

Informe de Investigación

Título: El Concepto de Delito

Rama del Derecho: Derecho Penal.	Descriptor: Derecho Penal General.
Palabras clave: Delito, Concepto de Delito, Su valoración jurídica, Elementos que lo componen, Clases de Delitos, Sujetos.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 07 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) CONCEPTO DEL DELITO.....	2
Concepto provisional.....	2
El delito como valoración jurídica a través de los tiempos.....	3
El delito como ente jurídico.....	3
La revolución positivista.....	4
El delito natural de Garófalo.....	4
El concepto dogmático del delito.....	5
El concepto del delito según Beling, Mayer y Mezger.....	6
Definición del delito y enumeración de caracteres.....	6
Nuestra concepción dogmática del delito.....	7
Aspecto positivo y negativo.....	8
b) EL DELITO.....	9
c) DELITO.....	11
1. El concepto de delito.....	11
2. Elementos y estructura del concepto de delito.....	12
3. Clasificación de los delitos.....	13
d) EL CONCEPTO DE DELITO.....	14
1. EL CONCEPTO DE DELITO.....	15
2. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DELITO.....	15
3. LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO COMO TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL.....	17
4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.....	20
e) EL DELITO.....	21
I. La teoría jurídica del delito.....	21
II. El sistema causalista.....	21



III. El sistema finalista.....	23
IV. El sistema funcionalista.....	24
1. Funcionalismo teleológico o racionalista.....	25
2. Funcionalismo sistémico o sociológico.....	26
V. El concepto jurídico de delito en el Derecho Penal español.....	27
VI. Clases de delitos.....	28
1. Por su gravedad.....	28
2. Por su naturaleza.....	29
3. Por su perseguibilidad y posible eficacia del perdón.....	29
4. Por el bien jurídico protegido.....	29
VII. Sujetos, tiempo y lugar de la acción.....	30
1. Sujetos.....	30
A) Sujeto activo.....	30
a) Personas físicas y personas jurídicas.....	30
b) Actuaciones en nombre de otro.....	32
c) Exigencia de especiales condiciones.....	33
B) Sujeto pasivo.....	33
2. Tiempo de la acción.....	34
A) Ambito temporal de la Ley.....	34
B) Cómputo del plazo de prescripción.....	35
3. Lugar de la acción.....	35

1 Resumen

Sobre **el tema del delito**, y por medio de diversa doctrina extranjera se recopilan: las concepciones del concepto de delito, su valoración jurídica a través de los tiempos, el delito como ente jurídico, la revolución positivista, el delito natural de Garófalo su concepto dogmático, los elementos y estructura del concepto de delito, la clasificación de los delitos, los sujetos, entre otros.

2 Doctrina

a) CONCEPTO DEL DELITO

[Jiménez]¹

Concepto provisional

La definición del delito —como toda definición— es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley, como disponen el Código penal español, el chileno y el mejicano, y aun

añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio *a posteriori*, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es una tautología (decir dos veces). Aceptemos, sin embargo, que el delito, desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable. Cuando entremos en el aspecto técnico veremos cómo se desgranar sus caracteres.

El delito como valoración jurídica a través de los tiempos

Sin pretender estudiarlo a través de la historia, vemos que siempre fué una valoración jurídica, por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el Derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y aun en la Roma primigenia existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etcétera. Esquines decía: arrojam los lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en "Las Leyes" afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas vemos también cómo la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía a través del tiempo. Hasta las proximidades del siglo xix se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fué entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades en holocausto a la valoración de la época.

Esto prueba que el delito fué siempre lo antijurídico y por eso un ente jurídico. Lo subjetivo; es decir, la intención aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culposo, que hoy figura en todos los Códigos. Con el afinamiento del Derecho aparece, junto al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad.

El delito como ente jurídico

A pesar de que esto era así, hemos de reconocer que la expresión y el contenido conceptual de "ente jurídico" sólo aparece al ser construida la doctrina del Derecho liberal y sometida la autoridad del Estado a los preceptos de una ley anterior. El delito como ente jurídico sólo es, pues, inculparable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y pena.

La doctrina de Carrara, que perfeccionó la de Carmignani y que antes fué formulada por Romagnosi y Feuerbach, asume esa actitud. Carrara es el técnico, el gran técnico. El derecho penal está perfecto, tanto que aconsejaba a sus discípulos dedicarse al derecho procesal.

A él se ha vinculado la doctrina del delito "ente jurídico". Según su definición, éste es la "infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadano, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

Él lo explica. Lo de contrario a la ley habría de ser pocos años más tarde, menos de un cuarto de siglo, rectificando por Binding. En proteger la seguridad estaba la esencia de la categoría delito. Sólo las leyes de seguridad lo crean. El acto externo separaba los pensamientos.

La fórmula "ente jurídico" revela ahora, en la tesis carrariana, su diferencia del delito como hecho. Este último alude a su origen, a la pasión humana. El otro alude a la naturaleza de la sociedad civil que requiere frenar los deseos.

La revolución positivista

Carrara creyó que su doctrina era inatacable. Y de tan perfecta que era, como todo lo perfecto, llevaba en sí la caducidad. Ya no era futuro, sino presente, y, por tanto, futuro ido. Y a pasos agigantados pasado, residuo. Una revolución la descoyuntó, la enterró, aunque, como en "Los espectros" de Ibsen, vuelva luego. Y su vuelta da más vigor a lo reencarnado. Pero la revolución fué terrible. Se llamó el positivismo (vid., supra, cap. V).

El delito natural de Garófalo

Ya hemos dicho (vid., supra, cap. V-28 h) que toda revolución, para no degenerar en caterisis, y para producir la adecuada síntesis, necesita aprovechar materiales de la doctrina derruida. Y los que al principio tratan de hacer cara a la revolución en actitudes contrarrevolucionarias, acaban adscribiéndose a ella para ver si pueden salvar algo de lo condenado. Garófalo no era como Lombroso un renovador, ni como Ferri un rebelde. Al contrario: era reaccionario. No se olvide que la revolución se hacía contra el Derecho y contra la Justicia imperantes, y Garófalo representaba la Justicia y el Derecho de entonces. Sus aportes producen la síntesis o, al menos, parecen producirla. Es él quien habla del delito, del "delito natural", con tal originalidad que los que hoy invocamos como certera la teoría de las normas de cultura de Mayer, tenemos que reconocer que Garófalo fué el precursor. Pero Garófalo, repitámoslo, era un reaccionario. Cuando leemos, comparándolo con la benignidad que preside el sistema represivo de Ferri, el cuadro de sus medidas penales, tenemos que reconocer que la pena de muerte en grandes proporciones y el abandono en una isla desierta de los criminales más tenaces, significan posturas que un buen positivista ha de repudiar.

Pero en el aspecto netamente jurídico; es decir, en lo que se refiere al delito, la posición de Garófalo es auténticamente sintética. Los positivistas no habían dado definición del delito; éste seguía siendo lo que antes fué. Garófalo provee a las nuevas necesidades con la teoría del "delito natural". Un verdadero positivista debería haber emprendido el análisis de los hechos. Garófalo con razones especiosas, elude ese camino. Nos dice que hasta los más terribles crímenes no fueron siempre delitos. Por ejemplo: el parricidio era en ciertas tribus excusado cuando estaba el padre enfermo o era ya valetudinario. Con este pretexto elimina Garófalo la vía que acaso debió seguir desde su punto de vista, o, mejor dicho, desde el plano del positivismo en que quería figurar. Decimos que la razón es especiosa, porque también la legítima defensa, a pesar de que hay un hombre muerto, queda justificada en las más remotas legislaciones y en todos los pueblos. Si el parricidio, en ciertas épocas y en ciertas tribus, se disculpa por razón de enfermedad o de vejez, es



porque la valoración jurídica de esa época o de esos grupos, considera excusable o justificada la muerte que se da en tales condiciones. Pero es el caso que Garófalo emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural, y en los de naturaleza altruista fundamental, los de piedad y probidad halla las bases de su famosa definición: "el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad". No importa que Vaccaro, Ferri, Colajanni, Durkheim, etc., pusiesen reparos a ese concepto garofaliano y dieran a su vez nuevas definiciones. Todas ellas giran en torno al núcleo de lo que Garófalo enseñó y que aun con nuevos nombres invocamos hoy los juristas.

Por motivos que antes estudiamos (vid., supra, cap. V, 31 a 35), la síntesis iniciada no se logró y el positivismo, a nuestro juicio, cayó en catesis.

El concepto dogmático del delito

Deshecha la confusión que engendró el positivismo y restablecido el valor de la dogmática (vid., supra, cap. II-7 y VI-43), ha renacido en Italia, España y varios países de Hispanoamérica, la teoría jurídica del delito, que jamás se abandonó en Alemania, Suiza y Suecia.

En España nuestras explicaciones de cátedra y nuestras monografías sobre la dogmática de la infracción, han formado en la teoría jurídica a nuestros mejores discípulos, Profesores y Ayudantes de las Universidades españolas: José Antón, José Arturo Rodríguez Muñoz, Emilio Gonzáles López, Mariano Jiménez Huerta y Francisco Blasco. El ambiente jurídico se hizo tan penetrante que hasta Eugenio Cuello Calón, que, durante veinticinco años de enseñanza explicó la materia conforme a una simple exposición analítica, carente de sistema, desde la edición de 1935 habla en su Derecho penal, con cierta inseguridad, del tipo y de los restantes caracteres del delito, arduo tema para estudiarlo en los umbrales de la vejez.

En la Argentina, Sebastián Soler y sus discípulos Ricardo C. Núñez, y Gavier, y, sobre todo, José Peco, en su Proyecto de Código penal (1941), así como ahora Fontán Balestra, se ocupan del delito conforme a las exigencias de la dogmática, y el propio Juan P. Ramos en la última edición de su Curso de Derecho penal, trata de la tipicidad y de las demás características de la infracción, subrayando la importancia de que se aprecien en conjunto. La juventud estudiosa ha emprendido ya la ruta de la reivindicación jurídica, abandonando el positivismo. La monografía de Jorge Frías Caballero es prueba ejemplar.

En Chile, Rafael Fontecilla, Pedro Ortiz, Abraham Draplcin y, últimamente, Luis Cousiño Mac-Iver, estudian las características del delito con todo rigor jurídico.

Lo mismo hacen en la cátedra de La Habana, Guillermo Pórtela, José Ramón Hernández Figueroa y Francisco Carene; en Méjico, Raúl Carrancá Trujillo; en Venezuela, José Rafael Mendoza; en Lima, Manuel G. Abastos y Luis Bramont Arias; en Panamá, Publio Vázquez; en Guayaquil, Leonardo Espinel; en Colombia, Gutiérrez Anzola; en Bolivia, Manuel Durán, y en El Salvador, Manuel Castro Ramírez (bijo).

Veamos ahora la iniciación y desarrollo de la más completa noción del delito.

El concepto del delito según Beling, Mayer y Mezger

Cuando el año 1906, espoleado su talento orgánico por las profundas enseñanzas de Carlos Binding —uno de los más grandes maestros alemanes— trata el Profesor Ernesto Beling de definir el delito, nos dice que es "la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". Esta es la definición dada por Beling en su famoso libro *Die Lehre vom Verbrechen*. Pero no es la que conserva a través de las sucesivas ediciones de sus *Grundzüge des Strafrechts*. Últimamente, como veremos luego, desaparece lo de sancionada con una pena y hasta se modifica la independencia de la calidad típica de la acción (vid., infra, cap. XXXVI).

De aquel concepto se deduce que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos: acción descrita objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, que exista antijuricidad; dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad; sancionada con una pena, o sea que tenga fijada una penalidad; y que se den las condiciones objetivas de punibilidad.

Por su parte, Max Ernesto Mayer, define el delito como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable". Obsérvese que Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad y por ello, en este punto, no difiere esencialmente su concepto del delito del expuesto por Beling; pero su definición nos ha sugerido la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales. La imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del crimen.

Edmundo Mezger, el famoso penalista que reemplaza en la Universidad de Munich, a Ernesto Beling, y cuyo "Tratado" se tradujo a la lengua española poco después de publicado, reduce la definición a señalar en el delito estos elementos: "acción típicamente antijurídica y culpable". Para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad, que ha de tratar en otro sentido, y tampoco a la penalidad que es para él una consecuencia del delito y no una característica; pero más tarde, en su *Grundriss* esto se modifica (vid., infra, cap. XXXVI).

Definición del delito y enumeración de caracteres

Por nuestra parte, en el "Tratado" sistemático que estamos publicando se centra el concepto del delito conforme a estos elementos: acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Sin embargo, al definir la infracción punible, nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto diré que el delito es el *acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas: *actividad; adecuación típica, antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad*.

Ahora bien; el acto, tal como nosotros lo concebimos, independiente de la tipicidad, es más bien el



soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

Nuestra concepción dogmática del delito

Todos estos problemas yacen en la denominada dogmática del delito, que no es un tiquis-miquis jurídico; es decir, una serie de "abstruserías" tudescas, como dijo Enrique Ferri al hablar irreverentemente de que en Alemania los tratadistas complican y oscurecen los temas que abordan.

Pero ahora la moda —que también influye en la esfera científica y filosófica— pretende acabar con la división de requisitos marcados y quiere proclamar la unidad del delito o su índole de totalidad o conjunto.

El fuerte sismo político que sacudió a Alemania trajo esta moda que se extiende luego, con pretensión autónoma, a Italia y a España.

Después expondremos la tendencia del Reich nacionalsocialista contra la tipicidad y la distinción de caracteres del delito y recordaremos que Edmundo Mezger se ve en la necesidad de renunciar a la antijuricidad objetiva y a reducir el papel del "tipo legal-penal" a un "medio auxiliar técnico", en su nueva concepción del "hecho penal como todo" (vid., infra, cap. XXIII-165). Y, sin embargo, no han faltado autores, como el Profesor vienés Kadecka, que al definir el delito, conforme al "Derecho de voluntad", crean posible mantener los conceptos fundamentales de la definición de Beling (vid., el artículo de Kadecka en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-wissenschaft*, 1939).

En Italia, donde se había ido, siguiendo a los alemanes, "de la dicotomía a la tricotomía", se trata de volver hoy "a lo antiguo", incluso más allá de la diferenciación de elementos objetivos y subjetivos (sistema bipartito de Carrara), proclamando una teoría de unidad en que hasta lo antijurídico y lo culpable se esfuman en un concepto común. Esta tendencia de Antolisei, recuerda la aludida concepción alemana que llega a los más culminantes extremos con la Escuela de Kiel, patrocinada por Schaffstein y Dahm.

El trance es demasiado fuerte y, como dice Rodríguez Muñoz, nos llevaría a revisar el concepto de culpabilidad que no podría ser entendido como ahora, si la antijuricidad deja de ser un elemento propio del delito y se la proyecta sobre el acto material y sobre la culpabilidad. Sin embargo, José Arturo Rodríguez Muñoz —traductor y apologista del "Tratado" de Mezger, en que resplandecían aquellas construcciones de dogmática repudiadas hoy por los totalitarios— hace signos benévolos a lo que él llama "dogmática novísima", porque la de antes "llevaba en sí un vicio de origen: el empleo de un método de atomización del fenómeno real delito, que a poco que se exagere —y se ha exagerado en demasía—, daría origen a unas construcciones vueltas por completo de espaldas a la realidad".

No queremos acusar a todos los que sustentan ese criterio sobre el delito, de ser partidarios del despotismo penal que impera en la "novísima" escuela alemana. Pero lo cierto es que la exacta división de caracteres del delito, reafirma la índole liberal de nuestra disciplina.



Los que propugnamos semejante diferencia entre los elementos del acto punible, jamás hemos negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. Como el organismo fisiológico o patológico es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el fisiólogo no sabrá cómo funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina que se llama anatomía.

Estudiemos analíticamente el delito para comprender bien la gran síntesis en que consiste la acción u omisión que las leyes sancionan. Sólo así escaparemos a la par del confusionismo dogmático y de la tiranía política.

Nos urge decir que para nosotros la dogmática ha de edificarse sobre el *Derecho* vigente y no sobre la mera *ley*. El Derecho no es la ley a secas. Para los que no creemos que el Derecho sea puramente lo formal, sino que tiene un contenido realista, el Derecho abarca también las vivencias del pueblo en que rige. Hay un derecho supralegal al que a menudo tenemos que acudir para establecer los conceptos positivos y negativos de la antijuricidad; es decir, de lo injusto, y de las causas de justificación, así como para individualizar la culpabilidad que en su aspecto negativo se corona con la causa general de exclusión que se denomina en Alemania "no exigibilidad de otra conducta".

Aspecto positivo y negativo

Guillermo Sauer —antes de que se despeñara por el rigorismo autoritario— construyó con designio filosófico, frente a la faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto negativo. Pero el filósofo-jurista alemán no llega al logro de su propósito, puesto que no consigue exponer orgánicamente todos los problemas que la infracción abarca. Completando su doctrina diremos que cada ausencia de los requisitos del delito crea un instituto jurídico-penal de importancia superlativa.

Veámoslo en el siguiente esquema:

ASPECTO POSITIVO

- a) Actividad
- b) Tipicidad
- c) Antijuricidad
- d) Imputabilidad
- e) Culpabilidad
- f) Condicionalidad objetiva
- g) Punibilidad

ASPECTO NEGATIVO

- a) Falta de acción
- b) Ausencia de tipo
- c) Causas de justificación
- d) Causas de inimputabilidad
- e) Causas de inculpabilidad



- f) Falta de condición objetiva
- g) Excusas absolutorias

He ahí el plan de nuestro trabajo en que nos proponemos ilustrar cada uno de los caracteres positivos del delito, y junto a ellos, su aspecto negativo. Al final, ese esquema se completará con un cuadro sinóptico más detallado y con el epílogo crítico de la teoría dogmático-jurídica de la infracción penal.

b) EL DELITO

[Rodríguez]²

1. Desde un punto de vista puramente formal se puede definir al delito como hecho penado por la ley. Este concepto en cuanto formal tiene una nítida vocación descriptiva y universal. Describe verazmente lo que se entiende por delito en los diversos ordenamientos jurídicos. Pero, como todas las definiciones formales, tiene el inconveniente de su insustancialidad. No nos aporta información acerca de ningún elemento material del delito. Acaso tan sólo —si se tiene en cuenta que la pena es la sanción más grave de que disponen los ordenamientos jurídicos— que el delito es un comportamiento gravemente disvalioso y lesivo.

2. La habitual definición analítica del delito que lo describe como una acción típica, antijurídica y culpable es una definición normativa que nos dice cómo debe ser el delito desde una perspectiva axiológica. Afirmar que el delito es un comportamiento típico, antijurídico y culpable presupone que para poder castigar legítimamente a alguien como autor de un delito será necesario que se le advierta previa, precisa y formalmente del carácter disvalioso de su conducta, que ésta sea realmente lesiva para los intereses fundamentales de la sociedad y que tal comportamiento aparezca como fruto del normal ejercicio de la libertad de su autor, del normal desarrollo de su autonomía personal.

Todos estos presupuestos de la pena son condiciones impuestas por un conjunto de valores que están hondamente arraigados en la cultura jurídica contemporánea y que se encuentran proclamados en nuestra Constitución. Dichos valores son los propios de un criterio democrático de legitimidad del Derecho y del Estado y se canalizan hacia las normas jurídicas concretas a través de una serie de principios que históricamente han encontrado proclamación en el Estado de Derecho y en sus sucesivas conformaciones.

En el ámbito de influencia de la dogmática jurídico-penal germánica, en el que se encuentra nuestro ordenamiento y nuestra reflexión científica, se puede afirmar que «la sistemática asentada sobre las categorías de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, presentes desde el momento en que se logra un sistema completo (el sistema clásico) alternativo a las "teorías de la imputación" dominantes hasta la mitad del siglo xix, al hilo de la propia reflexión relativa a la conformación del Estado como Estado de Derecho, no se ha visto afectada en lo fundamental». Más allá de la polémica, significativamente accesoria, en torno a la necesidad de la categoría de la punibilidad y más allá de algunos intentos de reestructuración en torno a nuevas categorías como la de la responsabilidad de Roxin —«culpabilidad» y «necesidad preventiva de pena»— o la de la atribuibilidad de Maurach —«responsabilidad por el hecho» y «culpabilidad»—, brillantes, pero



desde la perspectiva de las adhesiones científicas, hasta hoy frustradas, los elementos fundamentales de la definición analítica del delito permanecen, por mucho que siga concitando debate su ubicación sistemática.

La disección analítica del delito es el fruto de una larga reflexión doctrinal que encuentra sus antecedentes ya en la Baja Edad Media y en el período del Humanismo, y en el relevante desarrollo de la doctrina del Derecho natural⁸. Este proceso conduce a una concepción moderna del delito en la segunda mitad del siglo xix, en el que de la mano de Rudolf von Ihering, Liszt supera la subjetivización y la inclinación del concepto hacia lo puramente ético a través de la introducción de la categoría de la antijuridicidad. La diferenciación ulterior entre comportamientos delictivos y comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico en general, y el afán garantista derivado del principio de legalidad dan paso a la introducción en el análisis del delito del elemento de la tipicidad. La configuración del mismo corre a cargo de Ernst Beling, que recoge aportaciones ya en esta línea del propio Liszt y de Stübel.

Roxin ha resumido los hitos de la consolidación del moderno concepto del delito del siguiente modo: el concepto de acción como cimiento de la estructura del delito tiene su impulso en el tratado de Albert Friedrich Berner (1857), «*Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*»; la primera diferenciación de un concepto independiente de antijuridicidad objetiva la encontramos en el escrito de Rudolf von Ihering, «*Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*» (1867); la paternidad de la tipicidad corresponde a Ernst Beling y su «*Die Lehre von Verbrechen*» (1906); el desarrollo de la teoría de la culpabilidad encuentra significativo impulso en la obra de Reinhard Frank, «*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*» (1907); el sistema en su conjunto, tras las relevantes aportaciones de Franz von Liszt y Beling, se ve impulsado por la reflexión de Max Ernst Mayer, Edmund Mezger y Hans Welzel.

3. La definición analítica del delito es, pues, una definición teórica y normativa. De ahí que tan cierto como que, en puridad, no corresponde al Tribunal Constitucional ni definir el delito ni catalogar la corrección de las definiciones que se propongan, lo es que sí le corresponde velar por que en la consideración de un comportamiento como tal no se vulneren los esenciales valores de seguridad jurídica, libertad, justicia y dignidad de la persona, ni los fundamentales principios de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad que encauzan estos valores. Tan evidente como que el Alto Tribunal no tiene por qué mediar en la discusión de si, por ejemplo, la tipicidad es un elemento autónomo del delito diferente o no de la antijuridicidad, o cuáles son los límites que separan la antijuridicidad de la culpabilidad, o si existen nuevas categorías o niveles en la definición de la infracción punible, lo es evidentemente, y para ello está, que debe velar por la vigencia efectiva de la Constitución y de los valores y los principios que motivan la disección analítica del delito. No dirá el Tribunal Constitucional, en principio, qué es la tipicidad, ni si es el primero o el principal de los elementos del delito, pero sí que tendrá que declarar como constitucionalmente intolerable el que se castigue a alguien por un comportamiento que estaba sencillamente previsto como penalmente ilícito de un modo indeterminado e indeterminable o, directamente, por un comportamiento que no estaba previsto como tal. No estará con ello aplicando una concepción doctrinal, sino los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución que proclaman el valor de la seguridad jurídica y el derecho a la legalidad penal. Como afirmó el propio Tribunal en la STC 150/1991, en la que se pronunciaba acerca de la constitucionalidad de la reincidencia, «el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas garantías dogmáticas jurídi-co-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal».

Por esta vía, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse en múltiples ocasiones sobre los

requisitos que debe ostentar un comportamiento para ser catalogado como delito, en el marco de una concepción legítima del poder punitivo del Estado. En este sentido existe una elaboración jurisprudencial que permite hablar ya —como antes decíamos— de una configuración constitucional del delito, cuyos rasgos fundamentales exponemos a continuación.

c) DELITO

[Muñoz]³

EL CONCEPTO DE DELITO. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DELITO. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos.

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la teoría general del delito, es decir, a la parte general del derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del hurto, de la violación, de la estafa, etc., a la parte especial.

1. El concepto de delito

La primera tarea a la que se enfrenta la teoría general del delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características comunes que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello, se debe partir del derecho penal positivo. Todo intento de definir el delito al margen del derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno derecho penal y concretamente el español —artículos 23 del Código Penal y 25,1 de la Constitución— y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.

El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena. El Código Penal español, hasta la reforma de 25 de junio de 1983 decía en el artículo lo: "Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley". Con alguna mayor precisión dice ahora: "Son delitos o faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". En ambas definiciones se añaden unos elementos ("voluntarias", "dolosas" o "culposas") que el legislador exige para considerar una acción u omisión

como delito o falta. Pero tampoco en estas definiciones se describen expresamente todos los elementos necesarios para considerar que una acción u omisión sean delito o falta. Ciertamente no son ya simples definiciones formales del delito, por cuanto añaden algunas características que son necesarias para considerar la existencia de un delito; pero no se mencionan, sin embargo, otras que, como veremos en su momento, y tal y como se desprende del examen global del propio articulado en el Código Penal, son también necesarias para completar el concepto de delito.

El legislador ha querido destacar en estas definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que estas deben ser dolosas o culposas y que deben ser penadas por la ley. Pero, como enseguida veremos, estas características son solo una parte de las características comunes a todos los delitos. Corresponde al jurista, a la ciencia del derecho penal, elaborar ese concepto del delito en el que estén presentes todas las características generales comunes a todos los delitos en particular. Para ello hay que partir de lo que el derecho penal positivo considera como delito: no solo de la definición general de delito contenida en el Código Penal, sino de todos los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito.

2. Elementos y estructura del concepto de delito

Tras un minucioso análisis del derecho penal positivo, la ciencia del derecho penal ha llegado a la conclusión de que el concepto del delito responde a una doble perspectiva que, simplificando un poco, se presenta como un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y como un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuridicidad, al segundo culpabilidad. *Injusto o antijuridicidad* es, pues, la desaprobación del acto; *culpabilidad* la atribución de dicho acto a su autor.

En estas dos grandes categorías, antijuridicidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluye la acción u omisión, los medios y formas en que se realiza, sus objetos y sujetos, la relación causal y psicológica entre ellas y el resultado.

En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor (la llamada Imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y la no exigibilidad de un comportamiento distinto. Ambas categorías tienen también una vertiente negativa; así, por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción; la absoluta imprevisibilidad elimina la relación psicológica con el resultado; las causas de justificación (por ejemplo, la legítima defensa) autorizan la comisión del hecho prohibido; la falta de facultades psíquicas en el autor (por ejemplo, enfermedad mental) excluye la imputabilidad, etc.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Para imponer, por ejemplo, una medida de seguridad o de corrección (internar a un enfermo mental que ha cometido un delito en el manicomio) es suficiente con la comisión del hecho prohibido, antijurídico, aunque su autor no sea culpable; para imponer una pena, es, sin embargo, necesario que exista culpabilidad, además de que el hecho sea antijurídico. No hay culpabilidad sin antijuridicidad, aunque sí hay antijuridicidad sin culpabilidad. Normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción juridicopenal. Así, por ejemplo, la legítima defensa supone una agresión antijurídica, aunque el autor de la acción no sea culpable. Frente a un acto lícito no antijurídico, no

cabe legítima defensa. Igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho cometido por otro, solo es punible cuando este hecho es por lo menos antijurídico, aunque su autor no sea culpable (por ejemplo, un enfermo mental) (cfr., *infra* caps. IX y XVII).

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad. La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*.

Normalmente son la *tipicidad*, la *antijuridicidad* y la *culpabilidad* las características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues solo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuridicidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a derecho. Un hecho típico, por ejemplo, A mata a B, puede no ser antijurídico, si existe una causa de justificación que lo permita, por ejemplo, A mata a B en legítima defensa. Una vez comprobado que el hecho es típico y antijurídico hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho, por ejemplo, si está sano mentalmente o conoce la antijuridicidad del hecho.

Con la constatación positiva de estos elementos, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se asigne en cada caso concreto al delito en la ley. En algunos casos se exige, sin embargo, para poder calificar un hecho como delito la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad. Así, por ejemplo, se exige para castigar la quiebra punible la previa declaración de insolvencia conforme al Código de Comercio o la presentación de querrela en los delitos de calumnia o injurias, etc. Se habla en estos casos de penalidad y se considera que esta categoría es también un elemento perteneciente a la teoría general del delito.

Después de todo lo dicho hasta ahora, podemos definir el delito como la *acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible*. Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuridicidad, de la antijuridicidad a la culpabilidad, etc.), teniendo, por tanto, que tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. Si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible.

3. Clasificación de los delitos

El Código Penal habla en su artículo 10 de delitos y faltas (clasificación bipartita). Ambos términos corresponden en su contenido a la misma estructura ya estudiada anteriormente. La distinción se hace en función de su gravedad. El artículo 60 del Código Penal dice que son delitos las infracciones que la ley castiga con penas graves, y faltas las castigadas con penas leves (para ver lo que son penas graves y penas leves, cfr., art. 27).



Para saber cuándo estamos ante un delito o una falta hay que ver, por lo tanto, la pena que en el precepto penal correspondiente se asigne al hecho en cuestión (consideración abstracta). Esta distinción entre delito y falta es, por consiguiente, puramente cuantitativa. Así, por ejemplo, el mismo hecho, un hurto, puede ser delito o falta según el valor de la cosa hurtada. Es, pues, una cuestión de política legislativa el que un hecho se considere como delito o como falta. Normalmente las faltas suelen ser delitos en miniatura, "delitos veniales" las llamaba Pacheco, y no difieren mucho de los delitos. Pero otras veces son más bien puras infracciones administrativas, que solo por la tradición se incluyen en el Código Penal. Actualmente hay una corriente en favor de la despenalización de estas faltas y de su consideración como simples infracciones administrativas, que ha llevado a la reforma de 22 de junio de 1989 del libro III del Código Penal suprimiendo la mayoría de las faltas constitutivas de un simple ilícito administrativo.

La distinción entre delito y falta tiene consecuencias de orden material (así, por ejemplo, en lo relativo a la punición de la tentativa, arts. 4o y 5o; prescripción, art. 113, y reglas de aplicación de la pena, art. 601) y de orden procesal (distinta competencia judicial y distinto procedimiento).

Desde el punto de vista terminológico se suele emplear la expresión delito en general como equivalente a infracción criminal, comprendiendo también las faltas. Otras veces se emplean expresiones tales como "hecho punible", "acción punible", etc.

Estos términos son equivalentes; pero es más común el de delito, que es el que normalmente se emplea aquí, salvo que se aluda concretamente a alguna particularidad de las faltas.

Igualmente cuando se habla de delito, nos referimos normalmente a la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible; pero otras veces solo nos referimos al hecho típico, es decir, al descrito en la ley como delito sin prejuzgar todavía si es antijurídico o culpable. Por el contexto podrá deducirse cuándo se emplea en uno u otro sentido.

d)EL CONCEPTO DE DELITO

[Muñoz]⁴

1. El concepto de delito, 2. Elementos y estructura del concepto de delito, 3. La Teoría General del Delito como teoría democrática de la imputación penal, 4. Clasificación de los delitos.

La Teoría General del Delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea éste en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos.

Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; un asesinato es algo distinto a una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Sin embargo, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características corresponde a la Teoría General del Delito, es decir, a la Parte General del Derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del

hurto, de la agresión sexual, de la estafa, etc., a la Parte Especial.

1. EL CONCEPTO DE DELITO

La primera tarea a la que se enfrenta la Teoría General del Delito es la de dar un concepto de delito que contenga todas las características que debe tener un hecho para ser considerado como delito y ser sancionado, en consecuencia, con una pena. Para ello, se debe partir del Derecho penal positivo. Todo intento de definir el delito al margen del Derecho penal vigente es situarse fuera del ámbito de lo jurídico, para hacer filosofía, religión o moral.

Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno Derecho penal y concretamente el español —arts. 1 y 2 del Código penal y 25,1 de la Constitución— y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.

El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena. El Código penal español, hasta la reforma de 25 de junio de 1983, decía en el art. 10: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley». Con alguna mayor precisión, el art. 10 quedó redactado a partir de la reforma de 1983 del siguiente modo: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley». Y ahora su equivalente en el vigente Código penal, el art. 10, dice: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley». En estas definiciones se añaden unos elementos («voluntarias», «dolosas o culposas», «dolosas o imprudentes») que el legislador exige para considerar una acción u omisión como delito o falta. Pero tampoco en ellas se describen expresamente todos los elementos necesarios para considerar que una acción u omisión sean delito o falta. Ciertamente no son ya simples definiciones formales del delito, por cuanto añaden algunas características que son necesarias para considerar la existencia de un delito; pero no se mencionan, sin embargo, otras que, como veremos en su momento, y tal y como se desprende del examen global del propio articulado en el Código penal, son también necesarias para completar el concepto de delito.

El legislador ha querido destacar en estas definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que éstas deben ser dolosas o imprudentes y que deben ser penadas por la ley. Pero, como enseguida veremos, estas características son sólo una parte de las características comunes a todos los delitos. Corresponde al jurista, a la Ciencia del Derecho penal y más exactamente a la Dogmática jurídico-penal (véase supra, capítulo X), elaborar ese concepto de delito en el que estén presentes las características generales comunes a todos los delitos en particular. Para ello hay que partir de lo que el Derecho penal positivo considera como delito; no sólo de la definición general del mismo contenida en el Código penal, sino de todos los preceptos legales que se refieren al delito, deduciendo las características generales comunes a todo delito (concepto dogmático de delito).

2. ELEMENTOS Y ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DELITO



Tras un minucioso análisis del Derecho penal positivo, la Dogmática jurídico-penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho. Al primer juicio de desvalor se le llama injusto o antijuricidad, al segundo, culpabilidad o responsabilidad. Injusto o antijuricidad es, pues, la desaprobación del acto; culpabilidad, la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo.

En estas dos grandes categorías, antijuricidad y culpabilidad, se han ido distribuyendo luego los diversos componentes del delito. En la primera se incluyen la acción u omisión, los medios y formas en que se realizan, sus objetos y sujetos y su relación causal y psicológica con el resultado. En la culpabilidad, las facultades psíquicas del autor (la llamada imputabilidad o capacidad de culpabilidad), el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su hacer y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Ambas categorías tienen también una vertiente negativa; así, por ejemplo, la existencia de una fuerza irresistible excluye la acción; la absoluta imprevisibilidad del resultado elimina la relación psicológica entre éste y la acción; las causas de justificación (por ej., la legítima defensa) autorizan la comisión del hecho prohibido; la falta de facultades psíquicas en el autor (por ej., la enfermedad mental) excluye la imputabilidad, etc.

Esta distinción sistemática tiene también un valor práctico importante. Como ya hemos dicho en la Primera Parte, para imponer, por ejemplo, una medida de seguridad o de corrección (internar a un enfermo mental que ha cometido un delito en un centro psiquiátrico, o a un menor en un centro educativo) es suficiente con la comisión del hecho prohibido, antijurídico, aunque su autor no sea culpable; para imponer una pena, es necesario, sin embargo, que exista culpabilidad, además de que el hecho sea antijurídico. No hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque sí hay antijuricidad sin culpabilidad. Normalmente la presencia de un acto antijurídico es el límite mínimo de cualquier reacción jurídico-penal. Así, por ejemplo, la legítima defensa presupone una agresión antijurídica, aunque el autor de la agresión no sea culpable. Frente a un acto lícito, no antijurídico, no cabe legítima defensa. Igualmente la participación a título de inductor o de cómplice en el hecho cometido por otro sólo es punible cuando este hecho es, por lo menos, antijurídico, aunque su autor no sea culpable (por ej., un enfermo mental, o un menor).

Pero no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito. De toda la gama de acciones antijurídicas que se cometen, el legislador ha seleccionado una parte de ellas, normalmente las más graves e intolerables, y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad. La tipicidad es, pues, la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*; pero también del principio de intervención mínima, por cuanto generalmente sólo se tipifican los ataques verdaderamente graves a los bienes jurídicos más importantes (véanse supra capítulos IV y V).

Por tanto, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo el hecho típico, es decir, el descrito en el tipo legal, puede servir de base a posteriores valoraciones. Sigue después la indagación sobre la antijuricidad, es decir, la comprobación de si el hecho típico cometido es o no conforme a Derecho. Un hecho típico (por ej., A mata a B) no es antijurídico si existe una causa de justificación que lo permita (por ej., A mata a B en legítima defensa). Una vez comprobado que el hecho es típico y

antijurídico hay que ver si el autor de ese hecho es o no culpable, es decir, si posee las condiciones mínimas indispensables para atribuirle ese hecho y hacerle responsable penalmente del mismo (por ej., si está sano mentalmente o conoce la antijuricidad del hecho).

Como regla general, con la constatación positiva de estos elementos, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, se puede decir que existe delito y su autor puede ser castigado con la pena que se asigne a dicho delito en la ley. Sin embargo, en algunos casos se exige, además, para poder calificar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad. Así, por ejemplo, para castigar la quiebra punible se exige la previa declaración de insolvencia conforme al Código de comercio, o la presentación de querrela en los delitos de calumnia o injurias, etc. Se habla en estos casos de penalidad y se considera que esta categoría es también un elemento perteneciente a la Teoría General del Delito, aunque a diferencia de las anteriores es una categoría que sólo hay que indagar en algunos casos o en algunos delitos (véase infra capítulo XXV).

Después de todo lo dicho hasta ahora, podemos definir el delito como la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

Esta definición tiene carácter secuencial, es decir, el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra (de la tipicidad a la antijuricidad, de la antijuricidad a la culpabilidad, etc.), por lo que han de tratarse en cada categoría los problemas que son propios de la misma. De esta manera, si del examen de los hechos resulta, por ejemplo, que la acción u omisión no es típica, ya no habrá que plantearse si es antijurídica, y mucho menos si es culpable o punible. Cada una de estas categorías contiene, pues, a su vez, criterios valorativos propios con distinta trascendencia teórica y práctica que estudiaremos en su momento.

3. LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO COMO TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

El sistema de la Teoría del Delito que se acaba de describir sucintamente y que luego se analizará en los sucesivos capítulos en cada uno de sus apartados, es un sistema categoría! clasificadorio y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

Este sistema se ha ido desarrollando en los últimos cien años, durante todo el siglo XX, merced a los esfuerzos sobre todo de la Dogmática jurídicopenal alemana, cuyos más importantes representantes han ejercido durante todo ese tiempo una considerable influencia en los penalistas españoles y latinoamericanos. Los hitos más importantes de esta evolución en Alemania, desde Von Liszt y Beling a principios del siglo XX, hasta Roxin y Jakobs a finales del siglo, pasando por las importantes aportaciones a mediados del mismo de Mezger, Welzel y Maurach, de cuya exposición prescindimos en esta edición por considerarla innecesaria a los fines meramente introductorios que tiene este capítulo (cfr., sin embargo, 4a ed., pp. 226 a 232), han tenido inmediato eco y enorme influencia en los penalistas españoles, muchos de los cuales han contribuido a su difusión a través de las traducciones al español de los Tratados y Monografías de los más importantes autores alemanes (véase, por ejemplo, las referencias en la Bibliografía General al comienzo de este libro y las citas frecuentes que se hacen de ellos a lo largo del mismo) y han redactado sus obras siguiendo los modelos paralelos existentes en la Ciencia alemana del Derecho penal. En este sentido, somos herederos o tributarios, en mayor o menor grado, de una



forma muy peculiar y refinada de elaborar la Teoría del Delito desde un punto de vista fundamentalmente sistemático sin parangón en otras culturas jurídicas penales menos interesadas en esta concepción sistemática. No cabe duda de que con ello se consigue un alto nivel de abstracción conceptual, aun a costa de darle a la Dogmática jurídicopenal y especialmente a la Teoría General del Delito un carácter puramente técnico jurídico y pretendidamente neutro desde el punto de vista ideológico que, muchas veces, prescinde del problema y del conflicto que tras ella se esconde, y que lo mismo puede ser utilizada para explicar el Derecho penal de un régimen totalitario que el de uno democrático y respetuoso con los derechos humanos. Esto es especialmente evidente en Alemania, donde se ha pretendido hacer una Teoría General del Delito intemporal, al margen de los graves e importantes vaivenes políticos que han ocurrido en ese país durante todo el siglo XX (el paso del Imperio a la República de Weimar, tras la derrota en la 1ª Guerra Mundial; el nacionalsocialismo y la derrota en la 2ª Guerra Mundial, con la subsiguiente división en dos Estados irreconciliablemente separados, incluso físicamente por un Muro en Berlín, durante casi cuarenta años, y la reunificación en la última década del siglo XX). No es extraño por ello que, como dice Fletcher, sean «los países católicos romanos, frecuentemente con un fondo antidemocrático, autoritario, los que más se han tomado a pecho la Dogmática jurídico-penal alemana. A ellos pertenecen España, Portugal, Italia y toda Latinoamérica» (en Eser/ Hassemer/ Burkhardt, *El Derecho penal ante el cambio de milenio*. Esta obra, que recoge las diferentes ponencias del Congreso de Berlín de noviembre de 1999, constituye una reflexión retrospectiva y una perspectiva de futuro de la Ciencia alemana del Derecho penal, también desde el punto de vista de la Ciencia del Derecho penal de otros países).

Pero esto no significa que dicha elaboración no sea importante y especialmente útil para fundamentar importantes decisiones sobre la punibilidad o impunidad de un comportamiento humano. Al contrario, la propia importancia de las cuestiones que se deciden en la Teoría General del Delito y su posterior aplicación a las concretas figuras delictivas, resalta la importancia que hay que darle también al sistema que de un modo general se ocupa de estas cuestiones, ordenándolas de un modo racional y lógico conforme a determinados presupuestos, como corresponde a un sistema formalizado de control social, como es el Derecho penal, elevando su aplicación por encima del coyunturalismo y de la espontaneidad, del azar y la arbitrariedad. Es evidente que ello no se consigue sólo con la sistematización de la Teoría del Delito, pero no cabe duda que esa sistematización, especialmente elaborada en el caso de la Dogmática jurídicopenal alemana, ayuda en buena medida a conseguir ese propósito que es una de las metas más importantes del Estado de Derecho (cfr. lo dicho sobre el la importancia de la Dogmática jurídicopenal en el Estado de Derecho supra capítulo X). De ahí que, sin detrimento de otras formas de abordar estas cuestiones, y sin perjuicio de hacer las modificaciones que se consideren necesarias a la vista de algunas particularidades que presente el Derecho penal vigente en España, se adopte en esta parte de nuestra exposición el modelo de la Teoría General del Delito elaborado por la Dogmática jurídicopenal alemana, que constituye, al menos entre los penalistas de habla hispana, una especie de lenguaje jurídico común, que nos acerca científicamente y permite entendernos por encima de las peculiaridades que presenta la legislación de los distintos países.

De todo lo dicho se deduce que no se puede hacer del sistema de la Teoría del Delito la aspiración máxima y casi única de la Ciencia del Derecho penal, pero también que no se puede prescindir completamente de él dejando la interpretación y aplicación del Derecho penal en manos del azar y la arbitrariedad. En la medida en que el sistema de la Teoría del Delito constituye un riquísimo caudal ordenador de los criterios y argumentaciones que se pueden utilizar en la decisión y solución de los casos jurídico-penales, será para el penalista un instrumento indispensable para el estudio, interpretación y crítica del Derecho penal.



En realidad, una Teoría del Delito que pretenda validez general para las distintas y numerosas figuras de delito existentes en la Parte Especial sólo puede elaborarse como una *teoría de la imputación*, es decir, como un discurso en el que las personas que integran una sociedad se ponen de acuerdo sobre cuáles son los criterios, objetivos y subjetivos, que hay que tener en cuenta para imputar un determinado suceso llamado delito a una persona como responsable del mismo al objeto de poder imponerle una pena (o, en su caso, una medida de seguridad) y restablecer así la vigencia del Ordenamiento jurídico conculcado por el delito. No hay, pues, por lo menos en Derecho penal, una imputación en sí misma, sino una imputación que permite la aplicación de un determinado efecto sancionatorio. No obstante, las reglas de la imputación pueden elaborarse, en cierto modo, de forma autónoma y hasta cierto punto desligadas de la consecuencia sancionatoria, aunque nunca olvidando que el resultado final de la imputación es siempre la imposición de una sanción. Desde este punto de vista, la teoría de la imputación no es, pues, más que un proceso de progresiva individualización o depuración de la responsabilidad, en el que secuencialmente se va pasando por distintos grados, que, como filtros cada vez más estrechos, permiten depurar la responsabilidad a través de distintas categorías o peldaños, que van desde el ámbito más general de la constatación de un comportamiento (activo o pasivo), hasta el más particular de la culpabilidad individual, pasando previamente por la constatación de la tipicidad y de la antijuricidad de ese comportamiento. A ello se le añade, en algunos casos, la comprobación de la concurrencia de algunos presupuestos especiales de la punibilidad o la perseguibilidad procesal del hecho en cuestión.

Naturalmente, las distintas categorías o grados de la imputación penal, cuyo contenido vamos a exponer en los siguientes capítulos, no pueden desvincularse de un determinado contenido valorativo o, si se quiere, ideológico, es decir, de una determinada concepción del ser humano, de la sociedad y del Estado, por lo que su pretendida neutralidad debe ser aceptada con muchas reservas. Ciertamente, como conjunto de reglas de ordenación de los presupuestos de la imputación puede entenderse como una especie de «gramática universal» válida para toda época y para cualquier Ordenamiento jurídico. Pero el objeto al que se refiere esa gramática, el Derecho penal vigente en cada país en una época o momento histórico determinado, no es en absoluto neutro, sino quizás la parte más ideologizada de todo el Ordenamiento jurídico, que, como la Historia y el Derecho comparado muestran, no sólo ha servido o sirve para proteger y garantizar derechos y libertades fundamentales, sino también para reprimirlas y violentarlas desde el propio Estado. No obstante, el grado de racionalidad alcanzado por la actual Teoría General del Delito permite encauzar esta Parte del Derecho penal dentro de unos parámetros de tolerancia, humanidad y cultura, más o menos asumidos o asumibles por todas las naciones civilizadas y, especialmente, por aquéllas que han desarrollado sus sistemas políticos y jurídicos sobre las bases y principios del Estado democrático y social de Derecho. Fuera de este marco, la Teoría General del Delito, elaborada como puro artificio técnico, susceptible de ser utilizada para interpretar cualquier Derecho penal, independientemente de sus valoraciones y contenido, se puede convertir en un instrumento muy peligroso de legitimación de los más graves abusos y atentados desde el poder estatal contra los derechos humanos. El problema actual de la Teoría General del Delito no es tanto la justificación de la imputación en sí misma, sino desarrollar las condiciones, requisitos y formas que hacen posible la imputación y, en consecuencia, la imposición de una consecuencia sancionatoria en un marco que posibilite la autorrealización y la participación de todos en la sociedad, en condiciones de igualdad; un marco, en definitiva, humanista y democrático, y no puramente funcional, burocrático, deshumanizado y autoritario.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

El Código penal habla en los arts. 2 y 10 de delitos y faltas (clasificación bipartita). Ambos términos pueden englobarse en la expresión «infracción penal», que también es utilizada en el Código penal para referirse tanto al delito como a la falta (cfr., por ej., arts. 456 y 457). Todos estos términos responden, en todo caso, a la estructura de la Teoría General del Delito que se acaba de exponer. La distinción entre delito y falta sólo se hace para clasificar las infracciones penales (delitos en sentido amplio) en función de su gravedad. Pero, además, el art. 13 introduce otra distinción al clasificar a su vez los delitos propiamente dichos en delitos graves y delitos menos graves. El art. 13 dice, en efecto, que: «1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave. 2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave. 3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve». Es decir, la distinción depende del marco penal que abstractamente se asigne a la infracción en cuestión en el correspondiente tipo penal. Luego, para ver lo que son penas graves, penas menos graves y penas leves, hay que acudir al art. 33, que clasifica las penas en función de su naturaleza y duración en graves, menos graves y leves (véanse dicho art. 33 e infra Tercera Parte, capítulo XXX). La definición del art. 13 establece en realidad una *clasificación tripartita* de las infracciones penales, que en el fondo es la que mejor conviene a las diferencias tanto materiales como procesales de estas infracciones, que no sólo tienen un régimen punitivo distinto (cfr. arts. 15,2 y 638, respecto a las faltas), sino distintas consecuencias en orden a la prescripción (art. 131) y al procedimiento a seguir para su enjuiciamiento. Para saber cuándo estamos ante un delito grave o menos grave, o ante una falta hay que ver, por tanto, la pena que en el precepto penal correspondiente se asigna al hecho en cuestión y luego ver si esa pena se califica conforme al art. 33 como pena grave, menos grave o leve (consideración abstracta). Esta distinción es, por consiguiente, puramente cuantitativa. Así, por ejemplo, el mismo hecho, un hurto, puede ser delito o falta según el valor de la cosa hurtada (cfr. arts. 234 y 623,1). El robo con fuerza en las cosas puede ser delito menos grave (art. 240) o delito grave, si concurren las agravantes citadas en el art. 241. Y todavía puede ocurrir que la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez en la categoría de grave y en la de menos grave (por ej., la pena del robo con violencia o intimidación en las personas prevista en el art. 242,1), estableciendo el apartado 4 del art. 13 que entonces el delito se considerará, «en todo caso», como grave. Es, pues, una cuestión de política legislativa el que un hecho se considere como delito grave o menos grave, o como falta. Normalmente las faltas suelen tener el mismo supuesto de hecho que los delitos (cfr. por ej., arts. 147 y 617; 234 y 623,1). Pero otras veces son más bien puras infracciones administrativas, que sólo por la tradición se incluyen en el Código penal y que igualmente se pueden sancionar por la vía administrativa, lo que plantea problemas de coincidencia de ambas sanciones a resolver dándole prioridad a la sanción penal, que absorbe la sanción administrativa, aunque de hecho muchas veces el caso no llega siquiera a la Jurisdicción penal (cfr. arts. 630, 633 y 636).

Desde el punto de vista terminológico, en la Dogmática jurídico-penal se suele emplear la expresión delito de un modo general, como equivalente al término que a veces se emplea en el Código penal de «infracción penal», comprendiendo tanto los delitos graves o menos graves, como las faltas. Otras veces se emplean expresiones tales como «hecho punible», «acción punible», etc. Estos términos son equivalentes; pero es más común el de delito, que es el que normalmente se emplea aquí, salvo que se aluda concretamente a alguna particularidad de los delitos graves, los menos graves o las faltas.

Igualmente cuando se habla de delito nos referimos, casi siempre, a la acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible; pero otras veces sólo nos referimos al hecho típico, es decir, al

descrito en la ley como delito sin prejuzgar todavía si es antijurídico o culpable. Por el contexto podrá deducirse cuándo se emplea en uno u otro sentido.

Por otra parte, junto a la clasificación legal existen otras de carácter doctrinal de las que nos ocuparemos más adelante a la hora de estudiar la composición y estructura de los tipos de delitos (cfr. infra capítulo XV).

e) EL DELITO

[Suárez-Mira]⁵

I. La teoría jurídica del delito

La Parte General del Derecho Penal se divide comúnmente en tres segmentos bien diferenciados: introducción, teoría jurídica del delito y consecuencias jurídicas del delito. Si bien todos ellos son importantes, la Teoría Jurídica del Delito puede considerarse, sin duda, la parte esencial por estudiar el presupuesto de la más dura reacción estatal que puede ser dirigida contra el ciudadano que ha lesionado, de manera relevante, los intereses sociales.

Aunque se trata de un sector en permanente transformación, una serie de aspectos han venido permaneciendo relativamente estables. Entre ellos, podemos referirnos al estudio analítico del delito con la correspondiente división en sus elementos constitutivos, el rechazo de cualquier ingrediente moralizante, la utilización del método deductivo-abstracto en la elaboración dogmática, la distinción entre elementos objetivos y subjetivos, positivos y negativos, internos y externos, la estimación de realidades ex ante y ex post, la libertad interpretativa, su autonomía valorativa, el discernimiento entre el injusto y la culpabilidad, etc. No obstante lo anterior, de ninguna manera puede deducirse que exista un pensamiento único en cuanto a la comprensión del Sistema del Delito, sino que han surgido y siguen proliferando numerosas visiones alternativas del mismo (como también sucede con la Teoría de la Pena), visiones coincidentes en diferente medida con las precedentes, y que se han desarrollado como consecuencia del gran florecimiento de los trabajos de Derecho Penal (en cantidad y calidad) que en los últimos años se ha venido observando. Esto se percibe no sólo en nuestro país, cuyo progreso en este campo ha sido notorio, sino también en aquellos otros cuyos sistemas jurídicos son similares al español, como sucede fundamentalmente con Alemania e Italia. Es evidente que ha habido una serie de hitos históricos y unos sustratos filosóficos en los que germinaron otros tantos «sistemas» (causalista, finalista, etc.), sobre los que se han ido elaborando una serie de tendencias de aumento casi exponencial que permite hablar, sin ambages, de una fértil diversificación conceptual que facilita -o al menos debe facilitar, aunque a primera vista parezca complicarla- una aplicación igualitaria, calculable y justa del Derecho Penal.

II. El sistema causalista

Este sistema clásico del delito nace de la mano de von Liszt y Beling, quienes crean el concepto natural de acción. Tras algunas modificaciones efectuadas en el mismo desde su formulación inicial, la acción será para von Liszt «toda causación o no evitación de una modificación del mundo



exterior mediante una conducta voluntaria». Para Beling lo esencial de la acción es la presencia de una conducta humana guiada por la voluntad, pero dejando a un lado la cuestión del contenido de dicha voluntad. Estos presupuestos serán aceptados posteriormente por los seguidores de dicha concepción causal como Mezger.

Ha dicho Roxin que este concepto natural de acción cumple acertadamente la función de delimitación, excluyendo las actividades de animales y de personas jurídicas, así como los pensamientos y las consecuencias de meras excitaciones sensoriales, pero reputa incorrecta la objeción de que se trata de un concepto desdibujado e ilimitado. Admite, en cambio, las carencias del mismo para explicar las reacciones espontáneas, las acciones automatizadas o los hechos pasionales o cometidos bajo situación de embriaguez. También presentaría dificultades para cumplir la función de elemento básico del sistema, es decir, de elemento que pueda encontrarse tanto en los hechos dolosos como en los imprudentes o en los delitos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Ciertamente, falla esa concepción en el ámbito de los delitos de omisión, donde no es posible apreciar una modificación causal del mundo exterior. Incluso en el caso de la omisión por imprudencia inconsciente falta toda voluntad en el sentido de mero pensamiento, que tampoco sería suficiente para admitir la existencia de una acción por falta de exteriorización. No queda más remedio entonces que renunciar a una idea de acción entendida como «conducta humana» y comprensiva tanto de la actividad como de la inactividad relevante. La comisión y la omisión no pueden, por consiguiente, integrarse en un supraconcepto común, como ya advirtiera Radbruch en 1904 y confirmaron muy posteriormente Gallas y Schmidhäuser. Respecto de su función como elemento de enlace y pese a la ventaja de su carácter neutral frente al tipo, lo cierto es que el concepto natural de acción tiene escasa aptitud, por su inconcreción y generalidad, para erigirse en soporte del sistema.

A este concepto ontológico, descriptivo y causal de la acción se añade una tipicidad caracterizada por su naturaleza objetiva: sólo se integran en ella los elementos objetivos o externos del hecho, quedando relegados al ámbito de la culpabilidad los aspectos subjetivos o internos. Ello es así, al menos, en la etapa clásica del sistema causalista, pero en su segunda etapa (neoclásica), lo cierto es que se produjo una evolución tanto en la propia concepción de la acción como en su caracterización de la tipicidad. A aquélla se la desposee de su acendrado carácter naturalista renunciándose a los aspectos excesivamente biologicistas incapaces de explicar adecuadamente los delitos espirituales (caso de las injurias o las falsedades). En cuanto a la tipicidad, ya se comienza a hablar de su naturaleza valorativa. El tipo pasa de ser la ratio cognoscendi a ser ratio essendi de la antijuridicidad; no es un simple indicio, sino que ya implica la antijuridicidad. Por lo tanto, el tipo es tipo de injusto y no se limita a describir con neutralidad una conducta, sino que lo hace para prohibirla porque lesiona algún bien jurídico. Sigue siendo predominante, pero ya no exclusivamente objetivo, pues en él se incluyen los llamados «elementos subjetivos del tipo o del injusto», absolutamente imprescindibles para que determinadas conductas puedan ser consideradas penalmente relevantes. Esta evolución de la acción y de la tipicidad encuentra su razón de ser en la recepción en el campo jurídico-penal de la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana, la cual se fijó en lo normativo y axiológico frente al anterior enfoque positivista-naturalista.

En cuanto a la antijuridicidad, constituye en la etapa clásica de la concepción causalista un elemento objetivo, valorativo y formal. Atiende sólo a los aspectos externos de la conducta, la cual se valora negativamente por producir resultados lesivos. La perspectiva puramente formal supone que la antijuridicidad surge de la simple comprobación de que la conducta llevada a cabo es típica y no concurre ninguna causa de justificación que excepcionalmente permita su realización. Sin

embargo, en la etapa neoclásica, la antijuridicidad pasa a ser predominantemente objetiva, igualmente valorativa, pero empieza ya a hablarse de un concepto material de antijuridicidad como dañosidad social de la conducta por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos.

La culpabilidad en la etapa clásica (concepción psicológica) es puramente descriptiva y se la concibe como un nexo psicológico entre el autor y el hecho, nexo que, en función de su intensidad, da origen a las llamadas formas de culpabilidad: el dolo y la culpa. Como presupuesto de éstas se sitúa la imputabilidad, y junto a ellas, otras circunstancias subjetivas incidentes en la culpabilidad. En la etapa neoclásica, la concepción psicológica se sustituye por la concepción normativa, la cual trata de superar el fracaso de aquélla en la explicación de la imprudencia inconsciente y de las situaciones de inexigibilidad, poniendo el acento en la reprochabilidad individual por el hecho cometido.

III. El sistema finalista

El Finalismo parte de un diferente concepto de acción que acaba impregnando los restantes elementos del delito: la acción final. El creador de esta corriente de pensamiento tributaria de las teorías ontológico-fenomenológicas y crítica con una filosofía jurídica neokantiana que distinguía entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor, es Hans Welzel. Para este autor, el legislador se halla vinculado por realidades ónticas preexistentes, por estructuras lógico-objetivas que no puede desconocer; entre ellas, la estructura final de la acción. La acción humana consiste, pues, en el ejercicio de una actividad finalista, puesto que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse fines diversos y dirigir su actividad a la realización de esos fines conforme a un plan. Esa idea la expresó gráficamente señalando que la finalidad es «vidente», la causalidad «ciega».

Su diferencia esencial con el Causalismo radica en que ahora sí importa el contenido de la voluntad y no sólo la constatación de su mera existencia. Con claridad indica Welzel que la voluntad no es el mero reflejo subjetivo, en la mente del autor, del proceso causal externo, sino el factor que configura y dirige el proceso causal. Por eso, entiende que la finalidad comprende: a) el fin; b) las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin, y c) aquellas otras previstas como posibles y con cuya producción contaba.

Como lógica consecuencia de esta nueva configuración de la acción, la tipicidad y la antijuridicidad se diferenciarán notablemente de cómo eran entendidas por el Causalismo. El cambio más importante radica en que el dolo -finalidad dirigida a realizar los elementos objetivos del hecho típico- deja de ser una forma de culpabilidad para convertirse en un elemento (subjetivo) del injusto típico. En los delitos imprudentes -principal blanco de las críticas que recibió el Finalismo— el resultado no está comprendido en la voluntad de realización del autor, y ni siquiera es preciso que éste lo hubiera previsto para que puedan ser castigados. Pues bien, para tratar de encajar esta clase de infracciones coherentemente en el sistema finalista, Welzel se vio obligado a reformular más de una vez sus postulados. Así, aludió en primer lugar al criterio de la finalidad potencial: en los delitos dolosos existe una actividad finalista real, mientras que en los imprudentes existe una causación que era evitable mediante una actividad finalista. Sin embargo, este intento de solución recibió numerosas críticas, no sólo en Alemania (Mezger), sino también en otros países. Entre nosotros, Rodríguez Muñoz señaló que así no se podía llegar a un concepto unitario de acción porque la conducta imprudente era evitable mediante una actividad finalista, pero ciertamente no es una actividad finalista real. Además, la constatación de la concreta posibilidad de evitar el resultado

mediante una actividad finalista implica ya el juicio de culpabilidad.

Como consecuencia de estas severas críticas, Welzel se vio obligado a reelaborar su teoría, sustituyendo el criterio de la «finalidad potencial» por la idea de que en los delitos imprudentes existe una acción finalista real cuyo fin es generalmente irrelevante para el Derecho Penal, pero no lo es en cambio el medio empleado para ello o su forma de utilización. Sin embargo, también se censuró esta afirmación sobre la base de que se estaba recurriendo a la antijuridicidad para poder fundamentar el sistema finalista y que esa acción finalista real es irrelevante para el Derecho Penal, mientras que lo relevante (resultado) estaría fuera de la acción.

Con el Finalismo tanto el tipo como la antijuridicidad de los delitos dolosos e imprudentes se subjetivizan, pasando de ser predominantemente objetivos (etapa neoclásica) a ser mixtos. Por su parte, la culpabilidad se ve sensiblemente disminuida al haber pasado el dolo y la culpa al tipo de injusto. Queda ahora en aquélla la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad (o ausencia de causas de exculpación). Dicha conciencia de la antijuridicidad, antes integrada en el dolo concebido como *dolus malus*, se desgaja de éste (que pasa a ser un dolo natural o neutro) y queda radicada en la culpabilidad precisamente por constituir un elemento a valorar en el juicio de culpabilidad en orden a la determinación de la reprochabilidad individual.

IV. El sistema funcionalista

Hoy en día casi nadie defiende en su pureza ni un sistema causalista -clásico o neoclásico- ni un sistema finalista, aunque, ciertamente, los actuales proyectos sistemáticos entroncan directamente con ellos manteniendo, en ocasiones, la estructura del delito propia de la concepción neoclásica, y en otras, la elaborada por la concepción finalista.

Sí puede constatarse un rechazo generalizado -con las excepciones de rigor- a la teoría final de la acción en cuanto teoría de la acción, y ello a pesar de que se haya asumido mayoritariamente su más importante consecuencia sistemática: el traslado del dolo al tipo de injusto. Aquel rechazo obedece a la creencia de que una concepción ontológica de la acción no puede ser vinculante para un Sistema Penal fundado en decisiones valorativas, y obedece también a la constatación de que la definición de la acción como el control de cursos causales dirigido a un determinado objetivo no se ajusta bien a las singularidades de los hechos imprudentes y de los delitos omisivos.

Seguramente por eso, como intento de superación del binomio Neoclasicismo-Finalismo y tratando de acomodar la estructura del delito a las finalidades del Derecho Penal, surgirá hacia los años 70 del pasado siglo un nuevo modelo explicativo de la infracción penal: el Funcionalismo. Esta corriente, integrada por tendencias de muy diverso signo, se caracteriza por orientar la sistematización de los conceptos y principios penales hacia criterios político-criminales u otros derivados de los fines propios de la pena. Precisamente, como ha expuesto Borja Jiménez citando a Amelung y Rudolphi, la crítica funcionalista achaca a la Dogmática la pérdida de contacto con la realidad, y el que aquélla haya consagrado la teoría de los valores como postulado fundamental sobre el que se asienta el sistema, aconsejando al Derecho Penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social. El Derecho ya no tendría que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debería proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

En la presente exposición vamos a ocuparnos exclusivamente de las aportaciones más influyentes de este sistema, que son las de Roxin y Jakobs.

1. Funcionalismo teleológico o racionalista

El padre del sistema funcionalista en su versión teleológica, Roxin, conforma un nuevo sistema de delito partiendo de los puntos de vista neokantianos, pero sustituyendo su orientación a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Este cambio de paradigma traerá importantes consecuencias dogmáticas. El propio Roxin apunta como piezas centrales de esta concepción las dos siguientes:

- 1) la teoría de la imputación objetiva, sustituyendo la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas, y
- 2) la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la «responsabilidad», introduciendo las necesidades preventivas junto a la culpabilidad como fundamentación limitativa de la imposición de la pena.

Estima el autor alemán que un moderno Sistema de Derecho Penal ha de estar estructurado teleológicamente, atendiendo a finalidades valorativas; finalidades que sólo pueden ser de tipo político-criminal, pues los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho Penal. Bajo ese prisma, las categorías básicas del sistema tradicional se presentan como instrumentos de valoración político-criminal, siendo irrenunciables para un sistema teleológico.

En cuanto a la acción, Roxin mantiene un concepto personal de la misma, estimando que un hombre habrá actuado si determinados efectos procedentes o no del mismo se le pueden atribuir a él como persona, o sea, como centro espiritual de acción. De modo que sólo sería acción u omisión aquello que constituyese una manifestación de su personalidad. La categoría de la acción, pese a su neutralidad valorativa, encierra empero un fin político-criminal: al valorar algo como no-acción queda excluido todo lo que de antemano no es encuadrable en las categorías de lo jurídicamente permitido o prohibido.

En cuanto al tipo, en él se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, declarando punible una acción para el caso regular o medio. El fin político-criminal de esta conminación penal abstracta es preventivo-general y pretende motivar al individuo destinatario de la norma para que omita la actuación descrita (en los delitos de acción) o ejecute la conducta ordenada (en los delitos de omisión). Lo anterior supone dos cosas:

- 1) todo tipo debe ser interpretado ideológicamente, abarcando completamente las conductas desaprobadas legalmente, tratando de potenciar el efecto motivador preventivo-general,
- 2) pero al tiempo debe ser interpretado conforme al tenor de la ley, de un modo exacto.

Junto a lo anterior, el principio de culpabilidad constituye asimismo un criterio político-criminal rector del tipo, por excluir las lesiones de bienes jurídicos producidos por casualidad o como consecuencia de un *versari in re illicita*.

A la tercera categoría del delito, la antijuridicidad, Roxin prefiere denominarla «injusto», aduciendo para ello un argumento muy razonable. Así como el tipo acoge dentro de sí la acción, el injusto

contiene acción y tipo: sólo las acciones típicas pueden ser injusto penal. Pero la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista político-criminal el injusto se caracteriza por tres funciones:

- 1) soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes;
- 2) sirve de punto de enlace para las medidas de seguridad, y
- 3) entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas.

Una categoría del delito inédita que crea Roxin es la de la responsabilidad. Dicho elemento trata de averiguar si el sujeto individual merece una pena por el injusto cometido. Su presupuesto esencial, pero no el único, es la culpabilidad, al que debe añadirse la necesidad preventiva de punición. Frente a los anteriores elementos del delito, la responsabilidad no mira al hecho (*necesidad abstracta de pena*), sino al delincuente (*necesidad individual de pena*).

Finalmente, en la construcción roxiniana quedan otros presupuestos de la punibilidad -de importancia menor y campo de aplicación muy limitado- que contienen una decisión sobre la necesidad de punición desde ópticas ajenas a la teoría de los fines de la pena e incluso al Derecho Penal compatibles con intereses de índole política.

2. Funcionalismo sistémico o sociológico

Frente al Funcionalismo moderado de Roxin, cuya preocupación es de índole práctica, surge otro de corte radical -auspiciado por Jakobs- que muestra una inquietud fundamentalmente metodológica. Partiendo de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann, Jakobs construye la Dogmática Penal con los conceptos de aquélla. Su concepción se halla plagada de categorías sociológicas y guiada principalmente por criterios de prevención general, definiendo los elementos del delito en atención a la contribución que éstos prestan al mantenimiento de la respectiva estructura social. La norma ya no tiene un significado lógico o valorativo primario, sino que se contempla como un hecho social más. El Derecho Penal estaría llamado, no a la simple protección de bienes jurídicos, sino al mantenimiento de la vigencia de la norma.

La acción -definida como causación de un resultado evitable- se entiende como unidad de sentido socialmente relevante, debiendo el comportamiento ser susceptible de interpretación a través precisamente de un esquema de comunicación socialmente relevante. La evitabilidad, que en los sistemas tradicionales hallaría acomodo en la culpabilidad, formaría aquí parte de la acción en la medida en que estaría afirmando la toma de posición del sujeto ante la realidad. Dicha evitabilidad, como ha señalado Borja Jiménez, define el contorno de la acción humana no sólo en el delito doloso sino también en el imprudente. Puede entonces afirmarse que falta la acción cuando acontece la producción del resultado de forma inevitable.

Otra característica propia de esta orientación funcionalista radica en el traslado del criterio de la adecuación social desde la tipicidad a la acción. La adecuación social determinaría, a pesar de la presunta tipicidad formal, la conformidad con la función, impidiendo entonces calificar el acontecimiento como acción.

El tipo de injusto es para Jakobs el conjunto de los elementos con los cuales se define un

comportamiento que, si acaso, es tolerable en un concepto de justificación. Por otra parte, la culpabilidad entendida como poder de actuar de otro modo, constituye para este autor un concepto completamente errado, debiendo obtener su contenido exclusivamente del fin de prevención general. Considera asimismo equivocada toda delimitación entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia. Además, como ha advertido oportunamente Schünemann, en la concepción jakobsiana no habría dificultad alguna en no limitar el concepto de autor a un individuo que actúa en el ámbito social, sino definirlo de modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación, aplicando correspondientemente ya el Derecho Penal vigente a las personas jurídicas. Es obvio que su concepción se adapta a cualquier política criminal, pudiendo asumir sin problema alguno toda modernización del Derecho Penal.

El sistema dogmático elaborado por Jakobs se halla orientado exclusivamente a la idea de prevención-integración, pero, como ha señalado Silva Sánchez, la orientación de las categorías y conceptos del sistema dogmático del delito a las «funciones sociales» (sistémicas) del Derecho Penal podría llevar a cuestionar que su modelo constructivo fuese normativista, pues se hallan ausentes de él valores y principios, apareciendo como factores decisivos los criterios de estabilización del sistema que pueden estimarse «empíricos». Por eso sería más certero, en su opinión, calificarlo de modelo «sociológico» al haber perdido la construcción dogmática toda autonomía valorativa, habiéndose hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurí-dico-penal en el sistema social.

V. El concepto jurídico de delito en el Derecho Penal español

Aunque pudo haberse evitado definir el delito por parte del legislador tal como propuso en su dñajiménez de Asúa («pues las definiciones nada enseñan a los doctos y nada aclaran a los profanos»), y como es común en otros códigos europeos, lo cierto es que en el art. 10 del Código Penal se contiene una definición, similar a la del art. 1.1 del CP de 1944-73 (hablaba de «culposas» en lugar de «imprudentes»), que no coincide -lógicamente- con ninguna de las que ha propuesto la doctrina científica, las cuales suelen ser más completas, pero al mismo tiempo orientadas por una determinada concepción del Derecho Penal. En aquel precepto se define la infracción penal del siguiente modo: *son delitos o faltas las acciones v omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.*

Se ha dicho que la definición legal de delito es, por lo general, directamente proporcional al signo político de la época en que se promulga el respectivo Código que configura positivamente aquella definición (Polaino), y probablemente sea así; pero al texto de 1995 difícilmente puede acusársele de falta de neutralidad, y ello no sólo desde un punto de vista político-ideológico, sino también en relación con las diversas escuelas de pensamiento. De todos modos, es lo cierto que, a pesar de ello, un buen número de penalistas han señalado que constituye una definición innecesaria en la medida en que las garantías penales esenciales se hallan perfectamente fijadas. Por otra parte, cabe destacar su alusión implícita a la mayoría de los elementos configuradores de la infracción. Así, al hablar de «acciones y omisiones» se está queriendo aludir a la necesidad de que el delito constituya un acto humano o conducta, excluyendo por tanto los procesos naturales o los hechos protagonizados por los animales. El elemento acción u omisión (pues no parece reductible a una categoría unitaria pese a los reiterados intentos doctrinales) se erige así en la base del sistema.

Con la expresión «penadas por la ley» se alude al elemento tipicidad, es decir, a la exigencia de

que la acción u omisión relevantes para el Derecho Penal se hallen descritas en un tipo, de donde también se desprendería la de su antijuridicidad o contrariedad a Derecho e, incluso, contendría una referencia -para quienes estiman que éste es un elemento estructural del delito- a la punibilidad.

La culpabilidad no hallaría en cambio un fácil acomodo en la descripción del art. 10, pues el carácter doloso o imprudente de la acción u omisión sólo tiene vínculo con dicho elemento del delito para quienes sostienen que el dolo y la imprudencia son formas de culpabilidad -pos-tura hoy minoritaria-, pero no para quienes estiman que se trata de elementos pertenecientes a la parte subjetiva del injusto típico constitutivos de diversos grados del desvalor subjetivo de la acción.

Se desprende con claridad de esta definición de delito la erradicación definitiva -ya iniciada con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y pardal del Código Penal- de la responsabilidad objetiva en nuestro Derecho Penal. Quintero/Morales/Prats, haciéndose eco del rotundo posicionamiento de la doctrina española al respecto, han señalado que una responsabilidad por la producción de resultados debidos a la mera causa fortuita es incompatible con los postulados de un Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho como el que proclama nuestra Constitución, en primer lugar, porque despreja la dignidad de la persona al identificar sus actos inteligentes con los que sólo evidencian intervención física, no querida, no prevista ni previsible; en segundo lugar, porque al castigar lo que no es doloso ni culposo es imposible encontrar un fundamento razonable para la pena, que ni puede retribuir, ni puede justificarse en la prevención general ni en la prevención especial; y en tercer lugar, porque el principio de intervención mínima sólo permite castigar como regla general los ataques dolosos contra los bienes jurídicos más importantes y como excepción algunas conductas imprudentes causantes de graves daños a bienes jurídicos de especial trascendencia, pero no ampara ulteriores reacciones punitivas en las que no intervenga la voluntad.

VI. Clases de delitos

Son múltiples los criterios clasificatorios de los delitos, pero vamos a aludir en este apartado exclusivamente a aquellos que nada tienen que ver con la estructura interna de la infracción, pues esta cuestión será objeto de especial tratamiento en el Tema 8 (Estructura, clases y formulación de los tipos), al que nos remitimos.

1. Por su gravedad

El vigente Código Penal distingue entre delitos graves, delitos menos graves y faltas. Esta clasificación tripartita de las infracciones penales (art. 13) contrasta con la bipartita antes existente (art. 6 CP 1944-73), y pretende una mayor acomodación a las normas procedimentales tratando de corresponderse con la competencia objetiva de los respectivos Tribunales que hayan de conocer del enjuiciamiento de los hechos delictivos (aunque sin desconocer las variaciones que esa competencia pueda experimentar ex art. 14 LECrim al socaire de las estadísticas que evidencien el atasco de Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, fundamentalmente, y que ya han conducido a alguna reforma, como la operada a través de la Ley 36/1998, de 10 de noviembre).

Según el art. 13 CP: «1. Son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave. 2.

Son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave. 3. Son faltas las infracciones que la ley castiga con pena leve. 4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave».

Como se aprecia, la clasificación de los delitos atiende a la cantidad de pena a imponer -gravedad-, la cual varía, asimismo, en función de la naturaleza de aquélla (privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa). La clasificación de las penas en graves, menos graves y leves se lleva a cabo en el art. 33 CP (vid. Tema 19). La correlación entre ambos preceptos permite conocer con claridad, simplemente consultando la pena con que se conmina la realización del hecho típico, ante qué clase de infracción penal nos hallamos.

La única dificultad se podrá presentar cuando la pena pueda ser considerada a la vez como grave y menos grave. Sin embargo, en estos casos el propio Código Penal ha resuelto la cuestión en el párrafo 4.a del art. 13 al considerar que entonces el delito se considerará como grave.

2. Por su naturaleza

Se distingue entre delitos comunes y delitos políticos, lo cual tiene trascendencia en cuanto al instituto de la extradición ya que estos últimos quedan excluidos de la misma por disponerlo así la CE en su art. 13.3 («La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo») y la LEP en el art. 4.1 («No se concederá la extradición en los casos siguientes: 1.a) Cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo; los crímenes contra la Humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia»).

3. Por su perseguibilidad y posible eficacia del perdón

Se habla de delitos públicos (perseguibles de oficio, resultando ineficaz todo perdón otorgado por el ofendido), semipúblicos (exigen denuncia del agraviado o de su representante legal para poder ser perseguidos y, en algunos casos, el perdón es eficaz para extinguir la acción penal o la pena impuesta) y privados (únicamente son perseguibles por iniciativa del ofendido o su representante legal y el perdón es eficaz para extinguir la acción penal o la pena impuesta).

4. Por el bien jurídico protegido

Este es el criterio clasificatorio utilizado expresa o implícitamente en la Parte Especial del Código Penal y que da lugar a agrupaciones delictivas vinculadas por la identidad (o al menos similitud) de bien jurídico protegido: delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, delitos contra el honor, etc.

VII. Sujetos, tiempo y lugar de la acción

1. Sujetos

Cuando se habla del delito, o por decirlo con mayor exactitud, de la infracción penal, deben distinguirse dos aspectos fundamentales: la formulación típica y el hecho real. Sólo en la primera tiene sentido aludir a los sujetos del delito, pero no en el segundo, pese a que, a menudo, se utilizan ambos términos indistintamente.

A) Sujeto activo

Como han señalado Cobo/Vives refiriéndose al sujeto activo, con dicha categoría se analizan los diversos modos con los que en las distintas figuras de la Parte Especial se describe un elemento del hecho típico. Se trata, por consiguiente, de un factor de la formulación del tipo. En cambio, el concepto de autor atiende a la realización del tipo. Muy gráficamente lo expresan señalando que en la proposición normativa no hay autores sino sujetos activos, mientras que en la realidad no hay sujetos activos sino autores. En cualquier caso, se trata de categorías muy relacionadas, puesto que sólo podrán ser autores del delito quienes posean las condiciones exigidas por el tipo para ser sujeto activo del mismo.

Por otro lado es importante distinguir el sujeto activo del delito del sujeto activo de la acción. La diferencia estriba en que este último es el referente personal de la acción u omisión pero no aún de la acción u omisión típicamente antijurídica y culpable, que es el verdadero sujeto activo del delito. Como ha señalado Polaino, no será sujeto activo del delito el autor de un injusto típico no culpable, ni el autor de una acción típica injusta y culpable pero no punible, porque, aun reuniendo parcialmente caracteres del delito, falta sin embargo alguno de ellos.

Por otra parte, el sujeto activo no sólo circunscribe el círculo de posibles autores entendidos éstos en el sentido del art. 28 CP (autores materiales, coautores, autores mediatos, inductores y cooperadores necesarios), sino que se incluyen asimismo los cómplices (art. 29 CP) [Sobre la autoría y participación vid. Tema 17].

a) Personas físicas y personas jurídicas

En el Derecho Penal español sólo las personas físicas pueden ostentar la condición de sujeto activo del delito, pues sólo ellas poseen una verdadera voluntad o la necesaria capacidad de obrar de otro modo (o de motivación), además de que únicamente respecto de ellas tiene razón de ser el contenido aflictivo ínsito en toda pena. Las personas jurídicas (concepto amplísimo y variado que incluye no sólo a la empresa con forma societaria -supuesto quizás más característico-, sino también a otra serie de entidades como pueden ser los partidos políticos, los sindicatos, las cooperativas, las fundaciones benéficas, las sociedades anónimas deportivas, las ONG de ayuda humanitaria, las Administraciones públicas, etc.) no sólo son incapaces de acción, sino que carece de todo sentido referirse a ellas como imputables o culpables, y estos elementos o subelementos del delito -imputabilidad, culpabilidad- son hoy por hoy irrenunciables. A pesar de ello no han



faltado intentos doctrinales tendentes a hacer realidad -desafiando el viejo aforismo *societas delinquere non potest*- la exigencia de responsabilidad criminal a las personas jurídicas (Masaveu, Saldaña, Zugaldía) e incluso, en países de nuestro entorno, existe ese supuesto en sus respectivas legislaciones (Francia, Holanda, Gran Bretaña, EE.UU., Portugal).

Desde una perspectiva de *lege ferenda* se han esgrimido teorías como la de la ficción de Savigny o la realista de Gierke para fundamentar la necesidad de una responsabilidad directa de las personas jurídicas. Ciertamente, es indiscutible que esos entes desempeñan un papel esencial en el tráfico jurídico y económico, pero, no obstante, la atribución a la persona jurídica de una responsabilidad criminal es dudosamente eficaz y posible, pues, en primer lugar, difícilmente puede sostenerse que un ente corporativo realice una acción típica. Son sus administradores o gestores quienes efectivamente actúan (una sociedad anónima no realiza vertidos o emisiones ilegales, sino quien maneja las máquinas de la industria propiedad de dicha sociedad; tampoco comete acción típica de estafa la sociedad cuando su gerente engañando e induciendo a error a otro provoca que éste realice un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno). Esto lo explica muy bien Gracia Martín utilizando las categorías de sujeto de la imputación y sujeto de la acción. Ambas pueden darse cita en la persona natural, pues ésta posee las cualidades existenciales de producir por sí y para sí misma los efectos que luego le pueden ser jurídicamente imputados, pero nunca podrán coincidir en la persona jurídica, pues sólo puede actuar a través de sus órganos y representantes, o sea, de personas físicas, que son los verdaderos sujetos de la acción. Así que la actividad de la persona jurídica es una actividad jurídicamente imputada, pero nunca propia, y además, el criterio de imputación del hecho objetivo a la persona física ha de tener una naturaleza distinta a la jurí-dico-penal, que podrá ser el criterio del riesgo objetivo, del beneficio, el enriquecimiento sin causa, etc. Por consiguiente, la consecuencia jurídica aplicable no puede ser una sanción en sentido estricto como reacción jurídica frente a la transgresión de una norma de conducta y reafirmativa de la norma de determinación. Tampoco, lógicamente, son susceptibles de la aplicación de medidas de seguridad tras un imposible juicio de peligrosidad sobre las mismas.

Por otra parte, desde el punto de vista del actual Sistema del Delito, las elaboraciones conceptuales de la doctrina han sido diseñadas para el hombre, no para la persona jurídica. Por consiguiente, parece más útil seguir manteniendo que sólo la persona física puede realizar acciones con relevancia penal, y sobre ella aplicar la acción del Derecho Penal. Además, y por razones de puro pragmatismo, como refiere Luzón Peña, la imposición a las personas jurídicas de las consecuencias accesorias previstas, unida a la imposición de penas a los delincuentes individuales y de las responsabilidades civiles exigibles a la persona jurídica por los hechos, equivale en eficacia en la lucha contra la criminalidad en el marco de entidades colectivas a la opción de los sistemas legislativos que prevén penas para las personas jurídicas, pero sin distorsionar las reglas generales sobre la capacidad de delinquir y la responsabilidad penal. A esa distorsión también se refiere Bajo Fernández, preguntándose si los costos que acarrearía la revisión de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad, compensa el capricho, puramente dogmático, de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Pero no sólo desde el campo de la acción puede afirmarse aquella incapacidad. Es evidente que desde la órbita del juicio de culpabilidad, entendido éste como juicio de reproche, no es posible formular un juicio de desvalor subjetivo sobre la entidad jurídica. Además, la idea de una culpabilidad propia de la persona jurídica fundada en el criterio de la falta de adopción de las medidas de precaución exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de la empresa no parece tampoco posible, pues ello, como indica Gracia Martín, puede servir de criterio de imputación a la persona jurídica, pero a quien en última instancia se refiere el defecto de organización es a las personas físicas representantes de la persona

jurídica.

Finalmente, desde la teoría de los fines de la pena, es fácil advertir que ideas como retribución, prevención general e incluso prevención especial son categorías por completo inaplicables a la persona jurídica, por mucho que se hable más o menos jubilosamente de su «actuación en Derecho».

b) Actuaciones en nombre de otro

Lo acabado de exponer no supone que las personas jurídicas se hallen completamente al margen del Derecho Penal, puesto que existe una cláusula contenida en el art. 31 CP (correspondiente del art. 15 bis del CP de 1944-73) que trata de solventar en alguna medida los inconvenientes derivados de la aplicación del sistema general de responsabilidad elaborado para las personas físicas. En dicho artículo, alusivo a las actuaciones en nombre de otro (sea este otro una persona física o jurídica) se señala que: «1. *El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.* 2. *En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.*».

Acerca de dicha técnica -incorporada al Derecho positivo español por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del Código Penal-, ha declarado el Tribunal Constitucional en su STC de 20-7-1993, núm. 253/1993 (FJ 3.Q), que persigue obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis CP tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Mas, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poder considerarlos como autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos.

La mayor dificultad que presenta este precepto es quizás la de concretar la figura del administrador de hecho, condición que, a juicio de Vives Antón, habrá que atribuir con cautela y sólo a quien, por actos concluyentes, haya adoptado una posición equiparable a la de los administradores de derecho.

La Sala 2.a del Tribunal Supremo ha indicado (STS de 22-5-2000, Ponente Delgado García), en relación con el art. 31, que con el pretendido amparo de tal norma no se puede construir una responsabilidad objetiva derivada del solo hecho de ser órgano o representante de una persona jurídica (o de una empresa o de una persona física), sino que han de concurrir los elementos

exigidos en los arts. 27 a 30 CP para las respectivas conductas como autor, inductor, cooperador necesario o cómplice. Por lo que se refiere a la autoría en sentido estricto, y conforme a la doctrina del dominio del hecho, aceptada actualmente y seguida en múltiples resoluciones de dicha Sala, han de responder penalmente como autores todos aquellos que en la organización y funcionamiento real y de hecho de la entidad tengan una posición de dominio en relación concreta con el hecho delictivo de que se trate. De hecho, la STS de 25-10-2002 (Ponente Sánchez Melgar) señala expresamente que «los términos representante o administrador que utiliza el art. 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión».

c) Exigencia de especiales condiciones

En numerosas figuras delictivas su tipo de injusto requiere que el sujeto activo posea unas especiales condiciones que, en caso de no concurrir, impiden su existencia. Hablamos en ese caso de delitos espeáales, en los cuales el círculo de posibles autores se limita a determinados sujetos. Frente a ellos se sitúan los delitos comunes, que pueden ser cometidos por cualquier persona. Generalmente los primeros sólo pueden ser llevados a efecto por individuos sometidos a un determinado deber y que son los únicos que pueden infringirlo (normalmente funcionarios o autoridades públicas). A su vez, dentro de los delitos especiales se distingue entre propios e impropios. El delito especial propio es aquel que no tiene correspondencia con un delito común, porque, como ha señalado Quintero, la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de tal forma que faltando la misma el hecho sería atípico. Por ejemplo, el delito de prevaricación judicial (art. 446 CP) es un delito especial propio pues el sujeto activo ha de ser un Juez o Magistrado y no puede ser cometido por quien no ostente dicha condición. Por el contrario, el delito especial impropio es aquel en el que, aunque también partimos de un círculo reducido de posibles sujetos activos, sin embargo, como señala Gimbernat, tiene su correspondencia con un delito común. En estos casos, existe una infracción penal común subyacente que puede ser cometida por cualquier persona, pero que si la comete alguno de los sujetos especialmente cualificados, se produce una modificación del título de imputación derivándose hacia el delito especial impropio. Por ello, Gimbernat señala que esta clase de delitos son delitos comunes especialmente cualificados. Por ejemplo, el delito de falsedad en documento mercantil cometido por funcionario público (art. 390 CP) está cualificado por la especial condición del sujeto activo, pero tratándose de un particular, tal falsedad no sería atípica sino que el título de imputación mutaría al de falsedad cometida por particular (art. 392 CP).

B) Sujeto pasivo

El otro referente personal imprescindible en toda infracción penal lo constituye el sujeto pasivo, que puede ser definido como el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito. A diferencia de lo que ocurre con el sujeto activo, no sólo las personas físicas sino también las personas jurídicas o morales pueden ser sujetos pasivos del delito, pues el Derecho les reconoce la titularidad de determinados bienes dignos de protección penal como, por ejemplo, los de naturaleza patrimonial. Incluso puede hablarse de sujeto pasivo en aquellas hipótesis en que el bien jurídico protegido no pertenece a una concreta persona sino a un grupo indeterminado de ellas (p. ej., la sociedad) y que resultan afectadas por la comisión del hecho delictivo o también a quien difícilmente puede considerársele persona desde el punto de vista del Derecho (p. ej., el

nasciturus).

También es el de sujeto pasivo un concepto que atiende a la formulación del tipo, siendo preferible reservar los términos «ofendido» o «agraviado» para aludir a su realización típica. Es importante, asimismo, no confundir esta categoría con la del sujeto pasivo de la acción, que será la persona sobre la que recaiga la acción típica. También es distinta la figura del perjudicado, que atiende exclusivamente a las personas que hayan sufrido un perjuicio a consecuencia de la comisión del delito. Obviamente, el primer perjudicado va a ser el sujeto pasivo, pero también pueden serlo terceras personas por completo ajenas a la relación criminal (p. ej., los hijos del asesinado), y que pueden verse indemnizadas como consecuencia de los efectos del ilícito.

Debe resaltarse finalmente que, al igual que sucede con el sujeto activo, también el sujeto pasivo puede verse necesitado de la posesión de ciertas especiales condiciones en determinadas infracciones. Por ejemplo, la condición de menor, de trastornado psíquico, de contrayente, etc.

2. Tiempo de la acción

El momento de comisión del delito es el que va a determinar la ley aplicable a su enjuiciamiento. Ningún problema ofrecen a estos efectos las infracciones en las que no transcurre un tiempo excesivamente dilatado entre la realización de la acción y la producción del resultado (delitos instantáneos), ni en general aquellas otras de mera actividad (o inactividad) que carecen de resultado material, pero sí en cambio las caracterizadas por una realización prolongada en el tiempo (delitos continuados, permanentes y habituales). Estas plantean dificultades en cuanto a la aplicación de determinadas instituciones penales, como son el propio ámbito temporal de la ley o el cómputo del plazo de prescripción del delito [vid. Tema 25].

A) Ambito temporal de la Ley

Cuando la acción y el resultado se hallan muy distanciados en el tiempo (delitos a distancia), hay que determinar en qué concreto momento se ha cometido el hecho. En el CP de 1944-73 no se aclaraba esa cuestión y, por ello, la doctrina había considerado que se producía, bien en el momento de la acción (teoría de la acción o de la actividad), bien en el momento del resultado (teoría del resultado) o bien en ambos momentos (teoría mixta, unitaria o de la ubicuidad). Sin embargo, el vigente CP en su art. 7 indica que «A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar». Por lo tanto, se decanta claramente por la teoría de la acción, pero sólo a efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo; es lo más lógico porque no se le puede aplicar al sujeto una ley inexistente en el momento de llevar a cabo su conducta, pues no podría conocerla, y la solución opuesta atentaría gravemente contra el principio de legalidad. En todo caso, si en el momento de juzgarse los hechos (coincidente con el del resultado) existiese una ley más benigna, se aplicaría ésta aunque la acción se hubiese realizado bajo la vigencia de otra ley anterior, por exigirlo así el principio de retroactividad de la ley más favorable (art. 2.2 CP).

B) Cómputo del plazo de prescripción

En cuanto al momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción, el Código Penal no lo indica taxativamente, señalando sólo que empezará a contarse desde el día en que se hubiere cometido la infracción punible (art. 132), no determinando con generalidad si se trata del momento de la acción o del resultado. No obstante, contempla específicamente -entre otras cuestiones- el caso del delito continuado, permanente e infracciones que exijan habitualidad de la siguiente forma: *«1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta».*

Ante la falta de un pronunciamiento expreso, este problema debe ser resuelto de acuerdo con la teoría de la valoración jurídica concluyendo que, a efectos de prescripción del delito, éste no puede considerarse realmente cometido hasta que no se haya consumado.

3. Lugar de la acción

La legislación española no establece regla específica alguna sobre el lugar de comisión del delito. Ante dicha ausencia, para solucionar la cuestión en la doctrina se han esgrimido tres teorías: la que estima que el delito se comete en el lugar donde el sujeto realiza externamente la acción prohibida u omite la acción esperada (teoría de la acción o de la actividad); la que estima que el delito se comete en el lugar donde se produce el resultado externo (teoría del resultado); y la que estima que el delito se comete en todos los lugares donde se lleva a cabo la actividad (o inactividad) o se produce el resultado (teoría mixta, unitaria o de la ubicuidad).

La más aceptada es la teoría de la ubicuidad porque evita las muchas impunidades a que podrían conducir las otras dos. Así, el delito o falta se consideran cometidos en todos aquellos lugares en donde el autor ha actuado u omitido la acción o en los que se ha producido el resultado. De todas formas, este principio tiene también inconvenientes en la medida en que otorga a veces una eficacia ultraterritorial a las leyes penales que puede derivar en colisiones con la soberanía de otros Estados o, sin salirnos de nuestras fronteras, puede llegar a engendrar cuestiones de competencia entre diversos órganos judiciales (vid. arts. 51 y 52 LOPJ). Acerca del mismo ha señalado Cerezo Mir que, de mantenerse, habría de recurrirse a otros criterios complementarios (fueros secundarios) para determinar la competencia preferente o exclusiva cuando se produjera el resultado.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Jiménez De Asúa, L (1954). La Ley y El Delito, Principios de Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial Hermes. Buenos Aires. Argentina. Pp. 217-226.
- 2 Rodríguez Mourullo, G. (2002). Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional. Primera Edición. Editorial Civitas. Madrid, España. Pp. 17-21.
- 3 Muñoz Conde, F. (1999). Teoría General del Delito. Segunda Edición. Editorial TEMIS, S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Pp. 1-5.
- 4 Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2002). Derecho Penal Parte General. Quinta Edición. Editorial Tirant lo Blanch Valencia, España. Pp. 197-207.
- 5 Suárez-Mira Rodríguez, C.(Coordinador), Judel Prieto, A. & Piñol Rodríguez, J. R. (2008). Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Quinta Edición Editorial Thomson Civitas. Pamplona, España. Pp. 122-140.