

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL DELITO

- I. Elementos de la teoría del delito.–
- II. Fases del desarrollo de la moderna teoría del delito.–
- III. Contenidos de la teoría del delito.–
 1. Conducta.–
 2. Tipicidad objetiva y subjetiva.–
 3. Antijuridicidad y causas de justificación.–
 4. Culpabilidad.–
 5. Punibilidad.–
 6. Autoría y participación.–

La exposición que sigue constituye una mínima explicación de lo que será objeto de estudio pormenorizado en la asignatura «Teoría general del delito». No pueden tomarse estas páginas como una teoría del delito completa, sino como una mera aproximación a dicha asignatura. Se aborda aquí una exposición de los elementos esenciales (lección 4) y accidentales (lección 5), sus modalidades (lección 6) y la doctrina de la concurrencia de delitos y normas (lección 7).

I. Significado de la teoría del delito.–

El Derecho penal prohíbe y sanciona con *penas* aquellas conductas que hacen peligrar gravemente la subsistencia de la sociedad. Si no se prohibiera y sancionara el homicidio, si el robo o la violación fueran conductas indiferentes para una sociedad, esta sociedad tendría los días contados; y por tanto también sus miembros, los ciudadanos (lección 1). Tras la realización de tales conductas, que llamamos «delitos», procede la imposición y cumplimiento de sanciones (las penas). Previamente sin embargo es preciso declarar la responsabilidad de quien los llevó a cabo, mediante la imputación de responsabilidad. Este es el significado de la teoría jurídica del delito.

Mediante la imputación de responsabilidad se llega a afirmar de alguien i) que ha cometido un hecho; además, ii) que ese hecho es contrario al Ordenamiento jurídico que rige en esa sociedad, y iii) que ese alguien es culpable de ese hecho. Constatado lo anterior, *el sujeto debe responder de sus actos*, y en consecuencia – ahora sí–, puede proceder la imposición de una pena. Esto explica que, a la hora de definir quién responde, cómo y de qué, se hayan esforzado mucho los juristas a lo largo de la historia para que nadie sea sancionado por hechos que no ha cometido, ni más de lo debido (a esto hace referencia la cuestión de los límites del Derecho penal: lecciones 2 y 3, pero también, y sobre todo, la II parte, que ahora hemos comenzado y la asignatura específicamente dedicada a esta materia: *Teoría general del delito*).

<http://www.unav.es/penal/iuspoenale>

II. Fases del desarrollo de la moderna teoría del delito.–

A lo largo de la historia, con unos nombres u otros, se ha hecho uso de diversas reglas o criterios para atribuir responsabilidad, para decidir quién es responsable, a quién se le aplicará una pena, cuándo puede ésta rebajarse, es decir, atenuarse. Hoy día llamamos teoría jurídica del delito a la ordenación de esas reglas y criterios de imputación en un sistema; y es que dicha teoría agrupa ordenadamente las categorías y conceptos sobre los que se basa la imputación de responsabilidad.

Pero lo que hoy día se conoce como teoría jurídica del delito es relativamente moderna: surge a finales del s. XIX, cuando los docentes del Derecho penal se ven en la tesitura de explicar a sus alumnos de forma sistemática y ordenada el contenido de la parte general (los preceptos del Libro I o equivalente) del código penal. En concreto, surge en Alemania tras la promulgación del código penal de 1871, y por autores como F.v. Liszt (1851-1919), E.L. Beling (1866-1932), y otros.

Hasta entonces la doctrina también había recurrido a la imputación de responsabilidad, y en concreto con categorías que no difieren de las empleadas por los autores del último tercio del siglo XIX y la actualidad. Desde la antigüedad, y hasta nuestros días, las categorías sobre las que se basa la imputación son comunes a la filosofía moral, a la ética... Son las mismas categorías y reglas de imputación que empleamos comúnmente en la vida social¹. Lo propio de la teoría del delito es que esas reglas y categorías son dotadas de contenido específicamente penal y se procuran ordenar en un sistema².

Desde su origen a finales del s. XIX en Alemania, la teoría del delito pasa por diversas fases, que tienen también relevancia en la doctrina penal en lengua

¹ Pensemos, por ejemplo, en un caso tan dramático como el de quien, para salvar su propia vida, mata a una persona. Dicho supuesto no es muy distinto de un caso con el que el filósofo sofista Carnéades (219-129 aprox. a.C.) pretendía poner en un compromiso a sus adversarios: tras un naufragio dos marineros se ponen a salvo sobre una balsa que, aunque inicialmente soporta a ambos, poco a poco se va hundiendo: uno de ellos arroja de la balsa al otro, y logra así salvarse de morir ahogado (conocido como el caso de la «tabla de Carnéades»). Por otra parte, Aristóteles (384-322 a.C.) se ocupó de identificar los motivos por los que desaparece la responsabilidad del agente. Por ejemplo, ya en su *Ética a Nicómaco* se detallan algunos casos de error que nuestros tribunales y doctrina consideran hoy todavía objeto de estudio: «...puede uno ignorar lo que hace, por ejemplo, cuando alguien dice que se le escapó una palabra o que no sabía que era un secreto, como Esquilo con los misterios, o que, queriendo sólo mostrar su funcionamiento, se le disparó, como el de la catapulta. También podría uno creer que su propio hijo es un enemigo, como Mérope; o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que una piedra cualquiera era piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato. Puesto que uno puede ignorar todas estas cosas en las que está implicada la acción, el que desconoce cualquiera de ellas especialmente las más importantes, se piensa que ha obrado involuntariamente.» (1111a 8-18).

² Además de otras diferencias, a las que no es posible entrar ahora: que el planteamiento de la imputación, que dominaba en las doctrinas clásicas, se va perdiendo, para sustituirlo por operaciones de interpretación de la Ley, de constatación de leyes causales en el obrar humano...

española³. Cuando a lo largo de la asignatura en la que se profundiza en este tema (*Teoría general del delito*) se efectúan referencias a autores y planteamientos pasados, conviene situarlos en la fase de evolución de la doctrina del delito. Y ello porque cada fase es producto de un modo de entender la persona, la libertad, la responsabilidad, e incluso la función del Derecho, que han de influir sin duda en los contenidos de las categorías.

A título meramente informativo, y aun a riesgo de cierta simplicidad en esta exposición, conviene conocer aunque sea de forma somera cuáles han sido los estadios de la evolución de la teoría del delito desde que surge en Alemania, hace ya más de un siglo, hasta la actualidad. En primer lugar, el *causalismo positivista*, bajo cuya influencia se pretende plantear el delito y la responsabilidad como datos positivos, y realidades físicas explicadas mediante la mera causalidad y no la libertad (F.v. Liszt, 1851-1919, por ejemplo). En segundo lugar, ante la insuficiencia de tal enfoque causalista, se recurre a enfoques denominados *neoclásicos* o *neokantianos*, atentos a los valores que se hallan presentes en los diversos elementos de la acción humana, la libertad, la culpabilidad como reproche... (así, G. Radbruch, 1878-1949, y E. Mezger, 1883-1962, por ejemplo). En tercer lugar, tras la segunda guerra mundial, el re-descubrimiento de que la acción humana se encuentra gobernada por la idea de finalidad buscada por el agente, idea que sirve para replantear el orden de las categorías de la teoría del delito, e ir dotándolas de nuevo contenido (así, el *finalismo* de H. Welzel, 1904-1977, y R. Maurach, por ejemplo). Desde los años setenta del pasado siglo, y hasta ahora, dominan el panorama doctrinal los enfoques finalistas (plasmado sobre todo en el esquema y orden de las categorías del delito), combinados con el *funcionalismo*, es decir, la explicación y justificación de los contenidos de las categorías por las funciones que cumplen en la sociedad o por sus consecuencias: es la finalidad de la pena y su contribución al mantenimiento de la vida social lo que sirve para dar contenido a las categorías del delito (así, G. Jakobs); o bien, son los principios y categorías de la política criminal –principio de legalidad, prevención...– los que han de dar contenido a cada una de las categorías de la teoría del delito (así, C. Roxin).

III. Elementos de la teoría del delito.–

Realizada una conducta, es tarea del Derecho penal establecer la consecuencia jurídica (penas y/o medidas de seguridad, sobre todo) prevista en las normas respectivas. Para llegar a tal fin es preciso antes establecer quién, y en qué condiciones, ha infringido la norma en cuestión. El Ordenamiento cuenta con diversos preceptos dirigidos a lograr determinar quién ha cometido la infracción:

³ Conviene saber que de los autores que a continuación se citarán, todos ellos –a excepción de G. Radbruch– son autores de manuales de Derecho penal traducidos al castellano desde hace años, por lo que influyeron en la doctrina penal española. En concreto, v. LISZT, *Tratado de Derecho penal* (trad. Jiménez de Asúa; notas Saldaña), 3 vols., Madrid, 1914-1929; MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas Rodríguez Muñoz), Madrid, 1935; MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas Córdoba Roda), Barcelona, 1962; WELZEL, *Derecho penal alemán* (trad. Bustos/Yáñez), Santiago de Chile, 1970; ROXIN, *Derecho penal. Parte general, I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. 2.ª ed., 1994, Luzón/Díaz/de Vicente), Madrid, 1997; JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. 2.ª ed., 1991, Cuello/Serrano), Madrid, 1997.

el Derecho penal, como *ius poenale*. A su vez, el estudio de esos preceptos, su sistematización y ordenación coherente es objeto del Derecho penal entendido como *ciencia*, o saber de carácter práxico.

Desde el comienzo de esta asignatura se ha asumido una distinción –por lo demás, clásica– de los saberes en teóricos y prácticos. Cada saber pretende acceder a los objetos que le son propios desde un punto de vista específico: lo que interesa al Derecho son las conductas humanas, pero no en cuanto meros movimientos, fenómenos o datos de una estadística, sino en cuanto originados en la libertad. Más en concreto, al Derecho penal le interesan las *conductas humanas desde el punto de vista de la libertad*, y en cuanto que *afectan a la subsistencia de la sociedad*. Se trata de las conductas que más directa y gravemente atentan contra la vida social. Esto ya nos es conocido por lo expuesto en las lecciones 2 y 3.

La determinación de quién ha cometido una infracción no consiste en una operación de mera interpretación de preceptos. Desde la formulación de la idea de legalidad por Beccaria y otros ilustrados⁴ desde finales del s. XVIII se extiende la visión de que la ley es clara y taxativa y que el juez no tiene más que emplearla como la premisa mayor de un silogismo («si matas serás castigado», «está prohibido matar, bajo amenaza de pena»), al que añade la premisa menor de los hechos (la conducta que se ha realizado: «A ha matado a V»), para dar con una conclusión indubitada y segura («A debe ser castigado»). Este paradigma se corresponde con el modo de concebir y de aplicar el Derecho por el positivismo jurídico, al que se unen los planteamientos del positivismo científico, que reducen la ciencia a las ciencias empíricas, experimentales. En dicho planteamiento domina cierto complejo de inferioridad de las ciencias humanas, los saberes prácticos, ante el gran desarrollo alcanzado por las ciencias naturales desde finales del s. XIX. Pero con ello se reduce el Derecho a mera técnica.

Ciertamente la libertad humana escapa a todo análisis técnico. Sus parámetros son más bien los de la comprensión, y no los de la mera explicación: no se trata de medir o pesar la conducta humana, sino de *comprenderla como producto de la libertad*. Por eso, la información que nos pueda aportar el médico forense, el perito en balística, el químico que analiza la sustancia venenosa empleada para matar..., son datos físicos de gran relevancia, pero que no sirven más que como constatación de que la persona murió por un factor x, de que la bala rebotó en la pared y se desvió, de que el veneno era letal de necesidad. Ninguno de esos juicios es suficiente para responder a la pregunta fundamental del Derecho, y del Derecho penal: la de la responsabilidad. La libertad escapa a todo análisis físico o químico, a toda explicación naturalística⁵. Es preciso abandonar todo reduccionismo de la imputación a meras operaciones de comparación de una acción con la ley, o de la sustitución de la libertad y responsabilidad por

⁴ Cfr. lección 3.I.1, en nota.

⁵ Interesante a este respecto lo señalado en la STS 23 de abril de 1992 (caso de la colza), ponente Bacigalupo Zapater: «la demostración propia del Derecho» es «distinta de la científico-natural en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de la certidumbre subjetiva»; cfr. también la STS 4 de diciembre de 2001 (AP 243/2002), ponente Móner Muñoz, FD 4.º. Lo anterior no supone que la certeza científico-natural se vea sustituida por la inseguridad, sino que ha de buscarse la seguridad y certeza de las afirmaciones con las que se opera en diversas fuentes: la razonabilidad de la argumentación, la expresión de todos los motivos de la decisión...

La teoría del delito

informaciones médicas o físicas. Cuando en Derecho penal estudiamos la posible responsabilidad, los saberes teóricos y la técnica ayudan pero no resuelven los casos. Cuando llega el momento de determinar la responsabilidad, de imputar algo a alguien, esos saberes dejan solo al jurista.

El «imputar responsabilidad» significa afirmar de alguien: i) si ha actuado, o con otras palabras si existe un *hecho*; ii) si ese hecho es contrario al Ordenamiento, es decir, *antijurídico*; y iii) finalmente, si ese hecho antijurídico es además atribuido a ese sujeto a título de reproche (el agente es *culpable*).

En la teoría del delito del Derecho penal encuentran acogida esas tres operaciones. En primer lugar se trata de identificar una acción como hecho, esto es, de poder afirmar de un fenómeno en el que un ser humano se ve inmerso que no es mera naturaleza, sino originada en la libertad. Hablamos entonces, ya no de acción, sino de un hecho. Este hecho se confronta o mide con arreglo a una norma, para dar como resultado que el hecho se ajusta al Ordenamiento o bien lo infringe⁶. Si el hecho se ajusta a lo dispuesto por el Ordenamiento, no es preciso plantearse más en Derecho penal: alguien estaba obligado por la norma a no matar, y no ha matado, luego no hay cuestión alguna. Pero, si en cambio, el hecho infringe lo previsto en el Ordenamiento, hay que atribuírselo o reprochárselo al agente: esto es lo que se llama imputárselo a título de reproche, declarar a su agente culpable del hecho. Se plantean así tres operaciones que definen ya los tres elementos básicos de la teoría del delito. En primer lugar, el poder identificar un hecho. En segundo lugar, que ese hecho sea antijurídico. En tercer lugar, que el hecho antijurídico se impute al agente como culpable. Por eso se entiende la definición común de delito como *hecho antijurídico culpable*.

A propósito de la antijuricidad conviene efectuar algunas matizaciones. La antijuricidad se predica de un hecho en la medida en que es contraria a Derecho, en concreto, contraria a una norma. Es preciso diferenciar norma y ley. Por *ley* entendemos la redacción externa de una norma. Pero no toda norma se plasma siempre en una ley. Piénsese en que los diversos preceptos del CP que describen delitos y prevén penas van dirigidas –mediante un verbo en futuro– a quien esté autorizado a sancionar, el juez, la Administración de Justicia, pero no a los innumerables sujetos que saben que no está permitido realizar determinada conducta. De forma implícita, la prescripción dirigida al juez presupone la prohibición al ciudadano de no cometer esos delitos por los que se puede castigar.

Por *norma* entendemos un enunciado que rige conductas. Y, de manera más estricta, norma jurídico-penal es un enunciado prescriptivo que conmina a la realización u omisión de una conducta bajo la amenaza de una sanción. Sin embargo, este concepto resulta demasiado estricto. Y ello, porque en él no quedan recogidas *todas* las normas con las que contamos habitualmente. La norma no se agota en ser un mandato prescriptivo bajo la amenaza de sanción, ni se refiere sólo a la prescripción de realizar u omitir conductas. En efecto, es preciso ampliar la consideración a normas que no sólo establecen sanciones. Así, algunas normas no jurídicas (normas éticas, por ejemplo). Y aun entre las normas jurídicas hay otras, de vigencia más cotidiana y común que las

⁶ No se contemplan ahora los hechos que van más allá de lo previsto en el Ordenamiento, que dan lugar a «hechos supererogatorios», o heroicos. También éstos han de poder imputarse a su agente: sólo podemos premiar a alguien por lo que ha hecho y no por la casualidad.

prohibiciones y prescripciones, como son las normas facultativas o permisiones. Así, hay aspectos de la vida social en los que algo no se halla prohibido ni prescrito, y no por eso dejan de existir normas referidas a tal situación. Hablamos así de ámbitos en los que rigen normas facultativas, o espacios de libertad, en los que realizar o no una conducta es indiferente. Distinto de estas últimas, son aquéllas en las que de forma excepcional se da libertad a quien se halla en cierta situación para obrar en un sentido o en otro. Se trata también de normas facultativas, las cuales vienen a ser excepciones a las normas prohibitivas y prescriptivas. A continuación se abunda en esta clasificación⁷.

En un sistema de normas, no es posible prohibir y, a la vez, y dentro del mismo sistema, prescribir la realización de esa conducta: así, si el árbitro de fútbol da una señal al portero de que inicie el juego después de haber salido el balón, le ordena algo, lo cual excluye la prohibición de iniciar el juego (si el árbitro de fútbol pretende hacerse entender, y no contradecirse, no puede a la vez ordenar una conducta y prohibirla). Se plantean así los dos géneros básicos de normas: prohibiciones y prescripciones, que son incompatibles en un mismo sistema de normas.

Trasladada esta situación al Derecho penal, podemos decir que existen prohibiciones (la contenida en el art. 138 CP, para la conducta de homicidio, por ejemplo) y prescripciones (la que subyace al art. 195 CP, para la conducta de socorrer a quien se halle en peligro manifiesto y grave). Pero ambas clases de normas no agotan todas las situaciones posibles: ¿qué sucede con las conductas que ni están prohibidas ni prescritas? En efecto, estas dos situaciones (prohibiciones y prescripciones) no agotan todas las situaciones posibles: así, caben acciones que ni se prescriben ni se prohíben. Por ejemplo, el árbitro al ordenar al portero no prescribe además si se debe dirigir el balón en una dirección u otra; en ocasiones, para sacar el portero puede emplear las manos o los pies: cualquiera de ellas es posible, mientras se dé inicio al juego, en ese sistema de normas. Hay que reconocer que existen también facultades de obrar. Pero que exista facultad, es decir, una norma facultativa, exige alguna matización, pues a menudo nos referimos a las facultades al menos con dos sentidos distintos. En concreto, particularmente en Derecho penal, hay que tener en cuenta que en algunos casos extremos se permite realizar una conducta en cuanto que *se deja de prescribir* algo; aparte, hay conductas absolutamente permitidas en cuanto *indiferentes*.

En el primer caso, se trata de *excepciones* a normas prohibitivas (hablamos entonces de permisiones o normas permisivas: por ejemplo, obrar en legítima defensa lesionando a alguien) o a normas prescriptivas (se habla, en sentido técnico de «conductas exentas»⁸: por ejemplo, dejar de socorrer a alguien en peligro, porque de hacerlo peligraría la vida del auxiliador). Es lo que sucede en casos de legítima defensa, en efecto: para quien se encuentre en una situación de agresión inminente y actual que no pueda superar si no es respondiendo al agresor, existe una norma permisiva que, en su caso concreto, le permite causar lesiones –o incluso la muerte– al agresor. De forma paralela, para quien se halla en una situación en la que dos prescripciones entran en colisión rige una norma que le exime de actuar según una de las dos⁹. Hablamos en estos casos de normas permisivas y de normas eximentes: en ambos casos, el agente tiene libertad para obrar en esas

⁷ Cfr. HRUSCHKA, «Sobre la utilidad del hexágono deontológico para el Derecho», en ID., *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Madrid, 2005, pp 41-54.

⁸ Como cuando se dice de alguien que está exento de un servicio público, en cuanto no tiene obligación de prestarlo; o de una renta, que está exenta, en cuanto no gravada por un impuesto.

⁹ De cuál de las dos normas afectadas sea, es tema que corresponde a otro lugar, la doctrina del estado de necesidad (*Teoría jurídica del delito*).

La teoría del delito

situaciones. Pero estas normas no se refieren a los casos en que la conducta, cualquiera que sea, se encuentra absolutamente facultada. Son los supuestos de las acciones indiferentes. También éstas interesan al Derecho penal.

¿Qué se extrae de todo esto? En primer lugar, que en Derecho penal hay que contar con normas prohibitivas y preceptivas, en cuanto que amenazan con una sanción. Pero ambas clases de normas no agotan todas las que en Derecho penal intervienen. En segundo lugar, tiene interés no confundir entre acciones absolutamente facultadas (o indiferentes) y acciones permitidas (y eximidas), pues ello marca la diferencia entre las conductas indiferentes y las llamadas «causas de justificación» (cfr. *infra*, IV.3). Cuando decimos de una acción que se halla «permitida», estamos pensando a menudo que se encuentra «relativamente permitida», y no en una conducta indiferente o «absolutamente permitida». Por poner un ejemplo, la entrada en una morada ajena por principio está prohibida (art. 202.1 CP). Pero si la entrada es necesaria para salvar la vida de una persona (es decir, que la única posibilidad que existe de salvarle es hacerme con un salvavidas que se guarda en esa casa), entonces puede hallarse de forma excepcional permitida (art. 20.5.º CP). Pero ahora este «permitido» significa «relativamente permitido», y no permitido con carácter general o indiferente.

IV. Contenidos de la teoría del delito.–

Para poder imponer una pena hay que comprobar que ha tenido lugar un comportamiento típicamente definido y sancionado en el Ordenamiento penal como delito, y que su sujeto es culpable. El juez –como también el fiscal (que acusa), el abogado (que defiende), etc.– debe hacerlo progresivamente; y de que lo hagan con orden y distinción depende en buena medida que se responda penalmente o no, y con qué pena se sancione. Su constatación, su comprobación progresiva, decidirá la responsabilidad penal; e, inversamente, la ausencia de alguna de las condiciones necesarias para responder, dará lugar a la impunidad, o bien a consecuencias diversas (de atenuación; esto es, de rebaja de la pena; o aplicación de medidas de seguridad: lección 11).

Como ya se ha señalado, la teoría jurídica del delito permite responder a tres cuestiones: i) si se ha actuado, o con otras palabras si existe un *hecho*; ii) si ese hecho es contrario al Ordenamiento, o lo que es lo mismo: si es *antijurídico*; y iii) finalmente, si ese hecho antijurídico es además atribuido a ese sujeto a título de reproche (el agente es *culpable*). Estas tres operaciones se ordenan en los diversos estadios y categorías de la teoría del delito como se expone a continuación. Al final de esta lección se incluye como anexo un glosario de términos fundamentales (I) y un cuadro sinóptico de los contenidos (II).

IV.1. Conducta.–

En el primer estadio se trata de identificar un hecho en el proceso en el que una persona se ve inmersa. Como también se dijo, se trata de diferenciar el hecho humano de la mera naturaleza o el acaso. Así, que se desencadene una tormenta en alta mar que conduce al buque al naufragio es algo proveniente de la mera naturaleza, no imputable a nadie. Por tanto, no se trata de un hecho. Pero si el

proceso en el que alguien se ve inmerso puede considerarse una conducta, un hecho, concurre la base mínima para poder hablar de imputación de responsabilidad.

Se trata de ver que existió un *proceso humano* (conducta de una «persona en cuanto persona», y no el mero movimiento incontrolado), *externo* (y no los pensamientos) y *susceptible de autocontrol* (quien se ve inmerso en el proceso puede obrar en un sentido u otro). No se sancionan entonces los procesos de la naturaleza, o los meros pensamientos, o los movimientos no guiados por la voluntad del sujeto. Debe entonces comprobarse que, por ejemplo, la persona fallecida lo ha sido por obra de un comportamiento de otra persona, y no es consecuencia del proceso de una enfermedad que la víctima ya padecía, o de un accidente, en cuyo caso hablaremos de una muerte accidental –o natural, como se dice vulgarmente. En este estadio se excluyen también procesos en los que las personas se ven inmersas pero no como personas, sino como seres naturales: procesos meramente naturales pero sin el distintivo de lo humano, no susceptibles de autocontrol (la digestión, los meros reflejos...).

Debe tenerse en cuenta que las personas jurídicas (sociedades anónimas, municipios...) no pueden ser autores de delito porque no llevan a cabo comportamientos de los que el Derecho penal exige (conducta humana): por mucho que puedan celebrar contratos, no sucede lo mismo para los delitos: cfr. lección 1.II. iii).

Pero afirmar que se dio un proceso humano, externo y susceptible de autocontrol, no es suficiente. Mediante este juicio de imputación se concluye únicamente que el proceso en el que alguien se vio inmerso es un hecho. La teoría del delito cuenta ya con un mínimo, un hecho, pero ha de proseguir. Deberán seguirse comprobando los demás elementos.

IV.2. *Tipicidad objetiva y subjetiva.*–

Debe examinarse a continuación si el «hecho» se adecua, «encaja», coincide, con lo que describe una norma penal concreta del sistema de normas que regían para el agente en el momento del actuar.

i) Partimos de una norma prohibitiva, que da lugar a delitos comisivos, como sería el de homicidio. Debe comprobarse que la conducta es *típica* de homicidio o no. Para eso, habrá de atenderse en primer lugar a si el aspecto externo u objetivo es el descrito en una norma: En concreto, ¿puede decirse que golpear en el cuello a una persona viva con un objeto cortante y afilado llamado cuchillo es precisamente lo que el código penal en el art. 138 describe como «matar a otro»? La pregunta parece gratuita y sin sentido, pues a todas luces eso se llama matar. En el caso que venimos analizando parece obvio. Pero considere la siguiente variante, que sin duda podrá ser esgrimida por la defensa de los procesados en su descargo: la víctima se hallaba moribunda, su estado de salud era tan precario que hubiera muerto en pocas horas. ¿Cambia esto algo el juicio del hecho como homicidio? –Parece que no. Pero ya se ve que en el proceso que conduce a la muerte de la víctima pueden entrometerse diversos factores que hagan que «*el resultado de muerte no sea imputable objetivamente a la conducta*» de apuñalar. Así, por ejemplo, si tras una puñalada un tercer agente asesta un golpe

La teoría del delito

al herido al que sigue la inmediata muerte: ¿a quién atribuir la muerte de la víctima que tuvo lugar pocas horas después? ¿A quien apuñala o a quien golpea? El sentido de la expresión «*el resultado de muerte sea imputable objetivamente a la conducta*» es técnico y significa que la muerte es producto de la acción de apuñalar, esto es, para el Derecho penal la conducta colma o realiza en el aspecto objetivo la descripción legal típica del homicidio; brevemente: la conducta constituye objetivamente homicidio.

De no ser imputable objetivamente la consumación del delito de homicidio, cabe sin embargo la imputación de lo que sí se ha realizado: un homicidio incompleto o parcial. Es lo que se denomina «tentativa» del delito en cuestión (cfr. *infra*, 5. *Lesividad*). Entran en juego entonces los arts. del delito en cuestión y el que define la tentativa (art. 16 CP). No es el caso, pero téngase en cuenta para otros supuestos.

Pero esto no basta, es preciso, en segundo lugar, constatar que ese hecho que objetivamente constituye homicidio es además en el aspecto subjetivo un homicidio. Esto supone afirmar que se ha obrado con aquellos elementos de la subjetividad del agente que se exigen: así, no se trata de analizar las últimas intenciones del agente, sino de saber si el hecho era lo que el sujeto se había representado mentalmente o bien exceden, están más allá, de lo previsto por él; si eran conocidos por él como puñaladas de matar o no. No interesa ahora si obraba con fines de lograr heredar, o para alimentarse, o para satisfacer su odio: estos datos podrán influir en la mayor o menor gravedad de su hecho, pero no afectan a lo subjetivo que ahora nos interesa. Se trata en cambio de afirmar si el agente del hecho se mueve con conocimiento de lo que hace, con dolo o dolosamente, como se dice, con expresión técnica. Para afirmar el dolo es preciso partir de lo que cualquier persona en la situación del agente, con los datos de éste al actuar, se representa, conoce. Así, podemos afirmar que cualquier persona que vive en una civilización en la que se emplean cuchillos para usos domésticos conoce necesariamente que ese objeto en el cuello produce cortes, y cortes profundos incluso; por lo que aplicado a un ser vivo puede acabar produciendo la muerte. Conclusión: el agente conoce que está matando, pues nadie con sus datos en el momento de obrar puede clavar un cuchillo sin excluir que esa puñalada produzca la muerte. El hecho de matar, que ya quedó imputado en el aspecto objetivo, se imputa ahora también en el aspecto subjetivo; es decir, la conducta del agente realiza en lo subjetivo el tipo de homicidio. Esto es, para el Derecho penal la conducta colma o realiza en el aspecto subjetivo la descripción legal típica del homicidio; brevemente: la conducta constituye también subjetivamente homicidio.

Si el hecho no fuera imputable en el aspecto subjetivo por falta de dolo, cabe sin embargo proceder a una imputación extraordinaria a título de imprudencia: un homicidio imprudente (arts. 142 o 621.2 CP)¹⁰. No es el caso, pero téngase en cuenta para otros supuestos.

¹⁰ A estos últimos la teoría del delito los llama comportamientos imprudentes, a diferencia de los más arriba expuestos, que serían dolosos. No es posible imputar sin conocimiento: por eso, a falta de conocimiento, a falta de dolo, no cabe imputación, *salvo si el desconocimiento mismo constituye ya un delito*: es lo que sucede en los casos denominados de imprudencia, en los que imputamos <http://www.unav.es/penal/iuspoenale>

ii) Todavía nos movemos en el plano de la tipicidad de la conducta. En éste, como ya quedó dicho, se trata de medir o confrontar la conducta con la norma que regía para el agente en el momento del actuar. En dicho momento pueden existir también normas prescriptivas, que dan lugar a delitos omisivos. Se daría un delito omisivo si sobre el agente recae un deber específico de obrar. Por ejemplo, de obrar en socorro de quien se halla en situación de peligro manifiesto y grave. También entonces es preciso constatar que el «hecho» – ahora, entendido como pasividad– realiza el tipo objetivo y subjetivo del delito en cuestión. Puede tratarse, por ejemplo, del delito definido en el art. 195 CP: la omisión de socorro. La imputación objetiva y subjetiva en los delitos omisivos tienen algunas peculiaridades que serán tratadas en el lugar oportuno (Teoría general del delito).

Piénsese en el guardabarreras que, ante la inminencia de la llegada del tren, no baja las barreras sobre la calzada como era su deber: responde de la muerte de las personas que fallecieron al no detenerse ante el paso del tren. En estos casos se habla de comisión por omisión (art. 11 CP, puesto en relación con el art. 138, por ejemplo), que permite imputar ese resultado de muerte a quien omitió la acción debida. Distintos son los casos en que existe sólo un deber de actuar positivamente (de socorrer, por ejemplo, a quien está en peligro), sin que pueda imputarse o atribuirse la producción de un resultado a la omisión. En estos casos hablamos, en cambio, de delitos de omisión pura (art. 195 CP), donde lo esencial es el cumplimiento de una prestación que la Ley exige a todos, en ciertas circunstancias, con independencia del resultado que se haya derivado¹¹.

IV.3. Antijuridicidad y causas de justificación.–

Si se ha considerado la imputación en casos de normas prescriptivas y prohibitivas, nos queda por analizar lo referente a las normas permisivas¹², es decir, aquellas normas que otorgan al agente la facultad de obrar en el caso concreto, aun afectando al obrar a intereses de terceros. Se trata de los casos de legítima defensa, estado de necesidad, sobre todo. Cuando nos referimos a estas situaciones desde el punto de vista del agente, hablamos de normas permisivas;

precisamente el haber actuado en error, sin conocer lo que iba a acaecer. Lo que entonces sucede es que, no siendo posible la imputación ordinaria, se abre la posibilidad de imputar por vía extraordinaria, el error: es lo que se denomina error vencible. Por tanto, la imputación con dolo es la regla; a la que se efectúa una excepción, la del error invencible, que excluye la imputación; y a esta excepción sigue una segunda excepción, la de que el error vencible no excluye la imputación efectuada de forma extraordinaria (es decir, a pesar de faltar el dolo se imputa, pero se imputa entonces precisamente la falta de conocimiento, de dolo).

¹¹ En los delitos omisivos se dan peculiaridades por lo que hace a la posible responsabilidad por tentativa (dudosa, aunque estructuralmente posible) e imprudencia (también dudosa, pero posible), que entrarían en juego de forma subsidiaria para evitar la impunidad en casos de realización parcial del tipo, y de ausencia de dolo del agente. Lo mismo que se da en los tipos comisivos, cabe en los omisivos.

¹² Recuérdese que se trata de excepciones a las normas prohibitivas y prescriptivas. En concreto, las normas permisivas son excepciones a las prohibiciones («está prohibido matar, excepto en caso de legítima defensa»); y las normas eximentes son excepciones a las permisiones («estás obligado a socorrer, salvo que con ello te pongas en peligro grave»). Por razones de brevedad y sencillez, nos referimos a normas permisivas, incluyendo en ellas las normas eximentes.

La teoría del delito

y cuando nos referimos a ellas desde el punto de vista del juez que aplica la ley en cuestión y valora el hecho, hablamos de causas de justificación (art. 20.4.^o-5.^o y 7.^o CP).

El hecho que, como ya se ha visto, colma el tipo (esto es, la descripción del delito) de una norma prohibitiva o de una norma prescriptiva, debe ser además antijurídico. En principio, si está prohibido o prescrito, es ya antijurídico por este mismo motivo. Pero no será antijurídico si se encuentra permitido: es preciso por tanto constatar que no hay una norma permisiva para ese caso. Si, debido a las circunstancias, se concede al agente una exención del deber de obrar o una permisión, entonces hay que comprobar que el hecho es imputable como tal hecho permitido en el aspecto objetivo y en el subjetivo.

De forma paralela a como hemos procedido en los tipos prohibitivos, será preciso constatar que el agente «obra en legítima defensa», es decir, que objetivamente se dan los elementos que permiten defenderse (art. 20.4.^o). Además, en el aspecto subjetivo, hay que constatar que el agente sabe que se defiende¹³. De este modo podemos concluir que el agente lleva a cabo un hecho típicamente antijurídico.

IV.4. Culpabilidad.–

Para proceder a imputar responsabilidad penal, no basta con afirmar que el hecho es típicamente antijurídico. Procede a continuación imputar a su agente tal hecho a título de reproche. Ya no se trata de enjuiciar la valoración de la conducta, sino las circunstancias concretas que rodearon al sujeto concreto de tal conducta, pues pueden darse algunas en las que el sujeto no es capaz de percibir el mensaje normativo o de conducirse conforme a él.

Afirmar de un sujeto que es culpable significa decir que en el caso concreto es motivable mediante normas; en definitiva, que sea plenamente libre. Esto exige determinadas condiciones en él que permiten afirmar que puede regir sus propios hechos de acuerdo con las normas en cuestión. Se exige, en primer lugar, que el agente sea imputable, es decir, que sea capaz de percibir las normas de conducta y obrar conforme a ellas. No se da tal situación cuando el agente padece una anomalía o alteración psíquica; se halla al obrar dominado por un trastorno mental; se halla dominado por una intoxicación de drogas o alcohol (art. 20.1.^o-3.^o CP). Los menores de edad (menores de 18 años), aunque son sujetos psicológicamente capaces, en cuanto que conocen la norma y pueden regirse conforme a ella, son considerados por el Derecho penal como sujetos inimputables. Pero no para que su conducta quede sin relevancia, sino para aplicarles un régimen diverso al del código penal: el que deriva de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los

¹³ También en materia de causas de justificación se dan peculiaridades para la posible responsabilidad por tentativa e imprudencia. Nos remitimos a explicaciones de detalle de la asignatura de *Teoría jurídica del delito*.

Menores. Dicho régimen prevé la aplicación de medidas de seguridad a los agentes de edades comprendidas entre 14 y 18 años¹⁴.

Además de la imputabilidad, es preciso para ser culpable conocer que el hecho llevado a cabo es objeto de la norma en cuestión. De lo contrario, aunque se conozca que se actúa, no se sabe que lo realizado está prohibido, prescrito o permitido. No hay que confundir este conocimiento, referido al objeto y cualidad de la norma (saber que matar está prohibido penalmente), con el conocimiento que se exige en materia de dolo (conocer que mata). Ahora hablamos del «conocimiento sobre la prohibición» (o sobre la prescripción, si es el caso): art. 14.3.

Por último, para ser culpable se requiere, adicionalmente, que en el caso concreto se pueda exigir al agente obrar conforme a la norma. Lo cual no se da cuando el agente se halla en una situación extrema en la que el Derecho puede dejar de reprocharle, a él y en su caso concreto, obrar como la norma exige: se trata de situaciones en las que, manteniendo la antijuricidad general de la conducta, el Ordenamiento disculpa al sujeto, debido a las circunstancias peculiares que rodearon su conducta. Se habla entonces de «inexigibilidad de otra conducta». Se trata de casos extremos, de escasa aplicación (cfr. art. 20.6.º CP, bajo la denominación de «miedo insuperable»).

Por cualquiera de estas tres situaciones puede resultar que el agente no sea culpable: o bien por ser inimputable; o bien por desconocer el contenido de la norma; o bien por no serle exigible obrar conforme a la norma, a pesar de que la conoce. Se interrumpe entonces la imputación. Es decir, aunque el hecho sea antijurídico, su agente no es culpable.

Cabe sin embargo que, aun cuando la imputación se interrumpe por cualquiera de estas tres situaciones, se proceda a imputar de forma extraordinaria al agente por haber provocado la situación de defecto de imputación. Así, por ejemplo, si el agente se emborracha para delinquir, aunque desaparece la imputabilidad en el momento del hecho, se procede a atribuir responsabilidad porque en su origen sí había imputabilidad (estructura denominada *actio libera in causa*). Algo semejante sucede cuando el agente desconoce por culpa suya el contenido de la norma, en cuyo caso se le puede imputar precisamente haber obrado aun sin saber lo que el Derecho ordenaba (cfr. art. 14.3 CP).

De este análisis se concluye: ese *sujeto es culpable* de aquella conducta antijurídica; o bien, por el contrario, aunque la conducta es antijurídica, ese *sujeto no es culpable*.

IV.5. . Punibilidad.–

Ya podemos afirmar de un caso concreto que el hecho es antijurídico, el agente culpable («A lleva a cabo, a título de autor, un hecho constitutivo de homicidio doloso en grado de tentativa, del que es culpable»). Antes de proceder a la fijación

¹⁴ En la actualidad, nuestro Derecho penal en sentido estricto (esto es, el *código* penal) se aplica a partir de los 18 años. Entre los 14 y 18 años, se aplica el régimen previsto en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (reformada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006). Por debajo de la edad de 14 años, se aplica el régimen de protección de menores previsto en el Código civil y demás disposiciones vigentes (cfr. LO 5/2000, art. 3).

La teoría del delito

de la concreta responsabilidad penal, es preciso constatar que no se dan otros motivos para dejar de aplicar la pena. Puede suceder en ocasiones que el Ordenamiento, por razones de falta de necesidad de castigar, considera no necesario castigar, y exime de pena. Se condiciona la sanción concreta a la concurrencia de determinados elementos, distintos a la antijuricidad y culpabilidad. El comportamiento antijurídico de un sujeto culpable no será finalmente punible. Ello sucede en muy contados casos: por ejemplo, en los delitos patrimoniales no violentos cometidos entre ciertas personas de la misma familia (art. 268 CP).

IV.6. Autoría y participación.–

Además, la conducta de aquel a quien imputar objetiva (*supra*, 2.i]) y subjetivamente (*supra*, 2.ii]) el hecho consumado (*supra*, 5), debe ser examinada para decidir si es autor del delito o debe responder por otro título. Cuando interviene una sola persona, resulta sencillo decir que es ella el autor; los problemas surgen cuando actúan más de uno. La teoría del delito distingue tres formas diversas de ser autor: el autor individual, el coautor y el autor mediato. Todos ellos son autores. No se trata de comprobar que los tres han «ejecutado» el tipo con sus propias manos: ello sólo sucede cuando estamos ante un autor individual: en él coincide el ser autor y el ser ejecutor. Pero no pasa lo mismo en los otros dos casos. Ello sería muy difícil cuando intervienen dos personas: los dos deberían atravesar, en el mismo instante, a la misma víctima, con el mismo cuchillo, con el mismo movimiento. Se habla más bien de *dominar el hecho*, de buscar a *aquel al que le pertenece*, y no sólo a quien ejecuta; y entonces sí puede apreciarse que cabe ser autor sin haber ejecutado de propia mano los golpes. También cabe ponerse de acuerdo entre dos para que uno sujete a la víctima mientras el otro golpea (coautoría). Y cabe también instrumentalizar a otro para que actúe sin saber que *está matando* (quien engaña es autor mediato, pues «mata» a través de otro que obra sin «dominio de la acción»: autoría mediata).

Puede además suceder que en un hecho intervengan varias personas pero con aportaciones de relevancia diferente (uno ejecuta, y otro simplemente da ideas, sugiere cómo hacerlo, anima al autor). Es el problema de la participación. No parece que todas las personas que intervienen en un delito deban responder de igual manera; puede pensarse que aquellos cuyas aportaciones son más directas o relevantes deben responder igual que quienes simplemente aportan información, dan ánimos al ejecutor, o entregan un medio para cometerlo. Debe indagarse quién responde como autor y quién como partícipe. Esta es la gran distinción que se establece en la doctrina entre autoría y participación; y dentro de la participación, entre inducción, cooperación necesaria y complicidad. Los inductores y los cooperadores necesarios no son autores, aunque el Código penal sancione a los dos primeros con la misma pena que al autor (arts. 28 y 61 CP). Los cómplices (art. 29 CP), por el contrario, son sancionados con pena menor. Y no son autores, sino partícipes, porque ninguno de ellos llega a «dominar» el curso del hecho típico, de ninguno puede decirse que «le pertenezca», sino que se suman, se adhieren, a lo que otro, el autor, lleva a cabo (convencen al autor, o bien le ayudan). Sí puede decirse de ellos que *colaboran*, que contribuyen de algún

modo a la acción del autor: el *inductor*, porque hace surgir en otro la decisión de cometer un delito; el *cooperador necesario*, porque lleva a cabo una aportación esencial, sin llegar a dominar la acción; y el *cómplice*, porque contribuye con aportaciones no imprescindibles.

ESTRUCTURA DEL TIPO Y CLASES DE TIPOS

I. Elementos del tipo.– II.

La formulación del tipo.–

III. Clases de tipos.–

IV. Tiempo y lugar de la acción.–

I. Elementos del tipo.–

En todo delito puede distinguirse un hecho típico, el o los sujetos y un objeto. En el *hecho típico* se constata una parte objetiva y otra subjetiva. La objetiva viene constituida por el aspecto externo de la conducta. En ella se incluye la exteriorización del proceso humano por el agente contra realidades jurídicamente valoradas (por ejemplo: un curso de riesgo –disparo– se dirige contra una persona viva y le llega a afectar –le provoca heridas, art. 148). La parte subjetiva viene constituida por la exteriorización de un proceso movido por las potencias psíquicas y la libertad del agente. En las facultades psíquicas se incluyen el dolo y, en algunos casos, otros elementos subjetivos (el ánimo de lucro, por ejemplo, en el delito de hurto, art. 237).

Sujetos del delito son el sujeto activo y el pasivo. Entre los activos o agentes incluiremos después, una vez que se haya comprobado su concreta contribución, quiénes son autores, y quiénes partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices): la denominación de sujeto activo, «agente» o «interviniente» no prejuzga cuál es la concreta contribución ni la forma de responder. El sujeto pasivo es aquel contra quien se dirige la acción del tipo. No siempre coincide el sujeto pasivo con la víctima que padece las consecuencias del delito. Si el sujeto pasivo es el titular del bien que el delito ataca, coinciden sujeto pasivo y víctima; en otro caso, no; sí coinciden en el homicidio, pero no en el tráfico de estupefacientes, por ejemplo, pues aquí el sujeto pasivo es la comunidad. Tampoco coinciden sujeto pasivo y perjudicado, que indica quiénes son los afectados por el delito y sus consecuencias (los familiares de la víctima del homicidio, por ejemplo).

La teoría del delito

Objeto del delito es la realidad sobre la que recae la acción típica. Considerada en su realidad física, hablamos de objeto material del delito; pero considerada en su valoración jurídica, de objeto jurídico o bien jurídico. Así, en el delito de hurto, el objeto material viene constituido por la concreta cantidad de dinero sustraída, mientras que el objeto jurídico es el patrimonio afectado con la sustracción.

II. La formulación del tipo.–

En la descripción de una conducta en la Ley, esto es en el tipo, se emplean elementos de lenguaje. No hay otra opción que recurrir al lenguaje. Pero el lenguaje es menos conciso de lo que puede parecer. De hecho, se habla de la *porosidad* del lenguaje, para referirse a la falta de univocidad en los términos y expresiones. De entrada, la descripción legal es lo suficientemente amplia como para incluir toda conducta del mismo género. A esa generalidad que la descripción típica ha de tener, se suma que muchos términos del lenguaje tienen significados mudables; incluso equívocos y, a veces, polivalentes. Así, la breve definición del tipo del homicidio (art. 138: «el que matare a otro») es menos concisa de lo que puede parecer: ¿qué significa matar? ¿incluye matar por imprudencia? ¿es matar el dirigir un curso lesivo con consentimiento de la víctima? Y ¿quién es ese «otro» al que se refiere el art. 138? ¿incluye al no nacido? Determinar esos contenidos forma parte de la interpretación de la ley.

En la labor de interpretación se pretende fijar el contenido de los términos de la Ley. Ésta presenta elementos descriptivos y normativos. Entendemos por elemento *descriptivo* aquel término legal cuyo contenido viene determinado por el sentido que el uso del lenguaje da a la expresión. Se trata de realidades naturalísticas, perceptibles por los sentidos, a los que el lenguaje se refiere con expresiones comunes. Por elemento *normativo* entendemos aquel término legal que exige una valoración, una decisión sobre su contenido¹⁵.

En el delito de asesinato (art. 139) pueden considerarse elementos descriptivos la producción de la muerte (matar) y el sujeto pasivo (a otro); pero la alevosía que el tipo exige es un concepto que depende de lo que el ordenamiento entienda por tal (art. 21.1^a), y de la valoración que el juez haga de los hechos presentados. Estos elementos, los normativos, derivan de valoraciones jurídicas (la alevosía, por ejemplo), pero también sociales (lo que se entienda por «grave», por ejemplo, cuando algunos tipos lo exigen).

III. Clases de tipos.–

III.1. En función de la modalidad de acción:

i) Delitos comisivos y delitos omisivos. Son *comisivos* aquellos delitos a los que subyace una norma prohibitiva; mientras que a los *omisivos* subyace una preceptiva. Así, el robo (art. 242) es expresión de la norma que prohíbe apoderarse con violencia o intimidación de bienes muebles ajenos; la omisión de

¹⁵ En realidad, aunque esta dicotomía entre elementos descriptivos y normativos sea habitual, es menos nítida de lo que se ha dicho en el texto. Y ello porque debido a la porosidad del lenguaje y al sentido adscriptivo empleado en el del Derecho penal, los términos vendrían cargados de valoraciones. Luego serían normativos, y no meramente descriptivos.

socorro (art. 195) es expresión de la norma que prescribe prestar ayuda a quien se halle en peligro manifiesto y grave¹⁶.

A estos hay que sumar además los llamados delitos de *comisión por omisión* o de omisión impropia¹⁷ (dejar que un curso de peligro siga y produzca el resultado: dejar morir de hambre, por ejemplo: art. 11), que exigen una explicación más detallada, propia de la teoría jurídica del delito.

ii) Delitos de mera actividad y delitos de resultado. Son delitos de *resultado* aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo. Delitos *de mera actividad* son aquellos cuyo contenido se agota en la realización de una conducta, sin que se exija más, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo¹⁸. Las lesiones (arts. 147 ss) son delitos de resultado, pues exigen la producción de un menoscabo en la salud de una persona; mientras que el delito de allanamiento de morada (art. 202) es de mera actividad, en cuanto que exige sólo penetrar en morada ajena o permanecer en ella.

Como veremos, el sentido de los delitos de resultado no se agota con la realización de la conducta (de golpear, en las lesiones), sino que interesa además constatar la producción del resultado, que no siempre será atribuible a la conducta del agente, y que puede condicionar la necesidad de castigar.

iii) Delitos de medios determinados y delitos resultativos. Son *de medios determinados* aquellos tipos que describen las modalidades de la acción, de forma que cierran la posibilidad de realizarlos por otras vías. En cambio, son *resultativos*, los tipos que describen la producción de un resultado, sin especificar cómo y por qué medios. A veces, el legislador combina ambas modalidades, como sucede en materia de lesiones (arts. 147 ss): el tipo básico viene definido por la mera producción de un resultado de lesiones, cualquiera que sea el medio (art. 147); pero también se prevé el tipo de lesiones causadas con un medio especialmente peligroso (art. 148.1.^o), que sería de medios determinados¹⁹.

Puesto que los resultativos se basan en la producción del resultado, pueden dar lugar, si se dan sus elementos, a la comisión por omisión. Lo cual es más difícil –si no imposible– en los de medios determinados, pues exigen *emplear esos* medios, y ello puede impedir ya apreciar la comisión por omisión.

¹⁶ Téngase en cuenta además que existen las causas de justificación, que también son tipos (derivados de normas permisivas).

¹⁷ A diferenciar de los delitos de omisión propia (o delitos de *omisión pura*, según la terminología común en la doctrina española).

¹⁸ Consecuencias prácticas: para los delitos de mera actividad, cierta jurisprudencia entiende que no admiten formas imperfectas de realización (tentativa); cfr., sin embargo, STS 5 de marzo de 2003 (AP 521, ponente: Maza Martín), que admite la posibilidad de apreciar en tentativa el delito de (mera actividad) de infidelidad en la custodia de documentos.

¹⁹ Además de delito de resultado: en efecto, no coinciden los conceptos de delitos de resultado y delitos resultativos, pero tampoco se excluyen necesariamente.

iv) Tipo básico y tipo cualificado (agravado o privilegiado). Con el fin de matizar y distinguir la gravedad de las conductas típicas, la técnica legislativa suele emplear tipos básicos, y tipos cualificados. Son *cualificados* aquellos que añaden elementos sobre la base de otro tipo, que se da por supuesto, el *básico*. Así, en el delito de robo violento o intimidatorio, es básico el tipo descrito en el art. 242.1, pues describe la conducta que se identifica como robo simple; a esta conducta se añaden dos tipos cualificados: uno, agravado, por el uso de armas o instrumentos igualmente peligrosos (art. 242.2), y otro, privilegiado, por cuanto permite atenuar la pena si la gravedad del hecho se valora como menor entidad (art. 242.3). Ya se ve que el tipo cualificado puede emplearse para definir tanto agravaciones como atenuaciones.

Los tipos cualificados exigen la concurrencia de los elementos del básico, y añaden otros elementos. Como más específicos, entran en juego primero aquellos tipos que definen la conducta con más precisión, y sólo en defecto de estos –es decir, de manera subsidiaria– entra en escena el tipo básico. Sobre este modo de proceder, cfr. *infra*, lección 7.III.

v) Tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos. Son delitos de *un acto* aquellos que se basan en la descripción de un solo hecho; los *de pluralidad* de actos exigen la producción de varios. La concreta redacción legislativa prevé en ocasiones que el tipo se realice por cualquiera de las opciones que describe: son los tipos *alternativos*. Así, ejemplo de un tipo alternativo es el previsto en el art. 202.1 (el delito de allanamiento se comete entrando en morada ajena contra la voluntad del morador, o bien manteniéndose en ella una vez que el morador muestre su voluntad en contra: se realiza el tipo por cualquiera de las dos modalidades). Delito de un acto es el tipo de injurias (arts. 208 ss)²⁰. Delito de varios actos, en cambio, es el de robo con violencia, pues requiere no sólo apoderamiento de bienes muebles, sino además ejercicio de violencia sobre quien posee ese bien mueble (art. 242).

III.2. En función de la relación entre parte objetiva y subjetiva:

vi) Tipos congruentes y tipos incongruentes. Puesto que el hecho, y el hecho típico, descrito en la ley, contienen una parte objetiva y otra subjetiva, deben coincidir ambas; esto es, lo subjetivo se refiere a (criterio de referencia) y debe coincidir (criterio de simultaneidad) con lo objetivo. Hablamos de un tipo *congruente* cuando ambas partes coinciden. De lo contrario, estamos ante un tipo *incongruente*.

Puesto que la acción típica es objetiva y subjetiva a la vez, la incongruencia que se dé ha de influir sobre la responsabilidad penal. En efecto, la producción de un resultado no abarcado por el dolo del agente permite afirmar que hay incongruencia entre lo representado y lo sucedido, que impide apreciar el tipo completo e imputar responsabilidad. Puesto que esto llevaría a impunidad intolerables en sociedad, se

²⁰ Obsérvese que, a pesar de referirse la ley al plural injurias, y de que bien podemos imaginar ataques a la fama mediante una serie continuada de insultos, el tipo sigue siendo de un acto: atentar contra la fama ajena.

prevén a veces –no en todo caso– tipos que vienen a impedirlos. Entra en su lugar un tipo subsidiario, como es el de los delitos imprudentes.

Pero también se da un tipo incongruente en el caso en el que el agente se representa más de lo que realmente su conducta despliega: así, quien lanza con conciencia del peligro y pretendida buena puntería una piedra contra otra persona, pero yerra (no coinciden tampoco aquí el aspecto objetivo y subjetivo). Se trata de una estructura inversa respecto a la anterior: aquí la representación queda por encima de lo realizado; allí, por debajo. Los tipos intentados son incongruentes por exceso de la parte subjetiva respecto de la objetiva. Los delitos imprudentes son también tipos incongruentes, pero – a la inversa – por exceso de la parte objetiva respecto de la subjetiva.

vii) Tipos portadores de elementos subjetivos y tipos objetivados. Algunos delitos exigen únicamente la realización de la conducta (parte objetiva y subjetiva), en cuyo caso hablamos de *delitos objetivados*. Otros exigen, además de lo subjetivo común a todo delito –es decir, además del dolo–, la concurrencia de otros datos o circunstancias subjetivas (ánimo de lucro, ánimo de perjudicar a otros...), en cuyo caso hablamos de delitos portadores de elementos subjetivos. Estos últimos pueden exigir los elementos subjetivos, bien como elementos que trascienden a la acción del delito (tipos trascendentes), o bien como parte de la acción misma (tipos de tendencia interna intensificada). Los *tipos trascendentes* incluyen un elemento subjetivo adicional al dolo, que debe ser pretendido (es decir, que queda *más allá* del hecho) por el agente, pero no es necesario que efectivamente se logre dicho objetivo (el hurto, del art. 237, exige tomar las cosas ajenas con *ánimo de lucro*, aunque el agente no se llegue efectivamente a lucrarse). En los tipos de *tendencia interna intensificada* se incluye un elemento subjetivo adicional al dolo que se da en la acción misma, al añadirle el agente un específico ánimo o elemento subjetivo que lleva ya el sentido típico, sin que sea precisa una acción de futuro (la insolvencia del art. 257.1, que se basa en alzarse con los bienes del deudor *en perjuicio de* los acreedores, sin que se precise además efectivo perjuicio). III.3. *En función de los sujetos*:

viii) Delitos comunes y delitos especiales. Son delitos *comunes* aquellos que no exigen una cualificación por parte del sujeto activo para ser autor, sino que cualquier sujeto puede cometerlo (por ejemplo, el delito de hurto, art. 237). En cambio, son *especiales* aquellos delitos que exigen en el sujeto activo una específica cualificación para ser autor; de lo contrario, no es posible realizar el tipo. La consecuencia más relevante en esta clasificación es que los sujetos no cualificados no pueden llegar a ser autores, pero sí podrían responder como partícipes en ese mismo delito. Así, en el delito de defraudación tributaria (art. 305), sólo podrá responder como autor quien sea obligado tributario; pero el asesor fiscal del obligado podría responder, no como autor, pero sí como partícipe (por ejemplo, como cooperador necesario en ese mismo delito).

Dentro de los delitos especiales es conveniente distinguir los que son especiales en sentido absoluto (delitos especiales propios) de los que lo son en sentido relativo (delitos especiales impropios). Estos últimos son aquellos delitos especiales junto a los cuales existe una modalidad –otro tipo– prevista para sujetos no cualificados. Así, por ejemplo, el delito previsto en el art. 438, que define la estafa cometida por funcionario público abusando de su cargo, que es especial respecto al delito de estafa común, de los arts. 248

La teoría del delito

ss. En estos casos, el particular –es decir, sujeto no cualificado, no funcionario– que ayude o induzca al funcionario (es decir, que sea partícipe en el delito del sujeto cualificado), debe responder por el mismo delito del cualificado, pues el hecho es uno para todos los intervinientes. Pero responde cada uno según el título propio de su intervención: unos como autor, el cualificado; otros, en su caso, como partícipes (inductor o cooperador, sea necesario sea cómplice). En los delitos especiales propios, en cambio, no existe un tipo para sujetos no cualificados (por ejemplo, el delito previsto en el art. 305).

ix) Delitos de propia mano y delitos genéricos. Son delitos *de propia mano* aquellos que exigen realización personal y corporal de la acción típica (en éstos, coincide ejecución y autoría); así, por ejemplo, el delito de violación, art. 179. Son genéricos, en cambio, aquellos en los que la acción típica no se identifica necesariamente con la ejecución²¹.

Los delitos de propia mano impiden la comisión de la acción por persona distinta al ejecutor, por lo que queda impedida la autoría mediata –es decir, cometerlos empleando a alguien como instrumento–, pero no la participación –es decir, responder como inductor o cooperador (necesario, o no necesario –también llamado cómplice) en el delito del ejecutor.

x) Delitos de encuentro. Bajo tal denominación se denominan aquellos en los que la acción típica exige la presencia y contribución del sujeto pasivo. Éste realiza una conducta de participación necesaria en el delito del agente. Así, por ejemplo, el delito de tráfico de estupefacientes (arts. 368) exige, en alguna modalidad típica, la contribución de un sujeto, quien adquiere la droga objeto de tráfico. El delito de violación (art. 179) exige contar con el sujeto pasivo, si bien violentado o coaccionado.

La conducta de participación de la víctima tendría relevancia en algunos casos, en los que puede dar lugar a una atenuación de la responsabilidad del agente. Esto podría darse, por ejemplo, en los casos en que la víctima, consciente y voluntariamente asume correr el riesgo del delito que contra él dirige el autor.

III.4. En función de la relación entre acción y bien jurídico:

xi) Delitos instantáneos, permanentes y de estado. Un delito *instantáneo* produce una situación antijurídica que se inicia y culmina con la producción del resultado prevenido; así, en el delito de aborto (art. 144) en el que la consumación se da con la muerte del nasciturus. Es delito *permanente* aquel que, por voluntad del agente, mantiene una situación antijurídica que perpetúa la realización del tipo; así, las detenciones ilegales (art. 163), por cuanto la detención se inicia y se perpetúa por la voluntad del agente, que sigue realizando el tipo conforme mantenga esa voluntad; o el delito contra el medio ambiente (art. 325, por lo que se refiere a sucesivos vertidos contaminantes, por ejemplo); o el de obstrucción

²¹ La doctrina más moderna critica la existencia de estos delitos: la determinación de la autoría mediante criterios normativizados aleja el concepto de autor del mero ejecutor, por lo que la categoría de los delitos de propia mano deviene obsoleta, o al menos es puesta en duda. Cfr. SÁNCHEZ-VERA, *El denominado «delito de propia mano». Respuesta a una situación jurisprudencial*, Madrid, 2004.

de los derechos sociales de los socios (art. 293)²². El delito *de estado*, en cambio, aunque produce una situación antijurídica, ésta no es perpetuada mediante la voluntad del agente, sino que se consuma al producirse; así, en el delito de matrimonios ilegales (arts. 217 ss); o el de falsedad documental (arts. 390 ss).

xii) Delitos de peligro y delitos de lesión. Son de lesión aquellos delitos que exigen un menoscabo efectivo en la integridad de un bien jurídico; mientras que los de peligro exigen sólo la puesta en peligro de dicho bien. No debe confundirse esta categoría con la de delitos de resultado y de mera actividad. La clasificación de delitos de peligro o de lesión atiende a la modalidad de la acción típica sobre el bien jurídico, y no a la modalidad del efecto en el bien jurídico. Es delito de peligro el previsto en el art. 351, por ejemplo, que define el delito de incendios: en éste, la acción típica consiste en incendiar bienes provocando un peligro para la vida o integridad física de las personas. Como puede comprobarse, la acción exige incendiar, acción que afecta sin duda a bienes materiales causando en éstos un resultado; pero el tipo, la descripción abstracta legal, no consiste en el mero prender fuego, sino en incendiar provocando así un peligro. Obsérvese además que el delito no exige que los bienes sean ajenos, sino que se puede cometer delito de incendios aun prendiendo fuego a bienes propios, pues lo esencial es la puesta en peligro de la vida o salud de las personas.

Dentro de los delitos de peligro se distinguen, según la proximidad y grado del peligro, los de peligro concreto y los de *peligro abstracto*. Estos últimos son delitos de mera actividad (basados en la mera acción peligrosa, que ya da sentido pleno al tipo). Los de *peligro concreto* son delitos de resultado, pues en ellos la producción de riesgo para el bien jurídico opera como un efecto separado de la conducta. Ejemplo de delito de este último género, el previsto en el art. 381, en el que se describe la acción de conducir vehículos creando peligro específico para la vida... En cambio, el art. 379 define un delito de peligro abstracto, pues se basa en la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas creando cierto peligro genérico, aunque no se haya constatado un peligro directo contra la vida de nadie.

IV. Tiempo y lugar de la acción.—

Para el Derecho es clave determinar cuándo y dónde se ha producido el delito. El lugar determina la competencia procesal, es decir, qué tribunal ha de conocer de ese delito. El tiempo de comisión determina a menudo los límites de la responsabilidad (el comienzo de la prescripción, por ejemplo, o la ley *posterior* más beneficiosa, a efectos de retroactividad). Una carta injuriosa escrita en un país, llega al destinatario, residente en otro país; ¿y el mensaje de correo electrónico escrito en España, remitido a través del servidor de correo ubicado en Gran Bretaña, desde donde llega a su destinatario en Nueva Zelanda?; los vertidos tóxicos atraviesan la frontera y se produce el resultado en territorio de otro país; los productos para el consumo que una empresa holandesa hace fabricar en territorio de Taiwan y los vende en Italia, en donde produce una intoxicación...

²² La permanencia de una situación iniciada desde el primer momento (en que se consuma) lleva a que el momento de comisión del delito (y por tanto de determinación de la ley aplicable) será el de aquella (cfr. STS 3 de diciembre de 2002, ponente: Saavedra Ruiz, AP 208/2003), *obiter dictum*.

La teoría del delito

Para determinar el *lugar* de comisión, se acude al criterio amplio de la ubicuidad, según el cual, el delito se entiende cometido tanto en el lugar de realización de la conducta, como en el de la producción del resultado. Dicho criterio evita impunidades, derivadas de entender que se comete o bien en el de la conducta (criterio de la actividad), o bien en el del resultado (criterio del resultado)²³. Este criterio de ubicuidad es el comúnmente adoptado de forma expresa en otras legislaciones de nuestro ámbito.

Conviene distinguir esta cuestión (lugar de la acción) de la delimitación de las conductas a las que se aplica la ley penal española, objeto de estudio en *Derecho procesal*, y consistente en la determinación de los delitos por los que puede conocer la ley española, en función de los criterios de territorialidad, personalidad, de defensa y derecho mundial. Cfr. art. 23 LOPJ.

Para determinar el *tiempo* de comisión del delito se acude también al criterio de la actividad: se entienden cometidos los delitos en el momento en el que se realiza la acción o se omite el acto debido. Este es el criterio seguido por el art. 7, para determinar la ley penal aplicable en el tiempo.

²³ El art. 14 Lecr. sólo determina que el delito se enjuiciará en el lugar en el que fue cometido, sin optar decididamente por los criterios de la actividad o el resultado. Como se adoptó en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, el delito se entiende cometido en el lugar en que se haya realizado cualquier elemento del tipo (así, en la STS de 24 de marzo de 2005, RJ 6666).