiales. Son las siguientes:

2. En función de la estructura.
 - a. Delitos de mera actividad. Requiere para la consumación, únicamente la verificación de una conducta, sin necesidad de resultado. Ej. Asociación ilícita.
 - b. Delitos de resultado (material). Requiere la producción de un resultado objetivamente atribuible a aquélla. Ej. Homicidio, lesiones,...
 - c. Delitos descritos de forma libre, o resultativos, o prohibitivos de causación. Simplemente se especifica el resultado cuya producción se prohíbe, sin tasar los medios a través de los cuales debe producirse. Ej. Homicidio.
 - d. Delitos con medios (comisivos) determinados. Ej. Defraudación de fluido eléctrico
3. En función del sujeto activo
 - a. Delitos comunes y especiales
 - b. Delitos de propia mano (no admiten la autoría mediata)
4. Por el número de intervinientes
 - a. Unipersonales (o unisubjetivos)
 - b. Pluripersonales (o plurisubjetivos)
5. Por el número de bienes jurídicos afectados (contenido de injusto)
 - a. Uniofensivos
 - b. Pluriofensivos
6. En función de que requieran o no diferentes fases para su consumación
 - a. Unisubsistentens
 - b. Plurisubsistentes
7. En función de la coincidencia o no de los momentos de consumación y terminación del delito
 - a. Instantáneos
 - b. Permanentes
8. En el ámbito de los delitos portadores de elementos subjetivos del injusto, se distingue entre:
 - a. Delitos de intención
9. Desde el punto de vista terminológico, en fin, es útil conocer la denominación que se utiliza para expresar la relación existente entre determinadas figuras delictivas.
 - a. Tipo básico
 - b. Tipos cualificados (o agravados)
 - c. Tipos privilegiados (o atenuados)

Estructura del tipo de injusto

Recordemos que, según la concepción dual o mixta del injusto que a efectos expositivos seguiremos aquí, el tipo de injusto se compone de dos partes: objetiva y subjetiva.

Parte o dimensión objetiva. Tipo objetivo

- Acción/omisión humana (tema 8)
- Materialmente lesiva o peligrosa para el bien jurídico (tema 6)
- Delitos de resultado → Comprobación de causalidad e imputación objetiva entre acción y resultado (tema 9)
- Delitos omisivos → Requisitos específicos (tema 10)
- Elementos típicos del delito concreto. Se estudian en PE: p.ej. engaño, documento, marca registrada,...

Parte o dimensión subjetiva de la conducta. Tipo subjetivo

En esta parte estudiaremos la existencia de dolo o imprudencia, así como los llamados elementos subjetivos del tipo. Además deberemos analizar el error de tipo, que excluye el dolo y que puede dar lugar si es vencible a un delito imprudente, de haberlo, o, en otro caso e igual que ocurre cuando dicho error es vencible, a la impunidad.

- Dolo /imprudencia (tema 11)
 - o Tradicional polémica doctrinal sobre si pertenecen al tipo subjetivo o a la culpabilidad
- (En algunos delitos) elementos subjetivos del tipo sin los cuales el hecho sería atípico. P.ej. ánimo de lucro, ánimo de vulnerar la intimidad ajena,...

Los elementos subjetivos del tipo:

- Pertenecen al fuero interno del sujeto
- Distintos del dolo
- Se exigen en algunos delitos para la tipicidad de la conducta
 - o Animo de lucro (hurto, robo, etc.)
 - o Intención de vulnerar la intimidad del otro (descubrimiento y revelación de secretos)
 - o Adquirir, convertir, transmitir bienes de origen delictivo "para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción" (blanqueo de capitales)
- Implícitos
 - o Ánimo lubrico (delitos sexuales) - discutible -

Ejemplo de problema interpretativo: introduce objeto vía anal con ánimo de humillar al sujeto

Tema 8. Tipicidad objetiva (I)

Elementos del hecho típico

Se denomina **sujeto activo** a la categoría dogmática que nos indica quién tiene capacidad potencial de realización del tipo

Se llama **autor**, por el contrario, a quien ha realizado efectivamente la concreta conducta típica.

Se denomina **sujeto pasivo** al titular del bien jurídico protegido por la norma (y, por consiguiente, lesionado o puesto en peligro por la conducta t

Sujeto activo

Sujeto activo es el círculo de sujetos que puede cometer ese tipo concreto, delimita el círculo de posibles autores.

1. Delitos comunes → Los puede cometer cualquiera
 - a. El que mate...
 - b. El que... defraude a la Hacienda pública...
2. Delitos especiales → Sólo los puede cometer un círculo determinado de sujetos, no los puede cometer cualquiera, sólo los sujetos específicos indicados en el tipo.
 - a. El funcionario o autoridad
 - b. El Juez o Magistrado...

Problema más interesante: participación de terceros en delitos especiales

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito será el titular del bien jurídico afectado. Ej. El sujeto pasivo en el delito de prevaricación judicial es el Estado (titular del bien jurídico Administración de Justicia).

Es quien puede dar el consentimiento en los delitos en que este tenga relevancia. En muchos delitos el que haya consentimiento no influye (lesiones, homicidio,...) pero hay otros en los que hace que ya no sea delito, por ejemplo el allanamiento de morada (si se le dice a la asistenta que no puede entrar nadie en casa el fin de semana y ésta mete al novio, éste, aunque la asistenta le deje pasar, comete un allanamiento de morada)

No siempre coincide con sujeto sobre el que recae inmediatamente la acción. No debe confundirse el sujeto pasivo con el perjudicado por el delito, por más que en el caso concreto, ambas calificaciones puedan coincidir en una misma persona.

Bien jurídico y objeto material

Objeto formal y bien jurídico protegido son expresiones equivalentes. Por tanto, podemos identificar el objeto formal con el valor tutelado por la norma, con su objeto de tutela.

- Delitos uniofensivos (un solo bien jurídico)
- Delitos pluriofensivos (varios)

Ej. Pluriofensivo → Blanqueo de capitales → Administración justicia y orden socioeconómico

Objeto material: Aquella realidad física en la que se concreta el BJ (sólo en algunos delitos). Se denomina **objeto material** a la concreción física del bien jurídico, del valor.

Bien hurtado/robado, documento falsificado, cuerpo lesionado, medicamento adulterado,...

La acción

- Comportamiento humano → Presupuesto del delito (Un terremoto o la coza de un mulo no son comportamiento humano, por lo que no es acción).
- Búsqueda doctrinal de qué lo caracteriza
- Polémica doctrinal muy intensa a mitad del s.XX → El concepto de acción del que se partiera determinaría estructurar el delito de un determinado modo
- Hoy muy diluida

En general: analizar la acción sin tener en cuenta su consideración de acción típica no tiene utilidad. Cierto que cualquier hecho con intervención humana tendrá un significado, pero, de todos modos, *el significado de cualquier comportamiento variará en el momento en el que se convierta en típico, es decir, en el instante en que se le otorgue **relevancia penal**.*

Causas de ausencia de acción

Acuerdo sobre la función negativa del concepto de acción: aunque haya un comportamiento de un sujeto en un sentido puramente físico, no es considerado acción humana en sentido jurídico-penal si no hay un mínimo de voluntariedad:

- Hechos que provengan de decisiones humanas mínimamente dominables
- No son portadores de ningún significado

Causas que excluyen la acción (construcción doctrinal, no CP):

- 1) Fuerza irresistible
- 2) Estados de inconsciencia
- 3) Movimientos reflejos

No confundir con supuestos en que la voluntad del sujeto pueda estar influida por distintos factores (miedo insuperable, consumo de drogas o alcohol, enfermedad mental)

- Si que hay un comportamiento voluntario en ese sentido (decisión de actuar, aunque la voluntad esté de alguna manera "viciada")

- Comportamientos humanos típicos y antijurídicos aunque pueda haber posibles causas de disminución o exclusión de la culpabilidad

Ausencia de acción → Comportamientos en los que no interviene en absoluto la voluntad del sujeto, no son dominables, no hay decisión humana → no hay acción → no hay siquiera tipicidad

Fuerza irresistible

Fuerza irresistible → Acto de fuerza proveniente de otros sujetos que anula por completo la voluntad. Prevista en el anterior CP y desaparecida por superflua en el CP 95 (vigente).

- Puede forzar un comportamiento activo:
 - A se encuentra en un trampolín de una piscina; B le empuja y A cae sobre C, produciéndole unas lesiones
 - A coge fuertemente la mano de B y le obliga a estampar su firma en un documento falso (falsedad documental) o a disparar un arma lesionando a otro
- Puede forzar un comportamiento omisivo (excluiría la voluntariedad de esa omisión)
 - A ata o encierra a B de manera que impide que B pueda socorrer a C, que se está ahogando (omisión del deber de socorro)

Características (interpretación jurisprudencial)

1. Fuerza. Vis física. En el caso de *vis moralis* debe tratarse de una amenaza con un mal grave (violencia moral) tan determinante como el uso de fuerza física.
 - a. Posible falta de culpabilidad por miedo insuperable
 - b. Quien amenaza será autor mediato del delito
2. Irresistible o absoluta (no resistible físicamente)
 - a. Fuerza irresistible → Posible miedo insuperable o atenuante analógica
3. Origen en otra persona
 - a. Si es la Naturaleza, p.ej. → Caso fortuito: en todo caso misma consecuencia: no hay siquiera tipicidad

Estados de inconsciencia

Inconsciencia (diversos estados) → Prácticamente inexistente en la jurisprudencia

- Hipnosis
- Sueño
 - Ejemplo: madre que se mete en la cama un bebé recién nacido, se duerme y lo aplasta, muriendo el bebé por asfixia -> la muerte la produce estando dormida
 - Sonambulismo (variante de sueño)
- Embriaguez letárgica
 - Para ausencia de acción → Inconsciencia
 - Embriaguez con consciencia → Graduable en la culpabilidad como eximente/atenuante

Movimientos reflejos

Actos o movimientos reflejos → Reacción del organismo transmitida directamente a los centros motores sin intervención alguna de una orden cerebral (espasmos, calambres, movimientos bruscos de una extremidad ante un pinchazo,...)

Ejemplos

- A va conduciendo su coche, otro vehículo que viene de frente le deslumbra con las luces largas muy potentes; A cierra los ojos momentáneamente, pierde el control del vehículo y choca contra el coche de C
- A se quema y al mover el brazo muy rápidamente le da a B en la cara y le rompe las gafas.

Zona intermedia dudosa:

- Movimientos instintivos de defensa
- Reacciones explosivas (grave insulto → Bofetón)

Esta zona es dudosa ya que:

- No falta la voluntariedad como en los reflejos.
- Interviene la consciencia aunque sea fugazmente
- La jurisprudencia a veces los confunde
- Respuesta en otros elementos delito (atenuante arrebato, p.ej.)

El caso de la barrica de vino (STS 23-09-1983 - El que pega un codazo al que le apretaba los huevos y al día siguiente muere por el golpe que se pega)

Importante: afirmar que sí hay un mínimo de voluntariedad y por tanto acción en sentido jurídico-penal.

- Únicamente obliga a seguir examinando tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.
- No prejuzga el resultado de ese análisis → no implica necesariamente sanción por delito, porque puede haber alguna causa que exima de responsabilidad o que la atenúe.

Ejemplos:

A controlador aéreo queda con los amigos para ver un partido de fútbol. Bebe más de la cuenta y duerme solo tres horas (su turno empieza a las 6). Como consecuencia se queda dormido en el trabajo y en una operación de aterrizaje, se produce un imprevisto, él debiera haber dado órdenes al piloto para evitarlo, pero no lo hace por estar dormido. El avión, tiene un accidente con x fallecidos.

⊕ ¿Tendría A alguna responsabilidad en las muertes?

Si, ha cometido la imprudencia al desmadrarse y no llegar en condiciones al trabajo, esto se conoce como **Actio libera in causa** (no en materiales)

- ⊕ Aplicable:
 - Causas de ausencia de acción: sobre todo a sueño
 - Causas de inimputabilidad (materiales)

- ⊕ Significado:
 1. En el momento de lesionarse el BJ sí se da una causa de ausencia de acción
 2. PERO existe un momento anterior al de ausencia de acción en el que el sujeto fue o pudo ser consciente de que podría caer en ese estado y lesionar un BJ
 3. La responsabilidad se retrotrae a ese momento anterior, en el que sí hubo libertad para poder evitar esa situación (acción libre en la causa).

Otros ejemplos:

1. Caso de la madre/aplastamiento del bebé

2. A, investigadora, consulta valiosos manuscritos antiguos en la Biblioteca Nacional. Se encuentra mal y tiene nauseas, pero aun así sigue con su trabajo. En un momento dado, le sobreviene un espasmo del estómago que le produce un vómito, con el consiguiente daño para el documento.

3. A, toxicómana, se hace cargo de una niña de dos años. Teniéndola en su casa consume numerosas drogas y queda totalmente inconsciente. por otro lado, la casa es continuamente visitada por otros toxicómanos que se inyectan en ella.
 - i. La niña deambula por la casa y se pincha con una jeringuilla infectada de VIH
 - ii. Persona(s) desconocidas la someten a una terrible agresión sexual (caso real STS 30 junio 2003)

¿Qué responsabilidad podría tener A en ambos casos? Es una omisión del deber de cuidado por parte de la toxicómana. Lo importante es lo anterior, el consumo que le produce quedar inconsciente no pudiendo cuidar a la niña cuando sabía que tenía que hacerlo.

En causalidad niño que cruza tras balón y lo atropello, ¿la muerte del niño es por mi comportamiento?

Tema 9. El tipo objetivo (II). La tipicidad en los delitos activos de resultado material

9.1. Introducción

Casos tipo 1:

- A convence a B para que tome un avión, con la esperanza de que sufra un accidente y muera, cosa que efectivamente sucede.
- A propina un leve empujón a B durante una discusión. B cae al suelo y se golpea en la sien, lo que le produce la muerte.
- A conduce con su coche correctamente. Al tomar una curva, atropella y mata a un niño pequeño que cruzaba la calzada detrás de un balón
- A propina a B una fuerte patada en el estómago. Respecto de una persona de salud normal dicha patada no hubiera resultado mortal, pero a B le produce la muerte porque padece un SIDA avanzado que ha debilitado enormemente sus órganos (cosa que A no sabe)

Casos tipo 2:

- A asesta una puñalada a B en la pierna. En principio no es una puñalada mortal, aunque sangra abundantemente. En lugar de quedarse donde está, B se va andando a su casa 200 m, y sube algunos escalones, con lo que pierde una gran cantidad de sangre. Sus familiares tardan un poco en llamar a la ambulancia, que además le lleva a un hospital algo más alejado cuando tenía al lado un centro de salud. B ingresa en el hospital prácticamente desangrado y muere (SAP Sevilla 21 julio 2003)
- A convence a B de que patine en un lago helado, a pesar de que ambos saben que es peligroso. B decide hacerlo y muere ahogado cuando el hielo se rompe.

Casos tipo 3:

- A dispara a B con ánimo de matarle. Le hiere muy gravemente en el pecho. Durante el traslado en la ambulancia, hay un accidente y B sufre una fractura craneal que le produce la muerte inmediata.
- A dispara a B, que ingresa en el hospital en estado muy grave. Durante la operación, se le contagia una bacteria por un bisturí mal desinfectado. B muere al día siguiente de una septicemia.
- A da un fuerte puñetazo a B, que cae al suelo golpeándose violentamente la cabeza, B es trasladado al hospital, donde no se le realiza el escáner craneal que sería preceptivo ante su pérdida de conciencia. B muere de un edema cerebral, y su muerte se habría podido evitar si se le hubiera hecho un escáner.

Para poder afirmar la tipicidad de una conducta en relación con un delito de resultado material (homicidio, lesiones, daños, etc.), se requiere la comprobación de una determinada relación entre la acción y dicho resultado: una relación que en etapas anteriores de la teoría del delito se definía en términos de causalidad pero que en épocas más recientes denominamos de

imputación –o, en sentido más estricto, de **imputación objetiva**–. Imaginemos, por ejemplo, que durante una discusión, A empuja con cierta violencia a B, quien al caer al suelo se golpea la cabeza con el bordillo de la acera y muere desnucado. Pues bien, como enseguida veremos, en la actualidad la cuestión no se reduce a dilucidar si A "ha causado" la muerte de B (pues desde un punto de vista meramente naturalístico resulta evidente que así ha sido); una vez afirmada dicha relación de causalidad, todavía es necesario determinar (desde un prisma ya no naturalístico sino plenamente normativo) si dicha conducta puede **valorarse jurídicamente** como "matar".

Se trata, en suma, de determinar los criterios que permiten que el resultado producido pueda realmente ser atribuido o imputado al sujeto como obra **suya**, lo que significa descartar que sea fruto del azar (más o menos desgraciado) o de la intervención de otras personas (terceros ajenos al hecho inicial, pero también la propia víctima del mismo).¹²

- Ámbito → Delitos de resultado material
- Tipicidad → Requiere una determinada relación entre ambos (causalidad – imputación objetiva)
- En muchos casos ningún problema, en algunos otros sí debido a:
 - Intervención del autor
 - Intervención de terceros
 - Intervención de la propia víctima
- Lo que queremos resolver
 - No sólo A ha "causado" la muerte de B
 - Sobre todo si la conducta de A puede valorarse jurídicamente como "matar" (típica del delito de homicidio del art.138)
 - Si la muerte de B puede imputarse realmente como obra "suya".

Teoría de la imputación objetiva

Lo que hoy llamamos teoría de la imputación objetiva se desarrolla como tal en la doctrina alemana, sobre todo a partir de los años sesenta del siglo XX, y constituye en la actualidad como doctrina dominante, tanto en la ciencia penal como en la jurisprudencia de nuestro país, en la que ha ido consolidándose progresivamente a partir de los años ochenta y noventa. Con todo, ha de dejarse constancia de que ni siquiera entre sus partidarios se trata de una construcción totalmente uniforme (pues algunos criterios son tratados de forma diversa según los autores –así sucede, por ejemplo, con el del fin de protección de la norma–), y de que tampoco cabe considerarla

¹² Resultados imputables al autor

En la mayoría de los casos, la comprobación de esta relación no plantea dificultad alguna: si un sujeto dispara a otro al corazón y la víctima muere de inmediato, o le asesta una puñalada en la cara que determina la pérdida de visión de un ojo, no hay duda de que tales resultados son objetivamente imputables al autor, de tal modo que se habrá realizado el tipo del delito de homicidio del art. 138 o el de lesiones graves del art. 149.1 CP, respectivamente. Sin embargo, como iremos viendo en diversos ejemplos, en la producción de un resultado final pueden incidir también multitud de factores que pueden determinar que no lo valoremos jurídicamente como obra del sujeto que desencadenó el curso causal inicial.

establecida de modo definitivo (pues su construcción continúa enriqueciéndose con nuevas aportaciones, como las relativas, por ejemplo, al principio de confianza).

- Totalmente mayoritaria hoy en doctrina y jurisprudencia (TS)
- No definitiva: todavía la doctrina la va conformando
- No todos los autores utilizan exactamente los mismos criterios (aunque si hay acuerdo en los básicos)

Diferenciación entre el plano de causalidad y el de la imputación objetiva en sentido estricto

La construcción se asienta sobre la delimitación de dos planos consecutivos en la apreciación de esa conexión entre acción y resultado imprescindible para afirmar la tipicidad: un primer paso (necesario pero no suficiente) ha de ser, sin duda, la constatación de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, pues si ésta no existe carece de sentido seguir ahondando en la posibilidad de imputación. En la doctrina mayoritaria en la actualidad se acepta la visión de la causalidad propugnada por la teoría de la equivalencia de las condiciones, en el sentido de aceptar que causa es toda condición relevante para la aparición de un fenómeno.

Constatada la relación de causalidad, habrá de realizarse el verdadero juicio de imputación objetiva, que prescinde de criterios físico-naturalísticos para operar, en cambio, con criterios valorativos propiamente jurídicos. Dicho de un modo gráfico, causar la muerte de otra persona no es siempre jurídicamente valorable como "matar", esto es, como conducta típica de homicidio.

Plano 1 → La causalidad. Criterios...

Se establece de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones: causa de X es toda condición relevante en la aparición de X.

Pregunta 1: La acción de A ¿ha sido causa del resultado? P.ej. muerte de B.

Plano 2 → El juicio normativo de imputación del resultado. Criterios valorativos y normativos jurídicos (o algo así)

Pregunta 2. Con la causalidad no basta. ¿Puede valorarse jurídicamente la muerte de B como obra de A?

Sólo si ese juicio normativo (juicio valorativo) o jurídico es positivo diremos que la conducta de A es jurídicamente calificable como "matar" (típica de homicidio)

Fórmula de la *conditio sine qua non*

Otra cosa es cuál es la forma más adecuada de comprobar la existencia de tal relación de causalidad. Como ya se ha explicado, los proponentes iniciales de la teoría de la equivalencia de las condiciones acudían para ello a la fórmula de la *conditio sine qua non*: una acción es causa de un resultado si, suprimida mentalmente la acción, el resultado no se hubiera producido. Aunque con frecuencia la jurisprudencia sigue utilizando esta fórmula para comprobar la causalidad, lo

cierto es, como explicaremos enseguida, que su aplicación conduce a resultados injustos en ciertos supuestos, por lo que es conveniente recurrir a algún otro modo de comprobar esa relación.

Supuestos problemáticos de determinación de la relación de causalidad

Antes de adentrarnos en los criterios de imputación objetiva propiamente dichos, ha de mencionarse alguna otra cuestión relativa a la determinación de la causalidad.

Se comprueba de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, PERO la fórmula de comprobación tradicional de la equivalencia (*conditio sine qua non*) → resultados claramente injustos.

1. Causalidad hipotética → Aquellos casos en los que el resultado se produce en virtud de unas determinadas condiciones (las que han funcionado como sus causas reales), pero se habría producido de igual modo en virtud de unas condiciones diferentes si aquéllas no hubieran existido. *Ejemplo. El terrorista A dispara y mata a B, pero si A hubiera fallado el terrorista C esperaba en otro punto para disparar también.*
2. Causalidad doble o alternativa → Dos conductas operan conjuntamente para producir el resultado, pero cada una de ellas era suficiente por sí misma. *Ej. A vierte un veneno mortal en la comida de B, por su parte C hace lo mismo sin acuerdo previo con A.*

Con la fórmula de la *conditio sine qua non* → A no ha causado la muerte de B → eliminada mentalmente la conducta de A. La muerte de B se hubiera producido igualmente. ABSURDO. Necesaria otra forma de comprobación de la causalidad.

Comprobación de la causalidad

En la actualidad, la doctrina dominante opta por *comprobar la causalidad* por la fórmula de la **condición ajustada a las leyes de la naturaleza**. No se trata aquí de realizar ningún juicio hipotético, sino de comprobar lo que ha sucedido realmente: es decir, de comprobar si la conducta realizada por un sujeto ha condicionado el resultado de acuerdo con las leyes que rigen el acontecer causal (lo que se suelen llamar las "leyes generales"): si la condición puesta en juego por el sujeto a través de su comportamiento (un disparo realizado a determinada distancia con un determinado tipo de arma, etc., una determinada dosis de un determinado veneno) va unida de modo regular con un resultado como el acaecido (la muerte del sujeto), existirá relación de causalidad entre ambos, y ello con total independencia de que hubiera podido hipotéticamente entrar en juego otro factor igualmente causal.

- Fórmula condición ajustada a las leyes de la Naturaleza
- Comprobamos si la conducta X es causa de Z de acuerdo con las "leyes generales" que rigen el acontecer causal → X es causa de Z si regularmente X se une a Z.
- No es un juicio hipotético como la CSQN da igual si hipotéticamente hubiera podido entrar en juego otro factor causal.

- Problema en ocasiones: los cursos causales no verificables → no se puede comprobar la concreta ley natural que encadena X con Z
 - El caso de la colza en España
 - El caso de la Talidomida (Contergan en Alemania)
 - Solución STS 23 de abril de 1992
 - No es imprescindible conocer por completo la concreta ley natural
 - Posible prueba estadística de la causalidad

Los criterios de imputación objetiva

Una vez constatada la relación de causalidad, hemos de realizar el juicio de imputación jurídica del resultado propiamente dicho.

Según la formulación mayoritaria, la imputación de un resultado a una determinada acción requiere la comprobación sucesiva de varios extremos:

1. Criterio de la creación del riesgo. La conducta ha de haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado de producción del resultado
2. Criterio de realización del riesgo. El resultado tiene que ser concreción precisamente de ese riesgo y no de otro distinto

Aclaración importante

- Por el momento solo estamos en la tipicidad objetiva (si podemos valorar que A ha matado a B)
- Otra cosa: si imputamos objetivamente el resultado, ya resolveremos después si es a título de dolo o imprudencia
- Por lo tanto: no confundir la imputación objetiva con si ha habido o no dolo.

1. Criterio de la creación del riesgo

Si la creación del riesgo no se cumple → no se puede imputar el resultado a la conducta → atipicidad. Esto sucederá si concurre:

- a) Ausencia de riesgo o riesgo irrelevante:
- b) Actuación dentro de la esfera del riesgo permitido
- c) Disminución del riesgo
- d) Y además, aunque es problemático: la cuestión de la asunción voluntaria del riesgo por la propia víctima

a) Exclusión de imputación objetiva en casos de ausencia de riesgo o riesgo irrelevante

Para poder imputar objetivamente un resultado a una conducta, ésta ha de haber creado un riesgo o peligro no insignificante de que se produzca el resultado

- Si no es así el resultado será fruto del azar → no se puede imputar
- Criterio esencial: Peligro → previsibilidad

- Parámetros del juicio de peligrosidad. Se cumple el criterio si un observador inteligente antes del hecho (ex ante) hubiera podido prever el resultado utilizando:
 - a. Los conocimientos propios de la persona inteligente
 - b. Los conocimientos especiales que en su caso tuviera el autor

Ejemplos:

- A convence a B para que monte en avión → B muere
 - Imprevisible para un hombre inteligente que conociera la tasa insignificante de accidentes.
Azar → no se imputa → Jurídicamente A no ha matado a B
 - Si hay *conocimientos especiales* en el autor (A sabe que en el avión van terroristas suicidas) el hombre inteligente con esos conocimientos sí podría prever claramente que B moriría
Previsibilidad → Se imputa → A si ha matado a B
- A convence a B para que pasee por el bosque con la esperanza de que haya una tormenta y le mate un rayo
 - Si ocurre así → Azar, no se imputa
 - Si le convence porque sabe que en ese bosque campa una peligrosa banda de malhechores que atacan a B → previsibilidad → se imputa

Se excluyen casos claramente imprevisibles (Ej. Leve empujón y desnucamiento), salvo que las circunstancias lo hicieran previsible → si estamos sobre un malecón de rocas.

Lo dicho sirve para resolver (rechazando la imputación del resultado) aquellos supuestos en los que es claro que la conducta no crea ningún riesgo o en todo caso un riesgo insignificante de cara a su producción. Supuestos, por ejemplo, como el propinar un mero empujón que, a consecuencia de una mala caída, determina la muerte por lesión cerebral de la víctima. La cuestión no es tan sencilla, sin embargo, cuando el riesgo no es tan claramente irrelevante; surge así, entonces, el problema de determinar a partir de qué grado de posibilidades de producción del resultado podemos considerar que existe previsibilidad y, por tanto, creación de riesgo.

Problemático: los casos de *riesgo no irrelevante pero tampoco evidente*: ¿Qué grado de posibilidades exigimos para entender que el resultado era previsible?

- Un disparo en zona no vital → hemorragia y muerte
- Fuertes puñetazo o patada → golpe, desnucamiento o edema y muerte

Son problemas muy frecuentes en la práctica

No se resuelve unánimemente. Se exige (según autores)

- Mínimo de previsibilidad (tendencia TS)
- Resultado “no anómalo” de acuerdo a reglas de experiencia
- Probabilidad (altas probabilidades)

Dependiendo del grado de previsibilidad que exijamos imputaremos o no. Recordemos otra cosa es si a título de dolo o de imprudencia.

Mención especial merece en este contexto, por su relevancia práctica, el problema de las especiales condiciones físicas de la víctima, sobre todo las patologías previas que contribuyeran sustancialmente a agravar un resultado lesivo inicial. Si el autor no las conoce hacen menos previsible el resultado final.

- Ejemplo extremo: el leve puñetazo al hemofílico (sin saberlo el autor)
- Casos no tan extremos: El TS tiende a imputar aunque la especial condición de la víctima haya contribuido al resultado final

b) Exclusión de la imputación objetiva en casos de riesgo permitido

Existen algunas actividades básicas para el funcionamiento de las sociedades actuales (y de entre ellas el mejor ejemplo es sin duda el tráfico rodado) que *per se* crean un cierto riesgo para bienes jurídicos, pero que el ordenamiento jurídico permite precisamente en razón de su enorme utilidad social –exigiendo, eso sí, que quien las lleve a cabo respete unas determinadas normas de diligencia o cuidado–. De este modo, quien cause un resultado en el desarrollo de alguna de estas actividades, pero manteniéndose dentro de los márgenes de riesgo permitido (delimitados sobre todo por las normas de diligencia reguladoras de dicha actividad), no será objetivamente responsable del mismo.

Ejemplo

Sin duda, la conducción de vehículos siempre crea un cierto riesgo para la vida e integridad de los peatones; sin embargo, no se imputará el resultado de muerte a quien, conduciendo correctamente, atropella a un peatón descuidado que aparece súbitamente intentando cruzar corriendo la calzada –es decir, el conductor sin duda "ha causado" la muerte del viandante, pero ello no es valorado jurídicamente como un homicidio–.

c) Exclusión del riesgo permitido en casos de disminución del riesgo

No se imputará el resultado lesivo causado por un sujeto si con su actuación disminuyó el riesgo de que se produjera un resultado más grave.

Ejemplo

Si un sujeto presencia que un niño se encuentra en medio de la calzada con evidente riesgo de ser atropellado, las lesiones que pueda producirle al agarrarle con fuerza y retirarle hacia la acera no le serán imputadas.

d) El problema del riesgo asumido por la víctima

Uno de los problemas más interesantes que suelen abordarse en la imputación objetiva se centra en el papel que a estos efectos puede jugar la asunción de riesgos por la propia víctima. Aunque se trata de un tema muy discutido a nivel doctrinal, la postura dominante suele resolverlo sobre la base de distinguir varias posibilidades:

Favorecimiento de una autopuesta en peligro de la propia víctima. Esta expresión se utiliza para referirse a los casos en los que es la víctima la que se pone a sí misma en peligro de modo voluntario; en tal caso, la persona que con su comportamiento de alguna manera ha favorecido dicha puesta en peligro no será responsabilizada de los resultados acaecidos.

Ejemplo

- El sujeto que provee a otro de una cantidad de droga para su consumo sólo será sancionado como autor de un delito de tráfico de drogas y no por homicidio en caso de que el consumidor –conocedor del riesgo que asume– muera de una sobredosis (aunque argumentando todavía en términos de causalidad, así la STS 11 de noviembre 1987, o la STS 23 de junio de 1995);
- El que convence a otro para que realice una actividad peligrosa (patinar sobre un lago helado) no responderá por el resultado de muerte, por muy previsible que éste fuera, si la víctima asumió voluntariamente el riesgo.

La base de este entendimiento del problema se encuentra en el que suele denominarse principio de autorresponsabilidad de la víctima –cada ciudadano es el primer responsable de su propia indemnidad. Ahora bien, existen numerosos factores que pueden mediatizar una decisión de autopuesta en peligro convirtiéndola en no responsable (coacción, engaño, defectos cognitivos del sujeto, etc.), y en tal caso sí debe imputarse los resultados a quien la favorece.

La hetero puesta en peligro con consentimiento de la víctima. Esta expresión se emplea para designar aquellas situaciones en las que (a diferencia de las anteriores, en que es la propia víctima la que realiza la acción peligrosa) es un tercero el que domina el curso de la acción creadora del peligro (p. ej., el conducir de forma manifiestamente peligrosa), aunque con el consentimiento de la víctima en someterse a tal acción con conocimiento de su peligrosidad (p. ej., aceptando ir de pasajero). En tales casos, al menos un sector de doctrina y jurisprudencia tienden a imputar el resultado al autor, sobre la base de que al ser él quien realiza la acción, es él y no la víctima quien en definitiva controla el riesgo (así, la STS de 17 de noviembre de 2005). La solución es, no obstante, discutida, pues un importante sector doctrinal entiende que tales casos deberían equipararse a los primeros (y no imputarse el resultado) siempre que la víctima conozca perfectamente el riesgo y el autor no se desvíe de los márgenes de riesgo aceptados por ella.

Para concluir con este primer nivel o requisito de la imputación objetiva, conviene aclarar que, de producirse alguna de estas situaciones de falta de creación de riesgo jurídicamente desaprobado (ausencia de riesgo, riesgo permitido, disminución del riesgo, o atribución del riesgo únicamente a la esfera de responsabilidad de la víctima), la conducta será atípica, y aunque exista dolo por parte del sujeto no podrá ser sancionada ni siquiera en grado de tentativa.

Ejemplo

En el ejemplo antes mencionado del sobrino que pretende conseguir matar a su tío haciéndole volar en avión con la esperanza de que se produzca un accidente –ocurriendo éste por

mera casualidad– no se podrá imputar la muerte pero tampoco siquiera tentativa de homicidio, a pesar de que el sujeto sí actuaba con dolo de matar.

2. Criterio de la realización del riesgo

Una vez comprobada la concurrencia del primer requisito, y presupuesta por tanto una conducta creadora de un riesgo desaprobado, sólo podrá imputarse el resultado a su autor si dicho resultado es concreción o realización precisamente del riesgo creado por el comportamiento, y no de otro distinto. Esta relación entre riesgo y resultado ha de constatarse una vez producidos los hechos (por ejemplo, en supuestos de homicidio será determinante la autopsia para explicar cuál ha sido exactamente el desencadenante del fallecimiento), de modo que el examen de este segundo requisito de la imputación objetiva se realiza desde una perspectiva *ex post*, analizando, una vez conocidos todos los datos, qué es lo que ha ocurrido exactamente –para determinar luego cómo debe ser valorado desde el punto de vista jurídico.

Si se comprueba que el resultado no es concreción del riesgo inherente a la conducta, sino de algún otro, el resultado no podrá imputarse (no podrá sancionarse, por tanto, por delito consumado). Como máximo, si la conducta se realizó con dolo de producirlo, podrá sancionarse por el delito en grado de tentativa

Ejemplo

A dispara a B con ánimo de matarle, y B muere en un accidente de la ambulancia que le trasladaba, o bien en un incendio desencadenado en el hospital. En estos casos, el riesgo que explica la muerte de B no son las heridas causadas por el disparo, sino una fuente de riesgo distinta y completamente imprevisible (el accidente o el incendio). De este modo, a pesar de que B haya muerto, A sólo podrá ser sancionado por tentativa de homicidio – y en caso de que no hubiera habido dolo de matar sino sólo de lesionar, imputaremos a A las lesiones consumadas causadas a B como efecto directo del disparo.

En cambio, sí deberá imputarse cuando el resultado sea concreción de un riesgo inherente a la conducta, aunque no sea el riesgo principal creado por ella o el que el sujeto pensaba (caso de haber dolo) que se realizaría en el resultado.

- A propina a B varias patadas en la cabeza; aunque B no muere de un traumatismo craneal o una hemorragia cerebral, que serían los riesgos más habituales en este tipo de casos, sino asfixiado por penetrar en los pulmones la sangre que manaba de la fractura de los huesos nasales y del hueso situado en la base de la lengua, su muerte puede ser imputada a A, pues el riesgo que se concreta en el resultado es uno de los desencadenados por su acción (STS de 7 de marzo de 2006).

En este ámbito cobran especial relevancia práctica los supuestos caracterizados por la existencia de un primer comportamiento creador de un riesgo desaprobado, que (aun no siendo directamente sustituido por otro riesgo, como sucede en los ejemplos anteriores de la ambulancia



o el incendio), sí se ve favorecido (hasta llegar a producir el resultado) por una posterior conducta peligrosa de una tercera persona; en la práctica tal cosa sucede sobre todo respecto de actuaciones posteriores de profesionales sanitarios o de la propia víctima. La solución no es uniforme ni en la doctrina ni en la propia jurisprudencia, pero lo cierto es que en casos de deficiente atención sanitaria el TS tiende a imputar el resultado al autor del comportamiento inicial, especialmente si las heridas causadas eran en sí mismas aptas para producir la muerte (paradigmático el caso resuelto por la STS de 19 de mayo de 1994).

Por otra parte, aunque algunos autores utilizan el criterio del fin de protección de la norma como independiente, este criterio también puede utilizarse en este contexto para descartar la imputación del resultado por incumplimiento del requisito que nos ocupa. Así, una conducta puede rebasar el nivel de riesgo permitido y causar un resultado, pero no por ello éste ha de serle imputado al autor: no lo será si la norma infringida no tiene el sentido de evitar resultados como el producido.

Ejemplo

- A, conduciendo a una velocidad superior a la autorizada atropella a B, un suicida que se tira bajo las ruedas de su coche. A pesar de que A había rebasado el riesgo permitido, no podrá imputársele la muerte de B, puesto que la norma de cuidado infringida (la limitación de velocidad) no está concebida para evitar la muerte de sujetos que inopinadamente se arrojen bajo el vehículo.

Tema 10. El tipo objetivo (III). El tipo en los delitos de omisión

1. Introducción

El art.10 CP define como delitos o faltas: *“las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”*.

Cuando hablamos de omisiones lo hacemos necesariamente a partir de normas, pues la propia idea de omisión no nos remite a cualquier acción que un sujeto pueda dejar de realizar entre los miles de cursos de acción imaginables (por ej., no comer un helado, no correr, etc.), sino particularmente a aquella concreta acción que en un momento determinado se esperaba que el sujeto realizara y no ha hecho (p. ej., no saludar)

- Omisiones → Contexto normativo donde hay expectativas de que se realice una acción
- Delitos activos → Se prohíben acciones
- Delitos omisivos → Se ordenan acciones:
 - Incumplimiento de obligaciones (mandatos) de actuar
 - No se realiza la acción que el DP exige (necesaria para preservar un BJ)
 - Propios de un Estado Social que exige del ciudadano mayores obligaciones cívicas y de solidaridad.

Tenemos una expectativa de conducta, se espera que se haga algo que luego no se acaba haciendo.

Mientras que en las realizaciones típicas activas es la conducta del sujeto la que genera o incrementa un peligro para el bien jurídico, en el caso de las omisiones dicha situación de peligro ya existe y el ordenamiento espera que el sujeto concernido intervenga activamente para neutralizarlo.

2. Clases de delitos omisivos

La no realización de una prestación positiva de salvaguarda del bien en peligro puede infringir deberes de distinta intensidad. En algunos casos, cuando el sujeto no ocupa una especial posición con respecto al bien, se le castigará simplemente por la no realización de la conducta debida (**omisión pura**). En otros, por contra, la abstención de actuar puede llegar a suponer que se atribuya el resultado a la omisión si el sujeto tenía un deber especial de haberlo evitado, de manera que puede ser hecho responsable igual que si lo hubiera causado de forma activa (**comisión por omisión**).

- Delitos de omisión pura → Deber de actuación menos intenso
- Delitos de comisión por omisión → Deber de actuación más intenso.

Delitos de omisión pura

En los delitos de **omisión pura** u omisión propia el sujeto no realiza una determinada conducta destinada a la salvaguarda de un bien jurídico que se encuentra en peligro.

Ej. Pese a observar cómo un ciclista, que acaba de sufrir un accidente, yace en la cuneta demandando auxilio, A opta por no detener su vehículo, prosiguiendo su camino (art. 195.1: omisión del deber de socorro).

Incumplimiento de deberes:

- Cívicos o de solidaridad expresamente previstos en tipos
 - Que incumben a cualquiera que se encuentre en esa situación típica.
 - Necesarios para preservar un BJ (vida, salud, correcta administración de justicia, correcto funcionamiento sistema electoral,...)
 - No se imputa al sujeto el resultado que pueda producirse como consecuencia de esa omisión. En la omisión pura se sanciona la no realización de la conducta debida tendente a la evitación de un resultado lesivo para un bien jurídico protegido, sin que, no obstante, la responsabilidad del sujeto se vea condicionada por el hecho de que a la omisión haya seguido o no la producción de dicho resultado. Se trata, por eso, de una categoría correlativa a los delitos de mera actividad (puede hablarse en ese sentido de delitos de mera inactividad), en la que se sanciona por la omisión en sí misma, sin que quepa imputar a ésta resultado alguno.
- Ej. La pena no es la misma si el motorista muere como si no → si muere no se sanciona como homicidio. Al omitente no se le hace responsable del resultado sucedido por la omisión de la acción. Si el motorista sale por los aires después del golpe es lo mismo abandonarlo y que el que venga después lo rescate o que nadie lo rescate y que muera desangrado, se paga por la omisión realizada, no por el resultado de la omisión.
 - Ej. Si uno no concurre a la mesa electoral, sin justificarlo, da lo mismo que aparezca inmediatamente el suplente y la mesa se abra a la hora habitual, o que no esté tampoco el suplente y la mesa no se abra, la pena es por no haber ido y no poder justificarlo.

Ejemplos de delitos de omisión pura

Artículo 195 CP. De la omisión del deber de socorro

1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.*
2. *mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.*
3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.*

Artículo 450. De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución.

1. *El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.*

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

Chaval de instituto que sabe que los de la panda van a agredir sexualmente a una compañera de clase y no hace nada. Es indiferente que después se produzca la agresión o que se quede en tentativa, la pena es la misma.

Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG)

Artículo 143. Delitos por abandono o incumplimiento en las Mesas electorales.

El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Artículo 58. Votación nominal.

2. Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. Si alguno insistiere en abstenerse, después de requerido por el portavoz, se hará constar en acta y, en su momento, será sancionado por el Magistrado-Presidente con 75.000 pesetas de multa. Si, hecha la constancia y reiterado el requerimiento, persistiera la negativa de voto, se dejará nueva constancia en acta de la que se deducirá el testimonio correspondiente para exacción de la derivada responsabilidad penal.

Elementos del tipo de la omisión pura

1. Situación típica expresamente descrita
2. No realizar la acción obligada por el tipo
 - a. Inactividad total o hacer una cosa distinta
 - b. Importante: Se castiga pro no haber actuado, no por el resultado eventualmente producido
3. Posibilidad de realizar la acción debida
 - a. No se puede sancionar una omisión cuando no había posibilidad de actuar
 - b. Varios tipos de omisión pura prevén subsidiariamente que se recabe la ayuda de terceros
 - c. Cláusulas de ausencia de riesgo propio o ajeno.

1) Situación típica generadora del deber de actuar: es necesario que concurren las circunstancias descritas en el tipo penal a las que se vincula el surgimiento de la obligación de actuar y que fundamentalmente se concretan en la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico protegido (probabilidad de producción de una lesión o de agravamiento de una lesión ya iniciada). Así, en el caso de la omisión del deber de socorro es preciso estar ante una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave (art. 195.1), o en la omisión del deber de impedir determinados delitos ante la próxima comisión de un hecho que revista esas características (art. 450.1). La obligación genérica de actuar incumbe a todo aquel que se halle en el contexto descrito.

Ejemplos

- A conduce su automóvil y ve en el arcén a un ciclista herido que acaba de sufrir un accidente;
- B oye una conversación en un bar por la que tiene conocimiento de que una vecina suya va a ser víctima de una agresión sexual esa misma noche.

2) No realización de la acción típicamente indicada tendente a la neutralización del peligro que se cierne sobre el bien jurídico (no socorrer a la persona desamparada o no impedir un delito de próxima comisión, respectivamente, en el 195.1 y 450.1). La acción omitida debe ser objetivamente idónea desde un punto de vista *ex ante* para la salvación del bien (aunque *ex post* se revele que no habría podido evitar la lesión), de modo que resulta atípico dejar de llevar a cabo una acción que ya *ex ante* aparezca como inapropiada para lograr dicho cometido (a pesar de que quede refutado ese juicio desde una perspectiva *ex post*). Tanto da que el sujeto reste pasivo, sin hacer nada, como que realice otra conducta distinta de la indicada, pues lo único relevante es que deje de actuar en el sentido indicado.

Ejemplos

- En lugar de socorrer al ciclista herido, A continúa conduciendo.
- En vez de advertir a su vecina de la inminente agresión sexual, B sigue en el bar atento a la retransmisión de un partido de fútbol.

Por otra parte, la conducta debida puede verificarse personalmente o a través de terceros, aunque no es infrecuente *ex lege* que esta segunda opción sólo entre en juego subsidiariamente en caso de imposibilidad de la prestación personal (p. ej., petición de auxilio a tercero en la omisión del deber de socorro, 195.2, o a la autoridad pública en la omisión del deber de impedir determinados delitos, 450.2). Y todo ello, recuérdese, con independencia de que el peligro llegue a concretarse en lesión o no, pues el delito de omisión pura se agota en el simple incumplimiento del mandato de actuar en el sentido prescrito.

Ejemplos

- Al no realizar la acción debida, A comete un delito de omisión pura –de omisión del deber de socorro–, tanto si el ciclista fallece a causa de las heridas sufridas en el accidente como si finalmente logra sobrevivir gracias al auxilio de una tercera persona.
- Al no realizar la acción debida, B comete un delito de omisión pura –la omisión del deber de impedir determinados delitos–, tanto si su vecina llega a ser víctima de la agresión sexual como si puede zafarse por sus propios medios de sus agresores.

3) Posibilidad de realizar la acción debida: no hay omisión si no le resulta posible al sujeto actuar en el sentido esperado (*ad impossibilia nemo tenetur*). Se trata, en primer lugar, de la capacidad actual y concreta de poder intervenir para conjurar el peligro, referida al individuo que se halla en la situación típica ("cuando pudiese hacerlo", 195.1, "pudiendo hacerlo", 450.1) y comprende tanto los medios materiales a su alcance (instrumentos, etc.) como los personales

(características físicas, conocimientos teóricos, etc.) de los que pueda disponer, más la cognoscibilidad de la situación típica y de las opciones de neutralización del peligro.

Además de lo indicado, es necesario añadir que dicha posibilidad de realizar la conducta exigida debe ser entendida en un sentido normativo (y no sólo de absoluta imposibilidad física o material de llevarla a cabo), de modo que si la prestación de auxilio ajeno comporta para el propio sujeto un riesgo relevante, que pueda ir más allá de lo razonable –un comportamiento heroico– no surge ya el deber de actuar: no se le exige al sujeto actuar, aunque pudiera hacerlo, en el sentido esperado. En esa dirección se inscriben las cláusulas "sin riesgo propio ni de terceros" (art. 195.1) o "sin riesgo propio o ajeno" (art. 450.1) que contienen algunos tipos de omisión pura. No obstante, se trata de una cuestión no pacífica: un sector doctrinal considera preferible ubicar dicha problemática en la culpabilidad (vid. en el módulo V el apartado dedicado a la inexigibilidad y sus causas).

Ejemplos

- A no puede trasladar al ciclista porque se le ha acabado el combustible y no tiene ningún otro medio de transporte a su alcance, ni puede demandar auxilio ajeno al carecer de teléfono móvil.
- B no puede advertir a la vecina ni a la policía porque cuando los agresores se dirigen al domicilio de la víctima se ha producido un corte de las líneas telefónicas.

Los delitos de comisión por omisión

Los **delitos de comisión por omisión** u omisión impropia consisten en la no realización de la conducta dirigida a evitar un resultado lesivo para un bien jurídico protegido por parte de quien estaba especialmente obligado a impedirlo, de manera que la no evitación se hace equivalente a su causación.

Ejemplo por antonomasia. Madre que tiene un bebe deja de alimentarle y el bebé se muere.

Concepto básico:

- No evitación de un resultado lesivo BJ
- Por un sujeto específicamente obligado a evitarlo (Garante)
- Se imputa el resultado como si se hubiera causado activamente (misma pena)

Los delitos de comisión por omisión no se encuentran específicamente recogidos en el CP de forma separada de sus equivalentes modalidades activas: existe una cláusula general de tipificación de dichos comportamientos, en el artículo 11 CP¹³, que debe ser puesta en conexión

¹³ **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:*

con los distintos tipos de resultado susceptibles de ser realizados, además de por una conducta activa, por medio de una omisión, como ocurre en el homicidio (*vid. infra*).

Cláusula general artículo 11: elementos necesarios para imputar el resultado: (Esta cláusula la aplicaremos en cada delito, la comisión por omisión no existe como delito, no están previstos específicamente, aunque hay alguna excepción que si está expresamente prevista, aunque no sea necesario. Ej. En la malversación)

- Homicidio en comisión por omisión
- Lesiones en comisión por omisión
- Daños en comisión por omisión etc.

Art.432 Malversación. 1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

Art.176. Torturas. Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos. Ej. Funcionario responsable de la custodia en calabozos de un detenido, deje que lleguen dos funcionarios para que torturen al detenido, se me imputa la misma responsabilidad que los que lo hacen activamente.

Existen algunos tipos que contienen una equiparación *ex lege* entre las omisiones consistentes en permitir/consentir que un tercero actúe (como en el caso de permitir un funcionario el maltrato de un detenido bajo su custodia por parte de un tercero) y las modalidades comisivas paralelas llevadas a cabo por el propio garante. Se trata de “omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinada” que pueden ser entendidas como una variante, expresamente prevista en los tipos penales, de la comisión por omisión.

Art.11 CP. Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado....

Se añadió en el código del 2005. No es una regulación acabada de la comisión por omisión, la doctrina y jurisprudencia lo completan. Hay una discusión doctrinal muy importante sobre este tema.

Elementos del tipo en la comisión por omisión

A pesar de no contemplarse expresamente en el art. 11 (que no contiene por tanto una regulación acabada de los elementos constitutivos de la omisión impropia, sino que se centra, como veremos, en el problema de la posición de garantía y en la equivalencia con el delito activo),

-
- 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.*

los elementos típicos de la omisión pura resultan comunes a la comisión por omisión, por lo que puede darse aquí por reproducido lo señalado anteriormente con respecto a la primera:

1. Situación típica que genera el deber de actuar:
 - a. Niño pequeño enfermo o necesitado de alimento
 - b. Niño que es objeto de abusos sexuales y otra persona lo sabe,...
2. No se realiza la acción típicamente indicada que evitaría el resultado
3. Posibilidad de realizar la acción (si no se puede no hay responsabilidad penal)

A ellos debe añadirse lógicamente, la producción del resultado no evitado que tiene que poderse imputar objetivamente a la omisión. Para ello, será necesario en primer término constatar la causalidad hipotética (pues, como se sabe, la omisión no causa nada: *ex nihilo nihil fit*), esto es, de un juicio de probabilidad que permita concluir que en el caso de haberse llevado a cabo la acción omitida se hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la certeza, al ser, con todo, una tarea difícil de comprobar, parece preferible atenerse a la convicción del juzgador en el sentido típico requerido, la evitación del resultado, "*más allá de toda duda razonable*". Por otra parte y en segundo lugar, para la imputación será también necesaria constatar la presencia de un riesgo que supera el nivel de riesgo permitido y que sea precisamente dicho riesgo no neutralizado por el garante omitente el que se haya realizado en el resultado (vid. supra imputación objetiva).

Sin embargo, todo ello resulta todavía insuficiente para afirmar la tipicidad de la omisión impropia. Para poder considerar que quien omite la conducta debida realiza el comportamiento típico del mismo modo que si hubiera obrado de forma activa (estamos diciendo que no hacer nada es igual que matar), deberemos estudiar los siguientes elementos:

1. Posición de garantía
2. Relación hipotética de causalidad
3. Equivalencia entre la conducta omisiva y la activa

1. Posición de garantía

En el CP español las fuentes son muy formales, no nos dice exactamente qué tipo de relación tiene que haber entre el omitente y el deber jurídico, habla desde una posición más formal. Art.11.

No cualquier persona comete un delito de resultado por omisión, sino únicamente aquél que ocupa una determinada posición con respecto al bien protegido: el garante.

Fuentes de las posiciones de garantía:

- 1) La ley
- 2) El contrato
- 3) El actuar precedente peligroso

Posición de garantía por ley

El sujeto A tiene la obligación de evitar el resultado X, o velar por la seguridad de Y. El deber de garante estrella de origen legal es de los padres respecto de los hijos menores sujetos a su patria potestad:

- Desatención total (muy poco frecuente) → Homicidio o lesiones en comisión por omisión
- Madre que conoce abusos sexuales/palizas que otro sujeto (padre, pareja) realiza sobre el hijo menor y no las evita (Muy frecuente)
 - Participación en comisión por omisión en el delito activo cometido por el padre:
 - Cooperación necesaria (hubiera podido evitar el delito)
 - Complicidad (hubiera podido dificultar el delito)
 - Posible miedo etc. → culpabilidad
 - Si el que conoce y no evita delitos sobre el menor es un no garante → comisión pura art.450. Ej. El vecino que ve por la ventana los abusos del padre a la hija periódicamente.

Más posiciones de garantía por ley:

- Tutela de menores no emancipados o incapaces
- Guarda de hecho. Sujeto separado que tenía custodia de la hija fines de semana. Éste convivía con una mujer que no tenía nada que ver con la niña. El hombre agredió tres veces a la hija delante de la mujer. La primera vez fue omisión pura de la mujer, pero el Supremo dijo que comisión por omisión, ya que pese a no ser madre de la niña, tiene posición de garantía ya que tiene guardia de hecho (recogida en el código civil).
- Más problemáticas:
 - *Cónyuges*. En el CC recoge que hay obligación de asistencia al cónyuge. Lo que hay que tener en cuenta es que una persona adulta no tiene la misma indefensión que un menor.
 - *Padres ancianos*. Obligación de alimentación,...
 - *Funcionarios de policía de prisiones* respecto de detenidos o presos, *médicos y personal de instituciones sanitarias* en relación con los pacientes a su cargo.

Posición de garantía por contrato

La jurisprudencia ha considerado que pueden darse posiciones de garantía que tienen su origen en una vinculación contractual en el caso del guardabarreras responsable de un paso a nivel, el encargado de una línea de alta tensión, socorristas en una playa o piscina, maestros, cuidadores de niños pequeños o de ancianos, trabajadores de guarderías, de locales donde se organizan fiestas para niños o de colonias y campamentos de vacaciones, arquitectos y jefes de obra, médicos y personal sanitario, etc. (aunque en alguno de estos casos puede darse asimismo obligación legal de actuar), a los que podrían añadirse los clásicos ejemplos del guía de montaña o el monitor de natación.

Médicos y personal sanitario. Discutido ¿En qué momento asume el médico la posición de garante respecto de la salud y la vida de un paciente? Ej. Una persona que sufre un infarto en medio de la calle, un médico pasa por al lado y no lo atiende, no es garante de la persona, así que sería comisión pura, otra cosa es que fuera su paciente en el hospital.

El actuar precedente peligroso. Injerencia

“Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”: quien ha creado una ocasión de riesgo para el bien jurídico con un actuar precedente está obligado a evitar que dicha situación se traduzca en un resultado lesivo.

Es la más complicada.

Art.11.CP (...) A tal efecto se equiparará la comisión a la acción:

b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

- Quién ha creado un peligro para un BJ deviene especialmente obligado a evitar que ese peligro se concrete en un resultado lesivo para el BJ
- Mayores problemas interpretativos → Relación entre la injerencia y el 195.3 (*esto no lo va a explicar, no lo considera necesario y no lo preguntaría en un examen. Está en los materiales*)

Ejemplo de los dos salvajes que entran en una obra en construcción, pegan una paliza a un indigente, suben por la obra ven un colchón y le pegan fuego y uno de ellos lo tira por la ventana, y da la casualidad de que cae encima del indigente, éste pide ayuda pero las dos joyas no lo ayudan y el hombre muere quemado. El que no tiró el colchón se le condenó por lesiones y por omisión pura (no estaba en posición de garante), al que arrojó el colchón se le condenó por asesinato en comisión por omisión, ya que al tirar el colchón por la ventana se ha convertido en garante de lo que pudiera pasar al lanzarlo.

CASO. Sentencia del tribunal supremo

A marido de B, le da un par de puñetazos con ánimo de lesionarla y B cae al suelo. B padece diversas enfermedades: obesidad mórbida (que le impide levantarse sola), diabetes, problemas cardiacos. A deja transcurrir las horas sin ayudar a B, que cada vez se encuentra en peor estado, y ésta finalmente muere unas 24h después de los golpes iniciales.

- *¿Calificación de los hechos?*

Homicidio en comisión por omisión.

- *¿Tiene alguna relevancia en la calificación que A sea el marido de B? ¿Calificaríamos del mismo modo si no lo fuera?*

Realmente la relación de pareja es indiferente, es el marido el que deja en la situación que provoca la muerte a la mujer, por lo que al ser el causante es el garante, independientemente de su relación.

- ¿Y si A hubiera golpeado a B ya con ánimo de matarla?

Nos olvidamos de la comisión por omisión, no es necesaria. Es una conducta activa que crea una situación de riesgo de la vida que buscabas.

Caso STS 19 de julio de 1999.

- 1ª instancia → lesiones dolosas + homicidio imprudente. 4 años de prisión
- TS → homicidio doloso en comisión por omisión. 11 años de prisión.

Comisión por omisión. Actividad aplicada.

Antonio y Sergio propinan una paliza a Carlos, de noche y al borde de una carretera. Le dejan inconsciente (vivo) en la calzada y se marchan. Poco después un coche pasa por encima del cuerpo y le produce la muerte. ¿Puede imputarse la muerte de Carlos a Antonio y Sergio, o sólo las lesiones consecuencia inicial de la paliza?

Por injerencia está claro que serían responsables de la muerte ya que han sido ellos los que han provocado la situación.

Discusión general sobre las Posiciones de Garantía.

El código no explica en que consiste ser garante de alguien o de un bien jurídico, nos habla de dónde pueden surgir las posiciones de garantía (La ley, un contrato,...) es muy formal. Se le achaca al código que puede darse el caso de fuentes de posición de garantía muy similares a las del código pero no llegan a dar esa posición, por ejemplo:

- Compañero sentimental sin matrimonio que deja morir al otro en el domicilio común sin asistencia alguna. Si hay vínculo matrimonial la ley le obligaría a la asistencia, pero al no estar casados no existe.
- Vecina que asume en un momento el cuidado de un menor en una piscina. El niño cae al agua y se ahoga mientras está distraída. No hay obligación contractual, ni legal, por lo que no sería responsable.

Son posiciones de garantía no recogidas en el código, son las que se conocen como teoría de las funciones, que da una imagen más material de las posiciones de garantía, no tan formal como la del código.

Teoría de las funciones (Mayoritaria doctrina)

Desde esta visión formal se distingue entre:

1. Posición de garantía por función de protección de un BJ
 - a. Estrecha vinculación vital (convivientes, con o sin vínculo legal)
 - b. Comunidad de peligro y asunción socorro mutuo (compañeros expedición peligrosa)
 - c. Asunción voluntaria obligación (Ej. vecina)

2. Posición de garantía por función de control de una fuente de peligro
 - a. El propio comportamiento precedente (injerencia)
 - b. Control de fuentes de peligro bajo nuestro ámbito (No controlar adecuadamente perro peligroso que lesiona A)
 - c. Control de personas a nuestro cargo (cuidadores centro psiquiátrico que no evitan daños a B causados por el interno A)

En la Mayoría de supuestos: tanto con el art.11 (fuentes) como con la teoría de funciones se llega a la misma solución, pero hay casos que hay divergencia, como en el caso de la vecina, de ahí la discusión doctrinal que se plantea, ¿las "lagunas" del art.11 se pueden suplir aplicando la visión más material (sustantiva) de las funciones de garantía?

Según la profesora no, por el principio de legalidad, aunque hay doctrina que piensa que es posible.

La discusión se resume a: ¿El art.11 es una lista cerrada de las posiciones de garantía?

2. Relación hipotética de causalidad (Imputación objetiva en la omisión)

- Relación entre la omisión y el resultado
- Equivalente a la causalidad e imputación objetiva en los delitos activos de resultado
- No es causalidad en sentido estricto porque la omisión no causa nada
- Requiere que esté probado que si el sujeto hubiera realizado la acción debida hubiera evitado el resultado
 - Con probabilidad rayana en la certeza (mayoritario) → Si el sujeto hubiera actuado adecuadamente no se hubiera producido el resultado.
 - Con total seguridad. Otra postura: Basta con que se demuestre que la acción hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado.

Ej. De los padres testigos de Jehová que no calman al niño de manera que reciba el tratamiento para la leucemia y no le aplican el tratamiento. Se les podría haber acusado por homicidio si al haber actuado los padres el niño no hubiera muerto. En ese caso está claro que con la transfusión que no se hizo por los nervios del chiquillo, y que no autorizaron los padres, el chaval no se hubiera salvado.

Ej. Sentencia del Supremo de hace años. Un señor paralitico muy mayor y enfermo, con patología cardiaca, casado con jovencita buenaza. Tenía enfermera, asistenta,... que son despedidas por la buenaza y se larga cinco días dejando abandonado al abuelo en la cama, que por supuesto muere. Ella es la garante (es su mujer, pero además la que crea el peligro al despedir los cuidadores es ella), pero en este caso el juzgado fue muy benévolo, consideraron que el hombre ya estaba muy muy enfermo, no murió de sed (lo que hubiera sido claramente imputable a ella), la autopsia demostró que había muerto de un infarto (tenía patología cardiaca). La sentencia dice que no está probado con probabilidad rayana en la certeza que de haber estado asistido no hubiera muerto del infarto, por lo que se dejó en tentativa de homicidio.

3. Relación de equivalencia entre omisión/causación activa del resultado

- La redacción confusa del art.11 pudiera dar a entender que posición de garantía permite la imputación a modo de comisión por omisión.
- La doctrina mayoritaria defiende que:
 - La posición de garantía es requisito necesario pero no suficiente para la imputación del resultado en comisión por omisión.
 - Además de la posición de garantía es necesario que esa no evitación realmente se pueda valorar como equivalente a la causación desde un punto de vista material
 - El propio CP requiere además, como ha quedado dicho anteriormente, una auténtica equivalencia entre la realización omisiva y la activa "según el sentido del texto de la ley". La sola concurrencia de un deber legal o contractual de actuar para evitar un resultado lesivo para un bien jurídico, por ejemplo, no comporta *per se* la posibilidad de imputarlo a la omisión.
 - Art. que tipifican como omisiones puras omisiones de sujetos garantes → no imputa resultados, no las considera equivalentes a la causación activa del resultado.

Omisiones puras de garante:

El propio CP decide que aunque hay Posición de Garantía y obligación de evitar el resultado no resulta posible la aplicación de la comisión por omisión a los delitos de propia mano, de mera actividad o, incluso a los de medios determinados, sino que su ámbito de aplicación se restringe a los delitos puros de resultado

Ej. Art.412.3 CP¹⁴ pese a parecer que la policía es garante de los que pudieran ser agredidos en su presencia, realmente no lo son, ya que son penados por este artículo.

Ej. Art.189.5. (menor que se prostituye y los padres no lo evitan). Pese a que los padres son garantes del hijo, la pena que se aplica es esta. No considera equivalente el permitir que el menor se prostituya a que sean los padres los que lo prostituyen.

¹⁴ 412.3 CP. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

¿En qué consiste entonces esa equivalencia?

- El CP no lo soluciona
- Elaboración doctrinal de distintos criterios. Relación de estricta dependencia material del BJ respecto del omitente (Mir Puig)
- Cierta acuerdo doctrinal, no hay equivalencia

Algunas ideas importantes

1. Si en la evitación de un resultado falta:

- Posición de garantía → No hay comisión por omisión, por lo que sancionamos por omisión pura (normalmente 195 CP) si se cumplen los requisitos para ello.
- Relación de imputación (causalidad hipotética), pero hay posición de garantía → entonces se castiga por tentativa del delito en comisión por omisión si había dolo (ejemplo del enfermo casado con la buenaza que lo abandona)
- Equivalencia

Ejemplo. Hombre que va a una casa de masajes y consigue un final feliz con una chica que le dio el masaje. Comenzó a sentirse mal, la chica y otro que estaban cerca lo ayudaron a salir a la calle y lo dejaron allí. El hombre murió del infarto. La sentencia dice que no había posición de garantía, había una omisión de socorro, pero nada de comisión por omisión.

2. Cuidado no confundir:

Imprudencia en delito activo ↔ Comisión por omisión

Delito activo (homicidio, lesiones) por imprudencia:

- Realizar conducta activa omitiendo alguna norma de cuidado o prudencia → resultado
- No es necesario acudir a la comisión por omisión

Ejemplo. A, propietario y cocinero de un bar, prepara un plato con un producto en mal estado (no lo ha metido en la nevera la noche anterior) que produce infecciones en los comensales. Calificación → Lesiones imprudentes activas. No es necesario ir a la cxo.

3. Tipo subjetivo de la omisión

- Los delitos de omisión pura solo están previstos en la modalidad dolosa. Omisión de socorro, omisión del deber de impedir delitos, negativa a juzgar,..

- Los delitos en comisión por omisión puede ser dolosos o imprudentes igual que los cometidos activamente.

Ej. Dos que pactan cometer robo con violencia, van a la casa que van a robar, entran y la violencia inicial (amenazar con un cuchillo) se supera la planeada, se comienza a dar una paliza larga y prolongada, y el otro no intenta evitarlo, después se van y el sujeto muere de la paliza. El que comienza con otro a cometer un delito del que se deriva un riesgo para la vida de un tercero se le considera garante por injerencia, por lo que será autor en comisión por omisión. Al menos es lo que está considerando últimamente el supremo.

Tema 11. El tipo subjetivo (I). Dolo e imprudencia

I. Introducción. Formas de imputación subjetiva

En este apartado abordaremos la parte subjetiva del tipo, esto es, el dolo y la imprudencia, así como los llamados elementos subjetivos del tipo (también llamados "elementos subjetivos del injusto", requeridos tan sólo en algunos tipos penales). Además, como reverso de lo anterior, deberemos asimismo analizar el error de tipo cuya concurrencia, como veremos, excluye el dolo, pudiendo dar lugar (si es un error vencible) a un delito imprudente.

*Esta exigencia de **imputación subjetiva** (manifestación del principio de culpabilidad o responsabilidad subjetiva) queda consagrada en el art.5 del Código penal cuando se establece que "no hay pena sin dolo o imprudencia" o, como se ha visto con anterioridad, en la propia definición de infracción penal del art. 10: "son delitos o faltas las acciones y omisiones **dolosas e imprudentes** penadas por la ley".*

Aspecto subjetivo de la conducta

- **No hay pena sin dolo o imprudencia** (art.5 CP) → Principio de culpabilidad, solo podemos castigar por conductas, lesiones de bienes jurídicos, que puedan imputarse a título de dolo o de imprudencia, pero lo accidental, lo inevitable,... no puede castigarse.
- **La responsabilidad penal es subjetiva**, nunca meramente objetiva → No se pueden imputar resultados meramente fortuitos.
- Las dos **formas de imputación subjetiva** de un hecho a su autor (dimensión interna del tipo) son:
 - A título de dolo
 - Forma de imputación subjetiva más grave
 - El autor decide conscientemente lesionar el BJ
 - A título de imprudencia
 - Modo de atribución menos grave, aunque no para todos los delitos.
 - El BJ es lesionado por descuido o desatención

Conductas dolosas e imprudentes → Incluso en los delitos que cuentan con ambas modalidades, la calificación de la conducta como dolosa o imprudente reviste enorme trascendencia: al menos en los principales delitos, como homicidio o lesiones (que son de hecho los de comisión imprudente más frecuente), los marcos penales de las conductas dolosas e imprudentes no son contiguos, sino que se produce un salto entre los mismos (compárense, por ejemplo, los marcos de pena del homicidio doloso del art. 138 y el imprudente del art. 142); en otros, en cambio, el marco penal de la imprudencia se calcula en función del previsto para la realización dolosa, normalmente rebajado en un grado (arts.317, 331, 344, 358, etc.).

No todos los delitos se sancionan en su forma imprudente (principio de intervención mínima. Cláusula de incriminación expresa de la imprudencia art.2 "las acciones u omisiones imprudentes solo se castigan cuando expresamente lo disponga la ley".

Relevancia práctica de la diferencia

- Si el delito admite forma imprudente → Siempre tendrá más pena si es doloso
 - A veces salto de pena (homicidio) 15 | --dolo-- | 10 salto 4 | --imprudente-- | 1
 - A veces marcos contiguos | --dolo-- | --imprudencia-- |
- Si el delito no admite forma imprudente
 - Dolo → sanción penal
 - Imprudencia → impunidad

1. El dolo

El Código penal no contiene una definición de dolo ni concreta qué características debe reunir una conducta para poder ser calificada como dolosa. Sin embargo, sí puede extraerse acontrario del tratamiento que recibe, éste sí expresamente regulado, la ausencia de dolo. De acuerdo con el art.14.1 del CP, si el autor desconoce total o parcialmente que concurren los elementos pertenecientes al tipo penal no puede ser castigado por delito doloso, sino a lo sumo, incurriendo en un error de tipo, por delito imprudente (si éste se encuentra expresamente tipificado).

El dolo tiene dos concepciones:

1. Concepción volitiva del dolo (concepción bipartita del dolo). Concepción tradicional todavía mayoritaria:
 1. El dolo está compuesto por "conocimiento + voluntad"
 2. Elemento cognoscitivo + elemento volitivo
2. Concepción cognitiva del dolo (cada vez más aceptada)
 - Dolo = conocimiento (elimina la parte volitiva). Tiene que saber que está realizando los elementos de un tipo penal.

Relevancia práctica de sostener una u otra: sobre todo en la diferenciación, en cómo se soluciona la zona problemática donde lindan el dolo y la imprudencia, la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente.

Dolo eventual ↔ Imprudencia

El dolo eventual es el que realiza una conducta peligrosa para un bien jurídico, lo sabe y aun así la realiza. Ej. El conductor que viaja a 200 km/h por carretera, su intención no es matar a alguien pero al final lo hace, por lo que, ¿sería un homicidio por dolo eventual o una imprudencia?

1. Elemento cognoscitivo del dolo.

Único elemento necesario según la teoría cognoscitiva.

Primer elemento del dolo para la concepción bipartita (añadido a la voluntad)

- Conocimiento de estar realizando el tipo penal = de que concurren los elementos del tipo objetivo
- Si un sujeto no sabe que está cometiendo el delito X, no puede decirse que lo comete dolosamente
- Si hay error (falta de conocimiento) → no hay dolo (como mucho, si el error es vencible, hay imprudencia)

Que el conocimiento es esencial para que haya dolo se deduce de la regulación del llamado "error de tipo" Art. 14.1 CP *"El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente."*

Ejemplo 1.

- Homicidio: matar a otro
- Dolo de homicidio exige: saber que con la acción se está matando a otro
- Si A dispara en una cacería creyendo que lo que se mueve es un jabalí, dispara y mata a B... no sabe que está matando a B
- A está en un error de tipo. No sabe que está matando a B
- A no mata dolosamente (a lo sumo, si el error era vencible, mata por imprudencia)

Ejemplo 2.

- Art. 195: el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave...
- Dolo en este delito exige: saber que tienes delante a una persona desamparada y en peligro
- A ve a B que se cae de la moto, pero como le ve levantarse enseguida asume que no le pasa nada y no se detiene. Al minuto, B cae desplomado de nuevo (hemorragia cerebral interna)
- A no sabe que B estaba realmente en peligro, por lo que no comete una omisión de socorro dolosa → Error de tipo
- No es una omisión de socorro dolosa

Ejemplo 3.

- Delito de hurto art.234: tomar una cosa mueble ajena con ánimo de lucro y sin consentimiento del dueño
- Dolo de hurto exige saber que lo que tomas es ajeno y que no cuentas con la autorización para quedártelo.
- Si A se lleva un móvil de la mesa pensando que es el suyo no comete delito de hurto

El dolo se proyecta, sobre el tipo objetivo, sobre los elementos que lo conforman, tanto los esenciales –que se puedan corresponder con el tipo básico, como los accidentales que puedan dar paso a un subtipo agravado. De manera que debe abarcar en primer lugar aquellas circunstancias descritas en el tipo legal que concurren en el momento de llevar a cabo la conducta, pero también, en los delitos de resultado, una previsión del curso causal y del resultado. Todos estos elementos han de ser conocidos por el sujeto, aunque ciertamente existen diferencias de matiz al respecto: es un verdadero conocimiento el que versa sobre elementos preexistentes o coetáneos a la acción (p. ej., sé que tengo ante mí a otra persona), mientras que el predicable de un acontecimiento que aún no ha tenido lugar no es tanto conocimiento como **representación**: el sujeto no puede conocer lo que todavía no existe, sino que para afirmar la presencia de dolo lo que tiene que ocurrir es que se haya representado el resultado típico (p. ej., me represento el resultado de muerte de B como consecuencia de disparar mi arma en la dirección en la que se encuentra).

Si el dolo requiere conocimiento, nos hacemos dos preguntas:

- ¿Qué tiene el sujeto que conocer para decir que hay dolo?
- ¿Qué clase de conocimiento es necesario para decir que hay dolo?

¿Sobre qué tiene que versar el conocimiento del sujeto para afirmar que hay dolo?

- Elementos de tipo preexistentes o coetáneos a la acción (persona, peligro grave, cosa ajena,..) → verdadero conocimiento
- Las consecuencias futuras de la acción: el resultado típico (si golpeo a B con esta piedra, lo voy a matar) → representación (Si disparo a la cabeza lo voy a matar)
- Si A golpeó a B en la cabeza pero no se representó que podría matarle, no hay dolo (si lo golpeo en la cabeza puede que lo mate)

¿Qué clase de conocimiento es necesario para decir que hay dolo?

- Elementos descriptivos aprehensibles por los sentidos → no problemático
- Elementos normativos, sobre todo los de valoración jurídica
 - No es necesario que se conozcan a nivel del jurista, basta la "valoración paralela en la esfera del profano" (lego)

Ej. Art.274: utilización con ánimo de lucro de una marca registrada. Basta saber que es una marca protegida previamente, no hay que saber más detalles sobre qué requiere el registro de una marca.

2. Elemento volitivo (de voluntad) del dolo

- Lo exige la concepción dualista del dolo
- No lo exige la concepción cognitiva

Para que se dé el dolo uno tiene que saber que está matando y tiene que querer matar

Desde esta concepción dualista mayoritaria, **suele distinguirse entre tres clases de dolo**, precisamente en función de que el elemento de la voluntad esté más claro o más diluido (*no hay que olvidar que los tres tipos tendrán la misma pena, la que corresponde por dolo*)

1. Dolo directo

El sujeto busca lesionar el BJ, es su objetivo. Persigue directamente el resultado como un fin. Intención.

Elemento volitivo muy claro.

Ejemplo. El miembro de una organización terrorista dispara contra un diputado con el propósito de matarlo.

2. Dolo directo de segundo grado (=indirecto) o de consecuencias necesarias

El sujeto no busca la lesión del BJ (puede incluso desear que no se produzca) pero sabe que es consecuencia inevitable de su comportamiento, y aun así la acepta y continúa.

Elemento volitivo todavía claro: aceptación.

Ejemplo: Thomas, un armador de Bremen provoca el hundimiento de un barco por medio de explosivos para cobrar el seguro, conociendo que se hallaban tripulantes a bordo que perecerían inevitablemente con la deflagración.

3. Dolo eventual

El sujeto no dirige su conducta a la producción de un resultado ni sabe con certeza si éste tendrá lugar, pero en todo caso actúa, asumiendo con ella las eventuales consecuencias que pudieran producirse. El sujeto no busca la lesión del BJ ni la acepta como inevitable, pero sabe que se puede producir y aun así actúa.

Categoría más problemática de dolo con elemento volitivo más tenue

Problema esencial: diferenciarlo de la imprudencia consciente, imprudencia en la que el sujeto sí es consciente de que la conducta que realiza es peligrosa para el BJ (Ej. Conducir a 200 km/h y adelantar a otros incorrectamente con lluvia).

En esta distinción es donde más se aprecian las diferencias entre la concepción dualista/volitiva del dolo y la concepción cognitiva.

Ejemplos:

- Caso de la colza
- Caso Bultó. Terroristas que dieron lugar a Terra Lliure, que pusieron a un industrial una bomba adosada al pecho y le dijeron que tenía que pagar unos millones, que podía explotar si lo tocaba, el hombre se la intentó quitar y explotó.
- El terrorista sabe que la bomba lapa se activa con el movimiento del vehículo y que éste transitará calles muy concurridas de la ciudad, de manera que pueden morir otras personas.
- Conductores suicidas
- Líquido corrosivo arrojado a la cara
- Inválido dejado a la intemperie
- Quema del disfraz
- Puñetazo fuerte en el ojo y pérdida de este.

El tipo de dolo que se asigne a la conducta no es trascendente para la pena, ya que tendrá la misma pena en las tres modalidades de dolo. (Ej. Homicidio doloso → 10 a 15 años). Donde sí se produce, en cambio, un salto valorativo determinante es en la calificación de la conducta como dolosa (mayor pena) o imprudente (menor pena o, incluso, impunidad si no está tipificada)

¿Hasta dónde puede afirmarse que el sujeto todavía quiere el resultado y a partir de cuándo se encuentra ya ausente dicho contenido volitivo que impide poder continuar hablando de dolo?

Distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente

Dolo eventual ↔ imprudencia consciente

La distinción entre el dolo eventual y la imprudencia consciente será más o menos problemática dependiendo de como estén asignadas las penas al delito según sea cometido de forma dolosa o imprudente. Será más problemático en los marcos penales con saltos (caso más habitual) y menos problemático en los marcos penales contiguos:

- Más problemático: salto de pena (habitual)
 - Homicidio → 15 | --dolo-- | 10 *salto* 4 | --imprudente-- | 1
 - Aborto → 8 años | --dolo-- | 4 años *salto* 5 meses | --imprudente-- | 3 meses
 - Ej. Golpe a una embarazada que cae al suelo y aborta
- Menos problemático marcos contiguos | --dolo-- | --imprudencia-- |

Desde la tradicional concepción bipartita del dolo, que según se ha dicho lo entiende integrado por un elemento volitivo y otro intelectual, se han formulado muy variadas propuestas para distinguir entre dolo eventual e imprudencia consciente, que pueden ser agrupadas en función de si pivotan sobre uno u otro de tales elementos.

- Teorías del consentimiento (se da más importancia al elemento volitivo)
 - Teoría hipotética del consentimiento
 - Teoría positiva del consentimiento
- Teoría de la probabilidad (dan más importancia al elemento cognitivo → se aproximan más a las teorías cognoscitivas del dolo)
- Teorías eclécticas o mixtas

1. Teorías del consentimiento (o de la aprobación)

Ponen el acento en el aspecto volitivo, de modo que resulta determinante la actitud con la que se afronta la producción del resultado: mientras en el dolo eventual, se dice, el sujeto "consiente", "asiente", asume, en definitiva, el eventual resultado, en la imprudencia consciente, a pesar de habérselo representado, espera que no se producirá, confía en poder evitarlo. Los principales inconvenientes de esta posición se asocian a la dificultad de captar (y probar) dicha actitud interna del sujeto en relación con el resultado. Veámoslos brevemente al hilo de algunas de las formulaciones más conocidas que se han propuesto para su constatación:

a) Teoría hipotética del consentimiento (1ª fórmula de Frank)

- Juicio hipotético ¿qué hubiera hecho el sujeto si se hubiera planteado el resultado como seguro?
 - Hubiera actuado → dolo eventual
 - No hubiera actuado → Imprudencia consciente
- Problemas:
 - Respuesta condicionada por el juicio sobre la personalidad del autor
 - No funciona en casos de incompatibilidad entre los fines del autor y el resultado que se plantea como posible. Ejemplos:
 - Caso Bultó. En este caso a los sujetos no les interesaba que volara por los aires, querían asustarlo para que pagara los millones)
 - La ópera de tres peniques, de Brecht, que mutila niños para utilizarlos de forma más efectiva en sus actividades mendicantes, en una práctica que resulta tan peligrosa para sus vidas, que algunos terminan muriendo; la hipótesis conduciría necesariamente a sancionar sólo por imprudencia, pues si los mendigos se hubieran representado el fallecimiento de un niño como cierto, no hubiesen procedido a la mutilación (muerto no les reporta ninguna utilidad).

b) teoría positiva del consentimiento (2ª fórmula de Frank)

- No hay juicios hipotéticos, sino examinar lo que realmente ha pasado y que actitud tuvo realmente el sujeto
 - Si el sujeto actuó a toda costa ("pase lo que pase, actúo") → muestra indiferencia, desconsideración total hacia el BJ: dolo eventual
 - Si actuó con la esperanza de eludir el resultado → imprudencia
- Problema: ¿Cómo probamos esa actitud interna?

2. Teorías de la probabilidad (o representación)

Frente a las anteriores, las teorías de la probabilidad pivotan sobre el elemento intelectual (por lo que no resultan coherentes con su propio punto de partida, que se halla en una concepción volitiva del dolo). Si el sujeto se representa el resultado como probable, hay dolo, e imprudencia consciente si lo prevé solo como posible. Pues bien, aunque puede ser de cierta utilidad para los casos más claros (ya sea de elevado o de escaso grado de probabilidad de producción del resultado) dicha teoría también resulta insatisfactoria y sumamente imprecisa en supuestos intermedios.

- Criterio básico de la distinción: la presentación del sujeto sobre la probabilidad del resultado
 - Se lo representó como probable y aun así actuó → dolo
 - Se lo representó como posible → imprudencia
- Problemas de la teoría: imprecisión en casos intermedios
- Se aproximan a la concepción cognitiva del dolo → se está renunciando al elemento volitivo

3. Teorías mixtas (o eclécticas)

Para la atribución dolosa exige que en primer término el autor se haya tomado en serio o contado con la posible producción del resultado; a ello se suele añadir la necesidad de que el sujeto se haya "conformado" con dicha eventualidad (lo que satisfaría el elemento volitivo del dolo), de manera que se resigna ante lo que pueda acabar ocurriendo, abandonándose en cierta manera al curso de las cosas.

- Dolo eventual si:
 - Se ha "tomado en serio" la posibilidad de producir resultado y
 - se "ha conformado" con ello (elemento volitivo)En puridad similar a concepción cognitiva
- conocimiento del peligro → aceptación

Teoría cognitiva del dolo

Actualmente las sentencias del TC se dirigen a que cuando alguien hace algo que sabe que es muy peligroso y aun así continúa con la acción, se considera que hay dolo → se usa la teoría cognitiva del dolo.

Para una concepción cognitiva del dolo, en la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente solo resulta decisivo el elemento intelectual, que se cifra en el conocimiento del peligro concreto de la acción, no siendo suficiente el conocimiento de la peligrosidad meramente estadística que pueda concurrir en general en la clase de acciones a la que pertenece la realizada por el sujeto.

- Se renuncia expresamente a elemento volitivo
 - No hay duda de que hay dolo en el que quiere causar el resultado (dolo directo) y en el de quien lo acepta como inevitable (dolo de consecuencias necesarias), pero el dolo viene dado no tanto por la intención o aceptación sino porque el sujeto conoce la peligrosidad de la conducta para el BJ.

- Elemento fundamental: conocimiento de la peligrosidad concreta de la conducta
- Se estrecha la figura de la imprudencia consciente: si hay consciencia del peligro concreto del acto → dolo eventual
- Sólo apreciamos imprudencia consciente si el sujeto solo fue consciente del peligro a nivel abstracto, pero no de la posibilidad real de causar el resultado con su acción.

Ejemplo.

El conductor suicida que para ganar una apuesta se introduce en una autopista en sentido contrario y colisiona con otro vehículo, resultando muertos sus ocupantes, actúa con dolo eventual, puesto que sabe que está generando un peligro concreto para la vida e integridad física de otros conductores. En cambio, quien realiza un adelantamiento antirreglamentario convencido de que puede regresar a su carril en caso de aproximarse un coche en sentido contrario y que, ante esa eventualidad, no puede evitar la colisión, actúa de forma imprudente.

Problemas inevitables del dolo eventual

- Dificultad de probar el grado de conocimiento sobre la peligrosidad
- No puede haber un corte nítido con la imprudencia consciente: el peligro es gradual
- Propuesta sector doctrinal: crear un marco intermedio de pena entre dolo e imprudencia donde cupiera esta categoría, para las zonas en las que no está claro si es dolo o imprudencia y evitando la gran diferencia de pena entre un tipo y otro.

2. La imprudencia

Sistema de incriminación expresa de la imprudencia (solo se sanciona un delito por imprudencia cuando así lo ha dispuesto expresamente el legislador al abordar su concreta regulación en la parte especial del texto punitivo)

- Expresión principio de intervención mínima
- Favorece la seguridad jurídica
 - Elimina dudas interpretativas
 - Especialmente importante en:
 - Error de tipo vencible
 - Distinción dolo eventual ↔ imprudencia consciente en delitos que no admiten la modalidad imprudente.
 - Sanción por dolo ↔ Impunidad
- Opinable la opción del legal de sancionar o no la imprudencia en determinados delitos

Concepto

La imprudencia puede definirse como la realización de una conducta peligrosa que produce unas consecuencias típicas **previsibles**, y que podían haberse **evitado** si el sujeto se hubiera comportado de acuerdo con el **deber de cuidado** que le era exigible.

Los elementos de la imprudencia son comunes a los de los delitos dolosos, y comparten una misma tipicidad objetiva, pues los requisitos para la imputación son idénticos en ambos casos. Lo que diferencia ambas clases de delitos radica en un aspecto personal o subjetivo:

1. Previsibilidad del resultado
2. Infracción del deber de cuidado (Elemento normativo de la imprudencia). *Conexión entre esa infracción y el resultado producido.*

1) Previsibilidad del resultado

En torno a la noción de previsibilidad aparece la fundamental diferencia entre el delito doloso e imprudente (relacionada, como hemos dicho, con un aspecto subjetivo).

En la imprudencia no se produce la previsión efectiva del resultado; a lo sumo, lo que puede concurrir (así sucede en la forma de imprudencia más próxima al dolo eventual, esto es, la llamada imprudencia consciente) es una cierta conciencia de la peligrosidad general o abstracta de la conducta, aunque por error el sujeto no llega a identificarla con un peligro real o concreto (vid. supra la explicación sobre la diferencia entre imprudencia consciente y dolo –eventual–).

Lo que es imprescindible para que exista imprudencia no es la efectiva previsión (propia del dolo), sino que el sujeto hubiera podido prever las consecuencias de su comportamiento –esto es, la *previsibilidad potencial*.

- Se configura de modo distinto dolo/imprudencia.
 - Dolo → Previsión efectiva del concreto resultado de que se puede producir (elemento de conocimiento)
 - Imprudencia:
 - Imprudencia inconsciente (o con representación): cierta previsión de la posibilidad del resultado, de la peligrosidad abstracta de la conducta → límite con dolo eventual
 - Imprudencia Inconsciente (o sin representación): ni siquiera se es consciente de la peligrosidad de lo que se hace, no se prevé el resultado pero se podía haber previsto (*previsibilidad potencial*) → No es necesario un conocimiento de que lo que se hace es peligroso, aunque podrías haber esperado ese resultado.
 - Ej. Sujeto que se olvida un arma cargada al alcance de un niño, que la dispara y se lesiona.

Ejemplos

1) Imprudencia consciente: un sujeto adelanta en un cambio de rasante sin visibilidad, dándose cuenta de que lo que hace es en principio peligroso, pero pensando que no va a venir ningún otro coche o que si lo hace tendrá tiempo de esquivarlo; choca con un vehículo, produciendo unas lesiones a su conductor.

2) Imprudencia inconsciente: una monitora de guardería limpia la cocina del centro, dejando sobre una repisa una botella de detergente líquido, que olvida guardar. Al salir, no se acuerda de cerrar la puerta de la cocina, a donde poco después accede uno de los niños, que bebe de la botella y resulta gravemente lesionado (SAP Madrid de 11 de septiembre de 2009).

2) Infracción del deber de cuidado

Elemento normativo realmente decisivo de la imprudencia

Al estudiar la imputación objetiva, vimos también que para imputar un resultado a la conducta es necesario que ésta haya creado un riesgo no permitido (pues en caso contrario, esto es, si el sujeto se ha comportado dentro de los márgenes de riesgo autorizados, no podrán imputarse los resultados lesivos que puedan haberse causado). Pues bien, cuando nos referimos a esta cuestión en relación con el delito imprudente, solemos hablar de vulneración del deber objetivo de cuidado; en todo caso, aunque la terminología pueda variar, la cuestión es la misma: faltará ya la tipicidad objetiva del delito imprudente (esto es, el resultado no podrá ser objetivamente imputado a la conducta) cuando el sujeto se haya comportado correctamente (respetando las normas de cuidado, diligencia o prudencia, esto es, dentro del riesgo permitido).

Ejemplo

Un piloto de una embarcación de recreo arrolla y mata a un buceador cuando navegaba correctamente por zona de navegación libre (absuelve de homicidio imprudente SAP Murcia de 2 de octubre de 2000)

- Presente ya en imputación objetiva: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (no permitido) = contrario a las normas de cuidado o diligencia
 - En el *delito doloso* se actúa claramente fuera del riesgo permitido
 - En el *delito imprudente* la clave es precisamente si se ha infringido o no el deber de diligencia.

Fuentes del deber de cuidado

- Normas jurídicas de distinto tipo. Ej. Ley de tráfico, normativas sobre la construcción,...
- *lex artis* profesional. Ej. Protocolos médicos, sociedades médicas,...
- Experiencia común. Ej. No debes de dejar una botella de lejía abierta cerca de un niño de tres años.

¿Qué ocurre cuando se infringe el deber de cuidado pero no se produce resultado?

- Indudable el papel del azar
- Para sancionar por imprudencia se exige resultado lesivo (muerte, lesiones, daños, sentencia injusta,...)
- Si ha habido infracción del deber de diligencia pero no hay resultado:
 - Normalmente → Impunidad

- Según los ámbitos (si está tipificado como tal) → Delito de peligro (conducir con temeridad manifiesta,...) tiene que estar expresamente regulado ese delito de peligro

Ejemplos

El padre que deja una botella de lejía abierta al alcance de un niño pequeño realiza sin duda una conducta contraria a los deberes de cuidado, que en función del resultado acaecido sería sancionable como homicidio o lesiones imprudentes si el niño ingiere el líquido. Pero si no lo hace, la conducta resultará impune, porque en este ámbito doméstico el legislador no ha creado delitos de peligro. En cambio, quien conduce con temeridad manifiesta creando un peligro concreto para la vida o la integridad de las personas sí será sancionado (por el delito de peligro del art. 380.1 CP) aunque no produzca ningún resultado lesivo.

Clases de imprudencia

Según la conciencia del peligro (peligrosidad):

- a) imprudencia consciente
- b) Imprudencia inconsciente (No se da cuenta del riesgo que provoca)

Esta distinción la hace solo la doctrina y la jurisprudencia para ver que hay un tipo de imprudencia que es más próxima al dolo, aunque el código las trata a las dos igual a la hora de la pena.

Según la importancia de los deberes de cuidado infringidos (distinción legal):

- a) Imprudencia grave (normas elementales de cuidado que cualquiera hubiera respetado)
- b) Imprudencia leve (normas más exigentes)

OJO. La gravedad de la imprudencia no viene determinada por su resultado, la imprudencia la determina la norma o deber de cuidado que se ha infringido, no lo que pasa por hacerlo.

Si lo que se infringe son las normas de cuidado más elementales, aquellas que habrían sido observadas incluso por el más descuidado de los ciudadanos, la imprudencia es grave (si bien ocasionalmente la jurisprudencia también la aprecia aunque la violada fuera sólo la diligencia media). En cambio, la imprudencia será meramente leve cuando suponga la desatención de normas de cuidado no tan elementales como las otras, normas que respetaría no ya el ciudadano menos diligente, sino el cuidadoso.

La imprudencia grave no tiene por qué coincidir con la imprudencia consciente, puede que inconscientemente no respete una norma de cuidado elemental (ej. del médico generalista que en quirófano cierra la llave del oxígeno haciendo de anestesista y se carga al paciente)

El CP solo sanciona las imprudencias graves. Únicas excepciones: homicidio y lesiones por imprudencia leve → faltas con pena de multa.

La imprudencia profesional.

Únicamente se recoge, como forma cualificada de imprudencia grave, en los delitos de homicidio (142.3), aborto (146), lesiones (152.3) y lesiones al feto (158), infracciones en las que, caso de ser constatada, deberá sumarse a la pena privativa de libertad prevista la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo. Esta cualificación presupone, por tanto, la gravedad de la imprudencia.

- Pena de imprudencia + inhabilitación
- TS: no toda imprudencia cometida en el ejercicio de la profesión merece la agravación "imprudencia profesional".

Esto se suele aplicar a imprudencias médicas, arquitectos, profesores de colegio,...

Aquí el Supremo hace una distinción (no muy clara): no toda imprudencia cometida por un profesional en el ejercicio de su profesión es necesariamente imprudencia profesional en el sentido del código y da lugar a la pena agravada. Distingue entre "imprudencia profesional" e imprudencia "del profesional". En el segundo lugar hablamos de un descuido que no se puede calificar como imprudencia profesional

Imprudencia profesional. Debe responder a uno de los dos casos:

- A la falta de capacidad o preparación necesarias para el ejercicio de la profesión correspondiente (por desconocimiento de técnicas especializadas, de las reglas de la *lex artis*, etc.) –*impericia*–
- A la ejecución defectuosa del acto profesional a causa de una aplicación incorrecta, desatenta, etc., de esas técnicas o reglas –*negligencia*–

Ejemplo. No contar el instrumental quirúrgico y dejarlo dentro del cuerpo del paciente

Imprudencia del profesional:

Infracción de normas de cuidado generales o imprudencia común cometida en el ejercicio de la profesión (no agrava).

Ejemplo. Contar el instrumental o las gasas tras de una operación pero hacerlo incorrectamente (Imprudencia leve)

La preterintencionalidad

La preterintención no la encontraremos en el CP, es un concepto que se usa muchísimo en doctrina, pero no CP.

Del latín → Preterintención ≡ Más allá de la intención.

Definición. La preterintencionalidad consiste en una combinación entre una conducta inicialmente dolosa y un resultado imprudente; no es una forma distinta de imputación subjetiva, añadida al dolo y la imprudencia, sino una tipología de conductas en las que se combinan las dos

formas ya conocidas. Ocurre, por lo tanto, que el resultado finalmente producido va más allá del que inicialmente se pretendía causar. Puede decirse, entonces, que estamos ante la situación inversa a la tentativa: si en la tentativa, como veremos, lo subjetivo desborda a lo objetivo (se quiere producir un resultado y no se consigue), en la preterintención ocurre que lo objetivo desborda a lo subjetivo, yendo más allá de lo que deseaba subjetivamente causarse.

Características: Se pretende causar un resultado A (con dolo) y se termina causando un resultado B más grave (por imprudencia)

- Dolo inicial resultado 1 → resultado 2 por imprudencia
- Sólo se da si se descarta previamente que el resultado más grave sea por dolo eventual (que se califica por el segundo hecho).

Recordemos que para poder imputar objetivamente ese resultado –aunque sea sólo a título de imprudencia– es necesario que se trate de un resultado cuya producción el sujeto hubiera podido y debido prever, y no de un resultado meramente fortuito.

Elementos:

- Dolo inicial de resultado 1
- Se produce resultado 2 (objetivamente imputable)
- Imprudencia respecto del resultado 2

Ejemplo. Paliza a uno que pegan 10 patadas en la cabeza y lo matan. La defensa dirá que el dolo era de lesionar no de matar, buscando el homicidio preterintencional (pena inferior al homicidio), pero el tribunal obviamente dirá que por los indicios eso era un dolo eventual (número de veces golpeado, localización,...), por lo que no hay preterintención, hay dolo eventual. Solo se aplicará preterintencional si el Tribunal determina que el segundo resultado (el más grave) se produjo por imprudencia.

Si el resultado 2 no era en absoluto previsible, era imprevisible, ya no es objetivamente imputable, por lo que no nos preocupamos por la preterintención.

Preterintención limita por arriba con el dolo eventual y por abajo con los resultados no imputables objetivamente (ej. leve empujón, tropezón y desnucamiento)

La doctrina distingue entre preterintención homogénea y heterogénea:

- Homogénea (delitos de la misma naturaleza). Ej. golpear a alguien con ánimo de producirle una lesión y terminar produciendo una lesión más grave (previsible)
- Heterogénea (delitos distintos). Ej. más frecuente: golpear a alguien con ánimo de lesionar y producirle la muerte (previsible) → homicidio preterintencional

La preterintención

- El CP no lo soluciona expresamente
- Soluciones insatisfactorias:
 - a. *Solo delito doloso inicial*. Problema: desconoce hecho imprudente
 - b. *Solo delito imprudente final*. Problema: desconoce dolo inicial (ignora que la conducta es dolosa, no es lo mismo atropellar y matar a alguien imprudentemente que golpearle con dolo y matarle imprudentemente)

Solución mayoritaria doctrinal y jurisprudencialmente

Doctrinal y jurisprudencialmente, la solución más aceptada para estos casos es la de aplicar un concurso ideal de delitos entre la *conducta inicial dolosa en grado de tentativa y la conducta consumada imprudente*. Así, en el caso del que queriendo lesionar termina produciendo una muerte que podía y debía haber previsto y evitado (pelea a puñetazos en un malecón uno cae y se abre la cabeza), se castigaría por la tentativa de lesiones dolosas en concurso ideal con el homicidio imprudente consumado. En este caso, la aplicación tan sólo de las lesiones no abarcaría todo el injusto producido, de igual manera que castigar tan sólo por el homicidio imprudente no tomaría en cuenta el disvalor inicial de la conducta, que era el de lesionar dolosamente.

Delito doloso inicial + delito imprudente final

Ej. Lesiones que se intentaban producir (como consumadas, dolosas) + el delito finalmente producido.

Actividad aplicada.

A y B son pareja. A convence a B de que han de desfigurar la cara de una antigua novia de él. B compra en una droguería un producto (ácido fluorhídrico) extremadamente tóxico (tal y como indica su etiqueta). Espera a la víctima en la puerta de su casa y cuando la chica sale, la llama por su nombre y le arroja el líquido a la cara. La víctima muere intoxicada por inhalación del vapor emanado del producto.

Soluciones posibles:

Dolo eventual de matar → Homicidio doloso (10 a 15 años) - incluso asesinato-

Si apreciamos dolo de matar ya no sancionamos por las lesiones, la sanción por homicidio doloso ya las comprende

Dolo directo de lesionar pero sólo imprudencia (consciente) respecto de la muerte → Homicidio preterintencional

Lesiones dolosas art.149 + homicidio imprudente

Concurso ideal: pena del delito más grave (6 a 12 años) en su mitad superior (9 a 12 años)

Tema 12. El error de tipo

1. Concepto de error de tipo y tratamiento legal

Artículo 14.CP

1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*
2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*
3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

El *error de prohibición* es algo que se analiza en la culpabilidad, por eso lo estudiaremos más adelante.

Un delito es doloso si el individuo sabe que lo está cometiendo, si hay error sobre si se comete o no delito, aunque objetivamente se realiza el tipo, es lo que llamaremos error de tipo.

Concepto: El sujeto se equivoca sobre la concurrencia de algún elemento del tipo penal: objetivamente realiza el tipo pero no lo sabe.

Consecuencia esencial del error de tipo → No hay dolo

El dolo supone que el sujeto sabe que en su conducta concurren los elementos objetivos del tipo penal (elemento cognitivo del dolo): si no lo sabe, no hay dolo de cometer ese delito.

Ejemplo 1. Homicidio art.138 "el que, mate a otro..."

- A dispara en una cacería creyendo que lo que se mueve es un jabalí, dispara y mata a B (error de tipo sobre el elemento del tipo "otro")
- A enfermera desconecta el respirador artificial del enfermo B creyendo que ya está muerto (error de tipo sobre el elemento "otro" (vivo))

Ejemplo 2. Art. 195: el que no socorriere a una persona...

- A ve a B que se cae de la moto, pero como le ve levantarse enseguida asume que no le pasa nada y no se detiene. Al minuto, B cae desplomado de nuevo (hemorragia cerebral interna)
- A no sabe que B estaba realmente en peligro → error sobre el elemento del tipo "peligro grave"

Ejemplo 3. Delito de hurto Art.234

- A se lleva un móvil de una mesa pensando que es suyo → error de tipo sobre el elemento "ajenidad"
- A se lleva un bien y se lo queda pensando que tiene permiso del dueño, que se lo ha regalado (cuando no es así): Error sobre el elemento típico "sin consentimiento del dueño"

Ejemplo 4. Art.183.1" El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años será castigado como responsable de abuso sexual..."

- A tiene relaciones sexuales consentidas por B (de 12 años), pensando que tiene más edad → Error de tipo sobre el elemento típico "menor de trece años".

Ejemplo 5. Art. 274. Será castigado... registrado... con conocimiento del registro...

- A estampa en unas camisetas que vende un logotipo que ha visto sin saber que es de una marca registrada → ET sobre el elemento típico "registrado"

El elemento "con conocimiento del registro" es redundante e innecesario, aunque el código no lo diga, da igual, ya que el delito se comete cuando la marca está registrada, si el código dice eso, un elemento del tipo es que sea marca registrada, para que se cometa dolosamente tiene que saber que está registrado, aunque no diga lo del conocimiento del registro está asumido en que es marca registrada.

Error de tipo sobre elementos esenciales (art.14.1)

- **Invencible** → impunidad (no se puede sancionar). Si en ese caso no era exigible una mayor diligencia en la comprobación de la situación, el error no podía ser evitado.
- **Vencible** → Imprudencia (si el delito la admite). Si el error se podía evitar con la comprobación,... porque las circunstancias aconsejaban la comprobación pero no se hizo.

El error de tipo excluye el dolo. Si es vencible sólo será posible el castigo por imprudencia si se encuentra tipificada la comisión imprudente del delito; si es invencible, queda excluida la responsabilidad.

Si el delito no admite la forma imprudente → impunidad tanto si el error es vencible como invencible

Ej. Hurto, abuso sexual menores 13, propiedad industrial, omisión de socorro, detención ilegal,... ninguno de estos delitos se castiga por imprudencia, por lo que da lo mismo si el error es vencible o invencible, la conducta es impune.

Error de tipo sobre elementos accidentales:

Que agraven (Error sobre circunstancia agravante genérica): se sanciona por el tipo básico doloso pero no se aplica la agravación (art.14.2).

Ejemplo. A se lleva un objeto de una sacristía sin saber que está catalogado como de especial valor artístico (subtipo agravado hurto 235.1º)

El error sobre algo que agrava el delito hace que el tipo agravado no se aplique, pero el básico sí, porque la circunstancia si se sabía que era delito.

Que atenúen: el art. 14 no dice nada.

Si volvemos a ver ahora el artículo 14, entenderemos las anotaciones puestas sobre el ET de elementos esenciales y sobre elementos accidentales.

1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.*
2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*
3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

En el art.14.1º cuando dice "en su caso" se refiere a que esté tipificado que se puede castigar por imprudencia.

Una cuestión teórica. Diferencia conceptual ET y error de prohibición.

En el error de prohibición el sujeto no se equivoca sobre los elementos típicos de su conducta sino sobre la ilicitud de esa conducta. No sabe que está prohibida, no sabe que es antijurídico o piensa que en su caso está justificado.

El error de prohibición → culpabilidad (conciencia de la antijuricidad)

A tiene relaciones sexuales consentidas con B, de 12 años

- a) No sabe que B tiene menos de 13 años → **error de tipo**. Sea error invencible o vencible quedará impune (no hay tipo imprudente)
- b) Sabe que B tiene menos de 13 años pero no sabe que en España eso es delito porque en su país no lo es → **error de prohibición**.
 - a. Si es invencible → impune
 - b. Si es vencible → se sanciona con una rebaja de pena en 1 o 2 grados respecto de la pena del delito doloso.

El error de tipo si es vencible se castiga (con menor pena), no como en el de tipo que queda impune.

Una cuestión práctica

Para poder aplicar el error de tipo (sea vencible o invencible), el tribunal tiene en primer lugar que CREER que realmente el sujeto estaba en un error. No basta con alegarlo simplemente. La jurisprudencia suele exigir que quien alega error aporte indicios que prueben que realmente se había incurrido en él.

Modalidades particulares de error de tipo

Son conductas que tienen en común que el sujeto se equivoca en algo, ahora hay que ver si tienen relevancia o no.

- Error sobre el objeto o persona
- Error sobre el golpe o *aberratio ictus*
- Error sobre el curso causal

1. Error sobre el objeto o sobre la persona

El autor yerra sobre la identidad del objeto sobre el que recae la acción típica.

- ✓ A quiere matar a B, pero dispara desde lejos y no ve bien. Cree que la persona sobre la que dispara es B, cuando en realidad es C (B estaba en su casa)
- ✓ A quiere robar unos determinados documentos, pero se confunde se lleva otros (los que buscaba no estaban allí).

Este error, a la hora de calificar la conducta, no tiene relevancia y sancionamos por delito doloso cuando las conductas tienen la misma valoración, porque la persona B no tiene mayor valoración que C.

Cabe distinguir dos supuestos:

- **No hay cambio en la valoración jurídica** de los hechos (el hecho acaecido merece la misma calificación típica que el que se creía realizar) → Error irrelevante
 - ✓ Da igual que el sujeto matara a A cuando pensaba que mataba a B: sabía que mataba a una persona y eso basta para el homicidio doloso.
- **Distinta valoración jurídica** → error relevante
 - ✓ Cambio de tipo: quieres matar al perro de A pero matas a A → Tentativa del delito pretendido (daños) + con homicidio imprudente (Error de tipo vencible)
 - ✓ Mismo tipo pero de básico agravado: Se quería robar una copa de plata normal y se lleva una de gran valor histórico (subtipo agravado de robo). Reglas del ET sobre elementos accidentales: tipo básico doloso (no el agravado)

2. Error sobre el golpe o *aberratio ictus*.

Se produce una desviación en la ejecución (en realidad constituye una modalidad de error sobre el curso causal) de modo que el objeto o persona alcanzado no es el que el autor pretendía lesionar. Durante la realización misma del ataque, éste no recae sobre el objeto elegido, sino sobre otro distinto (no comprendido por el dolo del autor, ni aun de forma eventual).

Concepto: Erró en la ejecución del ataque (no en identificación): A quiere matar a B pero yerra el tiro y mata a C.

Tratamiento: ¿Es relevante a efectos de apreciar el dolo?

Discusión doctrinal:

- ✓ Irrelevante (=error en la persona): Se sanciona por homicidio doloso de C
- ✓ Relevante (se ha puesto en peligro a B, que no estaba en casa, estaba casi en la línea de tiro): Sanción → Tentativa homicidio de B más homicidio imprudente de C. Si el sujeto se planteó la muerte de C como muy probable (si yerra): homicidio doloso C.

Estos casos de doble injusto (lesión de un bien y puesta en peligro de otro) deben resolverse acudiendo al concurso ideal entre un delito imprudente consumado para el hecho que ha tenido lugar y una tentativa de delito para el pretendido y no realizado.

No obstante, cabe matizar que si el autor se hubiera representado la posibilidad alternativa de alcanzar un resultado u otro, recíprocamente excluyentes (dispara a A siendo consciente de la probabilidad de matar a C), no concurre error, sino dolo eventual: son casos de dolo alternativo que deben castigarse por el delito doloso consumado

3. Error en el curso causal.

Concepto: El resultado perseguido se produce a través de un curso causal distinto del que el sujeto pretendía.

Tratamiento:

- a) Si se desvía tanto que falta la Imputación Objetiva → solo tentativa.
 - a. A dispara a B con intención de matar, pero realmente fallece cuando la ambulancia que lo traslada malherido al hospital sufre un accidente.
 - b. A arroja a B a un río de aguas profundas desde un puente con la intención de que éste perezca ahogado, pero fallece al golpearse la cabeza con una roca de la orilla.
- b) Si subsiste la imputación objetiva → error irrelevante: delito doloso
 - a. Ej. Patadas en la cabeza y muerte no por daños cerebrales sino por asfixia con la sangre emanada de la rotura de los huesos de la nariz.
 - b. Ej. A tira a B desde un rascacielos y la autopsia demuestra que ha muerto de un infarto antes de llegar al suelo.

Modalidad específica: error sobre secuencia temporal

Consuma después de lo que piensa → Cree haberlo realizado en momento 1 pero lo realiza en momento 2 al intentar encubrirse. Ej. A dispara a B para matarle; le hiere y creyendo que está muerto lo entierra: B muere por asfixia.

Soluciones:

- Tradicional: *dolus generalis*: error irrelevante → homicidio doloso
- Más moderna: atender a los dos momentos distintos. Concurso: homicidio doloso en tentativa + homicidio imprudente

Tema 12.2. Esquema de la estructura del delito

Con el propósito de ayudar a obtener una visión de conjunto, esto es un esquema de lo que sería la estructura de un hecho delictivo. Se trata, por tanto, de los elementos cuya concurrencia debe comprobarse paso a paso –y siempre por este orden, ya que el delito, como sabemos, tiene un carácter secuencial- para poder concluir que nos encontramos ante un hecho delictivo.

Una vez compraba la existencia de una acción calificable como humana y mínimamente voluntaria (que no esté afectada por ninguna de las causas que excluyen la acción), sabemos que para afirmar la concurrencia de un delito debemos realizar dos grandes juicios sobre la conducta de que se trata: un juicio de antijuridicidad (integrado por los elementos de la tipicidad y la ausencia de causas de justificación) y un juicio de culpabilidad.

1. Acción. Causas que excluyen la acción.

- fuerza irresistible.
- estados de plena inconsciencia.
- movimientos o actos reflejos.

En este punto debe tenerse en cuenta la eventual existencia de una *actio libera in causa*.

2. Tipicidad. (Primer elemento del juicio de antijuridicidad)

Es útil diferenciar entre una parte objetiva y una parte subjetiva del tipo penal, en una denominación (tipo objetivo y tipo subjetivo) que actualmente se encuentra muy consolidada.

A) Examen del Tipo Objetivo

Con independencia de la clase de delito de que se trate, para que haya tipicidad la conducta debe reunir todos los elementos del tipo correspondiente (así, p. ej., para que una conducta sea típica de estafa según la descripción típica del art. 248 CP hay que comprobar que concurre engaño, error y disposición patrimonial, de la misma manera que para satisfacer el tipo del asesinato del art. 139 es necesario que además de haber matado pueda apreciarse alevosía, precio o ensañamiento). La comprobación de los concretos elementos de la conducta típica de cada delito es objeto de análisis en la Parte Especial.

En lo que se refiere a la Parte General, lo que en este nivel hay que tener claro es que (además de los elementos típicos concretos de cada delito) en los delitos que consisten en la producción de un resultado (como el homicidio), es necesario que se dé:

- 1) RELACIÓN DE CAUSALIDAD entre la acción y el resultado.
- 2) IMPUTACIÓN OBJETIVA del resultado (que requiere la constatación de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la concreción de dicho riesgo en el resultado).

Si se tratara de un **delito omisivo**, debe constatarse la concurrencia de los requisitos típicos que le son propios (tanto los comunes a la omisión pura y a la comisión por omisión, como los privativos de esta última (art. 11), si es el caso: posición de garantía, relación hipotética de causalidad y equivalencia con la conducta activa).

B) Examen del Tipo Subjetivo

B.1. La constatación de dolo

Es posible que aparezca un ERROR DE TIPO (ignorancia o conocimiento defectuoso de los elementos del tipo objetivo que excluye el dolo; p. ej., el caso de quien en una cacería dispara sobre algo que se mueve creyendo que es un animal, cuando en realidad se trataba de otro cazador). Este error, regulado en el art 14.1 CP, puede ser de dos clases:

- a) INVENCIBLE: excluye la responsabilidad criminal.
- b) VENCIBLE: la infracción se castiga, si procede, como imprudente (la forma de comisión imprudente de dicho delito debe estar expresamente tipificada).

También hemos estudiado modalidades específicas de error de tipo: error sobre el curso causal (entre ellos, los supuestos de *dolus generalis*), error en el golpe o *aberratio ictus* y error sobre el objeto o persona).

B.2. Imprudencia:

Debe examinarse el tipo de imprudencia de que se trata (grave/leve, ordinaria/profesional).

Debe tenerse muy en cuenta que solo puede castigarse por el delito imprudente correspondiente cuando el Código lo prevea expresamente (art 12 CP). SISTEMA DE INCRIMINACIÓN TASADA o de numerus clausus.

B.3. Elementos subjetivos del injusto

En el caso de que el tipo los exija, debe comprobarse la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo (p. ej., el ánimo de lucro en el hurto, según el art. 234 CP)

Formas de aparición del hecho típico:

1) FORMAS DE INTERVENCIÓN EN EL HECHO TÍPICO: a tal efecto, debe distinguirse entre autores y partícipes:

- son **autores** en sentido estricto el autor único e inmediato, el autor mediato (quien se sirve de otra persona como instrumento) y el coautor (art. 28 CP).
- dentro de los **partícipes**, cabe diferenciar entre:
 - o aquellos que a efectos de pena son considerados autores por el CP: el inductor y el cooperador necesario (art. 28 CP).
 - o el cómplice (art. 29 CP), al cual el CP asigna una pena inferior en un grado a la que corresponde al autor (art. 63 CP).

2) ITER CRIMINIS O GRADO DE EJECUCIÓN DEL DELITO

Del examen de las cuestiones anteriores se podrá deducir asimismo si nos encontramos ante un hecho consumado o intentado: la **tentativa** (art. 16.1) supone que existía dolo -y en su caso los elementos subjetivos, si el tipo los exigía-, pero que no llegaron a realizarse todos los elementos objetivos del tipo por causas independientes de la voluntad del autor y se castiga con una pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado (art. 62). Si es el autor, en cambio, quien cancela su propio intento nos hallamos ante un caso de desistimiento de la tentativa (art. 16.2) que abre el paso a la impunidad.

Si los hechos todavía no han alcanzado la fase de ejecución, cabe considerar si nos encontramos o no ante alguno de los **actos preparatorios punibles** (cuya incriminación es selectiva: SISTEMA DE INCRIMINACIÓN TASADA o de *numerus clausus*):

- a) conspiración (art. 17.1)
- b) proposición (art. 17.2)
- c) provocación –y apología- (art. 18)

3. Antijuridicidad

Queda excluida si concurre una causa de justificación. (= Para que exista delito es preciso que no concurren causas de justificación, lo que constituye el segundo elemento del juicio global de antijuridicidad)

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN en nuestro ordenamiento:

- Legítima defensa (art. 20.4 Cp)
- Estado de necesidad (art. 20.5 Cp)
- Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art.20.7CP)
- Consentimiento (discutida).

Las causas de justificación tienen una parte objetiva y otra subjetiva:

A) ASPECTO OBJETIVO DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. Cada una de ellas tiene sus requisitos fijados por la ley.

Si se cumplen todos los requisitos, la causa de justificación exime totalmente de responsabilidad penal: el hecho será totalmente lícito.

Si falta algún requisito esencial, no podrá apreciarse justificación completa ni incompleta. En cambio, si concurren todos los requisitos esenciales y falta alguno inesencial, el hecho podrá considerarse parcialmente justificado, lo cual opera como una atenuación de la responsabilidad (art. 21.1 CP), por disminución del injusto; el art. 68 CP permite en estos casos la rebaja de la pena en uno o dos grados "atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren" (lo que se denomina "eximente incompleta").

B) ASPECTO SUBJETIVO DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN. Debe comprobarse si el sujeto conocía los presupuestos objetivos de la causa de justificación (p. ej., en caso de legítima defensa, si al disparar a otra persona sabía que ésta iba a su vez a atacarlo de forma inminente). Si desconocía la situación objetivamente justificante, nos encontramos ante lo que se conoce como un “error inverso sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación”. Las consecuencias que se atribuyen a este desconocimiento difieren según la posición doctrinal de la que se parta. Si el sujeto, en cambio, supone erróneamente la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación inexistentes en la realidad nos hallamos ante una causa de justificación putativa o error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (vid. error de prohibición).

4. Culpabilidad

Para afirmar la culpabilidad de un sujeto respecto del hecho típicamente antijurídico hay que comprobar los diferentes elementos que integran esta categoría.

A) imputabilidad

Capacidad de culpabilidad. Inimputabilidad: el autor no puede comprender la significación antijurídica del hecho o comportarse de acuerdo con esta comprensión. Causas de inimputabilidad en nuestro ordenamiento, que excluyen la culpabilidad:

- anomalía o alteración psíquica / trastorno mental transitorio (art. 20.1 Cp);
- intoxicación plena / síndrome de abstinencia (20.2);
- alteraciones en la percepción (20.3).
- minoría de edad (art. 19)

En el examen de la imputabilidad debe tenerse siempre muy en cuenta la posibilidad de que concurra una *actio libera in causa* en supuestos de trastorno mental transitorio y de intoxicación plena.

Posibilidad de que la causa de inimputabilidad concurra solo de forma incompleta (art. 21.1 CP): disminución de la culpabilidad; remisión a el art 68 CP (pena inferior en uno o dos grados).

B) conciencia de la antijuridicidad

Se trata de un elemento autónomo perteneciente a la culpabilidad, a pesar de que tradicionalmente era considerado, junto al conocimiento de los elementos del hecho típico, como una parte del dolo (concebido así como *dolus malus*). En cualquier caso, si se desconoce la antijuridicidad de la conducta, concurre un ERROR DE PROHIBICIÓN directo. En cambio, si el sujeto cree (equivocadamente) que su conducta, que sabe que en general se encuentra prohibida, está amparada en el caso concreto por una causa de justificación, nos hallamos ante un error de prohibición indirecto, que puede proceder de diferentes fuentes; puede tratarse de:

- a) error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Aunque la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria lo consideran una modalidad de error de prohibición indirecto, su naturaleza es muy controvertida
- b) error sobre los límites de una causa de justificación legalmente reconocida;
- c) error sobre la existencia de una causa de justificación;

El error de prohibición se regula en el art 14.3 CP. El artículo distingue según que error sea

1. VENCIBLE: se aplicará la pena inferior en uno o dos grados partiendo de la pena del delito doloso.
2. INVENCIBLE: excluye la responsabilidad criminal.

C) exigibilidad

Causas de exclusión de la exigibilidad en nuestro ordenamiento:

- estado de necesidad exculpante (art. 20.5 CP);
- miedo insuperable (art. 20.6 CP);

Nuevamente cabe fijarse en la posibilidad de que concurra una eximente incompleta, que solo disminuye la culpabilidad, pero no la excluye (art. 21.1 y 68 CP).

5. Punibilidad

Por último, debe comprobarse la eventual concurrencia de alguna causa que excepcionalmente pueda excluir la punibilidad del hecho: condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, etc.

Una vez constatada la existencia del delito -es decir, del hecho que de acuerdo con toda la explicación anterior ya hemos calificado como típicamente antijurídico y culpable-, debemos examinar en cada caso:

La concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:
AGRAVANTES o ATENUANTES:

- circunstancias atenuantes (art. 21)
- circunstancias agravantes (art. 22)
- circunstancia mixta de parentesco (art. 23)

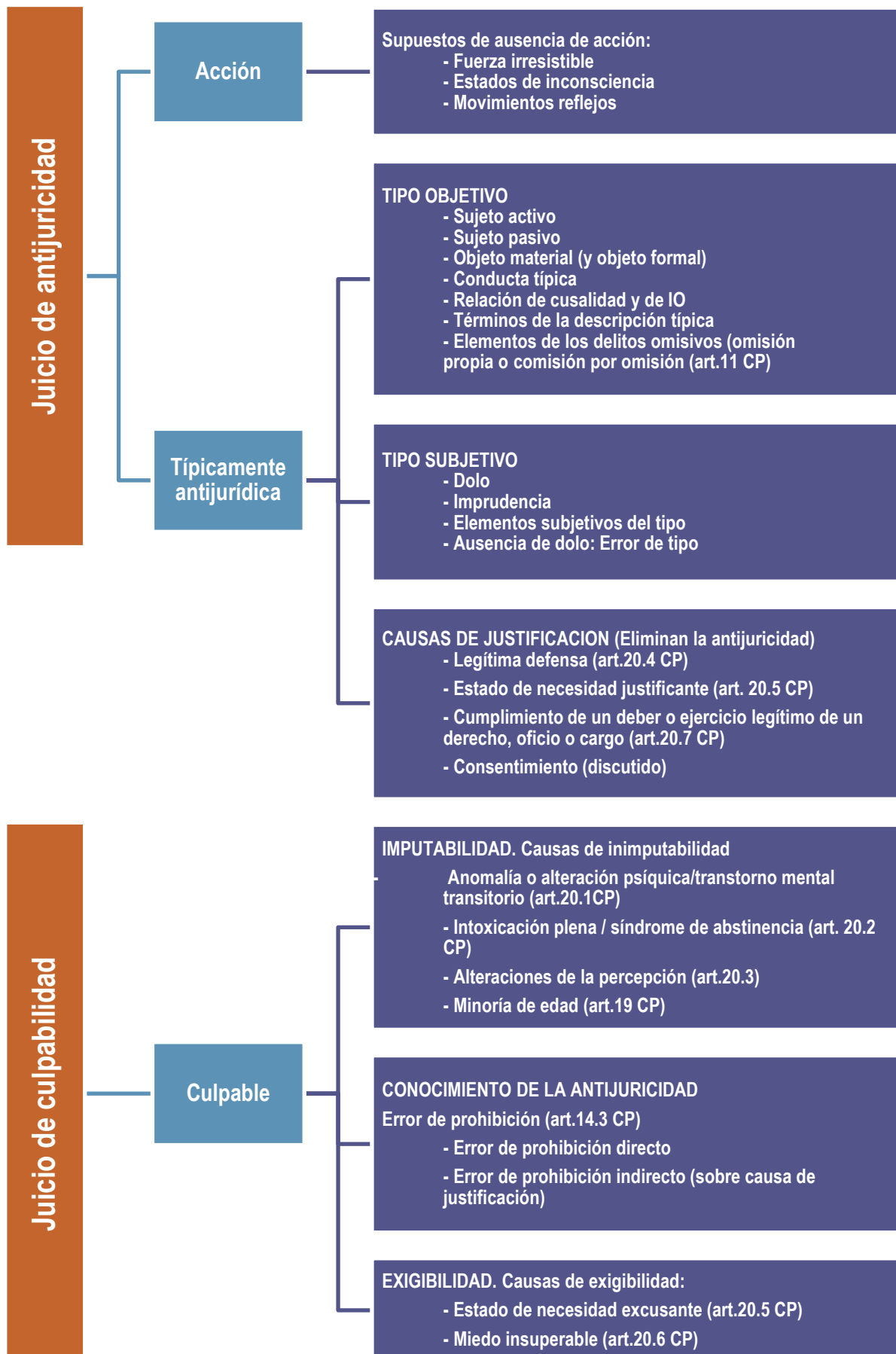
Consecuencias para la determinación de la pena (art. 65, 66 i 67)

La posibilidad de articularse un CONCURSO CON OTROS DELITOS:

- pluralidad de hechos: concurso real de delitos (con delito continuado y delito masa). Concurso medial.
- unidad de hecho: concurso ideal de delitos

Consecuencias para la determinación de la pena (art. 73 a 79)

Cuadro sinóptico de los elementos del delito



EL JUICIO DE ANTIJURICIDAD (II). FORMAS DE APARICIÓN DEL HECHO TÍPICO

Tema 13. La autoría y participación en el delito

1. La autoría y participación en el delito

1.1. Introducción: el planteamiento legal

Hasta aquí se ha analizado la infracción penal con independencia de los sujetos que pueden intervenir en su realización. En este apartado, en cambio, se afronta el estudio de las diversas clases de intervinientes que pueden concurrir en el delito.

Esta cuestión es abordada por el Código penal en el título II del libro I, bajo la rúbrica "De las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas".

Artículo 27. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Tales personas son, conforme al derecho español, los autores (art. 28 CP) y los cómplices (art. 29 CP).

Ej. A ofrece una recompensa a B si da muerte a C. Como este último carece de domicilio conocido necesita recurrir a D que le proporciona información de cómo encontrarlo...

Autores	Partícipes
Autor único e inmediato	Inductor
Autor mediato	Cooperador necesario
Coautor	Cooperador no necesario o cómplice

Que sea autor o participe es diferente del tratamiento legal que hacemos de la figura. En CP español hay dos clases de participación en delito cuyo tratamiento queda equiparado a la autoría, la cooperación y la inducción.

El art.28 del CP da la concepción legal del autor, y es el que determina quien será considerado también como autor (aunque no lo sea materialmente), fuera de esta consideración quedan sólo los cómplices.

En Francia y en Italia se castiga a todos igual, en Alemania solo se equipara la autoría a la inducción pero no a la cooperación. Esto es una decisión de política criminal de nuestro gobierno.

El concepto material de autor no coincide con el concepto legal de autor, el legal es mucho más amplio.

El tratamiento penológico hace que la pena sea inferior para la complicidad. Art.63 complicidad (pena inferior en un grado)

Autor: quien realiza acciones típicas dominando objetiva y positivamente el curso causal de manera que el delito le resulta objetivamente imputable. El CP utiliza dos conceptos distintos, al separar entre quienes son autores y quienes serán considerados tales (sin serlo), de lo que se obtiene:

- 1) Una autoría en sentido estricto o en sentido material (la del párrafo 1º del art. 28), que comprende a: quienes realizan el hecho por sí solos (*autoría única inmediata*), conjuntamente (*coautoría*) o por medio de otro del que se sirven como instrumento (*autoría mediata*).
- 2) Una autoría en sentido amplio o en sentido formal (la del párrafo 2º), que abarca: la inducción (letra a) y la cooperación necesaria (letra b). Estas conductas son, en propiedad, *conductas de participación*.

La afirmación de que las conductas de autoría en sentido amplio (inducción y cooperación necesaria) son, junto a la complicidad, formas de participación, tiene una relevancia crucial en su construcción y en su tratamiento. Como se verá al hablar del fundamento de la punición del partícipe, ello implica considerarlas conductas accesorias, esto es, no autónomas (a diferencia de las de autoría en sentido estricto), de tal modo que el castigo del partícipe sólo será posible si la conducta del autor reúne determinadas cualidades.

1.2. La autoría

1.2.1. Concepto y clases

Son autores, según el art. 28 CP, "*quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*".

Ello permite distinguir tres clases de autoría, siguiendo el orden del texto legal:

- 1) autoría única inmediata. El que realiza de propia mano todos los elementos del tipo
- 2) coautoría,
- 3) autoría mediata.

De forma más precisa, el autor puede definirse como:

El que, mediata o inmediatamente, solo o con otros, realiza acciones típicas, dominando objetiva y positivamente el curso causal, de tal modo que, en los delitos de resultado, éste le sea objetivamente imputable.

La definición propuesta combina la denominada teoría objetivo-formal (dominante en España), con aspectos de la teoría del dominio del hecho (criterio frecuentemente invocado por la jurisprudencia y sostenido por un importante sector doctrinal):

- Teorías objetivo-formales: actos ejecutivos típicos. Si hace actividades no relacionadas con la actividad típica no podrán ser considerados autores.

- Teoría del dominio del hecho: control/dominio/dirección de la realización del hecho. Esta teoría procede del derecho alemán. Es relativamente reciente. Es la persona que no tiene que llevar a cabo actos exclusivamente ejecutivos pero si está controlando como se están realizando los hechos. Ej. El jefe de la banda que ha planificado el robo al banco pero que cuando se ejecuta el atraco está en casa.

La combinación de ambos es la que nos permite distinguir entre la autoría y la no autoría de un hecho.

1.3. Coautoría

1.3.1. Concepto

Quienes realizan el hecho conjuntamente

La coautoría se da:

Cuando varios sujetos, sobre la base de una acordada división del trabajo, determinan objetiva y positivamente de forma conjunta la acción o acciones típicas, o cuando cada uno de ellos determina, en ejecución del plan común, una de las varias acciones descritas en el tipo.

1. Realización conjunta del hecho y de mutuo acuerdo.
2. Principio de división del trabajo. Representando un reparto de papeles en la realización del tipo.
3. Principio de imputación recíproca. Se atribuye a cada uno el hecho como un todo global

Ej. En el robo de una vivienda A consigue abrir la puerta de entrada, B selecciona los objetos de valor a tomar, C espera en la puerta con el coche en marcha para recoger la mercancía y facilitar la huida, etc.

1.3.2. Aspecto objetivo

La aportación del coautor deberá tener lugar en la fase ejecutiva. La contribución deberá tener un carácter esencial.

a) Fase ejecutiva. Se apreciará tentativa cuando uno de ellos de inicio a la ejecución, ya habrá tentativa para todos los coautores.

b) Fase preejecutiva. A lo sumo se podrá castigar por conspiración (la conspiración es una coautoría anticipada).

1.3.3. Aspecto subjetivo

En el ámbito subjetivo debe aludirse a los dos requisitos siguientes:

1. **Decisión conjunta al hecho ("mutuo acuerdo")**

- i. Tal acuerdo puede ser expreso o tácito, pero debe necesariamente existir para poder hablar de coautoría.
- ii. El acuerdo puede tener lugar no sólo antes, sino también durante la ejecución. En este último caso se habla de coautoría sucesiva.

Como consecuencias derivadas de esta exigencia de acuerdo mutuo hay que destacar.

- a) El coautor no responderá por el exceso (esto es, el ir más allá del acuerdo) de otro coautor.
- b) La ausencia del acuerdo mutuo excluye la coautoría. Se habla entonces de autoría accesoria. Aunque, en realidad, es ésta una categoría carente de sustantividad propia, pues el problema se reduce a una cuestión de imputación objetiva del resultado producido: las responsabilidades deben tratarse en estos casos independientemente.

Coautoría sucesiva. Se incorpora posteriormente durante la ejecución del delito, no siendo responsable de la fase previa (si se pueden separar los delitos, si es un delito continuo no).

Exceso del coautor. En el caso de que por ejemplo el robo las armas eran para intimidar pero uno se pasa, se pone nervioso y le pega un tiro a alguien, este exceso no será para los demás y solo se le tendrá en cuenta a él, el dolo de los coautores no contenía esa opción. Aunque puede darse el caso en el que si lo abarque, ej. nos ponemos tres de acuerdo ara acojonar a uno, pero sabemos que a uno de los tres le encanta la violencia y se le puede ir la mano, como así pasa, le pega un puñetazo y comete un delito de lesiones, si hay dolo eventual de los otros dos vemos que la extralimitación se la comen.

Autoría accesoria. No es un caso autentico de coautoría. Ej. Vierto una dosis de veneno en un café que aún no es letal, otra persona sin estar de acuerdo vierte otra cantidad no letal, pero sumadas si es letal, así que el del café casca. Imputación objetiva de resultado. Objetivamente se le puede asignar a estas dos personas la muerte, confluencia azarosa que produce ese resultado, ninguno de los dos autores buscaba la muerte, se castigaría por la tentativa de delito, en caso de que se pueda aplicar.

2. Dolo

La conducta de los coautores debe ser dolosa, aunque es posible la diversidad de grado: p. ej., que uno/s actúen con dolo directo y otro/s con dolo eventual.

1.3.4. Límites a la coautoría

De forma esquemática, pueden señalarse los siguientes supuestos en los que no cabe coautoría:

- Delitos de mera actividad,
- Delitos de propia mano,
- Delitos omisivos o
- Delitos especiales (en relación, en este último caso, con el sujeto no cualificado, quien, al no ostentar la cualidad necesaria para ser autor, deberá ser considerado partícipe).

Principio de accesoriedad

Relación de dependencia del partícipe con el hecho principal realizado por el autor.

Es requisito imprescindible que el hecho del autor reúna una serie de características, si la conducta no las reúne no se podrá castigar:

- **Accesoriedad cualitativa** → Hecho típicamente antijurídico. En España se entiende que el hecho del autor tiene que ser al menos típicamente antijurídico. Se podría exigir también por ejemplo culpable, o menos, que sea típica, pero en España no se hace. Si presto una pistola a alguien y este mata, éste será el autor de un homicidio, yo seré un cooperador necesario. Pero si el autor repele una agresión previa y se defiende legítimamente y su conducta está justificada ya no será un hecho típicamente antijurídico pro parte del autor, por lo que a mí, como partícipe, tampoco me pueden castigar.
- **Accesoriedad cuantitativa** → El hecho del autor se fija en el inicio de la ejecución, tiene que haberse empezado a ejecutar. Supongamos que presto una pistola a B:
 - Éste mata a C → Soy partícipe en un homicidio consumado.
 - B falla → Soy cómplice de homicidio intentado.
 - Doy la pistola para que mate mañana a C, y B no lo mata, no se me puede castigar por nada, porque el autor aún no ha empezado nada.

1.4. Autoría mediata

1.4.1. Concepto

A la autoría mediata alude el Código penal al identificar como autores a quienes realizan el hecho "por medio de otro del que se sirven como instrumento" (art. 28 CP).

Como en todo supuesto de autoría, también en estos casos el autor realiza el tipo penal (lesionando de forma directa, y no accesoria, el bien jurídico), pero no lo ejecuta directamente, sino a través de otra persona que obra como instrumento de su voluntad.

El elemento determinante, y por tanto definitorio, de esta modalidad de autoría es la falta de libertad por parte del instrumento. De ese modo, el "hombre de atrás" controla la realización delictiva mediante el dominio de la voluntad del ejecutor.

Ej. Quiero acabar con alguien sentado en una terraza del bar, vierto veneno en la comida que ha solicitado y se la sirve el camarero que no tiene ni idea de lo que está haciendo.

No se participa directamente, se consigue a través de un tercero (al que usa como instrumento) que nada sabe de los hechos. El hecho lo ejecuta materialmente el tercero.

Guarda similitud con otra forma de participación, la inducción, pero no es lo mismo. Es una estructura bipartita en los dos casos, pero son distintas, en la mediata la persona que ejecuta el hecho no lo hace de manera libre, lo hace engañado o desconociendo alguna circunstancia, o coaccionado, es posible retrotraerse al momento en el que el autor hace uso del instrumento. Sin embargo en la inducción el autor es el que realiza el hecho, la persona a la que se convence (por ejemplo por dinero, o por recompensa), el autor es libre de cometer el hecho y es consciente de ello.

La falta de libertad es el criterio que marca la frontera entre la **autoría mediata** y la **inducción**, y no el de la falta de responsabilidad del ejecutor material (pues en los casos en que éste esté incurso en un error vencible, ya sea de tipo o de prohibición, podrá responder por imprudencia o con culpabilidad disminuida, pero no por ello se excluirá la autoría mediata, dado que faltará la libertad en su actuación).

1.4.2. Aspecto objetivo

La instrumentalización puede darse en diversas formas:

a) Instrumento que actúa sin antijuridicidad, ya sea por falta de tipicidad o por la concurrencia de causas de justificación:

Ausencia de tipicidad

Se dará en los casos de error de tipo del instrumento.

- 1) Persona que se encuentra en un trampolín, es empujado con mucha fuerza por otro y no puede hacer nada por evitar caer en una piscina golpeando a un bañista que estaba debajo. Sería atípico por fuerza irresistible. No haría falta acudir a la autoría mediata. El autor del delito de lesiones es el que empuja
- 2) Sujeto que conduce tráiler por autovía. En un área de servicio mientras come, unos desconocidos colocan entre la carga una partida de droga en un lugar en el que no puede ver, para que una vez cruzada la frontera otras personas la recuperen. Sería atípico porque falta el dolo.

Cuando el error sea invencible, estaremos ante una autoría mediata dolosa, siendo irresponsable el instrumento (ejemplo 1); si, en cambio, el error es vencible, la conducta del instrumento constituirá autoría (accesoria) imprudente –art. 14.1. CP– (ejemplo 2, si la enfermera infringió un deber de cuidado que le obligaba a realizar las comprobaciones pertinentes).

Concurrencia de causas de justificación

Se interpone una falsa denuncia para que la Policía (que actuará justificadamente en cumplimiento de un deber –art. 20.7 CP–) consume la detención ilegal que se propone el autor mediato.

b) Instrumento que actúa sin culpabilidad, ya sea por falta de imputabilidad o por error de prohibición:

Ej. Utilizar un menor o deficiente mental para llevar a cabo un delito, que al ser inimputables no serán responsables. Ej. Me amenazan con matar a mi hijo si no mato a alguien. No sería responsable penalmente, pero sí lo sería el que me lo ha exigido.

En relación a la ejecución imperfecta, la tentativa será apreciable desde el momento en que el autor mediato ponga en marcha el proceso que ha de incidir decisivamente en el instrumento. No cuando el instrumento inicie la ejecución de actos típicos. (Téngase en cuenta

que, como conducta principal que es, la conducta del autor mediato debe subsistir por sí sola, no dependiendo de la del instrumento.)

1.4.3. Aspecto subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, la autoría mediata sólo puede ser dolosa. (Cabe, eso sí, esta forma de autoría en delitos imprudentes.)

1.4.4. Límites a la autoría mediata

No cabe autoría mediata en los delitos especiales cuando el autor no ostente la cualidad requerida por el tipo, ni en los delitos de propia mano, al requerir éstos su realización personal.

1.5. La participación

1.5.1. Consideraciones generales. Concepto

El partícipe se concibe como secundario, accesorio. En nuestro derecho, son conductas de participación las descritas en el art. 28 (a) –inducción–, 28 (b) –cooperación necesaria– y 29 CP –complicidad.

1.5.2. Fundamento de la punición del partícipe. El principio de accesoriedad

La razón por la que se castiga no sólo a quien realiza de forma exacta el tipo de la parte especial, sino también a los partícipes, nos la proporciona la teoría del ataque accesorio al bien jurídico (especificación de la teoría general del favorecimiento o de la causación), en virtud de la cual el injusto del autor determina esencialmente el injusto del partícipe (aunque no de forma exclusiva, pues la participación conserva elementos autónomos como su propio dolo, desvalor de acción o necesidad de que el bien jurídico se halle protegido también frente al partícipe –y no sólo frente al autor–):

Hay que observar, así, que no todo interviniente lesiona directamente el bien jurídico, sino que lo hace a través de la conducta de un/os interviniente/s principal/es (el/los autor/es).

La primera y fundamental consecuencia de tal planteamiento (con el que se consagra un sistema diferenciador, y no unitario de autor) es la limitación de las conductas penalmente relevantes. Y ello porque desde el mismo, la existencia de la participación se hace depender de la concurrencia de determinadas características en la conducta principal (la del autor).

Esta relación de dependencia se conoce como regla o principio de accesoriedad de la participación, que dice que se tienen que dar dos requisitos para que pueda castigarse al partícipe:

- a) **Accesoriedad cualitativa** → Tiene que haber un hecho principal típico y antijurídico.
 - Si el hecho principal es atípico o típico pero justificado NO se sanciona al partícipe.
 - No es necesario que el autor del hecho principal sea además culpable → la participación en el hecho de un inimputable SI es punible

Principio de accesoriedad **limitada** → Es accesoria hasta un punto, pero no hasta el hecho principal sea culpable, solo tiene que ser típico y antijurídico, la culpabilidad solo afecta al autor.

Ejemplos:

- A entra en morada ajena sin permiso (tipo de allanamiento de morada) porque es necesario para salvar su vida (justificación por estado de necesidad) → Los partícipes no responden, también se les aplica la justificación. No es punible la participación en un hecho justificado.
- A comete unos daños en propiedad ajena cuando se encuentra totalmente intoxicado por drogas (inimputabilidad completa) → Los partícipes si responden, la inimputabilidad solo afecta al autor.

b) **Accesoriedad cuantitativa** → El hecho principal tiene que haber comenzado a ejecutarse (ya que puede en grado de tentativa o de consumación)

1. Si el hecho punible NO comienza a ejecutarse → Participe impune (excepción inducción)
2. Si el hecho punible comienza a ejecutarse, la responsabilidad del partícipe sigue a la del autor:
 - El autor consuma: partícipe lo es en un delito consumado → Inductor y cooperador necesario misma pena que el autor por delito consumado, cómplice un grado menos
 - El autor queda en tentativa (bajada en uno o dos grados) - esa bajada también a inductores y cooperadores necesarios) - Al cómplice se le acumula bajada por tentativa + bajada por cómplice.

1.6. Inducción

La inducción, forma de participación recogida en el art. 28 (a) del Código penal, es la conducta consistente en hacer nacer en otro la resolución de realizar un hecho antijurídico, seguida de su efectiva realización.

1.6.2. Aspecto objetivo

Hacer nacer en otra persona la decisión de cometer un hecho antijurídico. Consiste en ejercer un influjo psíquico sobre el autor, que debe materializarse en un doble resultado:

- a) la generación de la resolución criminal en el destinatario
 - a. Deberá influir psíquicamente en el autor directo mediante medios indeterminados como podría ser consejo, precio, apuestas, provocación,...
 - b. El destinatario no debe estar decidido previamente a cometer el hecho (*omni modo facturus*). Si ya había resolución delictiva → complicidad / impunidad
- b) a existencia, al menos, de un principio de ejecución (tentativa) por parte de aquél.

La inducción debe ser **directa**:

- Debe determinarse a cometer un delito concreto, aunque no es necesario que se especifiquen los pormenores. No sirve eso de vamos a robar bancos, debe ser algo como vamos a robar ese banco el martes.
- Dirigida a un autor concreto al que se quiere convencer y no a un número indefinido de posibles autores (aunque sí puede inducirse a un concreto círculo de personas).
- Suele interpretarse que tiene que haber una relación interpersonal entre inductor e inducido (sin intermediarios)
 - *Inducción mediata* → Si es posible, no hay intermediario, solo un tercero que opera como instrumento inconsciente.
 - *Inducción en cadena* → En los materiales aparece que no es punible la inducción en cadena, pero el TS si lo castiga, piensa que no hace falta la dirección directa, el caso de un mafioso que a su subalterno le dice que le busque a alguien que mate a fulanito, es inductor, aunque haya una cadena, se castiga igual, al menos actualmente.

Exención

El carácter personal de la exclusión de la responsabilidad por desistimiento en la tentativa (art. 16.2 CP) hace que, en caso de desistir el inducido (= el autor), sólo a él le afecte la exención, permaneciendo la punibilidad de la conducta del inductor.

Hay una posible excepción. Se reconoce al acto preparatorio de proposición:

Si B ejecuta pero en tentativa o B consume, no hay problema, pero los dos siguientes sí:

- A no convence a B. La inducción que no logra convencer (incluso al que han intentado convencer se da el caso de que denuncia a la policía).
- A convence pero B no ejecuta. La inducción en la que se convence pero sin inicio de ejecución del HP (muere antes de cometerlo, se tuerce un tobillo,...)

Imaginemos que B intenta convencer a A para un homicidio y que A lo denuncia a la policía, al igual que en el caso del tobillo, no tenemos inducción, por lo que no podemos sancionar por inducción, pero si podemos sancionarlos, tal y como hace el TS desde el año 2000, que es reconducir estos casos a "acto preparatorio, proposición para delinquir".

Hay autores, como el de los materiales, que piensa que esto no es posible, ya que el que hace la inducción no tiene intención de cometer el delito, lo que trata de hacer es conseguir que lo haga otro, por lo que no es una proposición para delinquir. Gracias a Dios el TS no piensa así.

Los Sujetos

El inducido deberá:

1. Ser un sujeto que no haya resuelto todavía cometer el delito. Si la resolución criminal ya estaba adoptada, iba a cometer el hecho de todos modos (sujeto al que se conocerá como *omni modo facturus*), pueden pasar dos cosas:

- La conducta del inductor no crea ni incrementa riesgo de comisión → Es atípica como inducción.
 - La intervención refuerza una resolución ya existente → La doctrina afirma la presencia de complicidad (psíquica).
2. Ser un sujeto libre e imputable. El error del inductor sobre esta circunstancia genera:
- Si desconoce la cualidad de inimputable del destinatario (cree que es libre) → autoría mediata doloso-eventual.
 - Si desconoce la cualidad de imputable (cree usar un instrumento inconsciente), la autoría mediata es putativa → Inducción.
3. Convertirse en autor principal del hecho (ya sea consumado o, al menos, intentado)

1.6.3. Aspecto subjetivo

Dolo de la inducción

En el caso del dolo de la inducción se habla de un **doble dolo** del inductor:

1. Busca generar la **resolución criminal**
2. Busca que el inducido **consume el delito** (lo que es independiente de que responda también si el hecho queda en tentativa)

Este último punto explica la impunidad del "agente provocador". Aquel que incita a la comisión del delito pero con la intención de impedir a tiempo la lesión o puesta en peligro correspondiente (consumación).

En caso de que el provocado, no obstante, consiga consumir el delito, el provocador solo será sancionable por autoría accesoria imprudente, siempre que la consumación hubiera sido absolutamente imprevisible.

Esta figura del agente provocador se refiere a policías infiltrados que incitan al delito para detener a los miembros de una banda criminal. El doble dolo se usa porque no hay dolo del inductor, no hay dolo de que el otro consume el delito, la idea es pararlo antes de que se consume el delito

Dolo del inductor

El dolo del inductor opera como **límite de su responsabilidad**, no responderá por el exceso del inducido, pero si por lo cubierto por su dolo eventual.

Esto son casos como que contrato a un tío para que le pegue a otro una paliza, pero al final el contratado lo mata. El inductor es responsable de lo que está cubierto con su dolo, si el inducido se excede y va más allá de lo inducido, esto no se aplica al inductor. Siendo indiferente que la desviación del autor sea consciente o no.

También hay que tener en cuenta que, en virtud del principio de accesoriedad, lo cometido por el autor (inducido) es siempre límite de la responsabilidad del partícipe, por lo que no responderá de más allá de lo efectivamente realizado, aunque se haya inducido a algo más grave.

Ejemplo. Se induce a robar la cartera de A. El inducido consigue hacerse con ella sin emplear violencia ni intimidación. El inductor responderá como tal en relación con un delito de hurto.

1.7. La cooperación necesaria

1.7.1. Concepto

La cooperación necesaria, forma de participación recogida en el art. 28 (b) del Código penal, es la conducta de quien, sin realizar directamente actos típicos, incrementa sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, contribuyendo efectivamente al resultado delictivo.

Se le asigna igual pena que la prevista para el autor (art.61 CP)

1.7.2. Aspecto objetivo y subjetivo

1. Aspecto objetivo

Esta forma de participación es específica del derecho español que, a diferencia de otros ordenamientos, contempla dos grados distintos de cooperación: la necesaria y la no necesaria.

Características:

- No realiza directamente actos ejecutivos (a diferencia del coautor), la suya no es una conducta principal cuya relevancia pueda subsistir autónomamente.
- Incrementa el riesgo de lesión o puesta en peligro BJ de modo sustancial: sin su contribución el delito no podría realizarse. Deberá hacerse una valoración *ex ante* (situándose en el momento previo a la realización del hecho) para decidir si la contribución fue o no decisiva para posibilitar la ejecución (de no haberse realizado la contribución el hecho no se hubiera realizado).
- Puede tener el "dominio negativo" pero no el positivo (la decisión final está en manos del autor)

Teoría de los bienes escasos. En virtud de la misma, deberá considerarse cooperación necesaria la contribución al hecho (ya sea con un hacer o con la entrega de una cosa) con un bien escaso. Será complicidad, en cambio, la contribución con un bien abundante.

Ejemplo

Si A entrega una copia de las llaves del local para que, horas o días después, B y C entren a robar en él, A será cooperador necesario en el delito de robo. Pero también será cooperador, y no coautor, si, de común acuerdo con B y C, les abre la puerta a la hora convenida, aunque su intervención tenga lugar en este caso en el momento de la ejecución. (Parece razonable que así sea desde el momento en que la entidad de la aportación de A respecto de la lesión del bien jurídico patrimonio es análoga en ambos casos, sin que el momento de la aportación constituya un

factor de sustancialidad bastante para justificar que la intervención pase a convertirse, en el segundo caso, en una conducta principal –autónoma.)

La cooperación necesaria la limitaremos:

- Por arriba: de la autoría
- Por debajo: de la complicidad
- Por el lado: Se diferencia del coautor en que no realiza actos ejecutivos y el coautor si

Diferencias del cooperador necesario respecto a la complicidad:

- El cooperador necesario no realiza actos típicos, Sería el que facilita el arma, da la información...
- El cómplice ayudaría al delito pero de una manera no esencial. Presta una ayuda a la ejecución del delito pero se podría haber cometido de todas maneras sin ella.
- El cooperador necesario tiene misma pena que autor y el cómplice un grado menos.

¿Cómo valorar si la contribución ha sido esencial?

- No es un criterio (criticado por la doctrina)
- En gran parte, depende de la perspectiva que se adopte.

1) Abstracta.

- a) Pregunta: si el autor no hubiera tenido esa colaboración, ¿podría haberse realizado el hecho de alguna otra manera?
- b) Respuesta: habría otros modos... tenderemos más a calificar como complicidad

2) Concreta:

- a) Pregunta: si el autor no hubiera tenido esa colaboración, ¿podría haberse realizado de la manera que se hizo?
- b) Respuesta: "para hacerlo del concreto modo en que lo hizo necesitaba esa colaboración... tenderemos más a la cooperación necesaria.

Ej. Un hombre que pide a su amigo farmacéutico un producto para envenenar a su mujer, el farmacéutico le dice que no es la solución, pero pese a eso le da un producto químico que mezclado con lactosa matará a la mujer. El hombre le da el producto a la mujer y la mata.

Desde la perspectiva abstracta el farmacéutico sería cómplice, pero desde la concreta sería cooperador necesario.

2. Aspecto subjetivo

La cooperación necesaria, como conducta de participación que es, requiere del conocimiento y la voluntad de participar en el hecho al que se contribuye. Se trata, pues, de un comportamiento doloso (ya sea con dolo directo o eventual), referido tanto al acto de cooperación como a la consumación de dicho hecho principal.

El exceso en la conducta del autor principal no vincula al partícipe (cooperador necesario) más allá de su propio dolo, que opera así como límite de su responsabilidad.

1.8. Complicidad (Art.29)

1.8.1. Concepto

La complicidad, forma de participación recogida en el art. 29 del Código penal, es la conducta de quien, sin realizar directamente actos típicos, incrementa el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor de forma no sustancial, repercutiendo efectivamente en el resultado delictivo.

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

Se trata de conductas cuya relevancia estriba en facilitar, reforzar, acelerar o asegurar la ejecución del hecho principal (p. ej., la vigilancia).

La complicidad se castiga, a tenor de lo dispuesto en el art. 63 CP, con la pena inferior en grado a la fijada para el autor.

1. Aspecto objetivo

La línea divisoria entre lo necesario y lo no necesario de la aportación es lo que marcará la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria, pero no iba a ser tan fácil:

Criterios:

- Totalmente circunstancial. Dependiendo del contexto, una misma conducta (vigilar, dar un cuchillo, conducir un coche) puede ser cooperador necesario o cómplice. No es lo mismo dar un cuchillo a una persona en prisión que en una clase de la universidad.
- Intentar prescindir de juicios hipotéticos
- Valorar desde una óptica ex ante si el autor necesitó o no esa colaboración como imprescindible
- Criterio bastante extendido: teoría de los bienes escasos. Cuanto más difícil sea conseguir un bien (información, conducta de colaboración específica,..) más tenderemos a verlo como cooperación necesaria que como complicidad. Criterio que a ella no le gusta nada, anda que no lo ha puesto a caldo.

Al igual que la cooperación necesaria, la complicidad puede ser **anterior o simultánea** al hecho principal.

Por simultánea hay que entender también la que se produce en la fase **post-consumativa** previa a la terminación del delito en aquellos delitos que contemplan esa fase (p. ej., detenciones

ilegales), siempre que la aportación se inserte en la misma dirección lesiva de la conducta principal. Si, por el contrario, la aportación en esa fase se dirige a ayudar a los responsables a aprovecharse del producto del delito o a eludir la acción de la justicia –y no a mantener el estado antijurídico creado con el delito ya consumado–, la conducta podrá ser constitutiva de un delito de encubrimiento (art. 451 CP).

Los **medios** por los que puede realizarse una conducta de complicidad son ilimitados, pudiendo consistir tanto en una **complicidad física** (p.ej., acompañar al autor al lugar de comisión, entregarle un bien no escaso para agilizar la comisión, proporcionarle una dirección u otra información abundante, etc.) como en una **complicidad psíquica** (p. ej., a través de consejos que fortalezcan la decisión del autor –siempre que no se trate ya de un *omni modo facturus*–).

En cualquier caso, conviene no perder de vista:

– Que se trata de una cooperación no necesaria, pero eficaz; esto es, que debe representar una **contribución efectiva**, causal para el resultado (que debe verse facilitado, acelerado, asegurado,...).

– Que *ex ante* debe representar un incremento del riesgo de cierta entidad para el bien jurídico, lo que llevará a excluir la relevancia del riesgo socialmente permitido (p. ej., en la realización de actos cotidianos como los intercambios comerciales habituales).

2. Aspecto subjetivo

- Necesariamente dolosa: el sujeto conoce que está colaborando a que se consume un hecho delictivo (se con dolo directo o eventual)
- Ese dolo es límite de su responsabilidad (el exceso del autor no se imputa). Si A pide ayuda a B para que le preste un arma para lesionar a C, y B se la da para eso, luego A mata a C, no se le imputará homicidio, solo las lesiones.

La complicidad estará delimitada:

- o Por arriba: Cooperador Necesario
- o Por abajo: Actos que no tienen eficacia alguna para la realización del delito → no son complicidad. Habrá que ver si:
 - Hay alguna más que pueda caber dentro del tipo de encubrimiento
 - Puede sancionarse por la vía omisiva del art.450, omisión pura del deber de evitar delitos.

Ej. Discutible. STS 185/2005: Lavar la ropa del secuestrado y ser dueño del vehículo con el que se libera (es la mujer del secuestrador). El TS la absolvió, pensó que sus actos no tenían trascendencia para la comisión del delito. Aunque nos podríamos plantear una modalidad omisiva, sabía que su marido tenía privado de libertad a una persona.

1.9. Encubrimiento (Art 451)

Artículo 451. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

- 1) *Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.*
- 2) *Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.*
- 3) *Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:*
 - a) *Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos.*
 - b) *Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.*

Diferencia entre el encubridor y el cómplice

El cómplice ayuda con actos anteriores o simultáneos, mientras que el encubridor ayuda después de la comisión del delito

Cómplice. Ayuda al delito con actos anteriores o simultáneos

- Aún no consumado
- Ya consumado pero que sigue consumándose (delitos permanentes como la detención ilegal)

Según el Tribunal Supremo es complicidad la ayuda posterior prestada una vez consumado el hecho punible (trasladar el cadáver, borrar huellas,...) si se pactó antes de cometerlo → complicidad psíquica si esa promesa de ayuda reforzó la decisión del autor.

Encubridor

- Ayuda siempre posterior (una vez consumado el delito)
- Finalidad no ayudar a la comisión del delito sino orientada a:
 - Que el autor se aproveche de él
 - Facilitarle la huida de la justicia

Pena

- Cómplice → Referencia HP un grado menos
- Encubridor → Delito independiente (6 meses a 3 años)

1.10. Cuestiones generales en la teoría de la participación

1.10.1. Participación y tentativa

1. Participación en delito intentado

Como se indicó al aludir a la accesoriadad cuantitativa, la participación puede construirse a partir de la tentativa del autor (aunque su dolo deba dirigirse a la consumación de la conducta principal).

2. Participación intentada

En cambio, no resulta admisible la participación en grado de tentativa, y ello desde consideraciones relativas al principio de intervención mínima, pues la lesividad (desvalor de resultado) de estas conductas resulta excesivamente alejada de la efectiva afectación del bien jurídico tutelado.

Cuestión distinta es la representada por los supuestos en los que el legislador incrimina expresamente actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación).

1.10.2. Participación e imprudencia

1) Participación culposa

La participación requiere conocimiento y voluntad de intervenir en el hecho en el que se participa. No cabe, por consiguiente, la participación por imprudencia (ya sea en delito doloso o culposo).

Ej. Farmacéutico A vende a B unos medicamentos que necesitan receta cuando B no la tiene. B utiliza estos medicamentos después para envenenar a C. Por mucho que la conducta de A sea imprudente y no debía haber vendido los medicamentos sin receta, pues puede sospecharse un uso posterior ilícito, no se le puede sancionar como cómplice en el homicidio cometido por B porque no tenía dolo de colaborar en él.

2) Participación en delito culposo

Si en lo anterior (no punibilidad de la participación imprudente) existe una aceptable coincidencia doctrinal, la cuestión es más discutida con relación a la admisibilidad de una participación (dolosa) en un delito imprudente.

Ej. A convence a B para que conduzca de manera alocada, cosa que B hace. B atropella y mata a C.

- No hay problema en sancionar a A como inductor a un delito doloso de conducción temeraria.
- El problema está en si es inductor a un delito imprudente de homicidio. MUY discutido en doctrina.

1.10.3. Participación y omisión

1) Participación (activa y omisiva) en delito de omisión

Será posible la participación (activa y omisiva) en los delitos de omisión

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

Omisiva → Quien "contribuye" con una omisión no será partícipe, sino, en su caso, autor de su propio delito omisivo, si concurren en él los requisitos: en un delito de omisión pura, si se encuentra en la situación típica; en una omisión impropia, si ostenta la posición de garante y su inactividad equivale a la acción.

A induce a B a que deje morir de hambre a su bebé recién nacido

2) Participación en comisión por omisión en delito activo

En este caso será posible la cooperación necesaria y la complicidad, pero no la inducción, ya que ésta requiere un comportamiento activo (puesto que un no hacer no puede suponer una instigación equivalente a la inducción).

Para ello se requerirá:

a) Que el sujeto ostente posición de garante.

Ejemplo. A, encargado de planta en unos grandes almacenes, permanece inactivo mientras se comete un robo en su establecimiento.

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

- Si podría haberlo evitado → **Cooperador necesario** en comisión por omisión. Alguna doctrina entiende que directamente el garante omitente es autor del delito en comisión por omisión (a efectos de pena es igual)
- Si podía haberlo dificultado → **Cómplice** en comisión por omisión. Si el que no evita un delito no es garante → omisión pura del art.450 (deber de evitar delitos)

Ejemplo. A, que regenta una taberna, consciente de las intenciones de sus amigos, clientes del local, permite con su inactividad que éstos pasen a la trastienda y consumen un delito de violación, que, de otro modo, no se hubiese realizado.



Si no se ostenta posición de garante o la inactividad no representa la remoción de obstáculos en la ejecución, sino la simple no interposición de los mismos, estando el sujeto desconectado así del hecho, se podrá incurrir subsidiariamente, en su caso, en la omisión pura del art. 450 CP (omisión del deber de impedir delitos o de promover su persecución).

Participación en delitos especiales, intervención de varios sujetos, responsabilidad penal de las personas jurídicas → Ha dicho que no entra, que lo miráramos en los materiales, pero que no lo iba a preguntar en el examen.

Tema 14. Iter criminis

1. Cuestiones generales

1.1. Concepto

La expresión *iter criminis* (= el camino del delito) hace referencia a los diversos estadios por los que pasa la realización del delito hasta alcanzar su completa ejecución, ciñéndose a los que, al igual que ésta, resultan también punibles.

Se trata de conductas orientadas a la consumación de un delito doloso, pero que no llegan a alcanzar esa finalidad (no pueden construirse en relación con los tipos imprudentes).

1.2. Fase interna y fase externa del delito

Se puede observar un proceso que va desde su ideación hasta su total ejecución, en el que podremos distinguir dos fases:

- 1) **Fase interna.** Discurre en la mente (o el ánimo) del autor. Proceso de deliberación del sujeto sobre si comete o no el hecho → Impune como consecuencia elemental de un *Derecho penal del hecho*, en el que solo pensamiento no puede delinquir.
- 2) **Fase externa.** La resolución de delinquir ya se ha externalizado de alguna manera. Hay muchas maneras y no todas se sancionan igual, incluso algunas ni se sancionan, no todo es punible. En esta fase tenemos varias fases:
 - a) Preparación. Ya estamos haciendo cosas (actos preparatorios). El CP es restrictivo en su sanción: sólo los que impliquen a terceros.
 - b) Ejecución. Es donde comienza la tentativa
 - c) Consumación.

La línea divisoria con lo penalmente relevante comienza con la exteriorización de esa voluntad criminal, esto es, con la que hemos denominado fase externa del delito, que comprende dos tipos de comportamientos punibles:

- Casos en los que la voluntad delictiva queda exteriorizada no por iniciarse la ejecución, sino simplemente por expandirse el plan criminal a otros sujetos. Este tipo de comportamientos nos sitúan en el terreno de los denominados actos preparatorios punibles.
- Casos en los que se da efectivo inicio a la ejecución del delito a través de la realización de actos con significación típica, lo que nos sitúa en el terreno de la tentativa.

2. Actos preparatorios

El Código penal español contempla tres tipos de actos preparatorios punibles:

- la conspiración,
- la proposición, y
- la provocación (incluyendo en ésta la apología).

2.1. Consideraciones generales: fundamento de su punición y sistema de incriminación

Fundamento de su punición

¿Por qué castigamos las fases previas a la consumación? Responderemos en función del concepto del delito del que partamos o maneemos, algo que no es uniforme ni en todas las épocas ni en todas las concepciones. Las teorías objetivas centran la comprensión del delito en el poner en peligro bienes jurídicos ajenos, las teorías subjetivas centran el delito en algo más interno como es la desobediencia u oposición al ordenamiento jurídico, por eso según como lo entendamos tendremos distintas justificaciones.

En la teoría objetiva castigaremos la fase preparatoria si se pone en peligro el bien jurídico, de ahí que los actos preparatorios más peligrosos serán los únicos castigados, pero se tiene claro que el castigo de la preparación y de la consumación deberán de ser distintos y se abogará por la impunidad de la tentativa inidónea.

En la teoría subjetiva, que basan el delito en la intención, estará presente en la fase de preparación, tendrá tendencia a castigar los actos preparatorios más duramente porque ya se ha cometido la desobediencia, se podría sancionar igual la tentativa que la consumación y la tendencia a sancionar también la tentativa inidónea.

Sistema de incriminación (restrictivo)

Según lo dicho, el legislador puede castigar el propósito criminal sólo desde el momento en que se produce su exteriorización, pero ello no significa, ni mucho menos, que deba castigarlo en todo caso.

Atendiendo al principio de intervención mínima y al carácter fragmentario que debe informar el uso de la potestad punitiva, este último ha sido el camino seguido por el legislador español, al punto que puede afirmarse como principio general el de la impunidad de los actos preparatorios: no sólo son impunes los actos preparatorios del sujeto individual sino que también lo son, en la mayoría de los casos, aquellos en los que aparecen implicados varios sujetos.

1. Principio general. Impunidad de los actos preparatorios: Ej. Seguir a la víctima, trazar un plano del lugar del robo, hacerse con los instrumentos para el delito, etc.

2. Excepción (doble). Sólo se sancionan 3 actos la conspiración, la proposición y la provocación, y sólo respecto de los delitos que recojan expresamente el castigo de los actos preparatorios (incriminación expresa). Por eso se llama doble excepción.

- c) **Art.17.3. CP.** La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos por la ley.
- d) **Art.18.2 CP.** La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Por lo tanto son impunes:

- Los actos preparatorios individuales (cualquier delito)
- Los actos preparatorios colectivos respecto de los delitos en los que no esté expresamente prevista su sanción.

¿Por qué se sancionan estos tres? (respecto de los delitos más graves)

- No por la presencia de la resolución delictiva o desobediencia del mandato (que está en todos los actos preparatorios)
- Si por mayor peligrosidad para el Bien Jurídico: cuando se implican varios sujetos se incrementa el riesgo de lesión (es más fácil que el delito se cometa)

Cuando no se ha avanzado más en la ejecución → El castigo de una fase del *iter criminis* comprende el de las anteriores. Si se ha llegado a tentativa (o consumación), se sanciona por ésta y no por los actos preparatorios. Si castigamos por tentativa de atentado no castigamos por la preparación (la consumación absorbe la tentativa). Si hay acto preparatorio y luego se sigue avanzando, solo por la tentativa, no por la tentativa y el acto preparatorio, que todo el mundo cae en esto en el examen.

2.2. Conspiración

Art.17.1. CP La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

2.2.1. Naturaleza

La interpretación mayoritaria lo trata como coautoría anticipada. Se aplica a los sujetos que han resuelto intervenir como coautores en la ejecución del hecho.

El conspirador deberá reunir las condiciones necesarias para ser autor por lo que no es punible la conspiración para intervenir como partícipe.

Ej. Detenemos a un grupo que iban a ser coautores y nos enteramos de que hay uno que dijo que les pasaría información si llegaba el caso → A ese no se le castiga

2.2.2. Requisitos

- a) Concierto plural (de dos o más personas), con firme coincidencia de voluntades para realizar:
 - i) Un **delito doloso** y
 - ii) determinado, es decir, un delito/os **concreto**/os, no un programa delictivo por determinar.
 - iii) Necesaria **idoneidad** de lo acordado, es decir, viabilidad del plan
- b) Resolución ejecutiva. Decisión de intervenir en el delito como coautor

Distinción del delito de asociación ilícita del art.515 ("las que tengan por objeto cometer algún delito..."). Asociación ilícita: permanencia, organización,... si reúne estos requisitos podremos hablar del delito independiente de asociación ilícita.

Conspiración para delinquir. Jurisprudencialmente es un tema discutido, ¿qué pasa en el caso de conspiración para cometer varios delitos? ¿Se castiga uno o el concurso de ellos?

Ejemplo. Se detiene a un grupo que planeaba cometer un atraco a un banco con toma de rehenes. Estamos ante la preparación dos delitos (robo y detención ilegal) ¿Castigamos por las dos conspiraciones o por una? La jurisprudencia suele castigar solo por uno.

2.3. Proposición

Art.17.2 La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

De la definición legal se desprenden dos requisitos básicos:

- 1) Resolución ejecutiva del proponente. El sujeto tiene que estar firmemente resuelto a ejecutar:
 - a. Un delito (no falta) concreto hasta su consumación (lo que diferencia esta figura de la inducción, pues el inductor no requiere voluntad de realización propia, amén de no tener que resultar eficaz)
 - b. A título de autor
- 2) Invitación ejecutiva
 - a. Dirigida a una o varias personas
 - b. Para que sea (co-) autor del delito
 - c. Idónea para conseguir el fin pretendido

Comprende dos supuestos:

- 1) Invita a otro a la coejecución
 - a. A quiere matar a B e invita a C a hacerlo juntos
 - b. Aunque C no acepte es punible
- 2) Invitar a otro a la ejecución (los materiales no lo admiten per claramente aceptado en la jurisprudencia)
 - a. A intenta convencer a B de que mate a C (A no quiere matarlo por sí mismo)
 - b. Comprende:
 - a. No se consigue convencer
 - b. Se convence pero no se comienza a ejecutar (y por eso no es inducción)

Ej. Lo convengo de que mate al que yo quiero, pero el día que va a matarlo le da un ataque al corazón, muere, y no puede matarlo. El hecho principal no ha dado comienzo, por lo que no se podría castigar (revisar). El TC lo reconduce a la proposición, aunque es bastante discutida esta postura.

2.4. Provocación

Art.18.1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radio-difusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la participación de un delito.

Requisitos de este acto preparatorio.

- **Incitación dolosa** a un **delito concreto** (no genérica)
- Por medios que faciliten la **publicidad** / ante una **colectividad** de personas
- Debe reunir la ofensividad (peligrosidad) necesaria, exigencia de **idoneidad** (posible eficacia). Si la incitación es idónea, pero a un *delito imposible*, la provocación es igualmente impune.

Ej. La fatua para matar a Salman Rusdie por sus versos satánicos.

Por indicación legal, si la provocación va seguida por la comisión del delito, se castigará como inducción, siempre que se pruebe que el autor fue realmente llevado al delito por esa provocación (habrá que exigir que la ejecución del delito sea imputable a la incitación del provocador, lo que no ocurrirá si el autor la hubiese llevado a cabo de todos modos).

2.5. Apología

Art.18.1. Es apología, a los efectos de este código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor.

Regulación absurda:

- Apariencia de que se sanciona el enaltecimiento per se
- Pero por el 18.1 como acto preparatorio solo se sanciona en tanto constituya provocación → no se aplica nunca, ya que se castigará como provocación y no como apología.
- Pero a su vez el CP prevé algunos supuestos específicos en la parte especial donde sí se sanciona como mero enaltecimiento, supuestos que sí se aplican regularmente.
 - Del terrorismo (art.578)
 - Del genocidio (art. 607.2)

2.6. Penalidad de los actos preparatorios

La penalidad de los actos preparatorios (los punibles obviamente), dice que siempre se castigará con uno o dos grados menos respecto del delito consumado (141 asesinato, 151 lesiones, 168 detención ilegal,...)

Por lo tanto la pena será la misma que la tentativa, pero la equiparación entre ambas es más que discutible.

En todo caso al comparar actos preparatorios con tentativa, habrá que tener en cuenta que

- La tentativa es punible en todos los delitos dolosos. Puede discutirse si es punible respecto de los delitos de mera actividad, que se consuman con la mera acción y no requieren resultado.
- Los actos preparatorios, sólo en unos pocos.

3. Tentativa

3.1. Concepto

Art.16.1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

3.2. Consideraciones generales

Fundamento de su punición

Al igual que en todo comportamiento penalmente relevante (delito), el castigo en la tentativa no puede fundamentarse únicamente en el desvalor subjetivo de la acción (intención), sino que requiere, además:

- a) un desvalor objetivo de acción, concretado en la peligrosidad *ex ante* de la conducta para el bien jurídico, y
- b) un determinado grado de afectación de dicho bien jurídico, esto es, un desvalor de resultado (*ex post*), representado por su efectiva puesta en peligro.

Elementos:

1. Elemento objetivo: principio de ejecución
2. Elemento subjetivo: dolo de consumir
3. Que no haya desistimiento

3.3. Elemento objetivo

Desde el punto de vista objetivo, el delito intentado requiere:

1. Inicio de la ejecución

La tentativa es la frontera con la fase preparatoria (normalmente impune), a diferencia de los actos preparatorios, que no suponen todavía inicio de la ejecución típica (sino sólo exteriorización y expansión a otros sujetos del plan criminal), la tentativa sí supone un "principio de ejecución", según la propia exigencia legal.

Hay una dificultad de delimitación del inicio de la ejecución (en gran medida problema de parte específica, criterios para cada delito).

Ej. A quiere matar a B. Es detenido cuando:

- La vigila para conocer sus costumbres
- La espera en un coche para matarla
- Apunta con el arma
- Dispara

Es complicado decidir cuándo comienza la tentativa, por eso no hay una medida general, hay que estudiar casos específicos.

Ejemplo. En un homicidio cometido con arma de fuego, al consistir la acción típica en "matar", no podría con este criterio entenderse iniciada la ejecución siquiera el en momento en que, apuntando el arma contra la víctima, el autor coloca el dedo en el gatillo, pese a que la evidente peligrosidad de tal conducta no parece que deba excluirla del ámbito de lo penalmente relevante.

Criterios para determinarlo:

- a) Objetivo - formal: realización de actos típicos. No funciona bien en los delitos resultativos que sólo describen el acto típico de producir el resultado (matar, causar una lesión,..)
- b) Subjetivo: depende del plan del autor.
 - i) No tiene sentido que sea el plan del autor el que determine totalmente si es acto preparatorio/ejecutivo
 - ii) Pero sí tiene importancia
 - (1) Ej. del túnel
 - (2) Ej. de apuntar cuando no se piensa ejecutar

Criterio mayoritario: objetivo-material

La ejecución del delito comienza cuando, según el plan del autor, existe ya un peligro inmediato y directo para el bien jurídico → momento inmediatamente anterior a la realización de la acción típica o de alguno de los actos que la componen.

Ej. Si alguien espera a la víctima sentado en un coche a las puertas de su casa con el fin de matarla de un disparo, habrá:

- Comienzo de ejecución cuando el autor se acerque a la víctima y le apunte con el arma cargada a una distancia a la que puede acertar.
- Acto preparatorio si el sujeto es detenido cuando está cargando el arma dentro del vehículo o incluso cuando está cruzando la calle para aproximarse a su objetivo.

2. La realización total o parcial de los actos que deberían producir la consumación

En función de hasta donde se haya llegado en la ejecución:

- a) Tentativa acabada: se han realizado todos los actos ejecutivos. Ej. Pongo una bomba, explota, pero no consigo matar al objetivo.
- b) Tentativa inacabada (no todos). Ej. Entro a robar a una casa y me cogen antes de que abra la caja fuerte.

Criterio que se tiene en cuenta en el art. 62 para ponderar si se baja la pena en uno o dos grados ("el grado de ejecución alcanzado")

3.4. Elemento subjetivo

- Solo cabe en **delitos dolosos**: resolución de delinquir
- La jurisprudencia admite la tentativa con **dolo eventual** (discutido)
- No existe tentativa en delitos imprudentes.

3.5. Desistimiento en la tentativa

Art. 16.2. CP. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

Es una causa **personal de exclusión** de la pena, afecta respecto de aquél en quién concurre, no respecto de todos los intervinientes, permaneciendo el carácter antijurídico y culpable del comportamiento.

Desde el punto de vista terminológico se distingue:

- a) **Desistimiento voluntario, desistimiento en sentido estricto**, que correspondería a la tentativa inacabada: habiendo iniciado la ejecución, el sujeto desiste de continuarla antes de haber realizado todos los actos que deberían producir el resultado.
Ej. Con la intención de matar a B, A empieza a propinarle golpes con un objeto contundente, deteniéndose antes de efectuar todos los necesarios para causarle la muerte.
- b) **Arrepentimiento eficaz**, que correspondería a la tentativa acabada: habiendo realizado todos los actos que deberían producir el resultado, el sujeto impide su efectiva producción con un ulterior *comportamiento activo*.
Ej. El sujeto impide el resultado con un comportamiento activo. Desactiva la bomba que ya estaba lista para explotar.
- c) **Desistimiento fracasado** (no se logra evitar el resultado). Es un desistimiento discutible. Según la dicción literal del art. 16.1: parece que se exige evitarlo, por lo que si no se evita el resultado → no se aplica el desistimiento

Son circunstancias atenuantes:

"[...] 5° La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o a disminuir sus efectos, [...]"

Evidentemente en ambos casos (desistimiento voluntario o arrepentimiento eficaz) la exclusión de responsabilidad no afecta, como indica el art. 16.2 CP, a aquélla en la que pueda haberse ya incurrido por los actos ejecutados, si son constitutivos de delito o falta (p. ej.: se desiste de consumir el resultado de muerte, pero se han causado ya lesiones graves). Por lo que en el caso del desistimiento fracasado no se aplicaría como atenuante.

El Código penal contempla hoy expresamente la posibilidad de desistimiento (y consiguiente exclusión de responsabilidad) de los partícipes, pese a que la ejecución continúe por parte de otros intervinientes (Art. 16.3 CP):

Quando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

Aunque el código no alude expresamente al desistimiento respecto de los actos preparatorios, siendo éstos formas previas a la codelincuencia tal posibilidad debe estimarse, *a fortiori*, admisible.

Requisito: la voluntariedad

¿Cuándo es realmente voluntario? Ej. A se marcha sin coger las joyas porque oye los pasos de un vigilante con cuya presencia no contaba.

Criterios:

1. El **arrepentimiento moral**. Descartado en la doctrina y jurisprudencia moderna
2. La óptica de la "**racionalidad**" del delincuente.
 - Si se abandona porque ya no resulta racional continuar desde la óptica del autor (peligro de ser descubierto, proximidad de la policía, dificultades de ejecución con las que no contaba y que dificultarían mucho la consumación) → no desistimiento voluntario, tentativa.
 - Si se abandona aunque sería racional continuar, porque se podría consumir (arrepentimiento, dificultades pero superables) → desistimiento.
 - (i) Ej. De la chica que va a ser víctima de una agresión sexual pero que no se consuma porque tenía la regla y al impresentable ya no le apetecía.

Consecuencias:

- Se elimina el castigo por tentativa
- Pero se mantiene el que corresponda por los delitos ya consumados (si los hay)

Ej. Le pego a uno una paliza para matarlo, pero en el último momento me arrepiento y lo llevo a un hospital donde salva la vida. No paga por la tentativa de homicidio, pero si por las lesiones.

Ej. El que robaba y ha visto que es la casa de su amigo y se va, no paga por el robo pero si por el allanamiento.

Tentativa inidónea

De acuerdo con la fundamentación del castigo en este tipo de comportamientos, deben considerarse impunes tanto la tentativa (absolutamente) inidónea como el delito imposible:

a) Se habla de **tentativa inidónea** para referirse a aquellos supuestos en los que el sujeto emprende un proceso causal inadecuado para alcanzar el resultado típico.

b) Especificando la razón de la inidoneidad del intento, se habla de **delito imposible** en los casos en que aquélla viene dada por la inexistencia del objeto.

Tentativa inidónea. Ejemplos:

- A intenta abrir una máquina tragaperras con una horquilla para apoderarse del dinero y no lo logra
- A dispara sobre B con intención de matar pero la pistola estaba descargada
- A abre una caja fuerte para apoderarse de su contenido y la encuentra vacía
- A quema una casa pensando que está dentro y pretendiendo matarle, pero la casa estaba vacía
- A intenta matar a B con conjuros de vudú

Podemos decir que hay tentativa inidónea cuando un sujeto pretende consumir un delito y lesionar un bien jurídico (hay dolo), pero se demuestra posteriormente que no podría haberlo conseguido ya sea porque los medios empleados no eran idóneos para ello (una horquilla no abre una caja fuerte), o bien porque directamente se produce la ausencia de objeto material (la caja fuerte está vacía).

Tenemos dos niveles de inidoneidad:

- Absolutamente inidónea (irreal): impune
- Relativamente inidónea: el medio escogido es abstractamente peligroso, aunque en el caso concreto haya sido insuficiente o inadecuado

El problema de su sanción en el CP de 1995 → desaparece la mención a la tentativa inidónea, entonces ¿se castiga o no?, pues solo se podrá castigar si entra en la definición de tentativa. Esto ha motivado ríos de tinta. El supremo lo que hace es que la absurda o irreal (ej. matar por vudú) no se castiga, y la que tiene posibilidades, la relativamente inidónea (disparar con una pistola descargada), aquella en la que los medios que se escogen abstractamente sí que son peligrosos (pegar un tiro es peligroso), aunque en el caso concreto haya sido insuficiente o inadecuado, si se castiga.

La tentativa inidónea **por ausencia de objeto**:

- En materiales: delito imposible impune
- En doctrina y jurisprudencia: punible si el medio elegido sí era en sí mismo peligroso (misma solución que en la tentativa relativamente inidónea)

4. Consumación, terminación y agotamiento del delito

1) Consumación

La consumación tiene lugar en el instante en el que se cumplimenta la totalidad de los elementos requeridos por el tipo de injusto de que se trate.

Desde el punto de vista del desvalor, la consumación supone la verificación de la afectación del bien jurídico en la forma exigida por el tipo: peligro (abstracto o concreto) o lesión.

2) Terminación

Si la consumación tiene lugar en el primer momento en el que se verifican todos los elementos requeridos por el tipo, produciéndose el completo desvalor de la figura delictiva, el concepto de terminación del delito se refiere al momento en el que finaliza la agresión antijurídica (desvalor) contemplada por el tipo de que se trate.

Ciertamente, ambos momentos serán coincidentes en muchos casos.

Ejemplo

El homicidio, p. ej., se consuma en el momento de la producción del resultado de muerte, momento en el que se verifica también la terminación del delito.

Otras figuras delictivas, sin embargo, contemplan una fase post-consumativa, esto es, un periodo posterior a la consumación en el que se prolonga la afectación del bien jurídico correspondiente, siendo esa prolongación del desvalor también abarcada por el tipo. Esta situación es la que dota de sentido a la distinción entre un momento inicial (consumación) y otro final (terminación) de la lesión.

Ejemplo. El delito de detención ilegal (art. 163 CP)

3) Agotamiento

Por agotamiento se entiende la consecución de los fines que se propuso el autor con la comisión del delito.

En general, puede afirmarse que es éste un concepto de escasa relevancia dogmática, en la medida en que no cumple ningún papel sistemático específico: una vez terminada la afectación del bien jurídico en la forma exigida por el tipo de que se trate y cumplimentado así el injusto penal, poco importa al derecho punitivo que el autor consiga o no efectivamente lo que persiguió con la realización de tal injusto.

Tema 15. Exclusión de la antijuricidad mediante las causas de justificación

- I. Significado y fundamento de las causas de justificación.
- II. Efectos de la justificación.
- III. Elementos objetivos y subjetivos de las causas de justificación

1. El significado de la justificación

La comisión de un hecho penalmente típico no tiene por qué implicar aún la responsabilidad penal del sujeto. Tal cosa no ocurrirá si la conducta se encuentra justificada o, lo que es lo mismo, si no es antijurídica ¿Cómo es entonces posible que un comportamiento típico, que por definición lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, pueda terminar considerándose jurídicamente correcto?

La explicación reside en la posibilidad, perfectamente imaginable, de que la acción típica, a la vez que lesiona o pone en peligro un determinado bien jurídico (lo que constituye su injusto específico), se dirija de manera simultánea a salvaguardar algún otro interés jurídicamente protegido. Pues bien, siempre que se produzca tal situación de conflicto, es necesario realizar una ponderación entre el conjunto de los intereses en juego, pues no cabe considerar contraria a Derecho una conducta típica que, teniendo en cuenta todos los factores implicados, ha dado lugar a una situación objetivamente más valiosa para el ordenamiento, al preservar uno o varios bienes jurídicos que para el Derecho resultan prevalentes sobre el lesionado. Expresado de otro modo, en tales casos entendemos que, aun concurriendo el injusto específico propio de la tipicidad, la valoración de la conducta a la luz del conjunto de intereses consagrados por el ordenamiento arroja un resultado positivo, de manera que no concurre, por tanto, el injusto genérico necesario para la afirmación de la antijuricidad.

Entendemos, por tanto, que éste es el fundamento común (al margen de las diferencias existentes entre éstas) a todas las causas de justificación previstas en nuestro ordenamiento: el conflicto entre bienes e intereses y la ponderación de los mismos, pues sólo la salvaguarda de un interés prevalente permite considerar enervado el injusto específico representado por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos inherente a toda conducta típica.

2. Las causas de justificación en el CP. Los efectos de la justificación

El CP recoge el elenco de **causas de justificación** en varios números de su artículo 20, concretamente en los apartados 4º (legítima defensa), 5º (estado de necesidad) y 7.º (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo). En los restantes apartados de dicho precepto legal se registran otras circunstancias que, si bien tienen en común con las causas de justificación el hecho de comportar una exención final de responsabilidad penal, responden a un fundamento completamente distinto al de estas últimas: son las llamadas **causas de inimputabilidad** (como, por ejemplo, la regulada en el apartado 1.º, referida al padecimiento por el autor del hecho de una anomalía o alteración psíquica de determinadas características) y las de **no exigibilidad** (como el miedo insuperable del apartado 6.º), de las que nos ocuparemos con

detalle en el módulo correspondiente. Se trata, en cualquier caso, de causas que no eliminan la antijuricidad del hecho (el cual sigue encontrándose desvalorado por el ordenamiento), sino únicamente la culpabilidad o imputación subjetiva de aquél al autor concreto.

Dado que el hecho justificado se considera conforme al ordenamiento jurídico en su conjunto, la justificación supone la exención de cualquier otro tipo de responsabilidad jurídica, incluida la civil, mientras que la exclusión de la culpabilidad deja indemne esta última, que habrá de regirse por los artículos 109 y siguientes CP. No obstante, y como excepción a lo dicho, el *estado de necesidad justificante no exime de responsabilidad civil*, que habrá de ser satisfecha por las personas cuyos bienes jurídicos han sido salvados a costa de los de otro (art. 118.1.3. a CP).

La **justificación** supone la exclusión de la antijuricidad → un comportamiento justificado (legítima defensa, estado necesidad, cumplimiento deber o ejercicio legítimo de un oficio, derecho o cargo) es un comportamiento correcto para el ordenamiento jurídico, está autorizado, permitido.

Exculpación será la exclusión de la culpabilidad → un comportamiento incorrecto pero que el ordenamiento le exculpa a ese individuo concreto, no lo sanciona, aunque el comportamiento siga estando prohibido o sea incorrecto, se disculpa al autor (anomalías mentales del 20.1, intoxicaciones plenas 20.2, alteraciones de la percepción desde la infancia 20.3, error de prohibición y el miedo insuperable + estado necesidad excusable 20.6

No es lo mismo el que mata en legítima defensa que el que mata siendo un retrasado mental. Esta es una diferencia conceptual importante, no es lo mismo justificar que exculpar, pese a que tanto eximentes como justificaciones se encuentren en el mismo artículo, en el 20 (excepto el error de prohibición).

Diferencia entre apreciar causa de justificación y causa de exculpación:

Como consecuencia lógica de este fundamento distinto, la apreciación de una causa de justificación del hecho típico comporta unos efectos muy distintos a los propios de una mera exclusión de culpabilidad del autor. Aun cuando en ambos casos se produzca una exención de responsabilidad criminal, ha de insistirse en los elementos diferenciadores

1. **Responsabilidad civil.** La causa de justificación hace que no haya responsabilidad civil, pero la causa de exculpación no la elimina. Aunque no siempre es así, un estado de necesidad, pese a ser causa de justificación, genera responsabilidad civil (perdido en la montaña y a punto de morir de frío, rompo una puerta y me pongo a salvo en una caseta, tendré que pagar la puerta pero no hay allanamiento).

2. **Medidas de seguridad.** Mientras que en el caso de la justificación no cabían las medidas de seguridad, en la exculpación sí que caben. En un principio sólo se le pueden poner a inimputables, sujetos que no son responsables penalmente, que han cometido un delito y cabe la posibilidad de que por su enfermedad vuelva a cometerlo (peligrosidad criminal).
- a) No se pondrán medidas de seguridad. Aunque un inimputable también puede encontrarse en legítima defensa, estado necesidad,... cuando hay inimputabilidad, pero también hay causa de justificación, no se pueden poner medidas de seguridad, ya que ha actuado como actuaría cualquier otro.
- b) Si se pondrán medidas de seguridad. En cambio una persona inimputable, con causa de exculpación, si hay peligrosidad criminal, sí que pueden haber medidas de seguridad.
3. **Participación.**
- a) Cuando el hecho principal está cubierto por una causa de justificación, no se sancionará a los partícipes.
- b) Cuando el hecho principal simplemente está cubierto por una causa de exculpación (el autor principal es inimputable), si se sancionará al partícipe.
4. **Deber de tolerar o soportar ese comportamiento** por parte del sujeto pasivo.
- a) Si está cubierto por causa de justificación no se puede oponer ante el acto legítima defensa, oposición...
- b) No está cubierto por causa de inimputabilidad. Ante un comportamiento simplemente exculpado, cabe oposición o legítima defensa frente a él.

Ej. A está teniendo un infarto en un área donde no pasan coches, no hay cobertura de móvil,... B ve un coche cerca, el único medio para salvarle la vida, el coche de C, quién no quiere dejarlo para salvar la vida de A. Si B coge el coche de C en contra de su voluntad, hurto de uso de vehículo de motor, C no podrá defenderse del hecho de B, ya que es un hecho lícito que B está autorizado a realizar, por lo que debe ser soportado por terceros (C), nunca se va a considerar un agresión ilegítima.

Elementos de las causas de justificación

- Elementos o requisitos OBJETIVOS
- Cada causa de justificación tiene sus requisitos
- Distinguimos:
 - Elementos esenciales. Si faltan no es posible aplicar la causa de justificación completa ni incompleta. Ejemplos:
 - Agresión ilegítima en la legítima defensa
 - Necesidad abstracta uso de la violencia en el 20.7
 - Elementos inesenciales.
 - Si faltan puede aplicarse la causa de justificación incompleta
 - Arts. 21.1. y 68



Una legítima defensa en la que para la defensa utilizo un medio de defensa que es más peligroso que el que están utilizando para agredirme, pierdo la necesidad de un medio proporcional en la defensa, pero es un requisito inesencial, por lo que mantendría una justificación incompleta.

Artículo 21. *Son circunstancias atenuantes:*

1. *Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en los respectivos casos.*
2. *La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.*
3. *La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.*
4. *La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.*
5. *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.*
6. *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.*
7. *Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.*

Artículo 68. *En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.*

Estos casos no son atenuantes normales y corrientes, tienen un efecto atenuante mucho más fuerte.

Esto funciona igual para las causas de justificación y para las causas de exculpación, el código no distingue entre unas y otras.

Los elementos subjetivos de las causas de justificación nos los saltamos, el último epígrafe del tema 15. No hay que estudiarlo → Elementos objetivos y subjetivos de las causas de justificación

Tema 16. Las distintas causas de justificación

Artículo 20 CP. Están exentos de responsabilidad criminal:

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

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

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

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

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

- **Primero.** Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.
- **Segundo.** Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- **Tercero.** Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

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

- **Primero.** Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.
- **Segundo.** Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.
- **Tercero.** Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6.º El que obre **impulsado por miedo insuperable**.

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

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

1. La legítima defensa

El artículo 20.4 CP exime de responsabilidad penal, cumplidos determinados requisitos, al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, otorgando, de este modo, idéntico tratamiento a la defensa propia y a la de terceros, con independencia de cuál sea la relación entre estos últimos y el defensor.

La apreciación de la legítima defensa radica en:

1. Existencia de una agresión ilegítima
2. Necesidad del medio empleado en la defensa
3. Falta de provocación previa por parte del defensor.

1.2. Requisitos de la legítima defensa. La agresión ilegítima

1.2.1. Concepto de agresión

Se reputa agresión:

- 1) el ataque a los bienes que constituya delito o falta, y
- 2) que los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.

El primer punto significa permitir la legítima defensa también frente a los ataques al patrimonio de muy poca importancia.

El segundo punto implica que la defensa de los bienes tendrá que ser frente a los ataques, mientras los bienes no se hayan perdido, si el agresor huye con los bienes ya no cabe la legítima defensa.

En cuanto a la legítima defensa de la morada, el legislador define la agresión como la entrada indebida en ella o sus dependencias.

1.2.2. La actualidad de la agresión

El código impone una serie de **límites temporales** a la actuación del defensor:

- Cuando decimos que la agresión sea actual no hablamos en el momento del ataque, basta con que el ataque se presente como próximo o inminente, es decir, cuando nos amenazan con clavarnos un cuchillo no hace falta esperar para defenderse a que se acerque e intente clavárnoslo. Claro, que esta inmediatez elimina los ataques difusos o lejanos en el tiempo.
- Actualidad de la agresión → que aún se esté llevando a cabo. La respuesta a la agresión ya concluida no supone defensa alguna. Ej. En el caso de agresiones al patrimonio, la legítima defensa sucederá mientras sea posible impedir la huida del sujeto que escapa con el botín.

1.2.3. La ilegitimidad de la agresión

La agresión ilegítima tiene que tener un **carácter penal** (no se admite ilícito civil o administrativo), lo que en modo alguno obsta a la aplicabilidad del estado de necesidad, en su caso, frente a peligros procedentes de actuaciones ilícitas, pero penalmente atípicas.

En el caso de riña mutua o libremente aceptada, en la existencia de agresiones recíprocas impediría, según el TS, la presencia de una verdadera agresión ilegítima, excluyéndose de este modo, la apreciación tanto de la eximente completa como de la incompleta.

Esta doctrina del TS tiene sus limitaciones, porque a veces durante la riña uno da un salto cualitativo que sí que haría que el otro pudiera alegar agresión ilegítima, por ejemplo, se están peleando a puñetazos y de repente uno saca una navaja, y ante esa agresión con navaja el otro coge una piedra del suelo y le golpea la cabeza. Este supuesto resulta más adecuado apreciar la

agresión ilegítima y admitir la posibilidad de legítima defensa del otro contendiente (sin perjuicio de examinar más tarde la cuestión de la provocación previa del defensor).

También se aceptará la posibilidad de defensa si la riña se ha interrumpido y uno de los contendientes la reinicia agrediendo al otro.

Ejemplo.

A y B se enzarzan en una discusión verbal. Cuando esta va subiendo de tono, B reta a A varias veces a que "se atreva a hacerle algo si no es un cobarde". En ese momento, A rompe la botella de cerveza que tenía en la mano y cogiéndola por el cuello la esgrime frente a B, haciendo ademán de clavársela, si bien B logra esquivar el golpe. Cuando A intenta por segunda vez clavarle la botella, B saca rápidamente una navaja y asesta a A un navajazo en el muslo.

1.3. Requisitos de la legítima defensa. Necesidad del medio empleado en la defensa

El requisito legal de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión se identifica con la necesidad concreta de la particular defensa ejercitada. Ello implica que, presupuesta una agresión de la que es necesario defenderse, el sujeto no puede servirse para tal fin de un medio más lesivo de lo imprescindible en ese caso; de lo contrario nos encontraremos ante un exceso intensivo que vedará la justificación completa (si bien, tratándose ahora de un requisito no esencial, todavía se podrá apreciar la incompleta).

¿El elemento utilizado para la defensa era proporcionado al ataque? ¿Se podía defender de modo menos lesivo? no estamos comparado el bien defendido y el bien que el agresor lesiona, no es una comparación de bienes en conflicto (ej. una mujer puede matar para no ser violada, si no hay otra manera de evitar ser violada, esa es la clave).

Es decir, si que se puede lesionar bienes jurídicos del agresor más importantes que los que estamos defendiendo y esto es porque el agresor es el que va contra el ordenamiento jurídico, él es el que se ha puesto en riesgo.

Se concederá la justificación si el agredido optó por defenderse de una manera racional a la luz de lo que en ese momento y circunstancias le era posible y exigible, aunque posteriormente se demuestre que hubiera tenido a su alcance un medio de defensa menos lesivo que el utilizado.

¿Qué pasa cuando se defiende de manera más lesiva de la necesaria? pues que la racionalidad del medio no se considera requisito esencial, estaríamos ante un **exceso intensivo**, por lo que sería una legítima defensa incompleta. Aunque puede que este exceso esté cubierto por un miedo insuperable (causa de exculpación)

En el requisito que ahora nos ocupa no se trata, por lo tanto, de examinar la proporcionalidad entre el bien defendido y el bien del agresor lesionado, sino de **examinar la necesidad de la defensa** (se trata, siguiendo con el mismo ejemplo, de valorar si en las

circunstancias del caso hubiese sido factible impedir o repeler la agresión sexual de un modo menos lesivo).

Ahora bien, la doctrina está mostrando un gran interés por restringir la gran amplitud de la que dicho punto de partida, aplicado sin más, dotaría a la eximente estudiada. De ahí que –como parte de lo que suelen denominarse restricciones eticosociales de la legítima defensa– se tienda a no admitirla (o como máximo de forma incompleta) en casos de gran desproporción entre el bien atacado por el agresor y el lesionado por quien se defiende. Así lo admite ya la propia jurisprudencia.

Aun cuando la única forma de impedir el hurto de la cartera pase por disparar al ladrón que huye con la intención de darle (por ejemplo, porque el propietario se encuentra impedido para alcanzarlo corriendo tras él), la causación de la muerte o de gravísimas lesiones a éste no podría ampararse en la legítima defensa completa, dada la gran desproporción entre el bien jurídico lesionado (la vida o la integridad física) y el que se pretendía defender (el patrimonio ante una agresión de pequeña importancia).

1.4. Requisitos de la legítima defensa. Falta de provocación suficiente

El art. 20.4 CP exige la "falta de provocación suficiente por parte del defensor", de modo que cuando este último haya provocado la agresión ilegítima, su defensa frente a ésta sólo podrá ampararse, en su caso, en la causa de justificación incompleta, mas no podrá dar lugar a la exención total de responsabilidad.

Ahora bien, esta falta de provocación suficiente por parte del autor, no se indica que cualquier provocación priva de la posibilidad de defensa legítima, sólo la suficiente, dado que sería injusto que una provocación insignificante frente a la que el otro sujeto respondió de forma desmedida enervase la legítima defensa de éste frente a tan desproporcionada reacción. Si me pongo chulo de: venga hazme algo, hazme algo, y el otro saca un hacha y me agrede, pues oye, que sí que es legítima la defensa.

En el ejemplo del punto 1.2.3., la profesora opina que la reacción a la provocación ha sido desmedida, por lo que sería una legítima defensa completa.

Ejemplo

A propina una brutal paliza a C, a quien deja tendido en el suelo. C recobra el conocimiento cuando A está recogiendo varias cosas que se le han caído durante la pela para marcharse del lugar. En ese momento C saca un arma de fuego (que no le dio tiempo a utilizar durante la paliza) y dispara a A en la pierna causándole una grave lesión.

La legítima defensa no es solo de la vida y la integridad física, también se puede ejercer legítima defensa ante agresiones a otros bienes jurídicos (art.20.4 bienes patrimoniales), en el caso del 20.4 se considerará actual siempre y cuando aún quepa la posibilidad de recuperar esos

bienes, así que en este ejemplo sería agresión ilegítima sobre nuestros bienes, será actual (aún los puede recuperar), pero perderemos la racionalidad del medio.

Aquí siempre hay rollo. Ejemplo del atracador de 20 años que intenta llevarse las joyas del joyero y éste que es un anciano, le pega un tiro a las piernas, lo que en teoría está justificado porque es una agresión ilegítima, actual, no tiene otro medio de evitarlo y no hay provocación. Aquí es donde aparece una desproporción muy grande entre bienes que la jurisprudencia no admitiría (o como máximo lo haría de forma incompleta)

¿Calificaríamos de la misma manera si cuando C dispara sobre A éste estuviera huyendo con los bienes que previamente le había arrebatado a C?

La agresión ya había finalizado, por lo que no es una defensa, por lo que no estamos ante una defensa, estamos ante una agresión.

Ejemplo

Miguel, con la cara cubierta con un pasamontañas consigue entrar en la vivienda de Julián, trepando por una ventana entreabierta de la primera planta. Una vez allí se dirige a la sala en la que estaba colgado un valioso cuadro, encontrándose en ese momento cara a cara con Julián, que alertado por el ruido salía de la cocina esgrimiendo un cuchillo de grandes dimensiones. Sin mediar palabra, Julián, a pesar de haberlo podido reducir fácilmente con su sola fuerza física debido a sus conocimientos de defensa personal y a su mayor complexión y al hecho que Miguel se encuentra perceptiblemente desarmado, le asesta de manera inopinada dos profundas puñaladas en el pecho. A consecuencia de las mismas el intruso tiene que ser intervenido de urgencia y consigue salvar finalmente la vida.

En este caso falla la proporcionalidad.

Las FCCSEG tienen el privilegio del error (Comentario respecto a las cargas indiscriminadas)

2. El estado de necesidad

2.1. Fundamento y naturaleza

La segunda de las causas de justificación, contemplada en el art. 20.5 CP, permite amparar el comportamiento de quien, para preservar un bien jurídico (propio o de otra persona) de un peligro inminente de lesión no tiene más salida que lesionar o poner en peligro un bien jurídico de un tercero, de manera que produce, con ello, un mal que, valorado en su conjunto, ha de revestir menor importancia para el ordenamiento que el que se pretendía evitar.

Así pues, a diferencia de en la legítima defensa, en el estado de necesidad se reacciona frente a un peligro para bienes jurídicos que no procede de la agresión de un tercero, sino de otras fuentes (fenómenos naturales, un accidente fortuito, la enfermedad, etc.); de ahí precisamente las diferencias en la regulación legal de una y otra causa.

Mientras que en la legítima defensa es la conducta del agresor la que crea el peligro para los bienes ajenos de forma contraria al ordenamiento jurídico (lo que le obliga a soportar, a su vez, que los suyos se vean lesionados aunque sean más importantes que los atacados), en el estado de necesidad sólo se puede obligar al tercero a soportar la lesión de sus bienes (situados en pie de igualdad con los del otro sujeto) si ésta resulta imprescindible para evitar un mal mayor, por cuanto, no siendo responsable de la situación de peligro ni habiendo lesionado el ordenamiento jurídico, otra cosa resultaría claramente injusta.

2.2. La situación de necesidad

Julio había sido condenado en sentencia firme a una pena privativa del permiso de conducir vehículos a motor, pena todavía en vigor y respecto de la que Julio nada había comentado en su lugar de trabajo. Una tarde, su jefe Amadeo le asigna la tarea de hacer un recado urgente cogiendo el coche de la empresa, y, ante la actitud dubitativa de Julio, le amenaza con despedirle si no lo hace. Finalmente, Julio hace caso de la orden de Amadeo, cometiendo así un hecho típico de delito de quebrantamiento de condena del art.468 CP.

El abogado defensor podría decir que ha quebrantado la pena de prohibir conducir para que el jefe no lo despidiera, alegando estado de necesidad, pero para alegar estado de necesidad lo primero que hay que demostrar es la "situación de necesidad", término que no viene definido en el CP. En el CP solo se exige que concurren los siguientes requisitos:

- Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar
- Que la situación no haya sido creada por el sujeto
- Que no haya obligación de sacrificarse por oficio o cargo.

Lo que se discute en el Estado de Necesidad normalmente no son los tres requisitos, sino el hecho de encontrarse en una **situación de necesidad**. Para considerar que se encuentra en esta situación es necesario que:

1. La **amenaza de un mal real, grave e inminente** para el Bien Jurídico. Es decir, no serviría como mal una situación de estrechez económica, sólo serviría cuando la precariedad es acuciante e impide satisfacer las necesidades básicas → Hurto famélico. Suele aplicarse la eximente incompleta en casos medios (buscando empleo, solicitando ayudas sociales,...)
2. **Necesidad de lesionar un bien jurídico**. Si falta esto no habrá estado de necesidad completo o incompleto. Si hubiese sido posible salvaguardar los bienes en peligro mediante una actuación respetuosa de los intereses de terceros, no podrá apreciarse estado de necesidad si en su variante completa ni incompleta.
3. La **necesidad concreta o subsidiariedad**: que la única manera de evitar ese perjuicio sea realmente el medio concreto elegido para solventar la situación de peligro. Que jurisprudencialmente se examina si:
4. Si habiendo necesidad se ha optado por la **salida menos lesiva**. Si falla esto podría darse un estado de necesidad incompleto, pero no siempre.

La jurisprudencia suele considerar la subsidiariedad como una exigencia esencial.

Todo esto teniendo en cuenta que si no hay amenaza de un mal inminente no hay causa de justificación ninguna.

En el ejemplo que analizamos está clara la amenaza de un mal inminente (el despido de Julio), pero ¿el conducir para evitar el despido es la única salida posible?, ¿no podría haber solucionado el problema de otra forma? haber hablado con Amadeo y explicarle que no tenía carné de conducir, o llamar a un amigo que le llevara,....

En este caso no intentó una salida lícita al conflicto, cualquier Tribunal hubiera denegado el estado de necesidad.

Sin embargo si hubiera cogido el coche para llevar a su jefe con una necesidad imperiosa al médico que hubiera aconsejado no esperar a la ambulancia, seguramente si se hubiera reconocido el estado de necesidad.

En la práctica dónde más se alega el estado de necesidad es en:

- Delitos de tráfico de droga. Sobre todo en el caso que se les detecta en el aeropuerto, vienen de países en los que no tenían sus necesidades básicas cubiertas y no les quedó más remedio que hacer el tráfico de drogas (aunque normalmente les dicen que no). Para que se aprecie un estado de necesidad, basado en la precariedad económica, tiene que ser muy extremo, la estrechez económica no es motivo suficiente. Si se han dado casos en los que se sabe que el dinero es para una operación de un menor y no se tienen fondos para la operación....

- Pequeños delitos económicos. No suele aceptarse por el mismo motivo que la anterior.

2.3. Requisitos del estado de necesidad

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

Esta exigencia obliga a realizar una ponderación entre todos los bienes jurídicos y los intereses en juego para, de este modo, poder determinar si en efecto procedía sacrificar algunos de éstos en aras de la evitación de un mal mayor

Un posible criterio sería utilizar la jerarquía de bienes jurídicos, la cual se puede deducir del Código Penal, pero este criterio lleva a soluciones indeseables (podríamos tener que sufrir que nos quitaran un riñón para salvar la vida de otro).

La tarea de ponderación requiere que se tengan en cuenta todos los bienes jurídicos implicados, y no sólo los que parezcan estarlo de la manera más inmediata.

La jurisprudencia ha admitido tres posibilidades de gradación:

- Se causa un mal inferior al que se evita → eximente completa
- Se causa un mal ligeramente superior al que se evita → eximente incompleta
- Se causa un mal claramente superior al que se evita → sanción

2.3.2. Que la situación de necesidad no haya sido provocada de forma intencionada por el sujeto

- El objeto de la provocación excluyente de la justificación ha de ser realmente la situación de necesidad, el conflicto entre bienes jurídicos. Para descartarla no bastará con que el sujeto provoque intencionadamente la situación de peligro previa a la colisión de intereses. Ej. Quemo mi fábrica para cobrar el seguro y al quedarme encerrado he de romper la pared con una nave de al lado para poder salvarme. Solo quería cobrar el seguro, no dañar la nave de al lado.
- La provocación intencionada sólo comprende la dolosa (con dolo directo o eventual).

2.3.3. Que el sujeto no tenga obligación de sacrificarse en razón de su oficio o cargo

El hecho de que determinadas profesiones y cargos impliquen la asunción voluntaria de ciertos riesgos (bomberos, socorristas, etc.) motiva que no se aprecie el estado de necesidad completo si el sujeto pretendía protegerse de un riesgo inherente a aquéllos, y que, por lo tanto, tenía un deber jurídico de soportar. Se trata de un requisito no esencial, de manera que su no cumplimiento no obsta a la apreciación del estado de necesidad incompleto.

- Debe quedar claro que es un riesgo inherente a su profesión. De no serlo, no hay impedimento para aceptar el estado de necesidad.
- El deber jurídico de asumir riesgos tiene sus límites, en caso de grave desproporción entre los bienes jurídicos permitiría la posibilidad de justificación plena.

Ejemplo. Estado de necesidad

José y Teresa rompen la cerradura de un inmueble no habitado, propiedad del Ayuntamiento de una localidad manchega, instalándose en él para utilizarlo como vivienda sin contar con autorización alguna para ello. En el momento de realizar esta conducta, habían pasado tres noches durmiendo en un coche con sus tres hijos menores. El ayuntamiento les había recomendado solicitar una vivienda social, cosa que de momento no habían hecho.

Sería un delito típico de usurpación de inmuebles Art.245.2 CP, en el que alegaron estado de necesidad. En primera instancia no se aceptó porque hubieran tenido una salida lícita que era la vía de solicitar una vivienda social del ayuntamiento, que no lo habían solicitado, por lo que la única vía posible no era la ilícita.

Pero en segunda instancia se les absuelve ya que la situación de precariedad extrema estaba clara (estaban durmiendo en un coche con tres niños)

Se alegó que a saber cuándo le podrían dar la casa del ayuntamiento desde que la pidieran, que en el plazo podrían perder la custodia de los niños,... el delito cometido era de baja intensidad, la ocupación de un bajo del ayuntamiento, no era el robo de un banco,... por lo que si se apreció esta causa de justificación.

Ejemplo. Estado de necesidad

Bernardo F.- es secretario judicial del juzgado 5 de Oviedo: encontrándose en el juzgado y estando el juez titular del mismo en una reunión en otra ciudad, recibe a una señora muy afligida porque según ella misma comunica, la policía acaba de detener a su marido en virtud de una orden de busca y captura que en su día había sido dictada por el mismo juzgado. El secretario comprueba que dicha orden fue emitida un año antes en un procedimiento relativo a una estafa de poca importancia y que tal orden respondió al hecho de que el sujeto (marido de la señora, hoy detenido) fue en aquel momento declarado en rebeldía, al no tener domicilio conocido (la declaración de rebeldía se halla prevista en la LECrim como uno de los supuestos que justifican la detención). La mujer asegura al secretario que en este momento ya tienen un domicilio fijo y conocido, - lo que supondría que ya no existiría situación de rebeldía - y de hecho le muestra un documento que la policía había dejado en su domicilio el día anterior, ordenando al marido comparecer en Comisaría (cosa que el marido había hecho, siendo detenido precisamente en ese momento). Ante la reiterada solicitud de la mujer, el Secretario redacta un oficio ordenando la puesta en libertad del detenido y firmándolo como Magistrado Juez Gerardo F.

A este hombre le metieron 4 años y pico por una falsedad documental, pero alegaron y aceptaron el estado de necesidad, cosa que la profesora no comparte, habría otra manera, peor seguramente era la pena tan alta que el juez utilizó el estado de necesidad para no castigar tanto.

3. El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

3.1. Sentido y fundamento

La coherencia de la unidad del ordenamiento jurídico se vería en entredicho si consideráramos penalmente ilícitos comportamientos que otro sector del mismo sistema jurídico considera obligatorios (deberes) o que, como mínimo, autoriza (derechos).

Lo que ha de entenderse es que el hecho típico queda justificado siempre y cuando el sujeto se comporte dentro de los límites propios de su deber, derecho, oficio o cargo (pues sólo entonces nos hallaremos ante un ejercicio "legítimo"), límites que deberemos deducir de su regulación en el sector del ordenamiento respectivo (civil, administrativo, etc.).

En este ámbito del cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo nos encontramos con que, en determinadas ocasiones, el legislador se conforma expresamente con el examen cuidadoso de la situación, aun cuando finalmente resultase que no concurría la situación objetivamente justificante, admitiendo directamente la justificación (sin remitirse, por tanto, a las reglas del error)¹⁵.

¹⁵ El art. 492.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al agente a detener a la persona respecto a la que se tengan motivos "racionalmente" suficientes para sospechar que ha participado en un delito. Ello supone que cabrá justificar al agente (por el art. 20.7 CP en conexión con el mencionado precepto de dicha Ley) que practica la detención, aun cuando ex post se demuestre que el sujeto no había cometido delito alguno, siempre que, conforme a un juicio racional general, existiera un fundamento ex ante para creerlo así.

Ejemplo

Una empresa se encuentra interesada en conocer la situación financiera de una determinada persona, para lo cual contrata los servicios de Sabrina, Detective Privado debidamente colegiada como tal. Por procedimientos no determinados, Sabrina obtiene el número de cuenta de esta persona, accediendo además a toda la información relativa al estado de dicha cuenta, información que comunica a la empresa que la ha contratado.

Esto es un delito de descubrimiento y revelación de secretos del art.197 CP. Su condición de detective no evita la comisión de este delito, ya que el ejercicio legítimo de profesión, oficio o cargo, es la vía de entrada de otras ramas del ordenamiento jurídico (fuera del penal), pero siempre que sean legítimos, en el caso del detective privado no está autorizado a estas investigaciones, su profesión no le autoriza a esto, por lo que cometería el delito.

3.2. El ejercicio de derechos constitucionales

Dado el indiscutible carácter normativo (y no meramente programático) de la Constitución, resulta obvio que ésta es fuente de verdaderos derechos (algunos de ellos dotados del máximo rango de fundamentales). Pues bien, en ocasiones puede suceder, aunque ciertamente no sea lo habitual, que el ejercicio de uno de estos derechos implique la lesión de bienes jurídicos penalmente protegidos. De ser éste el caso, habrá que realizar la necesaria tarea de ponderación, que puede conducir, en ocasiones, a la justificación del comportamiento típico.

Ejemplo. Conflictos entre libertad de expresión y derecho al honor

3.3. El uso de la violencia por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad

En primer lugar hay que tener en cuenta el requisito consistente en que el agente se halle en el ejercicio de sus funciones, es decir, la violencia sea ejercida en el desempeño de una función pública.

La doctrina ha ido perfilando los límites de este uso legítimo de la fuerza:

- Que dicho uso resulte **necesario** para cumplir sus funciones. Recogido en la LOFCS en sus principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad.
- **Necesidad abstracta** del uso de la violencia. No es necesario que el agente esté siendo objeto de una agresión ilegítima para hacer uso de la violencia, ésta puede ser necesaria para el cumplimiento de sus funciones sin haber agresión.
- **Necesidad de la violencia concreta**. El medio concreto utilizado no excediera el necesario para el cumplimiento de la función.

Ejemplo

El agente Sr.Yañez se encontraba de servicio ejerciendo las funciones propias de su cargo de cabo de la Policía Nacional cuando, después de un aviso por radio, inició la persecución para detener a un sujeto sospechoso de haber hurtado un bolso. Al no poder atraparlo, y como el

sospechoso no atendía a los avisos de "alto" proferidos por el agente, éste disparó contra el sujeto, causándole lesiones graves por arma de fuego.

¿Cuándo se acepta la necesidad de violencia? solo cuando es necesaria, y la jurisprudencia suele distinguir entre:

- ⊕ **Necesidad abstracta de la violencia.** La violencia tiene que ser necesaria para el cumplimiento de una función pública o policial (un desalojo, una detención, restauración de orden público,...). Cuando un sujeto ya está detenido, una vez detenido, la violencia posterior, ya no es necesaria para el cumplimiento de la función, la necesidad abstracta es requisito fundamental, y si no se da no hay causa de justificación ni completa ni incompleta. No es necesario que el agente esté siendo objeto de una agresión ilegítima para hacer uso de la violencia, ésta puede ser necesaria para el cumplimiento de sus funciones sin haber agresión
- ⊕ **Necesidad concreta de la violencia.** Es cuando se está cumpliendo una necesidad policial, ej. exceso de carga en una manifestación. Si hay un exceso → incompleta → art.68, baja la pena 1 o 2 grados.

4. Los supuestos mandatos antijurídicos obligatorios. La obediencia debida

Alejandro es un funcionario policial asignado a un cuerpo especial dedicado a la investigación de delitos relacionados con el terrorismo. El jefe de dicho grupo, el comisario Alonso, le ordena intervenir las comunicaciones telefónicas de dos sujetos respecto de los que existen sospechas de que pueden estar involucrados en lo que parece la preparación de un futuro atentado, intervención que no cuenta con la autorización judicial preceptiva a tenor del art.18.3 de la CE y desarrollada por los arts.579 y ss. de la LECrim. En cumplimiento de las indicaciones de su superior, Alejandro consigue interceptar las comunicaciones de los sospechosos.

La conducta de intervención de comunicaciones se encuentra tipificada como delito de descubrimiento y revelación de secretos en el art.197 CP.

La obediencia debida ya no es causa de justificación, desapareció en el CP de 1995, se pueden desobedecer órdenes manifiestamente ilegales.

5. El consentimiento

Hay delitos para cuya verificación es conceptualmente precisa la vulneración de la voluntad de la víctima, de modo que si existe consentimiento del sujeto pasivo desaparece toda lesividad de la conducta.

En tales casos, por tanto, la presencia de ese consentimiento (con frecuencia denominado acuerdo por la doctrina) no neutraliza la antijuridicidad del comportamiento, sino que impide la tipicidad misma.

Por ejemplo si invito a alguien a mi casa, éste ya no comete allanamiento de morada.

En otros casos, por el contrario, la existencia de consentimiento por parte de la víctima no elimina la lesión al bien jurídico.

Por ejemplo el caso de unas prácticas sadomasoquistas, mi consentimiento no excluye la agresión a la integridad física, mi consentimiento no hace desaparecer la tipicidad de la conducta. En todo caso se podría discutir si ese consentimiento puede constituir causa de justificación.

Pues ese consentimiento no está recogido en el art.20 CP, por lo que el consentimiento no es causa de justificación como podría serlo la legítima defensa. El CP lo que hace es prever su concurrencia en ciertos supuestos de la parte especial, y otorgarle unas determinadas consecuencias jurídicas. Por ejemplo el art.155.

Artículo 155 CP. *En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.
No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.*

A raíz de estas tipificaciones, la doctrina penal ha ido elaborando una teoría general del consentimiento para determinar qué requisitos debe satisfacer esta. Se suele señalar que:

- El sujeto ha de poseer la llamada **capacidad natural de juicio** para comprender el significado y consecuencias de su consentimiento (la cual no se identifica, por cierto, con la mayoría de edad civil)
- **Ausencia de vicios de la voluntad** (como el error, la coacción o el engaño) que invalidan el consentimiento prestado.

Tema 17. La culpabilidad (I): Concepto

- I. Concepto y fundamento de la culpabilidad
- II. Estructura del juicio de culpabilidad.

Concepto culpabilidad, estructura,... si entra. Polémica doctrinal pasando de estudiarlo.

7.1. Introducción

En este segundo escalón de la estructura del delito examinaremos si el hecho típicamente antijurídico puede ser reprochado a su autor, si se le puede hacer responsable del mismo, si podemos reprochar jurídicamente a una persona que haya obrado de esa manera.

Juicio de culpabilidad: atribución del hecho típicamente antijurídico a quien lo ha realizado.

7.2. Concepto y fundamento de la culpabilidad

Concepción normativa de la culpabilidad: juicio de reproche dirigido al sujeto por haberse comportado de modo contrario al ordenamiento jurídico.

Fundamento de la culpabilidad: libertad de la voluntad. Se reprocha al sujeto no haberse comportado de modo distinto a como lo hizo, pudiendo hacerlo.

Lo que se analiza es si pudo comportarse de otra manera, si se le puede acusar por ello, no si lo hizo o no, que eso ya está claro, sino su libertad de acción

El 7.3 y 7.4 hablan sobre la libertad de la voluntad, pero ella no lo vio en clase

7.5. Estructura del juicio de culpabilidad

En el juicio de culpabilidad se debe comprobar la infracción por parte del sujeto de la norma de determinación a él personalmente destinada. Para ello, será necesario:

- Imputabilidad. Condiciones mentales del sujeto (anomalías,...). El sujeto debe tener capacidad para comprender la ilicitud del hecho y de comportarse conforme a esa comprensión. Capacidad de entender de lo que se hace, su significado y de controlar la voluntad.

- Conocimiento de la antijuricidad. El sujeto tiene que tener un conocimiento, al menos potencial, de la significación antijurídica de la conducta, debe haber podido conocer que el hecho estaba prohibido. Error de prohibición (no saber que lo que se hace está prohibido).

Pedro, en un arrebato, da muerte a su novia al creer que ella estaba a punto de asesinar al bebe que tienen ambos: realiza un hecho típico...

- Exigibilidad. En el caso de los delitos dolosos, debe haberse podido exigir al sujeto que se hubiera comportado de otro modo. La conducta no sería exigible en casos de miedo insuperable, estados de necesidad exculpantes entre bienes iguales,... el justificante es cuando se lesiona un

bien para salvar uno de superior importancia. El exculpante es cuando los bienes en conflicto son iguales, por lo que el ordenamiento no justifica el hecho pero lo exculpa (lo comprende), sabe que no se puede exigir una heroicidad a nadie.

Pedro ha matado a la novia porque estaban los dos pendiendo de la misma cuerda en una escalada y o corta la cuerda o mueren los dos.

Tema 18. La culpabilidad (II): La imputabilidad

18.1. La imputabilidad y su ausencia

18.2. La minoría de edad penal

18.1. La imputabilidad y su ausencia

El Código penal no ofrece una definición positiva de imputabilidad, sino que se limita a enumerar en qué supuestos el sujeto no resulta imputable. Por ello, la noción de imputabilidad debe extraerse a contrario sensu de lo expresado en la formulación de las causas de inimputabilidad legalmente consignadas.

La imputación es capacidad de culpabilidad y consiste en el conjunto de requisitos psicobiológicos que expresan que el sujeto tenía la capacidad de comprender la ilicitud del hecho realizado y de actuar conforme a esa comprensión.

Es posible, pues, que al sujeto le falte ya la posibilidad de captar la ilicitud del hecho, pero también que, habiendo percibido su carácter antijurídico, no haya podido optar por el comportamiento acorde a la norma penal: en ambos casos nos encontramos ante un inimputable.

La consecuencia inmediata de la apreciación de la inimputabilidad en el sujeto es la ausencia de pena. Sin embargo, ello no determina la falta total de respuesta por parte del ordenamiento jurídico-penal: existe la posibilidad de aplicar una medida de seguridad al inimputable que haya realizado un hecho ilícito y que se muestre criminalmente peligroso.

Causas de exclusión de la culpabilidad específicamente reconocidas en el Código Penal:

○ **Causas de inimputabilidad**

- Anomalía o alteración psíquica, de carácter permanente o trastorno mental transitorio (20.1)
- Intoxicación plena (20.2). Por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas,...
- Alteraciones en la percepción (20.3) desde el nacimiento o desde la infancia que produzca grave alteración de la conciencia.
- Minoría de edad (19). Esto se aborda de manera distinta en cada país, época,...

○ **Error de prohibición**

- Error de prohibición (14.3)

○ **Causas de inexigibilidad**

- Estado de necesidad exculpante (art.20.5)
- Miedo insuperable (20.6)

En caso de que sea incompleta la inimputabilidad no quiere decir que salgas en libertad, se pueden aplicar medidas de seguridad, pero no en todos los casos, si lo detienen borracho una noche no tienen por qué poner las medidas, solo se imponen cuando un sujeto ha sido declarado inimputable o semi-inimputable y además hay una previsión de peligrosidad criminal.

- **Ausencia de culpabilidad** → Exclusión de la responsabilidad (20.1, 2, 3, 4, 5 y 6)
- **Disminución de la culpabilidad** → Eximente incompleta (art.21.1) pena inferior en uno o dos grados (art.68)
- **Leve disminución de la culpabilidad** → Circunstancia atenuante analógica (21.7), art.66
- **Minoría de edad** (19). Esto se aborda de manera distinta en cada país, época,...

 - La verdadera frontera está en los 14 años, por debajo no existe ningún tipo de responsabilidad, se le aplican solo medidas civiles.
 - A partir de los 18 se aplica el CP.
 - Entre 14 y 18 se aplica la Ley de responsabilidad penal de los menores, no es el CP, pero es una ley penal, por lo que ser menor no es una causa de inimputabilidad, ser menor de 14 si, pero entre 14 y 18 se es responsable penalmente pero de otra ley distinta del CP, una más suave.

La ley de menor, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, no es un paralelo al código, no es un catálogo de delitos y penas, es algo más flexible, la tipificación del delito es la que está en el CP, la ley del menor lo que le da al Juez es una serie de medidas que puede imponer, pero de una manera mucho más flexible que el CP. Está orientada sobre todo a la reinserción.

18.1.1. Anomalía o alteración psíquica

Conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1, queda exento de responsabilidad criminal aquel "que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión".

Trastorno mental transitorio: la expresión "cualquier anomalía o alteración psíquica" comprende también los supuestos de trastorno mental transitorio, que no constituyen más que una manifestación de aquéllas caracterizada por su brevedad temporal. Por lo demás, esto se explicita en el segundo párrafo del propio artículo 20.1 al consignarse que "el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión".

Para eximir de responsabilidad es necesario que afecte a las capacidades intelectual y volitiva del sujeto con la misma intensidad que la que se requiere en los casos de un trastorno mental permanente, de forma que tenga lugar el efecto de inimputabilidad demandado por el artículo 20.1.

De acuerdo con el artículo 20, "en los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código". No resulta intrascendente la ubicación de esta cláusula al final del artículo 20, pues, a diferencia de lo que ocurría en la legislación derogada (en la que la previsión de medidas del artículo 8.1. se ceñía a los casos de enajenación), eso permitirá su proyección a los supuestos de trastorno mental transitorio.

En caso de apreciarse la eximente de forma incompleta, amén de la rebaja de la pena (conforme a lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal), podrá aplicarse también una medida de seguridad (artículo 104): en este caso de anomalía o alteración psíquica, la recogida en el artículo 101, siempre que la pena fuera también privativa de libertad (y, si procede, las medidas no privativas de libertad de los artículos 96.3 y 105). Tampoco aquí podrá rebasar la duración de pena prevista para el delito. Sin embargo, no se ha previsto la posibilidad de imponer medidas de seguridad a aquellas personas de imputabilidad disminuida en quienes se aprecie una atenuante analógica a la eximente incompleta.

18.1.2. Estado de intoxicación plena y síndrome de abstinencia

De acuerdo con el artículo 20.2 del Código penal, queda exento de responsabilidad criminal quien "se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos".

Se trata realmente de una modalidad particular de trastorno mental transitorio, consignada expresamente por el legislador en el texto punitivo, en la que la perturbación obedece a unas causas exógenas muy concretas: la ingestión de alcohol o drogas.

El efecto psíquico de inimputabilidad tiene que ser idéntico al que antes se ha analizado para la anomalía o alteración psíquica permanentes: incapacidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a ese entendimiento.

No toda intoxicación plena conllevará la exención de responsabilidad, sino sólo aquella que no se hubiese buscado con el propósito de delinquir ni se hubiese producido de modo y manera que hubiera debido preverse la ulterior realización, en tal situación, del hecho delictivo.

Es imprescindible que el sujeto actúe ilícitamente "a causa" de tal adicción: debe haber una relación entre el hecho cometido y la necesidad de consumo de droga provocada por la drogodependencia (aunque, por lo dicho, el comportamiento no se halla conectado a un síndrome de abstinencia concreto). Además, la adicción debe ser "grave".

18.1.3. Alteraciones en la percepción

De acuerdo con el artículo 20.3. del Código penal, está exento de responsabilidad criminal: "[...] el que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad".

Aunque, a diferencia de las dos causas de inimputabilidad ya vistas, no se mencione expresamente la necesidad de que el sujeto se vea privado de la capacidad de comprender la ilicitud y de obrar conforme a esa comprensión, tal exigencia debe sobreentenderse necesariamente. Esa realidad a la que se alude en el precepto y cuya conciencia debe estar alterada es la realidad normativa

A los declarados inimputables en virtud de esta eximente se les podrá aplicar, si fuera necesario y la pena que hubiera podido imponerse por el delito cometido en el caso de haber sido el sujeto responsable fuera privativa de libertad, la medida de seguridad prevista en el artículo 103 del Código penal: internamiento en un centro educativo especial (además, si es el caso, de las no privativas de libertad de los artículos 96.3 y 105). El internamiento no podrá exceder el tiempo que habría durado la correspondiente pena privativa de libertad y, además, deberá cesar en cuanto el sujeto haya adquirido, por medio de la educación, la capacidad para comprender la realidad jurídico-penal.

18.1.4. El momento de la imputabilidad. *La actio libera in causa*

El momento de la imputabilidad. "al tiempo de cometer la infracción penal" (20.1 y 20.2)

El momento en el que se debe examinar la concurrencia o no de capacidad de culpabilidad es el de la realización de la conducta típica ("momento de cometer la infracción penal", como rezan los artículos 20.1 y 20.2 del Código penal).

De acuerdo con el principio de coincidencia o simultaneidad entre el injusto y la culpabilidad, como manifestación del principio de culpabilidad, el sujeto debe ser imputable en el momento de realización del hecho penalmente ilícito.

En los casos de **inimputabilidad sobrevenida**, esto es, cuando ésta aparece en un momento posterior a la realización del hecho delictivo, la responsabilidad subsiste (esto sólo puede darse en los supuestos de anomalías o alteraciones psíquicas; ejemplo: una persona mata a otra y después enloquece).

Artículo 20. *Están exentos de responsabilidad criminal:*

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

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

La situación de inimputabilidad en la que se encuentra el sujeto en el momento de realizar la conducta delictiva puede haber sido provocada por una actuación anterior del mismo. En tal caso, nos encontramos ante una *actio libera in causa*: la acción llevada a cabo en estado de inimputabilidad (*actio non libera in se*), sin embargo, se considera "libre" en su causa u origen porque aquél ha sido provocado por el mismo sujeto con una actuación anterior (*actio praecedens*) verificada en un momento en el que sí era plenamente imputable.

En las *actiones liberae in causa*, el sujeto no queda exento de responsabilidad criminal pese a que realiza la acción inmediatamente lesiva del bien jurídico en una situación de inimputabilidad.



Esta actividad se denomina "*actio libera in causa*", y es un título de imputación subjetiva concurrente. En el momento en el que se comete el hecho el sujeto no es libre, pero tiene su origen en un momento en el que el sujeto sí que era libre y que podía prever que esto podía pasar, o que lo buscó intencionadamente.

Actio libera in causa → Acción que no es libre cuando se comete pero si en su causa.

La situación de buscar la situación de inimputabilidad no es frecuente, aunque alguna sentencia hay, algún caso de individuo que no se atreve a cometer el delito y que consume alguna sustancia desinhibidora (droga, alcohol,..) para animarse. El individuo ya tenía claro que iba a delinquir, por lo que no se apreciará la inimputabilidad. Lo que es más frecuente son los casos de conducción bajo efectos del alcohol o temeridad manifiesta, no se les aplica la inimputabilidad, beben sabiendo que luego van a conducir

Ej. El epiléptico tiene su enfermedad controlado con medicación y un día, sabiendo que debe conducir hasta su casa y que el consumo de alcohol le provoca un efecto negativo sobre ella, se toma unas copas. Mientras se dirige a su casa, sufre una crisis convulsiva que le hace perder el control del vehículo y colisiona con otro, produciendo la muerte de otra persona.

Estaríamos ante un homicidio y no se le aplicaría la inimputabilidad.



Tema 19. La culpabilidad (III). El desconocimiento de la ilicitud y el error de prohibición

19.1. Regulación legal del error de prohibición

Para poder atribuir al sujeto el hecho ilícito realizado, existe acuerdo en exigir que haya conocido o, como mínimo, debido conocer su carácter antijurídico. Sólo cuando concurre conocimiento, al menos potencial, de la ilicitud es posible afirmar que el sujeto ha actuado culpablemente.

Por tanto, el desconocimiento invencible del carácter ilícito del hecho cometido debe abrir paso a la impunidad. En cambio, si ese desconocimiento es vencible, se deberá atemperar la sanción en atención a una disminución de la culpabilidad

El conocimiento de la ilicitud de la conducta no debe confundirse con la convicción del sujeto de que su comportamiento, que sabe prohibido, no merecería estarlo. En tales supuestos, que a menudo se etiquetan genéricamente como delincuencia por convicción, el hecho de que el sujeto crea que el ordenamiento tendría que justificarle no comporta merma alguna de la culpabilidad, que en modo alguno debe identificarse con el hecho de que el sujeto se sienta o no culpable (es decir, con la culpabilidad moral).

Artículo 14.3 CP. *"El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."*

El error de -o sobre la- prohibición supone el desconocimiento por parte del sujeto de la significación antijurídica de su conducta. Incurren en este error aquellas personas que no saben que actúan de forma contraria al ordenamiento jurídico. Su apreciación comporta la exclusión del conocimiento de la ilicitud como elemento de la culpabilidad. La apreciación del error de prohibición disminuye (si es vencible) o excluye (si es invencible) la culpabilidad del sujeto por el hecho penalmente antijurídico.

- **Error de prohibición vencible** → Disminución de la culpabilidad → Pena inferior en uno o dos grados
- **Error de prohibición invencible** → Exclusión de la culpabilidad → Impunidad

Lo que siempre se exige en estos casos es que el error sea creíble.

Mientras que el error de tipo se proyecta sobre el hecho valorado como ilícito (sobre el hecho constitutivo de la infracción criminal), el error de prohibición versa sobre la valoración como ilícito que recae sobre el hecho (sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción criminal). En el error de prohibición, el sujeto desconoce que la conducta que realiza está prohibida por el ordenamiento jurídico. En el de tipo, en cambio, el autor no percibe correctamente aquello que está haciendo (ignora que al disparar contra aquello que cree que es un animal está matando realmente una persona).

19.1.1. Criterios de apreciación

1) **Naturaleza del delito:** el TS tiende a rechazar el error en infracciones elementales la ilicitud de las cuales sea notoria y de comprensión y constancia generalizadas.

2) **Modus operandi utilizado en la realización del delito:** se rechaza el error si el sujeto ha recurrido a vías de hecho o medios de comisión (violencia, intimidación) desautorizados generalmente por el ordenamiento o si ha obrado de forma clandestina o secreta o intentando ocultar o simular su actuación.

3) **Circunstancias personales del autor:** el TS se muestra contrario a admitir el error de quien realiza una conducta que se puede incardinar en el ámbito específico de su profesión.

Una vez se haya acreditado su concurrencia, el error se calificará como vencible si el sujeto pudo y debió evitar el desconocimiento de la antijuridicidad, y como invencible en caso contrario.

19.2. Clases de error de prohibición

Cabe distinguir entre un **error directo de prohibición**, el cual se proyecta directamente sobre la norma penal que prohíbe la realización de una determinada conducta, de un **error indirecto de prohibición**, en el cual el sujeto, pese a conocer que la conducta realizada es en principio antijurídica, cree o bien que existe en el ordenamiento una causa de justificación que la permitiría (error sobre la existencia de una causa de justificación) o bien yerra sobre el alcance de una causa de justificación realmente reconocida (error sobre los límites de una causa de justificación).

19.2.1. Error directo e indirecto

1. Error directo de prohibición

El autor yerra sobre la existencia de la prohibición, desconociendo el carácter ilícito que el ordenamiento atribuye al hecho.

Error bastante infrecuente en la práctica, normalmente asociado a inmigrantes.

- Ej. Un mormón procedente de Utah contrae segundo matrimonio desconociendo que la bigamia se encuentra prohibida (art.217)
- Ej. Un marido, condenado por maltrato, desconoce que reanudar la convivencia con su mujer, aún a instancia de ella, constituye un delito de quebrantamiento de condena.

2. Error indirecto de prohibición

El autor es consciente de estar llevando una conducta generalmente prohibida, pero cree que en el caso concreto se encuentra excepcionalmente permitida.

- *Error sobre la existencia de una causa de justificación.*
- *Error sobre los límites de una causa de justificación.*
- *Error sobre los presupuestos de una causa de justificación.*

a. Error sobre la existencia de una causa de justificación.

El autor cree que hay una causa de justificación en su conducta. Ejemplos:

- El propietario cree que está autorizado a cambiar la cerradura de la vivienda de su inquilino moroso para desalojarlo (art.172).
- Un error que antes se apreciaba como vencible, ahora no, era el débito conyugal, el que la mujer casada tiene obligación de mantener con él relaciones sexuales, había gente que no sabía que la libertad sexual también se daba en el matrimonio.
- El enfermero A, considerando que la muerte a solicitud del paciente en casos de enfermedad terminal se encuentra permitida por el ordenamiento, termina con la vida de un paciente moribundo sometido a sus cuidados que así se lo ha solicitado de forma reiterada.

b. Error sobre los límites de una causa de justificación.

El error es sobre el límite de la justificación, no sobre la justificación en sí. Ejemplos:

- El médico cree que el plazo de licitud para la interrupción del embarazo es de 16 semanas y se lo practica a una mujer embarazada de 16, cuando en realidad el plazo está en 14 semanas.
- Tras haber sido agredido por B y cuando éste se da a la fuga, A le dispara por la espalda, en la creencia errónea de que la legítima defensa le permite responder aunque haya cesado la agresión.

**c. Error sobre los presupuestos de una causa de justificación
(causas de justificación putativas)**

El sujeto conoce el derecho, sabe que matar está prohibido, matar en legítima defensa está permitido, que esta defensa tiene límites,... pero se equivoca sobre los presupuestos fácticos, los presupuestos objetivos que darían lugar a la causa de justificación. Si se dieran los supuestos que él pensaba, si que estaría ante una justificación.

Ej. Quien se cree víctima de una detención ilegal por parte de un tercero golpea al policía no uniformado que intenta detenerle.

Ej. Un político amenazado por una organización armada toma erróneamente por un terrorista dispuesto a matarlo a alguien que se aproxima disfrazado de partisano y pertrechado con una escopeta de postas, y le abate de un disparo (legítima defensa putativa).

La doctrina mayoritaria considera que constituye un error indirecto de prohibición. Ésta es también la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo de un tiempo a esta parte (básicamente, desde finales de la década de los ochenta).

La consecuencia principal de esta toma de postura es que la presencia de este tipo de error no tendrá ninguna repercusión en el injusto, sino que constituirá una cuestión a dirimir exclusivamente en sede de culpabilidad. El inconveniente principal de esta posición es que concede idéntico tratamiento a dos supuestos de error absolutamente dispares: a un error sobre

la valoración que el ordenamiento proyecta sobre un hecho concreto (el error de prohibición) con un error que no lo es en definitiva de valoración (quien yerra sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación puede conocer perfectamente la ilicitud, con carácter general, de la conducta que lleva a cabo en los casos de no concurrencia de la situación justificante). Que no lo es de valoración lo demuestra su perfectamente imaginable concurrencia con un error, directo o indirecto, de prohibición.

Sin embargo, tampoco constituye ni puede ser tratado como un error de tipo.

Se valorará si es vencible o invencible en función del caso, los sujetos, el tiempo disponible para tomar la decisión,...

En los materiales salen teorías sobre el error que tiene pinta de que no va a preguntar sobre ellas.

19.2.2. Error sobre el carácter penal de la prohibición

¿Qué es lo que pasa cuando me equivoco sobre si la infracción es penal o administrativa?

Admito que la conducta es ilícito administrativo pero se desconoce que la infracción tenía carácter penal. La idea mayoritaria es que el error no tiene efecto.

Ej. Juan sabe que está prohibido conducir en casos de pérdida de vigencia del permiso por pérdida de puntos (art.384), pero desconoce que es delito, no infracción administrativa.

19.2.3. Error inverso de prohibición: delito putativo

Esto tiene una pinta de examen....

Situación inversa del error de prohibición, delito putativo. Persona que comete un hecho pensando que lo que hace es delito cuando en realidad no es así.

En los casos de error inverso o error al revés, a diferencia de los vistos con anterioridad, el sujeto no ignora la concurrencia de un elemento del delito, sino que, por el contrario, supone erróneamente su presencia (ello varía en el caso del error al revés sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación por el papel que éstos desempeñan en la estructura del hecho punible).

El error inverso de prohibición, o error de prohibición al revés, se produce cuando el sujeto atribuye equivocadamente al hecho que realiza la condición de ilícito. De modo que cree erróneamente llevar a cabo una conducta antijurídica, cuando en realidad no lo es. Estos casos reciben también el nombre de delito putativo. Naturalmente, la solución es la impunidad, dado que el delito sólo existe en la cabeza del autor y resulta claro que la frontera entre lo permitido y lo prohibido la traza la ley, no las representaciones del autor.



Ej. A, musulmán recién llegado a nuestro país, practica el adulterio creyendo que ello se encuentra penado en nuestra legislación.

Naturalmente la solución es la impunidad, dado que el delito sólo existe en la cabeza del autor y resulta claro que la frontera entre lo permitido y lo prohibido la traza la ley, no las representaciones del autor.

En cambio, el tratamiento a dispensar al error inverso sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, esto es, el desconocimiento acerca de la concurrencia de la situación justificante, es objeto de viva polémica.

Ej. A dispara con su escopeta de mira telescópica sobre su enemigo B, sin saber que este último, que se encuentra a cien pasos del primero, estaba a punto de accionar un coche bomba aparcado junto a él.

Estos casos, a diferencia de los errores inversos de tipo o de prohibición, presentan una apariencia distinta: en realidad se produce en ellos un déficit de conocimiento (mientras que en el error directo sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación el autor supone una circunstancia no concurrente en la realidad).

La doctrina que parece ir ganando dice que no es ni una justificación ni es irrelevante, sino que sería un atenuante.



Tema 20. La culpabilidad (IV): La exigibilidad de la conducta adecuada a la norma

1. Concepto de inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma
2. Causas de inexigibilidad

20.1. Concepto de inexigibilidad de la conducta adecuada a la norma

Culpabilidad y exigibilidad se hallan íntimamente unidas: sólo puede ser culpabilidad (considerado culpable) aquel sujeto a quien se le podía exigir que se comportara conforme al ordenamiento (que se abstuviera de vulnerar la norma objetiva de valoración).

Esta interrelación entre los conceptos de deber e inexigibilidad se manifiesta claramente en los delitos imprudentes. Dado que la esencia misma de tales delitos viene constituida por la infracción de un deber subjetivo de cuidado, conceptualmente no podrá siquiera hablarse de imprudencia cuando las características personales del autor imposibilitaran un comportamiento más diligente por su parte: si no le era posible comportarse de otro modo, no se le puede exigir tal cosa y, por tanto, no cabe en realidad decir que ha infringido su "deber subjetivo de cuidado". Por otra parte, también en el caso de los inimputables y en el de quienes se encuentran incurso en un error invencible de prohibición, nos encontramos ante un supuesto en que el sujeto "no puede" actuar de modo distinto (por falta de capacidad de comprensión y/o de control de su voluntad en el primer caso; por no conocer –ni haber podido hacerlo– el carácter prohibido de su comportamiento en el segundo); y dado que lo imposible no puede ser exigido, no cabe entender que tales sujetos hayan infringido una obligación personal de actuar conforme al ordenamiento.

Es cierto que lo imposible no es exigible; sin embargo, es perfectamente admisible que un comportamiento posible no sea, a pesar de ello, exigido por el Derecho. Pues bien, es precisamente ahí donde la idea de exigibilidad entra en juego, no ya como criterio informador de la idea misma de culpabilidad (que es lo que hasta el momento viene poniéndose de manifiesto respecto a los casos en que "no se puede" actuar de otro modo), sino como un elemento independiente en el seno de la estructura del juicio de imputación. Y es que, como se decía, en los comportamientos dolosos es perfectamente concebible que el sujeto hubiera podido optar por un comportamiento distinto y que, a pesar de ello, el Derecho renuncie a exigirle tal cosa (a considerarle obligado a ello) en atención a la especial presión motivacional que rodeó la toma de su decisión.

Precisamente, esto es lo que acontece en los dos supuestos doctrinalmente considerados causas de inexigibilidad: el estado de necesidad en el que se plantea un conflicto entre bienes iguales (estado de necesidad "excusante", mayoritariamente enclavado en el artículo 20.5 Código penal junto a la modalidad justificante) y el miedo insuperable del artículo 20.6.

20.2. Causas de inexigibilidad

20.2.1. Estado de necesidad exculpante

El artículo 20.5¹⁶ del Código penal contempla de forma simultánea dos modalidades del estado de necesidad: nos encontramos ante la vertiente **justificante** cuando la ponderación de los dos polos en conflicto permita considerar que la conducta típica ha preservado bienes e intereses jurídicamente más relevantes que los lesionados, mientras que el efecto de la eximente sólo será **exculpante** cuando los intereses y bienes confrontados se puedan considerar de igual rango.

Exculpante. Cuando el conflicto se suscita entre bienes igualmente valiosos, el Derecho no tiene razones para aprobar la conducta típica y obligar al sujeto pasivo a tolerar el sacrificio de sus intereses (pues tal es, recordemos, el efecto de la justificación respecto de los terceros).

Al margen de lo relativo al resultado de la ponderación de bienes, el resto de los requisitos del estado de necesidad exculpante coincidirá con los de la modalidad justificante, pues ambos se entienden regulados conjuntamente por el artículo 20.5 del Código penal.

20.2.2. El miedo insuperable

El artículo 20.6 del Código penal declara exento de responsabilidad criminal a quien "obra impulsado por miedo insuperable". Se trata de una eximente de discutida naturaleza jurídica, cuya restrictiva interpretación por parte de la jurisprudencia (tendente, como veremos, a exigir para su concurrencia requisitos que en modo alguno se deducen del texto legal) no deja de suscitar la crítica doctrinal.

La doctrina mayoritaria se decanta por entender que el miedo insuperable se configura como una causa de inexigibilidad (no como causa de justificación o como causa de inimputabilidad).

Requisitos de la eximente

1. El miedo. alteración de la capacidad de decisión motivada por la aprensión del sujeto ante la posibilidad del acaecimiento de un mal.
2. Carácter insuperable del miedo. A la hora de valorar la invencibilidad del miedo parece correcto, como apunta un importante sector doctrinal, optar por un criterio que, sin abandonar la perspectiva individualizadora propia del concepto de culpabilidad aquí sostenido (que obliga a tener en cuenta características del sujeto como su edad, sexo, el haber padecido o no situaciones del mismo tipo previamente, etc.) la combine o atempere con un parámetro moderadamente generalizador.

¹⁶ **Art.20.5.CP.** El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

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

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

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

Ejemplos:

- *A, de 21 años de edad y muy poco maduro psicológicamente, se encuentra desde la infancia absolutamente dominado por su padre. Muy atemorizado por las continuas presiones de éste, que amenaza con echarle de casa y romper toda relación entre ellos si A no colabora en sus planes delictivos, realiza importantes averiguaciones sobre las medidas de seguridad en una sucursal bancaria, proporcionando así una valiosa información de la que el padre se servirá para el posterior robo de aquélla.*
- *A se acerca a B (una mujer de 75 años de edad y muy débil físicamente) con una navaja; aunque A avanza lentamente y se encuentra todavía a bastantes metros de distancia, lo que posibilitaría que B disparara a partes no vitales del cuerpo antes de que el atacante pudiera llegar a lanzarse sobre ella (lo que B percibe), B (que tiempo atrás padeció un ataque similar) opta, muy atemorizada, por dispararle a la cabeza.*
- *Ej. Juan presta falso testimonio en causa penal temeroso de que su compañero de celda lleve a cabo las amenazas contra el mismo y su familia si no actúa de acuerdo con sus instrucciones.*

20.2.3. Otros supuestos de inexigibilidad

Junto a las causas genéricas de inexigibilidad que hemos apuntado existen concretas figuras delictivas en las que la concurrencia o la ausencia de determinadas circunstancias determinan la exigibilidad o inexigibilidad del comportamiento. Así, el fundamento de la causa de exclusión de la pena contenido en el artículo 454 del Código penal debe buscarse en la idea de inexigibilidad.

En este precepto se establece la exención de responsabilidad para el denominado encubrimiento de parientes (tanto en los supuestos de favorecimiento personal como en los de favorecimiento real en su modalidad de encubrimiento del cuerpo, efectos o instrumentos del delito; no así en caso de auxilio al aprovechamiento del producto del delito), al considerar que no cabe exigir a nadie que denuncie o deje de ocultar, por ejemplo, al pariente próximo que ha intervenido en un hecho delictivo.

Tercera parte. Las consecuencias jurídicas de la infracción penal

Tema 21. La pena y sus clases

1. Concepto, fundamento y fines de la pena. Remisión tema 1
2. Clasificación legal de las penas; diversos criterios
3. Las distintas clases de pena según su naturaleza

21.2. Clasificación legal de las penas

El conjunto de penas contemplado en el Código penal ha sido tradicionalmente clasificado, no sólo a efectos didácticos, sino también para clarificar cuestiones de tanta trascendencia como el plazo de prescripción, el tribunal competente para conocer la comisión del delito al que se impone la correspondiente penal o la posibilidad de que las penas sean susceptibles de ser cumplidas simultáneamente.

Clasificación legal:

- **Por su naturaleza.** El criterio seguido por dicha norma toma en consideración el interés o bien jurídico del propio penado que se ve comprometido tanto en el diseño como en la imposición y ejecución de la correspondiente pena.
 - penas privativas de libertad
 - penas privativas de otros derechos (inhabilitación suspensión, privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores, del derecho a tenencia y porte de armas, residir en determinados lugares o acudir a ellos, aproximación a la víctima, trabajos en beneficio de la comunidad, privación de la patria potestad,...)
 - multa
- **Por su gravedad.** Según su gravedad, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves en función de su naturaleza y duración.
 - Penas graves. Las que se imponen a los delitos graves. Generalmente tienen una duración > 5 años (excepciones)
 - Penas menos graves. Son las que se imponen a los delitos menos graves.
 - Penas leves. Son las que se imponen a las faltas.

Efectos de la clasificación por gravedad:

La referida clasificación tiene importancia en punto a determinar los plazos de prescripción tanto del delito como de la correspondiente sanción. Asimismo, resulta operativa para establecer la competencia de los tribunales penales, en que la de la Audiencia Provincial se corresponde, cuanto menos parcialmente en la actualidad, con el conocimiento de aquellos delitos a cuya comisión corresponde la imposición de una pena grave.

- **Principales y accesorias.** Las penas principales son aquellas que se aplican de manera autónoma, que aparecen como penas imponibles a los delitos y las faltas. Por contra, las penas accesorias son aquellas penas de inhabilitación que acompañan a la pena principal.
 - Principales:
 - Las previstas en el precepto PE
 - Se imponen autónomamente
 - Penas accesorias
 - Acompañan a la principal
 - Dependen de la naturaleza y duración de la principal (arts. 55 y 56)

Penas accesorias. Art.55

21.3. Las distintas clases de pena según su naturaleza

La clasificación más importante es por la naturaleza.

1. Privativas de libertad
 - a. prisión
 - b. localización permanente
 - c. Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa
2. Privativas de derechos
 - a. Inhabilitación absoluta
 - b. Inhabilitación especial empleo, oficio, industria
 - c. Suspensión empleo o cargo
 - d. privación de conducir
 - e. privación de armas
 - f. privación de residir
 - g. Prohibición de aproximación y/o comunicación víctima y familiares
 - h. Trabajos beneficio comunidad
 - i. Privación patria potestad
3. Multa

21.3.1. Penas privativas de libertad

21.3.1.1. Prisión

Concepto. Pérdida de libertad ambulatoria mediante el internamiento continuado en un centro penitenciario durante el tiempo previamente determinado por sentencia y ejecutada según la legislación vigente.

La pena de prisión constituye la pena privativa de libertad por excelencia. También constituye la sanción a la que más se recurre en nuestro derecho positivo. Es la pena más grave pero también la más frecuente.

Regulación detallada en la Ley Orgánica General Penitenciaria y Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

De acuerdo con el art. 25.2 CE¹⁷, el penado goza de los derechos fundamentales, con la excepción de los que se vean específicamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. Los reclusos tienen derecho en todo caso a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes a la seguridad social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. También por mandato constitucional, las penas privativas de libertad, entre ellas la prisión, deben estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

Es un mandato de cómo se tiene que ejecutar la pena de privación de libertad.

- Simplificación y cambio de sistema en el CP de 1995
- Regulación arts. 36 a 38 CP

Duración

Tendrá una mínima de **tres meses** y una máxima de **veinte años**.

Mínima de 3 meses

No hay delito con pena de prisión de menos de 3 meses, es lo mínimo previsto.

Inferior (por efecto bajadas en grado por complicidad, tentativa,...). Si la pena sale inferior a los 3 meses habrá sustitución obligatoria por una pena de multa o trabajos en beneficio de la comunidad.

Evitación de penas cortas contraproducentes y no resocializadoras. Por solo 30 días de prisión podría perder el trabajo, problemas familiares, conocer indeseables en la cárcel,... por lo que se tienen que evitar, por ejemplo con la suspensión cautelar.

Máxima de 20 años.

Hay múltiples excepciones que pueden llevar el máximo a los 25, 30 y 40 años, esto lo veremos en el tema concursos. Además, hay una clara tendencia al endurecimiento del cumplimiento de las penas de prisión en los últimos años.

A la dureza punitiva de nuestro texto punitivo deducida de los preceptos antes mencionados se añade la posibilidad de cumplimiento íntegro de la pena de prisión cuando a consecuencia de la aplicación de las limitaciones contempladas en el art. 76 CP la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las imputadas.

¹⁷ **Artículo 25.2.CE.** Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

Lo que se ha dado en denominar "cumplimiento íntegro" de condenas implica el acuerdo de 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.

21.3.1.2. Pena de localización permanente. Art. 37 CP.

La pena de localización permanente fue introducida entre las penas privativas de libertad a través de la LO 15/2003, una vez que ésta suprimió la pena de arresto de fin de semana del catálogo de penas contempladas en el Código penal.

- Duración hasta 6 meses
- Puede operar como:
 - Es la pena principal prevista PE
 - Es una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa
 - Funciona como una pena sustitutiva de prisión no superior a 6 meses

El principal problema de esta pena, cuyo ámbito de aplicabilidad se ha visto ampliado tanto en los supuestos en los que opera como pena principal como en aquellos otros en los que funciona como sustitutiva es la ausencia de caracterización legal de la forma de ejecución en el Código penal (Muy poco perfilada en el CP). El Código penal se limita a indicar que: "su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en sentencia o posteriormente en auto motivado".

El lugar de cumplimiento de la sanción con carácter general es el domicilio del penado u otro lugar determinado fijado por el juez en sentencia. Ese otro lugar, como ya había sido apuntado antes incluso de la reforma de 2010, puede ser el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado, pues así lo dispone el nuevo párrafo segundo del art. 37.1 CP.

21.3.1.3. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa

Concepto: en casos de impago de la pena de multa, la responsabilidad personal subsidiaria hace que ésta se convierta en una pena privativa de libertad o trabajos en beneficio de la comunidad.

La explicaremos después de la MULTA.

21.3.2. Penas privativas de derechos

El concepto de penas privativas de derechos se halla integrado por aquellas que contempla el art. 39 CP. Se trata de un conjunto de sanciones penales que no se encuentran demasiado determinadas legalmente, y que parecen tener como único elemento aglutinador el constituir

sanciones distintas a la prisión y la multa y que, privan, por tanto, de derechos distintos a la libertad ambulatoria y el patrimonio, con la amplitud de facultades a limitar que ello comporta.

21.3.2.1. Penas interdictivas de funciones o facultades

Conjunto de sanciones que esencialmente representan restricciones al ejercicio de funciones de carácter político, o bien de facultades civiles o profesionales.

Limitan, por tanto, la libre capacidad de participación del penado en la vida social.

Inhabilitación absoluta

Artículo 41 CP. *La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.*

Tradicionalmente se equiparaba a la muerte civil de un sujeto. Tiene un carácter muy infamante. Es la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos.....

Torturas implica la inhabilitación absoluta de 8 a 12 años. Suponemos un miembro de las FFCCSS al que se la imponen. Este deja de ser policía, pierde esa condición, cualquier otro empleo o cargo público también lo pierde (como pasaría con alcaldes, ministros,...) imposibilitaría permanecer o acceder a cualquiera de esos cargos durante los años que dure la pena. Para volver tendrá que esperar el tiempo acordado y luego volver a opositar.

Inhabilitación especial para empleo o cargo público

Artículo 42 CP. *La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.*

Ésta es para un concreto empleo/cargo público, no para todos los que tenga. Ejemplo a un alcalde por prevaricación se le condena a inhabilitación especial, ésta le elimina por ejemplo ser alcalde y presentarse al cargo, pero no ser profesor de universidad, empleo que también ostentaba.

Art. 43. Suspensión de empleo o cargo público

Artículo 43 CP *La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena.*

Una vez pasado el plazo se vuelve al puesto, no se ha perdido el empleo o la condición de funcionario.

Inhabilitación. Diferencia con suspensión (Huele a examen)

Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo

Artículo 44 CP. *La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.*

Priva al penado a ser elegido para cargo público durante el tiempo de condena, aunque no pierde el derecho a sufragio activo (votar). La pena de prisión siempre lleva ésta como accesoria.

Inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio

Artículo 45 CP. *La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.*

Un médico que comete una imprudencia (da igual que de la pública o de la privada), y comete un homicidio (en el campo médico), además de la pena de homicidio o de lesiones, llevará la inhabilitación especial para ejercer de médico durante el periodo indicado.

De estos hay varios en el código como los de contaminación del medio ambiente.

Inhabilitación especial para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento

Artículo 46 CP. *La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado. El Juez o Tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.*

Tiene efecto tanto extintivo como interdictivo respecto de la tutela, curatela y guarda, pero sólo interdictivo en relación con la patria potestad.

Priva de la patria potestad durante unos años, pero pasados los años, si el niño sigue siendo menor de edad, recupera la patria potestad, por eso se ha introducido en algunos tipos la inhabilitación total, esto se recogió en el 2010, en casos como en el de delitos sexuales art.192.3

Privación de los derechos a conducir y a tenencia y porte de armas

Artículo 47 CP. *La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.*

La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia.

Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente.

Si la pena se impone por más de dos años tiene efecto extintivo, puesto que comporta la pérdida de vigencia del permiso o licencia.

Privación del derecho a residir en determinados lugares Pena de alejamiento

Artículo 48 CP.

- 1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.*
- 2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.*
- 3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.*
- 4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.*

Las penas de alejamiento constituyen sanciones penales de factura claramente victimológica, cuya finalidad esencial viene determinada por la prevención de posteriores ataques a quien ha sido ya victimizada o se halla en riesgo de ser victimizado por el reo.

En relación con cuáles y qué contenido tienen las denominadas penas de alejamiento, se circunscribe a alguno de los siguientes:

1)Privación de residir en determinados lugares o de acudir a ellos. Impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito o a aquél en que resida la víctima o su familia, si son distintos.

2)Prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Impide al penado acercarse a dichas personas, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo, y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que haya sido reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3)Prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

La 2 y la 3 suelen ponerse juntas, se les suele llamar penas de alejamiento.

Esta pena siempre es pena accesoria de otras, nunca es pena principal en ningún delito. En muchos delitos son potestativas (se pueden poner o no) art.57.1, pero si estos delitos se cometen en el ámbito de la violencia de género o familiar, conllevan obligatoriamente la pena de alejamiento, incluso en el caso de que sean leves, el juez no tiene opción, está obligado a ponerlas.

Trabajos en beneficio de la comunidad.

Leer en los apuntes. Dice que no tiene dificultad.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad constituyó una de las novedades más trascendentes en el catálogo de penas del Código penal de 1995. Inicialmente fue introducida de modo muy tímido por el legislador, pues únicamente se había previsto como pena sustitutiva de la desaparecida pena de arresto de fin de semana. Sin embargo, con el transcurso del tiempo se ha ido afianzando como alternativa a las penas privativas de libertad, pese a las dificultades en la oferta de actividades a realizar por los penados, pasando a ser ya pena principal mediante la LO 15/2003.

Se parte de la idea de que mediante este tipo de penas consistentes en la realización de actividades útiles para la comunidad, evitando la separación del penado de la sociedad, permiten la vinculación del delincuente con los intereses jurídicos, al hacerlo partícipe en actividades de reparación a la sociedad, lo que favorece la confrontación del reo con el daño producido por el delito cometido.

Actualmente, pues, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad es tanto una pena principal como una pena sustitutiva de la pena de prisión como, finalmente, puede integrar una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la pena de multa. La duración general de la misma oscila entre el día y el año –art. 40 CP–, salvo cuando funcione como pena sustitutiva, en que no rige dicha limitación. Puede ser pena menos grave o leve en función de la duración.

La imposición de tal pena, para evitar la infracción de la prohibición constitucional del trabajo forzado, requiere siempre del consentimiento del penado. La jornada laboral no puede exceder de las ocho horas y debe observar una serie de condiciones de ejecución establecidas en el art. 49 CP.

21.4. Pena de multa

Una multa administrativa y una multa penal es lo mismo. Una administrativa puede ser de mayor envergadura que una penal, su diferencia no es el contenido, ni el importe de las mismas,... la diferencia es donde están previstas y quien las impone.

Las administrativas las pone la administración (ayuntamiento, generalidad, consejo ministros,...) y para recurrir se va al contencioso administrativo

Una multa penal solo la puede poner la jurisdicción penal de acuerdo con la LECrim.

La multa junto con la prisión son las dos penas reinas del CP. Es la única pena patrimonial en sentido estricto.

El comiso de los efectos y ganancias,... recogidos en el artículo 127 no son una pena, se trata de una consecuencia accesoria.

Esta pena ha tenido una expansión indudable a lo largo del x.XX en todos los sistemas: alternativa a penas cortas privativas de libertad. La penas pequeñas privativas de libertad se han ido sustituyendo por la multa, o que figuren como alternativas (prisión de 6 a 8 meses o multa de...)

Este proceso de expansión de la multa se debe a que tiene ventajas respecto a la prisión:

- No afecta a ningún bien personalísimo como la libertad.
- No tiene el efecto estigmatizante de ir a la prisión.
- Si hay errores judiciales la solución es más fácil.
- Las penas privativas de libertad suponen un gasto para el estado, la multa un ingreso.
- Son unas penas que aunque no tengan ese efecto sancionatorio tan fuerte, la multa también tiene un efecto preventivo general.

Hay dos sistemas para imponer la multa en el CP:

- El sistema de días multa
- Sistema de multa proporcional

21.4.1. Sistemas de días multa

Es el sistema más habitual de las penas de multa.

Es un sistema moderno que en nuestro ordenamiento se introduce en 1995 por primera vez, en el anterior ponía importes de multa (de 100.000 a 200.000 ptas, de...) o del tanto al triple del objeto del delito (ejemplo).

Sistema que surge en los países escandinavos y que asumieron los demás países europeos. Se construye sobre una idea esencial, que lo que se pague se adapte a la capacidad económica del sujeto al que se le impone (del reo). El sistema podría resultar injusto, la privación de libertad es la misma para todos, a todos nos afecta igual, pero el patrimonio no, una multa de 300.000 a 900.000 ptas. por un delito, aunque nos fuéramos a la mínima para alguien sin recursos, era una pena muy dura, y aunque nos fuéramos al máximo para alguien muy adinerado, pues no le afectaba. Era un sistema que podía ser totalmente injusto en algunos casos.

Este sistema se construye sobre dos magnitudes:

La extensión de la pena: número de cuotas

- Es la prevista en el delito Ej. De tres a seis meses multa
- Depende de la gravedad del delito
- Mínima de 10 días y máxima de 2 años. Se prevé en días, meses (30 días) o años (360 días)
- Se concreta aplicando las reglas de determinación de la pena: tentativa, eximentes incompletas, agravantes o atenuantes, etc.

Ejemplo. *Delito con pena de multa prevista de 3 a 6 meses multa.*

El tío es cómplice, así que bajamos en un grado → 1 mes y 15 días a 3 meses y 1 día

El tío tiene un atenuante, así que le toca la mitad inferior → de 3 meses a 4 meses y 15 días de multa. El juez le pone 4 meses multa → 129 días multa. Para saber lo que paga calcularemos la segunda magnitud.

Cuantía de la cuota: cantidad a pagar por día

- Depende de la capacidad económica del penado (patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares,...)
- Problemas para disponer de esa información.
- Mínimo de 2 euros, máximo de 400€
- Cantidad final que se paga: número de cuotas (en días) x cuota diaria. El juez puede autorizar que se pague a plazos. Después de la sentencia puede modificarse el importe de las cuotas excepcionalmente si la situación económica del sujeto varía.

Dos coautores que cometen el mismo delito con los mismos agravantes o atenuantes, pero con patrimonio diferente, pagarán diferentes penas multa.

En la práctica los jueces no tienen medios ni tiempo para realmente tener una buena información de la situación patrimonial de cada sujeto, por lo que se pierde un poco el sentido de esta pena.

Todo esto está en el artículo 50 del CP.

La obligación de pagar de la multa

El sistema anteriormente descrito no significa que se condena al reo a pagar cada cuota diaria –mensual o anual– de forma independiente y sucesiva. En absoluto. Se trata sólo de un método de cálculo que finalmente se resuelve en la condena a un pago único, salvo que excepcionalmente el juez o Tribunal acuerden el establecimiento de plazos, tal y como vimos.

Lo de los días multa es una manera de calcular, no se paga diariamente **(EXAMEN)**

21.4.2. Sistema de multa proporcional

Este sistema es más residual en el CP, no es proporcional al patrimonio del reo, se fija en proporción a tres parámetros posibles: al daño causado por el delito, al valor del objeto del delito, o al beneficio obtenido por la comisión del delito.

En drogas todos los tipos tienen pena de prisión y multa. La pena de multa siempre está tasada en múltiplos del valor de la droga.

En delitos como el de tráfico de drogas se considera más justo este sistema que el de días multa porque en operaciones importantes el valor obtenido es tan enorme que con los límites de los días multa, en ocasiones, no se llega al valor de la droga confiscada. En cohecho pasa parecido, la multa es en proporción de lo embolsado en el soborno.

21.4.3. Prisión subsidiaria por impago de multa (responsabilidad personal)

Anteriormente en el temario veíamos que las penas en el CP son privativas de libertad, de derechos y multa y dentro de las de libertad hay prisión, localización permanente y la llamada responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, también llamada prisión subsidiaria por impago de multa.

La idea es que en caso de que un sujeto condenado al pago de una multa, no la pague y no haya manera de hacer que la pague, esa pena de multa se convierte en una pena, en principio, privativa de libertad.

Con el sistema de días multa esto se debería de reducir al mínimo, ya se trata de poner una multa que se adapte a lo que puedes pagar, por lo que esto se reduce mucho, pero aun así puede pasar (insolvente, tiene los efectos en lugares inaccesibles,...)

Esa multa impagada se convierte en pena privativa de libertad o en trabajos en beneficios de la comunidad.

Se planteó una cuestión de inconstitucional porque era como una sanción de la pobreza, el pobre paga con su libertad lo que otro paga con su patrimonio. El Tribunal Constitucional la consideró constitucional bajo la idea de que el Estado de alguna manera tiene que exigir esa responsabilidad penal, si alguien comete un delito, se le condena, y la pena no la cumple, de alguna manera hay que exigir esa responsabilidad y si de una manera no se consigue habrá que hacerlo de otra, el Estado no puede renunciar a esta exigibilidad.

En el CP viene como convertirlo:

- 2 cuotas impagadas → 1 día de libertad
- si fuera por falta → Localización permanente
- máximo de número de cuotas de multa = 2 años → máximo de duración RPS = 1 año.

Lo más frecuente es que no se transformen directamente en prisión, lo más habitual es la transformación en trabajos en beneficio de la comunidad (si el penado consiente, ya que no se pueden imponer o sería trabajo forzado). En ese caso una cuota impagada = 1 día de trabajo.

Todo en Art.53

El resto de conversión no lo considera importante.

Tema 22. Concurso de delitos y determinación de la pena

22.1. El concurso de delitos

22.1.1. Concepto de concurso de delitos y diferencia con el concurso de leyes

Existe concurso de delitos cuando el sujeto ha cometido varios de ellos, todos han sido enjuiciados en un solo procedimiento y en consecuencia ha recaído condena por todos ellos. Concurso de delitos equivale a pluralidad delictiva.

Lo primero que hay que tener en cuenta la diferencia entre el concurso de delitos y el concurso de leyes.

Nuestro punto de partida es el *Non bis in idem*. No se puede castigar dos veces:

- A un mismo sujeto
- Por un mismo hecho
- Con un mismo fundamento

Si ambos preceptos **coinciden total o parcialmente en el Bien jurídico protegido** (mismo fundamento) no se podrán aplicar ambos. Para evita el *bis in idem* hay que optar por la norma que mejor capte ese contenido de injusto → concurso de leyes.

Si ambos preceptos protegen **Bienes Jurídicos diferentes** (distinto fundamento), se podrán aplicar ambos preceptos y castigar por los dos delitos → concurso de delitos.

Concurso de delitos → Un mismo sujeto ha vulnerado varios preceptos penales o varias veces el mismo precepto, lo que implica que debe responder por varios delitos.

Supuestos de **concurso "aparente"**: en realidad son un solo delito:

A) Tipos penales que construyen como un solo delito lo que en realidad pudiera parecer una pluralidad delictiva: Delitos permanentes, delitos habituales, compuestos

B) Diversos actos que en realidad simplemente progresan o intensifican la misma lesión o puesta en peligro del bien jurídico

1. Realización repetida del tipo por actos inmediatamente sucesivos
 - a. diversas expresiones injuriosas en un breve espacio de tiempo
 - b. ir tomando y trasladando en sucesivos viajes durante la misma noche las cosas situadas en un mismo lugar (sacan las joyas, vuelven, sacan la TV, vuelven,.. → Será un único delito de robo.
 - c. causación de diversas lesiones a una misma persona sin solución de continuidad (se le rompen dos costillas, un corte en la mejilla y una rotura de muñeca de una paliza → Delito de lesiones por la más alta.

2. Realización progresiva del tipo: conexión espacio-temporal entre las distintas acciones. Se dispara sobre alguien varias veces y sólo se consigue matar al tercer disparo (no son dos tentativas y un homicidio consumado, es un homicidio consumado, todo iba dirigido a la lesión del mismo bien jurídico. Pero si lo intento hoy y fallo y lo vuelvo a intentar la semana que viene consiguiéndolo, me castigarán por tentativa y homicidio.

22.1.2. Concurso real, concurso ideal y concurso medial

- Varios hechos → varios delitos: **concurso real**
 - Disparar sobre diferentes personas causando tres muertes
 - Régimen penológico: *se suman las penas*

- Un único hecho → varios delitos: **concurso ideal**
 - Golpear a un policía causándole lesiones: delito de lesiones más delito de atentado
 - Régimen penológico privilegiado: *pena del delito mas grave en su mitad superior*

- Un delito medio para cometer el otro → **concurso medial**
 - Entrar en morada ajena para registrar los cajones y llevarse un documento personal. Allanamiento de morada en concurso medial con un delito de descubrimiento de secretos
 - Régimen penológico: igual que el concurso ideal

Artículo 73. (Concurso real). *Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*

Artículo 77 (Concurso ideal y concurso medial).

1. *Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que **un solo hecho constituya dos o más infracciones (concurso ideal)**, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra (concurso medial).*

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.*

El **concurso medial** es un privilegio en la pena, de ahí la bonificación en la pena que aparece en el 77.2. Ej. Homicidio sin atenuantes ni agravantes → 10 años (normalmente se pone en su mitad inferior). Si existe una falta de hurto o un hurto de tipo atenuado, la pena de homicidio se pondría en su mitad superior, al haber concurso real, por lo que se iría a los 15 años.

Para que se aprecie el concurso medial, el CP dice que hay concurso medial cuando uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro, es decir, tiene que haber una necesidad objetiva, una conexión que haga que uno de los delitos sea un paso para cometer el otro.

A veces esto no es complicado, los delitos cometidos con arma de fuego (atracos, homicidios,...) la tenencia ilícita de armas que suele haber en estos delitos no la admite como concurso medial, no la considera un medio necesario.

En cambio para ver unos documentos de un despacho, estaríamos ante un allanamiento en concurso medial con revelación de secretos.

La relación de instrumentalidad o necesidad ha de establecerse en concreto, planteada ex ante y en atención al plan del autor, no en abstracto. Pues si en abstracto una infracción es siempre necesaria para cometer otra, entonces entre ambas infracciones no puede existir más que una relación de concurso aparente de normas penales –concurso de leyes– sea por especialidad lógica o por consunción.

Así, por ejemplo, la coacción es siempre necesaria para cometer el robo con violencia o intimidación, y por eso existe un solo delito, el robo, de lo contrario se infringiría el *non bis in idem* al valorarse por partida doble la compulsión en la voluntad de la víctima.

22.1.3. Delito continuado y delito masa

Delito continuado

Una excepción al principio de acumulación jurídica que rige el concurso real de delitos lo constituye el delito continuado, regulado en el artículo 74 del CP. Esta figura debe su origen histórico a la praxis jurisprudencial medieval que consideraba que en caso de reiteración de pequeños hurtos cabía en realidad apreciar uno solo en determinadas circunstancias, para evitar así la pena capital anudada al tercer hurto.

Parte pues de la ficción jurídica de considerar un solo delito lo que no son más que una pluralidad de infracciones homogéneas realizadas bien en atención a un plan conjunto (dolo conjunto), bien por aprovechamiento de idéntica ocasión. En todo caso, su origen pietista está actualmente difuminado: con base en el delito continuado puede elevarse a la categoría de delito la suma de infracciones patrimoniales que darían lugar, simplemente a un concurso real de faltas de no existir tal previsión.

El delito continuado se aplica en delitos patrimoniales y habitualmente en delitos sexuales. La idea es hacer una ficción para evitar que la suma de infracciones lleve a una pena desmesurada, y cuando un sujeto cometa una misma infracción de manera repetida, aprovechando una ocasión idéntica, plan delictivo,... por ejemplo una apropiación indebida, una malversación,... una vez en enero, otra en diciembre,... en repetidas ocasiones, son acciones distintas, pero si las sumamos en concurso real nos vamos fácilmente a los 30 años, por lo que el legislador hace la ficción de que cuando se cumple la condición del 74, se tomará la infracción más grave en su mitad superior, pudiéndose llegar al grado superior en su mitad inferior.

Ej. Un delito de agresión sexual con penetración, de 10 a 12 años en su mitad superior. Pero puede que hayan sido múltiples violaciones mientras la niña era pequeña, por lo que podríamos llegar al grado superior en su mitad inferior (de 12 a 15 años).

Si se trata de infracciones patrimoniales (74.1.) se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Eso supone que se permite pasar de falta a delito. La cajera de supermercado que se queda uno día 20€, otro día 30€,... sumando han sido al final 700€, en lugar de castigarle por cada pena, se le castigará por el total de lo sustraído (700€), estaremos ante un delito de hurto.

La jurisprudencia dice que la continuación delictiva ha permitido el paso de falta a delito, así que por ese motivo no se permitirá agravar la pena del delito continuado resultante, ya que estaríamos ante un *non bis in idem* (valoraríamos por partida doble tales elementos singulares).

Los requisitos para apreciar continuidad delictiva son los siguientes:

- En primer lugar, que se trate de la comisión de infracciones de naturaleza homogénea – esto es, que lesionen o pongan en peligro el mismo bien jurídico.
- No es preciso que tales infracciones se cometan en un concreto contexto espacio-temporal.
- Queda excluida la continuidad cuando las infracciones ofendan a bienes jurídicos personalísimos, con la sola excepción de honor y libertad e indemnidad sexual que afecten al mismo sujeto; aquí dependerá de las circunstancias del hecho para apreciar o no delito continuado. Así, no cabe un delito continuado de lesiones, o de homicidio, o de robo con violencia e intimidación. Sí cabría un delito continuado de abuso sexual de prevalimiento con la misma víctima. No, un delito continuado de agresión sexual con violencia.
- Desde el punto de vista subjetivo, es precisa la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común, o alternativamente, un dolo de aprovechamiento de idéntica ocasión.

Delito masa

El delito masa es una cualificación del delito continuado en las infracciones patrimoniales. Ej. Estafa masiva que perjudica a centenares de clientes (Forum Filatélico). En lugar de 1000 delitos de estafa, es un delito continuado, pero al ser patrimonial, en estos casos, el Juez, motivadamente, podrá poner la pena superior en grado o grados si afectara.... (art.74)

22.1.4. Unidad de acción/hecho como criterio de delimitación del ámbito del concurso de delitos

El real y el ideal se diferencian en que:

- Real: Varios hechos → varios delitos.
- Ideal: Un hecho → varios delitos.

El criterio legal para diferenciarlos es la unidad de hecho.

El principal problema que suscita la interpretación y aplicación del concurso ideal es determinar su presupuesto: la unidad de hecho.

Para algunos, por unidad de hecho basta la unidad de acción, esto es, el movimiento corporal que resulta de una única decisión de la voluntad –p. ej., poner una bomba que causa varias muertes; concurso ideal (homogéneo) de tantos asesinatos como fallecidos. Quien identifica la unidad de hecho con la unidad de acción otorga mayor campo de actuación al concurso ideal.

La diferencia es fundamental en la práctica, ya que en el real se suman las penas y en el ideal se pone la del delito más grave en su mitad superior.

¿Cuándo estamos ante un solo hecho? ¿Hecho equivale a "acción"? Si hecho equivaliera a acción tendríamos que:

- A dispara sobre 5 personas: 5 homicidios en concurso real
 - Sumaríamos las penas: ej. $10 \times 5 = 50$ años de prisión
- A pone una bomba y la detona y con ello mata a 5 personas: una sola acción: 5 homicidios en concurso ideal
 - Pena más grave en su mitad superior: entre 12 y medio y 15 años.

Le pego una paliza a una mujer embarazada y provoco unas lesiones y la pérdida del bebé. Como solo hay una acción, según este criterio sería un concurso ideal entre lesiones y aborto, con pena en su mitad superior.

A la vista de los ejemplos, es evidente que si "hecho" equivaliera a "acción" sería claramente es injusto.

Hecho no es lo mismo que acción. Hay otra interpretación del "hecho"

- En los delitos de resultado material
 - Cada unidad de acción + resultado (disparar + muerte) es un "hecho" (de homicidio)

Habrà tantos hechos como resultados (tantos "hechos de homicidio" como muertes causadas), y por tanto concurso real, con independencia de que sean a través de una sola acción (bomba) o varias (disparos).

Al definir así el concurso real, se restringe mucho el ámbito del concurso ideal. Estamos hablando de un solo hecho que produzca varios delitos → Un solo comportamiento vulnera idealmente varios BJ sin que dé lugar a otros tantos resultados materiales.

El concurso ideal será un hecho formado por acción y resultado material que además vulnere otro BJ (pero sin dar lugar a otro resultado material). Ejemplos:

- Golpe a un policía → lesiones + atentado
- Preterintención: Busca lesiones y produce homicidio → lesiones dolosas + homicidio imprudente

22.2. La determinación de la pena

22.2.1. Reglas para la determinación de la pena

Artículo 73. *Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.*

Ej. Una pena de prisión y una de inhabilitación se cumplen simultáneamente

Artículo 75. *Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.*

Una cosa es la pena que se pone en sentencia y otra muy distinta es lo que se cumple. Lo que va a cumplir viene en el art.76CP.

Artículo 76 CP.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

- a) *De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.*
- b) *De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*
- c) *De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*
- d) *De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.*

Ejemplos.

- Sujeto con condena por 7+6+5+2 años y 6 meses = 20 años y 6 meses.
 - Límite triplo de la más grave → $7 \times 3 = 21$ años > 20 años → se aplica el límite de 20
- Sujeto con condena por 6+5+5+3+2 = 21 años
 - Límite del triplo de la más grave = $6 \times 3 = 18$ → Cumplirá 18 años

- Sujeto con 6 homicidios, a 10 años cada uno = 60 años.
 - Límite del triplo de la más grave $3 \times 10 = 30$ años > 20 años → se aplicaría el límite de 20 años (si no entra en los casos de a, b, c, o d)
- Condena por 5 homicidios (p.ej. 50 años) y 1 asesinato (p.ej. 17 años) = 67 años.
 - Se aplicaría el tipo (a) → Cumplirá 25 años

Artículo 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.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

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.

Idea base: Si el sujeto se ha beneficiado tanto de las reglas de reducción para cumplimiento efectivo que su condena efectiva no llega ni siquiera a la mitad de la inicial, se le complica recibir la libertad condicional (en muchos casos se imposibilita directamente), las tres cuartas partes de la condena no se computan sobre los 20 que han resultado, sino sobre 70 o lo que le haya caído en pena.

Ejemplos:

- Condena por 6 homicidios $\times 10$ años = 60 años
 - Cumplimiento efectivo 20 años (no llega a la mitad que serían 30 años)
 - Se computarán los $\frac{3}{4}$ de condena para la libertad condicional no sobre 20, sino sobre 60. Son 45 años, lo que significa que nunca llegará a esa cantidad y no tendrá libertad condicional, cumplirá los 20 íntegramente.
- Condena por $10+10+8+5+5+5+5=48$
 - Cumplimiento efectivo 20 (no llega a 24)
 - Se computarán los $\frac{3}{4}$ de la libertad condicional no sobre 20 (que significaría salir a los 15), sino sobre los 48 (36 años). No llegará, cumplirá los 20.
- Condena por varios delitos de terrorismo que suman miles de años
 - Cumplimiento efectivo 40 años
 - Cálculo libertad condicional no sobre 40, sino sobre miles de años.

Este sistema del artículo 78 tiene unas características:

- Es facultativo y reversible (revocable por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) cuando opera el límite de los 20 años.
- Preceptivo para límites de 25, 30 y 40 (no terrorista), aunque revocable por el JVP (buen pronóstico de reinserción etc.)
- Preceptivo e irrevocable para límite 40 por **terrorismo**. Única matización posible: como máximo, podrán acceder a la libertad condicional cumplidas las 7/8 partes.

Doctrina Parot

- Se aplica a los penados por el CP 1973
 - Límite máximo de cumplimiento 30 años
 - Redención de penas por el trabajo: se redimía un día de condena por cada dos días trabajados en prisión
- Doctrina Parot (STS 197/2006) /STC abril 2012
- El cálculo de beneficios penitenciarios y de acceso a la libertad condicional debe realizarse sobre cada una de las penas impuestas.

Ejemplo condena múltiple

- 2 penas de 18 años (36)
- 1 pena de 9 años (9)
- 1 pena de 6 años (6)
- Total → 51 años
- Límite máximo (ex.art.70.2 CP1973) → 30 años
- Antes doctrina Parot: 20 años cumplidos (y 10 redimidos por trabajo en prisión)
 - 18 - 18 - 9 - 6 → 30 que con los trabajos en cárcel se quedan en 20
- Tras doctrina Parot: 30 años cumplidos
 - 12 - 12 - 6 - 2 → 32 años

22.2.1. Determinación cualitativa y cuantitativa de la pena

Determinación cuantitativa de la pena: fijación de la pena dentro de un marco determinado (en su mitad inferior o superior) Art. 66

Consiste en dividir el marco penal abstracto en dos porciones exactamente de la misma duración, de manera que la mitad inferior será aquel marco penal comprendido entre el mínimo de la pena y la mitad....

Reglas de determinación cualitativa:

El marco de partida será la pena para el autor de un delito consumado (Art.61 CP), y para el cálculo se tendrá en cuenta:

- a) Iter criminis. Art.62 CP. A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

- b) Participación: complicidad. Artículo 63 CP. A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito
- c) Eximente incompleta pena inferior en uno o dos grados
- d) Error de prohibición invencible

Reglas de determinación cuantitativa

- e) Dos o más atenuantes o una o más muy cualificadas y ninguna agravante: pena inferior en uno o dos grados (art.66.1.2)
- f) Más de dos agravantes y ninguna atenuante: pena superior en grado en su mitad inferior. A partir de tres agravantes (potestativamente), se puede poner la superior en grado, pero en su mitad inferior.
- g) Multirreincidencia. Tres o más delitos de la misma naturaleza y el mismo título y ninguna atenuante. Esta subida también es potestativa.
- h) Compensación de agravantes y atenuantes con fundamento calificado de atenuación: pena inferior en grado (art.66.1.7)

Algunas subidas o bajadas de grado vienen recogidas en el CP en como está redactado el artículo, por ejemplo el art. 143, 369,...

Y aquí finalizó las clases teóricas, aunque se supone que entra todo el temario

Se quedó sin dar:

TEMA 23. LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

- I. Las circunstancias modificativas: naturaleza y función. Su régimen jurídico (eficacia, inherencia, error, comunicabilidad).
- II. Las circunstancias atenuantes.
- III. Las circunstancias agravantes.
- IV. La circunstancia mixta de parentesco. Las eximentes incompletas.

TEMA 24: EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN.

- I. Alternativas a la pena de prisión.
 - a. La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.
 - b. La sustitución de penas privativas de libertad.
- II. Ejecución de la pena.
 - a. Introducción.
 - b. Sistemas penitenciarios: el sistema progresivo.
 - c. La libertad condicional.



TEMA 25. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN.

- I. Concepto. Medidas de seguridad pre y postdelictuales.
- II. Principios generales del sistema de medidas de seguridad.
- III. Clases de medidas de seguridad.
 - a. Privativas de libertad.
 - b. No privativas de libertad.
- IV. Régimen jurídico.



Ejercicios de autoevaluación

Temas 1-4. Conceptos, principios y vigencia

1. Los diputados y senadores...

- a) son inviolables por cualquier hecho cometido en el ejercicio de sus funciones.
- b) sólo pueden ser procesados previa concesión del suplicatorio por parte de la cámara correspondiente.
- c) gozan de inmunidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones en actos parlamentarios.
- d) Todas las respuestas anteriores son correctas.

2. El principio de personalidad...

- a) implica que los tribunales españoles son competentes para juzgar delitos cometidos en el extranjero por españoles o extranjeros si atentan contra intereses españoles especialmente relevantes.
- b) impide conceder la extradición de un nacional español a otro Estado.
- c) permite juzgar en España los delitos cometidos en el extranjero contra ciudadanos españoles.
- d) Todas las respuestas anteriores son falsas.

3. Si un sujeto comete un delito en 1998 y es juzgado en 2002, cuando se encuentra vigente una nueva ley penal,...

- a) nunca le podrá ser aplicada la nueva ley.
- b) podrá ser juzgado conforme a la nueva ley si ésta le resulta más favorable.
- c) deberá serle aplicada la nueva ley si ésta le resulta más favorable.
- d) deberá ser juzgado conforme a la ley de 1998 aunque le sea más desfavorable.

4. Las medidas de seguridad...

- a) se imponen a sujetos total o parcialmente inculpables, pero criminalmente peligrosos, y sólo si ya han cometido un delito.
- b) se imponen a sujetos inimputables peligrosos aunque todavía no hayan cometido ningún delito.
- c) se imponen a sujetos plenamente culpables por el hecho de ser peligrosos.
- d) Todas las respuestas anteriores son falsas.

5. En relación con el principio de legalidad:

- a) El principio de legalidad se encuentra estrechamente relacionado con la necesidad de seguridad jurídica.
- b) En nuestro Derecho penal se permite la utilización de la analogía, aunque sea perjudicial para el reo.
- c) Es posible establecer una pena privativa de libertad en una ley ordinaria.
- d) Todas las anteriores respuestas son falsas.

6. El concurso de leyes...

- a) es una figura prevista para evitar la lesión del principio non bis in idem.
- b) se diferencia del concurso de delitos en que en este último el sujeto comete dos o más infracciones cuyo castigo obedece a distintos fundamentos.
- c) obliga al intérprete a optar por una sola de las normas aparentemente aplicables, pues ambas tienen un mismo fundamento.
- d) Todas las respuestas anteriores son correctas.

7. Las leyes penales en blanco...

- a) son disposiciones incompletas en las que la consecuencia jurídica no aparece del todo determinada por el legislador.
- b) suponen una remisión del legislador penal a otra disposición para completar el supuesto de hecho.
- c) constituyen una técnica interpretativa que permite al juez completar el supuesto de hecho de la norma acudiendo a la analogía.
- d) implican el uso de una técnica normativa declarada inconstitucional por el TC.

8. La teoría de la doble función de la norma penal...

- a) entiende el injusto primordialmente como lesión objetiva o puesta en peligro de bienes jurídicos.
- b) descarta que la norma penal implique un imperativo dirigido a los ciudadanos.
- c) concibe el injusto como la infracción de un deber personal de abstenerse de delinquir.
- d) concibe la culpabilidad (o imputación subjetiva) como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

9. De acuerdo con el texto, la pena...

- a) tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos mediante la evitación de delitos por parte de la colectividad, esto es, la prevención general.
- b) no puede concebirse como una restricción de derechos, sino como una forma de tratamiento del delincuente para que no reincida.
- c) tiene como finalidad la realización de la justicia por medio de la retribución de la culpabilidad del delincuente.
- d) debe ser ejecutada por la Administración penitenciaria orientándola a la prevención general.



10. El principio de prohibición de exceso...

- a) no puede fundamentar, en ningún caso, la declaración de inconstitucionalidad de una ley penal, al ser la cuantía de la pena una decisión reservada exclusivamente al arbitrio del legislador.
- b) impide, entre otras cosas, sancionar de la misma forma conductas que implican un grado distinto de lesividad.
- c) consiste fundamentalmente en la prohibición de sancionar dos o más veces el mismo hecho con el mismo fundamento.
- d) Todas las respuestas anteriores son falsas.

Solucionario

- 1.b
- 2.d
- 3.c
- 4.a
- 5.a
- 6.d
- 7.b
- 8.a
- 9.a
- 10.b

Temas 5-12. Antijuricidad I

1. Si A consigue, mediante engaño, que B sustraiga la cartera que lleva D y que es de su propiedad, sujeto(s) pasivo(s) de un delito contra el patrimonio es (son)...

- a) B
- b) C
- c) D
- d) C y D

2. El responsable de una industria papelera que intuye los efectos presumiblemente nocivos para el medio ambiente de un nuevo producto para blanquear el papel y ordena su utilización pese a asumir en todo caso el riesgo de una probable contaminación que, en principio, ni busca ni desea actúa...

- a) con dolo directo, de primer grado.
- b) con dolo de consecuencias necesarias.
- c) con dolo eventual.
- d) con imprudencia consciente.

3. La comisión por omisión...

- a) implica la imputación de la no disminución del riesgo para el bien jurídico.
- b) requiere la posición de garante.
- c) es un delito de mera inactividad.
- d) sólo puede cometerse dolosamente.

4. La omisión propia...

- a) implica siempre la equiparación con la acción.
- b) implica la equiparación con la acción cuando se dan determinados requisitos.
- c) implica la imputación del resultado como si se hubiera causado.
- d) implica la imputación de la no disminución del riesgo para el bien jurídico.

5. El Código penal trata el error sobre un elemento esencial del tipo...

- a) rebajando la pena en un grado si es vencible y en dos grados si es invencible.
- b) excluyendo siempre la responsabilidad criminal.
- c) rebajando en todo caso la pena en uno o dos grados.
- d) excluyendo la pena si es invencible y remitiendo, si procede, a la imprudencia si es vencible.

6. El bien jurídico es...

- a) el objeto materialmente destruido por la acción.
- b) el valor tutelado por la norma.
- c) el conjunto de objetos susceptibles de ser perjudicados.
- d) el interés de la víctima.



7. Un delito de mera actividad...

- a) no requiere la imputación objetiva de un resultado material.
- b) requiere la imputación de la lesión del bien jurídico.
- c) se consuma con la puesta en peligro del bien jurídico sin que requiera en ningún caso la lesión efectiva del mismo.
- d) no requiere la comprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

8. Un delito de peligro abstracto...

- a) requiere la imputación objetiva de un resultado material.
- b) requiere la imputación de la lesión del bien jurídico.
- c) se consuma con la puesta en peligro del bien jurídico sin que requiera en ningún caso la lesión efectiva del mismo.
- d) no requiere la comprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

9. Los elementos subjetivos del hecho típico...

- a) no pueden darse en los delitos de mera actividad.
- b) pertenecen a la culpabilidad.
- c) pertenecen al tipo de injusto.
- d) se dan en todos los delitos que admiten la modalidad imprudente.

10. En un delito que sólo admite la modalidad dolosa, la ausencia del dolo determina...

- a) la atipicidad.
- b) la imprudencia.
- c) la justificación.
- d) el error sobre el tipo.

Solucionario

- 1.c 6.b
- 2.c 7.d
- 3.b 8.c
- 4.d 9.c
- 5.d 10.a

Temas 15-16. Antijuricidad III

1. La justificación del comportamiento típico...

- a) supone que con éste no se ha lesionado ningún bien jurídicamente protegido.
- b) no elimina la lesión del bien jurídico pero ésta es autorizada por el ordenamiento.
- c) se produce cuando el autor del hecho no posee suficiente inteligencia y voluntad para controlar su conducta.
- d) todas las respuestas anteriores son falsas.

2. Si un comportamiento típico se encuentra justificado...

- a) subsiste la responsabilidad criminal de su autor, pero no la de los partícipes.
- b) desaparece toda responsabilidad criminal tanto del autor como de los partícipes.
- c) no se puede sancionar al autor con una pena, pero sigue siendo posible imponerle una medida de seguridad si es criminalmente peligroso.
- d) el afectado puede interponer legítima defensa frente a él.

3. Las causas de justificación en nuestro Derecho...

- a) no tienen ninguna relevancia a menos que concurren todos sus requisitos.
- b) pueden dar lugar a una atenuación de la pena si se cumplen todos sus requisitos.
- c) pueden operar como eximentes incompletas si falta algún requisito inesencial.
- d) son construcciones doctrinales no reflejadas en la legislación positiva.

4. La falta de conocimiento por parte de un sujeto de que su comportamiento cumple los presupuestos objetivamente exigidos por una causa de justificación...

- a) es irrelevante y no impide la plena justificación según la mayoría de la doctrina.
- b) elimina toda posibilidad de justificación según doctrina unánime.
- c) según el finalismo ortodoxo, es irrelevante para la justificación, siendo posible apreciarla en su modalidad completa.
- d) es tratado por algunos autores como análogo a la figura de la tentativa, por existir desvalor de acción (entendido como de intención), pero no de resultado.

5. La agresión ilegítima...

- a) tiene que proceder de un sujeto culpable para que pueda dar lugar a la legítima defensa.
- b) es un requisito inesencial de la legítima defensa cuya falta no impide la apreciación de la eximente incompleta.
- c) sólo da lugar a legítima defensa cuando se dirige contra la vida o la integridad física del atacado.
- d) según el texto, ha de ser penalmente antijurídica para que pueda dar lugar a la legítima defensa.

6. El requisito que establece que el mal causado por la conducta típica sea menor que el que se trata de evitar...

- a) es una exigencia común a la legítima defensa y al estado de necesidad, puesto que la proporcionalidad estricta forma parte de ambas causas.
- b) se exige en la legítima defensa, pero no en el estado de necesidad, ya que en la primera el atacante se halla en una posición de inferioridad para el Derecho.
- c) se exige en el estado de necesidad justificante porque sólo es justo obligar al lesionado al sacrificio de sus bienes jurídicos cuando se trata de preservar otros más importantes.
- d) es una exigencia común tanto al estado de necesidad justificante como al exculpante.

7. La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo...

- a) se refiere únicamente a deberes y derechos de origen penal.
- b) nunca puede ser aplicada cuando la acción típica se realiza en ejercicio de un derecho fundamental.
- c) siempre ampara al subordinado que comete un hecho típico en cumplimiento de las órdenes dictadas por un superior jerárquico.
- d) todas las respuestas anteriores son falsas.

8. Según el texto, el estado de necesidad...

- a) opera siempre como causa de justificación.
- b) opera como causa de justificación sólo en caso de conflicto entre bienes e intereses de igual rango.
- c) opera como causa de exculpación por inexigibilidad en caso de conflicto entre bienes e intereses de igual rango.
- d) justifica completamente aunque el sujeto hubiera dispuesto de un medio menos lesivo para resolver el conflicto de bienes.

9. Según el texto, el hecho de que un sujeto haya provocado imprudentemente una situación de conflicto entre bienes jurídicos...

- a) impide por completo justificar el comportamiento típico realizado para solventar tal situación.
- b) no impide eximir de toda responsabilidad penal por el comportamiento típico realizado para solventar tal situación, aunque deja subsistente la responsabilidad civil.
- c) no impide justificar el comportamiento típico doloso realizado para solventar tal situación, pero subsistiría responsabilidad por imprudencia.
- d) impide el estado de necesidad justificante, pero da lugar al exculpante.



10. El consentimiento del titular del bien jurídico afectado por una conducta...

- a) según los casos, puede eliminar la tipicidad o la antijuricidad de la conducta.
- b) elimina siempre la tipicidad de la conducta.
- c) se encuentra expresamente previsto como causa de justificación general en el Código penal de 1995.
- d) todas las respuestas anteriores son falsas.

Solucionario

- 1.b
- 2.b
- 3.c
- 4.d
- 5.d
- 6.c
- 7.d
- 8.c
- 9.c
- 10.a

Temas 17-20. Culpabilidad

1. En caso de apreciar la inimputabilidad del sujeto...

- a) se aplica la eximente incompleta del artículo 21.1, rebajándose la pena en uno o dos grados.
- b) se combina la aplicación de la pena privativa de libertad con la de una medida de seguridad, pudiendo quedar la primera en suspenso si el juez así lo decreta.
- c) si existe peligrosidad criminal, se aplica una medida de seguridad de internamiento hasta que aquélla desaparezca.
- d) puede aplicarse una medida de seguridad de internamiento si concurre peligrosidad criminal, pero en ningún caso superará la duración de la correspondiente pena privativa de libertad.

2. Los tribunales aprecian error de prohibición...

- a) cuando el autor ignora la ilicitud de su actuación.
- b) cuando el sujeto cree que su infracción es de naturaleza administrativa, pero no penal.
- c) cuando el autor ha obrado intentando ocultar o simular su actuación.
- d) en infracciones cuya ilicitud sea notoria.

3. De acuerdo con el texto, la culpabilidad se fundamenta en...

- a) consideraciones puramente preventivas.
- b) la exigibilidad de poder actuar de otro modo.
- c) la motivabilidad normal del sujeto por parte de la norma penal.
- d) la peligrosidad criminal del autor del hecho delictivo.

4. El conocimiento de la ilicitud...

- a) se considera unánimemente parte integrante del dolo.
- b) no concurre en el delincuente por convicción.
- c) debe ser al menos potencial para poder afirmar la culpabilidad.
- d) debe abarcar el carácter penal de la prohibición según el Código.

5. De acuerdo con el texto, el trastorno mental transitorio...

- a) requiere una base patológica.
- b) es una modalidad de anomalía o alteración psíquica caracterizada por su brevedad temporal.
- c) no puede apreciarse cuando se debe a la ingesta de alcohol o drogas.
- d) no exime de responsabilidad si es coetáneo a los hechos.

6. Se habla de *actio libera in causa*...

- a) cuando el sujeto comete el hecho delictivo en un estado de inimputabilidad que él mismo ha provocado.
- b) cuando el sujeto deviene inimputable una vez cometido el hecho delictivo y antes del juicio.
- c) cuando el sujeto enfermo mental ha cometido el hecho delictivo en un intervalo lúcido.
- d) cuando el sujeto comete libremente un hecho delictivo contra un inimputable.

7. El error de prohibición...

- a) elimina el *dolus naturalis*.
- b) es irrelevante en el ordenamiento jurídico español.
- c) recibe el mismo tratamiento que el error de tipo.
- d) se castiga con una pena inferior si es vencible y excluye la responsabilidad si es invencible.

8. Los menores de 18 años...

- a) son penalmente inimputables.
- b) son irresponsables de acuerdo con el Código penal, pero quedan sometidos a un Derecho penal de menores si tienen más de 14 años.
- c) y mayores de 16 son plenamente imputables, aunque se les aplica la atenuante de minoría de edad.
- d) quedan sometidos al Código penal si tienen capacidad de discernimiento.

9. El miedo insuperable...

- a) es una causa de exclusión de la imputabilidad.
- b) en esta eximente el error sobre la apreciación del mal amenazante determina la imposibilidad de aplicarla.
- c) se trata de una causa de exculpación que se fundamenta en la no exigibilidad de una conducta distinta.
- d) se encuentra regulado de modo que, por exigencia legal, el mal amenazante debe ser mayor que el causado.

10. Para el Tribunal Supremo, el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación...

- a) constituye un error de tipo.
- b) constituye una tercera clase de error.
- c) constituye un error indirecto de prohibición.
- d) resulta irrelevante en el ordenamiento jurídico español.

Solucionario

- 1.d
- 2.a
- 3.b
- 4.c
- 5.b
- 6.a
- 7.d
- 8.b
- 9.c
- 10.c



Parte Práctica

Esquema respuesta

Juicio antijurídico

¿Hay ausencia de acción?

TIPICIDAD

- Tipo objetivo → Si es delito de resultado → Imputación Objetiva
 - o Si es un delito omisivo → Sus reglas (omisión pura/comisión por omisión)
- Tipo subjetivo
 - o Dolo (clase)
 - o Imprudencia (clase)
 - o Preterintención
 - o Error de tipo
- Forma de intervención (autoría/participación)
- Grado de ejecución (acto preparatorio/test/consumado)

JUSTIFICACIÓN (completa/incompleta)

- o Legítima defensa
- o Estado necesidad
- o Cumplimiento deber/ejercicio...

Juicio culpabilidad

- Imputabilidad
- Conciencia antijuricidad (error de prohibición)
- Exigibilidad (miedo insuperable/ estado necesidad exculpante)

- Agravantes
- Atenuantes
- Calculo pena (concurso)

La ausencia de acción si no hay problema con ella no enrollarse, se pone que no hay problema con ella y se sigue, otra cosa es que esto no estuviera claro, entonces hay que trabajarla.

Es recomendable que distingamos lo antes posible los partícipes en el hecho, de manera que los trataremos por separado.

Hay que aludir al precepto que se está trabajando.

- | | |
|-----------------------|-------------------------------|
| - Error de tipo CP 14 | - Justificación 20 |
| - Autoria CP 28 | - Inimputabilidad 20.1.... |
| - Tentativa 16 | - Comisión por omisión art.11 |

“El procesado, Carlos, se hallaba en compañía de otros jóvenes en el interior de la torre de los padres de uno de ellos, celebrando una velada y, en un momento dado, Héctor, tomando una botella, retó a Carlos a acertarle a la misma de un disparo mientras bebía. El procesado era portador de una pistola que le había sido oficialmente adjudicada en su calidad de miembro de la Guardia Civil y con la cual había estado jugando y haciendo alardes de puntería desde su llegada al lugar. Carlos acepto el reto, apuntó con el arma a la botella que sostenía Héctor y disparó sobre ella en el instante mismo en que aquél efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima. Héctor fue alcanzado por el proyectil en el hemitórax derecho y falleció como consecuencia de ello 23 días más tarde”

Cuestiones:

1.- Califica la conducta de acuerdo con lo que has estudiado hasta ahora.

2.- En el caso de que en el transcurso de la operación a que fue sometido en el Hospital al que se le condujo, el cirujano hubiera realizado de forma incorrecta la intervención, olvidando, por ejemplo, unas gasas en el cuerpo de Héctor y se determinara esta imprudencia como causa de la muerte, ¿Carlos tendría la misma responsabilidad penal si se comprueba efectivamente que mediante una intervención correcta Héctor habría salvado la vida?

Aunque parezca en este caso que el problema será la imprudencia, el error,... En este caso el problema estará en la imputación objetiva. El que muere, la propia víctima, es quien incita al autor a que haga la prueba, es él mismo el que se pone en peligro.

¿La muerte le es objetivamente imputable al autor?

En imputación objetiva decíamos que tenían que darse dos requisitos:

- Creación de un riesgo desaprobado
- Previsible
- De cierta entidad
- ...
- Riesgo asumido por la víctima
- Realización de ese riesgo en el resultado

Disparar a alguien está claro que no es despreciable, el problema es el de que es la víctima la que se pone en peligro. ¿Esto impide imputar al autor el resultado?

Cuando es la víctima la que se pone en peligro y la que ejecuta la acción peligrosa, el tercero, el que participa en esa autopuesta en peligro, es impune.

Heteropuesta en peligro consentida por la víctima (el caso que nos ocupa, relaciones sexuales con alguien con sida,...). Hay doctrina que dice que habría que imputar y hay doctrina que dice que no.

Lo que quiere si pone este problema es que veamos dónde está el problema, si cogemos cualquiera de las dos tendencias que ha pues es lo mismo, quiere que veamos lo de la heteroimputación.

La doctrina mayoritaria lo que hace es imputar. En el juicio se le imputó un homicidio, así que seguimos.

Ahora habrá que analizar el tipo subjetivo. ¿Es doloso o imprudente?

Estaremos entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, tendremos que decidir cuál de las dos opciones es la que más nos convence y defenderla.

Ahora podríamos utilizar las fórmulas de Frank para decidir si es dolo eventual o imprudencia.

(El Supremo condenó por imprudencia grave)

Amadeo, de 65 años, acude a un prostíbulo, donde tiene relaciones sexuales con la joven Berta. Durante las mismas, empieza a sentir un gran dolor en el pecho, por lo que el intercambio sexual queda interrumpido. La joven ayuda a Amadeo (muy mareado y dolorido) a vestirse y lo acompaña a la puerta que da directamente a la calle. A pesar de darse cuenta de que Amadeo probablemente estaba sufriendo un infarto (como así era), Berta cierra la puerta y se desentiende del tema. Pocos momentos después, Amadeo cae desplomado y muere en la misma entrada del establecimiento. Califica la conducta de Berta.

El problema lo tendremos en saber si es un delito de omisión pura o un delito de comisión por omisión de homicidio (que no se nos olvide lo de homicidio que nos conocemos...)

Lo que habrá que determinar es si Berta tenía posición de garante sobre Amadeo (ley, contrato y provocación del riesgo)

En tipo subjetivo parece obvio que la conducta es dolosa, aunque se podría discutir si ella es consciente de la situación de peligro de Amadeo. Mínimo seguro que le podríamos poner dolo eventual.

Durante una discusión, A empuja levemente a B, que tropieza y cae hacia atrás, con tan mala fortuna que se golpea la sien con el bordillo y muere en el acto. Responde a estas dos cuestiones:

1) califica razonadamente la conducta de A

Tendríamos un problema de imputación objetiva.

Lo primero que tenemos que ver es si le podemos acusar de homicidio, ¿ha creado un riesgo para que se produzca ese resultado?

Si la conducta no crea un riesgo apreciable de que se produzca un resultado, si no es previsible ex ante de que se pueda producir, ese resultado es fruto de la casualidad, de la mala suerte.

Es una cuestión de previsibilidad, si en general, para un hombre medio colocado en la posición de los hechos en el lugar del autor, es previsible que sucedan estos hechos. Como no es previsible -> no puede ser imprudente.

Sería una falta de maltrato de obra, que condenar por esto tendría cojones...

2) ¿Cambiaría tu calificación si en lugar de un empujón le hubiese propinado un solo puñetazo pero muy fuerte, que le hubiera hecho caer al suelo, produciéndose igualmente una fractura craneal con resultado de muerte? ¿Cómo calificarías el segundo supuesto?

Lo primero, imputación objetiva, ¿dar un puñetazo muy fuerte es un riesgo de muerte? pues no es irrelevante, pero tampoco es de esperar que mate a nadie. El supremo ha ido rebajando el estándar, y actualmente, con que quepa la posibilidad ya imputa, estaremos ante un homicidio.

Tipo subjetivo ¿es homicidio doloso? dolo directo no hay, de consecuencia directa tampoco, y eventual sería exagerar demasiado.

Podríamos poner que es un homicidio imprudente, pero tenemos que no había dolo de matar, por lo que es un homicidio preterintencional

Concurso de lesiones dolosas en concurso ideal con homicidio imprudente. Faltaría ver si es imprudencia grave o leve.

El artículo 270 sanciona como delito doloso contra la propiedad intelectual a quien "con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte³, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada e....

Nada se dice sobre la sanción de esta misma conducta a título de imprudencia.

Califique el comportamiento del sujeto que, creyendo que cuenta con la autorización de la empresa titular de los correspondientes derechos de distribución, distribuye con ánimo comercial una obra protegida (una película por ejemplo)

Estamos ante un error de tipo, porque no sabe que no tiene la autorización.

El error será vencible o invencible.

- Si es invencible se absuelve.
- Si es vencible se condena por imprudencia, pero como el delito no recoge la imprudencia, la conducta sería impune.

Alberto, dueño de un establecimiento de coches de segunda mano, vende al cliente Gabriel un coche aparentemente en buen estado. Alberto sabe, sin embargo, que los frenos no están del todo bien: aunque hubiera debido cambiarlos totalmente, optó por repararlos a toda prisa para tener el coche listo para su venta cuanto antes, y sabe que el problema no ha sido correctamente solucionado. Con todo, Alberto, de temperamento optimista, piensa (pues así se lo dice a su compañero de negocio) que no va a pasar nada, porque "total este (el comprador) solo cogerá el coche por la ciudad y tendrá que ir despacito". La misma tarde en que compró el coche, Gabriel tomó una recta a las afueras de la ciudad y se empotró contra un muro, lo que le produjo lesiones muy graves.

Califica el comportamiento de Alberto, tanto respecto del tipo objetivo realizado como desde el tipo subjetivo. En relación a este último, califica utilizando las diversas teorías que conozcas y que te parezcan aplicables al supuesto.

Está claro que Alberto produce un riesgo apreciable para la vida de Gabriel.

Ahora hay que ver si es dolosa o imprudente. No es dolo directo, ni de consecuencias necesarias, la duda sería entre eventual e imprudencia consciente.

Como dice a su compañero que "no va a pasar nada..." podemos decir que no esperaba que pasara nada.

Lo normal es que optáramos por la imprudencia, aunque como siempre podríamos optar por el dolo eventual.

Abelardo, mayor de edad, ejecutoriamente condenado por delito de tráfico de drogas a la pena de 7 años de prisión en sentencia firme de 21 de enero de 2003, condena que terminó de cumplir el día 5 de mayo de 2007, se dirigió el 22 de octubre de 2011 a la farmacia de su amigo Dionisio comentándole que estaba harto de que su esposa (de la cual se hallaba legalmente separado desde hacía dos meses) no le permitiese visitar al único hijo de ambos, y que se le había ocurrido en ese momento poner solución al asunto matándola, para lo que solicitó al farmacéutico que le suministrase un producto químico susceptible de poder provocar la muerte de una persona adulta. Dionisio, que también es mayor de edad pero sin antecedentes penales, le entregó un compuesto farmacéutico denominado "RECALCOL", el cual mezclado con productos que contengan lactosa puede provocar, aun empleándose pequeñas cantidades, la muerte de un adulto. A pesar de la entrega del medicamento, el farmacéutico intentó convencer a su amigo para que abandonara su propósito, en el sentido de que intentase hablar con su antigua compañera y que sólo debía recurrir al producto en el caso de que fallasen sus conversaciones.

Instantes después, sobre las 17'30 horas, Abelardo llamó por teléfono a Elvira (su esposa) invitándola a conversar con él en su casa tomando café y unas pastas, petición que fue aceptada. Una vez en el domicilio de Abelardo, sito en la calle H de esta ciudad X, el procesado sirvió a la víctima un café con leche en el que disolvió dos gramos de "RECALCOL". Elvira tomó íntegramente esta bebida, notando inmediatamente un tremendo dolor en el estómago, náuseas, fuerte dolor de cabeza y mareo hasta tal punto de perder la conciencia. El procesado tomó el cuerpo de Elvira y lo llevó a su garaje creyéndola muerta, pero cuando se disponía a regresar a su domicilio, preso de un fuerte remordimiento, volvió a dicho garaje, y tras comprobar que aún respiraba, se dirigió al hospital X de esta ciudad, donde en el servicio de urgencias, tras una operación de lavado de estómago, lograron salvar la vida de Elvira.

A consecuencia de dichos hechos, Elvira padeció una úlcera sangrante para la que requirió tratamiento médico reiterado.

Al día siguiente de los hechos Dionisio acudió a la comisaría de Policía Z de esta ciudad, y ante el Agente nº 176, relató la conversación mantenida con Abelardo y el suministro por su parte del producto farmacéutico.

Abelardo:

- Tipo objetivo - homicidio no consumado
- Tipo Subjetivo - dolo directo

Iter criminis/autoría - participación.

Estamos ante un arrepentimiento eficaz, al conseguir evitar la muerte, tendríamos que no se castiga por homicidio, pero si por las lesiones producidas (art.16). En caso de que al llevarla al hospital hubiera fallecido tendríamos que se castiga por homicidio bajando un grado.

En este caso sólo se le castigaría por las lesiones (la úlcera).



Autor

Culpabilidad

Circunstancias

Pese a que los antecedentes penales por el delito de tráfico de drogas están en vigor, no afectarían a la reincidencia ya que no es del mismo título ni de la misma naturaleza que el delito que nos ocupa.

- Parentesco. Art.23. En este caso se aplicaría como agravante.
- Alevosía. Art.22. Al utilizar veneno para conseguir el resultado.

Determinación pena. Art.66

Como le vamos a castigar por lesiones, nos iremos a su tipo básico, el del 147, que castiga de 6 meses a 3 años de prisión.

En su mitad superior → de 1 año y 9 meses a 3 años.

Ahora vamos a ver el caso de Dionisio.

Podríamos ponerlo como cooperador necesario o como cómplice. En este caso decidimos cooperador necesario, por lo del veneno tan específico, aunque si hubiéramos puesto cómplice también sería válido.

La discusión sería si lo acusamos de lesiones (como en hemos hecho con el autor porque la pena era más alta) o lo acusamos de tentativa de homicidio. Como este no ha desistido, ya que es una figura personal, por lo que solo se le aplicaría al autor, le acusaríamos de tentativa de homicidio (asesinato ya que hay alevosía).

Lo que sí que se le aplicaría es la atenuante ordinaria de confesión.

Para que quedara proporcional (queda mucho mayor que la del autor), bajaríamos dos grados (por ser tentativa), y se aplicaría en su mitad inferior (por la confesión).

Amelia tiene una hija de 7 años, fruto de su matrimonio con Baltasar. Baltasar (quien en el momento del juicio presenta antecedentes penales ya cancelados, procedentes de un abuso sexual contra un menor cometido en su juventud) ha abusado sexualmente de su hija en numerosas ocasiones desde que la niña tenía 3 años. Esta situación es conocida fehacientemente por Amelia. A pesar de que una amiga cercana le insiste en que acuda a un piso de acogida con la niña, Amelia no se decide a hacerlo, alegando (cosa que es cierta) que Baltasar, de temperamento violento, le ha dicho repetidamente que si se marcha “irá a por ella”. Amelia tiene 39 años, y un coeficiente mental de 75 puntos, lo que suele denominarse inteligencia “border line” o límite.

Finalmente, la amiga de Amelia denuncia la situación, y dos agentes de policía acuden al domicilio de Amelia y Baltasar con una orden de detención. Cuando el agente Juan Carlos está comunicando a Baltasar que queda detenido, Baltasar se dirige rápidamente a una cómoda situada junto a él y abre un cajón; creyendo que Baltasar pretende coger un arma del cajón, el agente Juan Carlos desenfunda su arma de fuego reglamentaria y dispara a la pierna de Baltasar, causándole una lesión importante. Inmediatamente el otro agente registra el cajón de la cómoda y comprueba que en él sólo se contenían varios paquetes de tabaco y un encendedor (Baltasar, fumador compulsivo, pretendió abrir el cajón tan sólo para coger un cigarrillo).

1. Determina las respectivas responsabilidades penales de Baltasar, Amelia y Juan Carlos atendiendo a todos los aspectos de la teoría del delito que resulten relevantes para ello.

2. De acuerdo con la calificación que hayas asignado a su conducta, calcula la pena imponible a Baltasar partiendo de que, tras la reforma introducida por la LO 5/2010, el art. 183.3 Cp asigna 8 a 12 años a los abusos sexuales con acceso carnal, en su mitad superior por ser ascendiente (art. 183.4.d).

Baltasar ha abusado diferentes veces, desde los 4 a los 7 años. ¿Cuántas veces? ¿1? ¿40? veces, ¿que contamos?

Aquí hay que ver la figura del delito continuado, que se contempla en el art 74CP: “.... Pena en su mitad superior, para la pena más grave”

Pena de abusos sexuales con penetración por el ascendiente es de 10 a 12 años, si este caso fuera delito continuado el CP, nos dice que pena mitad superior, que sería de 11 a 12. Pero el CP dice que puedes llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado, entonces iríamos al grado superior (que sería $12/2=6$, $18+12=30/2=15$) entonces sería de 12-15 años.

Este delito es un abuso sexual cualificado (por lo que no se puede aplicar la circunstancia mixta de parentesco, porque sino cometeríamos *Non bis in idem*. Y esto se llama principio de Inherencia de las circunstancias.

El tipo básico es de 8 a 12 años, el abuso sexual con penetración. En este supuesto el subtipo agravado es de 10 a 12 años, pero, como el delito continuado, el CP permite subir en grado y coger su mitad inferior: de 12 a 15 años.

En el delito continuado, hay una excepción cuando es contra el honor y contra la libertad sexual, sí que cabe. La Jurisprudencia, lo admite en abusos, pero en el caso de agresiones sexuales es más reacio (toma cada una de las agresiones, una por una).

TIPO:

1.- Objetivo: Amelia, está cometiendo desde el punto de vista objetivo:

No, es encubrimiento, puesto que solo se aplica cuando ya se ha cometido el hecho, y un determinado sujeto realiza unas determinadas cosas. En este caso no ha acabado el delito. Segundo el encubrimiento, no es solo saber que alguien ha cometido el delito, sino si se cumple según el CP, art. 451:

- -Ayudas al sujeto a beneficiarse del efecto del delito.
- -Ocultas....
- -Determinados delitos importantes...

No se es encubridor por el solo hecho de no denunciar.

Seria Comisión por Omisión: esta la madre en posición de garante: Art 11 CP

Amelia no es autora de delito de abusos sexuales, seria participe en comisión por omisión. Aunque hay discrepancias, ya que algunos piensan que sería autora por comisión x omisión y otro participe.

La Jurisprudencia entiende que hay participación x C x O: y pueda ser: cooperadora necesaria, con misma pena que el autor, o bien, entenderla como cómplice, cuya pena es menor que la del autor.

¿Amalia podría haber evitado el delito?, a partir del momento del que lo sabe, es evidente que sí podría haberlo evitado, por lo tanto sería considerada Cooperadora necesaria en C x omisión a un delito de abusos sexuales.

La cooperación necesaria activa quiere decir, que lo eres hasta tal punto que no se hubiera podido realizar el delito por parte del autor.

El paralelo de esto en el campo de la omisión, es que lo que miras es la inactividad, y si la mujer se hubiera llevado a la niña en el momento que lo supiese, el delito no se hubiera cometido. Esa inactividad, eso no llevarse a la niña, es lo equivalente a la Cooperación Necesario.

A ella también se le puede aplicar el subtipo agravado de parentesco: la comisión x omisión es la madre, y entonces valorarías dos veces el hecho de ser madre. Y también el 183.3.

Si fuera la vecina la que supiera que se estaba abusando de la menor; es diferente, ya que cometería un delito del 450 CP (omisión pura, pena de multa).

¿Alguien de la familia, o el maestro, como se califica?: eres profe y sabes que el padre pega al niño, moralmente lo tienes que denunciar, pero penalmente que sería: omisión pura, o CxO, no esta tan claro, según ella no hay posición de garantía.

Si fuese pareja del padre y ésta ve los abuso y los conoce (ya que la niña vive con ellos): hay una sentencia que dice que es garante, porque hay una figura civil, que es la guarda de hecho, y tiene una obligación legal de guardar al menor.

La posición de garantía clara por Ley, es la patria potestad. En el Art 11 la C x O se da en 3 supuestos: legal, contractual y creación de peligro.

Entre cónyuges hay posición de garante (contrato que obliga a prestar ayudas, vestido alimentos etc.). Si dejas morir a tu marido de un infarto, sí que tienes obligación contractual, deber de garantía, pero lo que no hay deber de garantía de los delitos que comete mi marido: yo sé que mi marido está cometiendo tal delito, y yo no hago nada, yo no soy garante de lo que mi marido cometa. Soy garante de lo que mi marido haga sobre mi hijo, pero no tengo un deber de vigilancia y control sobre mi marido. Ej. La Infanta Cristina, no por el hecho de no hacer nada, por lo que ha cometido el Urdangarin. Si la mujer sabe que tiene droga, o trafica el marido, por ello no se convierte en autora, no es delictivo). Y que pasaría si no fuera su marido, sino su pareja, pues moralmente sería lo mismo, pero jurídicamente es otra cosa.

2.- Subjetivo:

ES DOLO (sabe perfectamente que está pasando esto)

3.- Iter criminis

AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

Participe por comisión x omisión

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

CULPABILIDAD:

Imputabilidad: La Jurisprudencia, considera que en torno a ese CI no está limitada la imputabilidad, es claramente poco inteligente para el estándar media, pero no afecta.

Conocimiento de la antijuricidad: sabe que lo que hace es ilícito, parece evidente que si, que sabe que la conducta es prohibida.

Exigibilidad: hay determinadas circunstancias que por muy imputable que sea, es complicado exigirle que se comporte de otra forma. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos.

Y aquí hay dos causas: 1- El estado de Necesidad Justificante y 2- El miedo insuperable.

Que en este supuesto hay miedo, es evidente, y creíble. Y que esto el ordenamiento lo tiene que tener en cuenta. La presión motivacional de esta persona no es la misma.

¿Puede el derecho exigirle que se hubiera comportado de otra forma? ¿Qué hubiera vencido este miedo y hubiera extraído a la niña de esa situación?

¿Qué debemos medir aquí, hasta qué punto el miedo es o no insuperable?

¿Qué pasa cuando una persona es débil de carácter, o miedosa, pusilánime? ¿como tú eres muy miedoso te tienen que exculpar?

Se tiende a emplear un estándar, a utilizar el que evite a subjetivizar esto en extremo (como eres miedoso te esculpamos), la doctrina se pregunta, si una mujer de su cultura, en su situación, teniendo en cuenta esas amenazas, que se le puede exigir, aguantar, o resistir, a una persona así?

A la profesora le interesa, que tengamos en cuenta que se tiene en cuenta para medir el miedo insuperable.

Hay sentencias, que en este tipo de abusos sexuales, y que la mujer está amenazada, la exculpa, siempre midiendo el tipo de amenaza.

Se suele aplicar la eximente Incompleta, en el miedo insuperable (que supone la rebaja en uno-dos grados). Para que se aplique completa la circunstancia del miedo, tiene que verse muy claro.

Si al pena del abuso sexual con penetración es de 8 a 12 años, si se le baja un grado sería de 4 a 8 años, y dos grados sería de 2 a 4 años. Por lo que tiene mucha flexibilidad.

Hay que acumular la bajada por complicidad y la bajada por eximente incompleta.

Que diríamos RESPONSABILIDAD DE JUAN CARLOS EL POLICIA, que va a la casa y cuando detiene a Baltasar, junto con un compañero, se dirige a una cómoda abre un cajón, y el Policía creyendo que va a sacar un arma, le dispara y le hiere en una pierna. Y después se comprueba que iba a sacar un paquete cigarrros.

Planteado como una Legítima Defensa: cree que el toro le va a disparar

Esto es un supuesto específico de ERROR DE PROHIBICION: piensa que está actuando en legítima defensa cuando no es así.

Es un ERROR sobre los supuestos objetivos de causas de justificación → Causa de justificación Putativa.

Creo que se está dando una agresión, cuando no es así: error sobre la existencia de una agresión (me dan susto y le doy puñetazo).

Si realmente me hubieran agredido sí que sería legítima defensa.

Hay otros supuestos, como por ejemplo, un error sobre la situación de necesidad, o la situación de peligro eminente en el estado de necesidad.

Sentencia: sujeto separado de la mujer, y va a por los niños, llama antes, y nadie le abre. Oye gritos de los niños, y se asusta, y entra pensando que algo le estaría pasando. Él pensaba que estaba en un estado de necesidad, una situación de peligro, para su mujer o sus niños. Esto es un error sobre la situación de necesidad, entra pensando que está justificado.

Esto es un ERROR SOBRE LA ANTIJURICIDAD DE LA CONDUCTO: yo creo que obro en legítima defensa,...

Se regula en el art 14.3 CP: Error de PROHIBICIÓN, que distingue entre vencible e invencible (si es invencible se exime la culpabilidad, y si es vencible se rebaja en uno o dos grados sobre la pena del delito doloso).

Valorar si es vencible/invencible, es difícil de ver con los datos que pone en el caso. Le interesa que alumno sepa que hay error de prohibición, que no digamos que es un exceso de legítima defensa (no se puede aplicarla, porque no hay legítima defensa), ni una imprudencia.

La Justificación la hemos descartado, y por eso nos vamos a la Culpabilidad.

En los materiales es un poco compleja la explicación, solo le interesa que sepamos lo que es, y lo de los presupuestos objetivos.

Es similar al caso del Victorious (del atleta surafricano, sin piernas, que mato a su novia, alegando que pensaba que era un ladrón)

Maruja, que lleva muchos años soportando continuos malos tratos por parte de su marido y no puede más, le propone a su hijo Javier, de 17 años y medio de edad, que le ayude a deshacerse de él proporcionándole un arma.

A los dos días, Javier, temeroso de contrariar a su madre, a la que se encuentra muy sometido emocionalmente, roba una pistola utilizando fuerza en las cosas, y se la entrega. En el momento de dar el arma a su madre le pide por favor que lo piense bien, que no lo haga, que matar a Bartolomé será peor para todos. La noche siguiente, Bartolomé, el marido de Maruja, duerme plácidamente en su cama cuando Maruja se acerca hacia él empuñando la pistola. Está ya apuntando a su marido, pero se siente tan nerviosa y tiembla tanto que tropieza con las zapatillas de Bartolomé, situadas el pie de la cama, haciendo un ruido que despierta a éste. Al abrir los ojos, Bartolomé se encuentra a su mujer delante de él, temblorosa, empuñando la pistola, y rápidamente empuja a Maruja, tirándola al suelo. Desde el suelo, no obstante, Maruja tiene tiempo de disparar al pecho de Bartolomé cuando éste se inclina sobre ella para quitarle el arma, produciéndole la muerte instantánea.

Califique jurídico-penalmente los hechos respecto de Maruja y Javier.

Determine la pena de Javier, partiendo de que la pena por homicidio doloso consumado es de 10 a 15 años de prisión (art. 138 Cp)

Maruja es autora directa de un homicidio doloso.

Ella no puede alegar legítima defensa porque el hombre está ejerciendo la legítima defensa, el empujón lo da para defenderse de la agresión que hace la mujer, por lo que ella no puede alegar la legítima defensa.

Podríamos alegar miedo insuperable como atenuante analógica más que como eximente incompleta (miedo a nuevas palizas)

En parte especial tendríamos problemas al calificar como asesinato o como homicidio, ya que empieza como asesinato pero, al defenderse el marido, acaba como homicidio.

En el caso del homicidio lo que se pena es matar, por lo que el inicio de la acción serán los momentos previos a matar: estar apuntando, sacando el arma,.. pero si retrocedemos más será impune.

La proposición solo se castiga cuando le dices a otro que cometa el delito y la conspiración cuando hay acuerdo con otro de cometer el delito.

Conspiración → Coautoría anticipada

Estos casos que comienzan con alevosía pero acaban sin ella, la jurisprudencia tiende a castigar por el modo en el que se han cometido los hechos, en este caso sería por homicidio.

En el caso de Maruja:

Sería un homicidio agravado por el parentesco y el abuso de superioridad. También aplicaríamos la atenuante analógica del miedo insuperable.

El CP art.66 dice que las agravantes se compensen racionalmente, en este caso después de la compensación permanece un fundamento de agravación, por lo que se pondrá la pena en su mitad superior (12'5 a 15 años).

La alevosía linda por abajo con el abuso de superioridad. En este caso ella tiene un arma de fuego y él está desarmado, además el acaba de despertarse, por lo que podríamos apreciar un abuso de superioridad.

Igual por las circunstancias particulares de este caso, el Tribunal no quisiera apreciar la agravante de abuso de superioridad, de manera que podrían poner una pena más leve.

En el caso del hijo:

La entrega de armas siempre plantea la tesitura de decidir si es cómplice o cooperador necesario. Siendo un arma de fuego, un bien escaso en España, lo normal sería considerarlo un cooperador necesario.

Sería de aplicación la agravante de parentesco.

Se podría estudiar la posibilidad de que actúe bajo miedo a su madre o a su padre, por lo que tendríamos una atenuante analógica.

Pero al irnos a la ley del menor vemos que la pena ni se parece ni se estructura del mismo modo que con los mayores. Hay diferentes sanciones, medidas que se pueden imponer y la más grave de todas ellas es la de internamiento en régimen cerrado.

Para los supuestos más graves, art.10 LRPM, el Juez deberá imponer las medidas siguientes: (fijarse que no dice nada de agravantes, ni atenuantes, ni nada similar).

La LRPM distingue si es un menor que tenga 14-15, 16-17.

Si el menor tiene 16 o 17, un delito de homicidio, medida de régimen cerrado de 1 a 8 años de duración, complementada con medidas....

A, Policía Nacional, que no está de servicio en ese momento, presencia que un corpulento sujeto (B) propina sorpresivamente un navajazo a otro en el pecho a la salida de una discoteca e inmediatamente suelta el arma y echa a correr. A le persigue para intentar detenerle, y cuando le da alcance se produce un forcejeo entre ellos, que sólo termina cuando A propina a B un puñetazo en la cara, con el que le produce fractura del tabique nasal. Unos minutos después, cuando B sigue en el suelo sangrando por la nariz, A, enfurecido, le propina tres fuertes patadas en el abdomen que le producen lesiones de diversa consideración.

- En las investigaciones posteriores a los hechos, se constata que la navaja utilizada por B le había sido facilitada por el sujeto C.
- La víctima del apuñalamiento es trasladada al hospital y consigue salvar la vida tras una compleja intervención quirúrgica.
- La pena del homicidio doloso es de 10 a 15 años (art. 138 Cp) y la del homicidio imprudente es de 1 a 4 años (art. 142 Cp).

Califique la responsabilidad de A, B y C.

Determine la pena respecto de C.

A:

La rotura del tabique nasal estaría justificada por el ejercicio del deber, ya que la ley 1/92 dice que tienen obligación de perseguir delitos en cualquier momento, por lo tanto están ejerciendo una función pública.

Las patadas en el estómago sería un delito de lesiones, ya que no eran necesarias para la detención del individuo.

B:

Tentativa de asesinato, ya que al ser sorpresivo sería alevoso.

C:

Para castigarlo como cómplice hay que ver si cuando le dio la navaja sabía para que iba a utilizarla. La participación solo es punible cuando es dolosa.

Supongamos que lo consideramos cómplice, dado que es cómplice en una tentativa, a este, por el principio de accesoriedad, le aplicaremos la tentativa (si al autor le bajamos dos grados, al cómplice le bajaremos dos grados)



Notas respecto la asignatura

Carmen Tomás Valiente

Pondrá 2-3 sentencias por tema para leerlas.

Habrà examen final para todo el mundo. Parte teórica 2/3 partes (unas 10 preguntas cortas (pueden ser prácticas) y una pregunta de desarrollo) y parte práctica (un caso) 1/3 parte.

Voluntariamente → 3 pruebas – 75% examen 25% evaluación continua (siempre que de una nota superior al examen).

REVISAR PRIMER “PARCIAL” CON APUNTES DE ELLA POR SI FALTA ALGO