

LECCIÒN 24 : " Atribuibilidad (culpabilidad) ".

*** I–Fases del desarrollo de la tª de la culpabilidad : las concepciones psicológica y normativa :**

La culpabilidad constituye una de las categorías fundamentales de la tª del delito . La doctrina señala q la culpabilidad aparece como un juicio concerniente a la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico a su autor . Para eliminar las críticas q se le han hecho sobre su reprochabilidad , muchos autores utilizan para referirse a ella , la denominación "imputación subjetiva".

Los autores coinciden en dos límites de la culpabilidad en un estado democrático q son :

- Sólo es admisible la culpabilidad por el hecho , y no cabe culpabilidad por el ánimo o el pensamiento .
- Este concepto se nutre de conceptos jurídicos y no morales .

Podemos trazar una línea evolutiva de este concepto q se resume en :

a)– Concepción psicológica de la culpabilidad : se desarrolló en Alemania en la segunda mitad del s.XIX. Conforme a esta Tª una persona será culpable en cuanto q el hecho realizado le pueda ser imputado a título de dolo o a título de culpa . Su larga permanencia en el tiempo se explica en su relación con la Tª jº del delito patrocinada por Von Liszt , que conceptuaba el tipo en una forma estricta/ objetiva y los elementos subjetivos los situaba en la culpabilidad ; de forma q consideraba la culpabilidad como un nexo entre el autor y la realización de esa conducta . Para q aparezca este nexo se tiene q cumplir el hecho de q el sujeto es imputable .

Esta concepción de la culpabilidad mostraba sus carencias a la hora de explicar el contenido esencialmente normativo de los delitos imprudentes , así como aquellas causas de exclusión de la culpabilidad q , en sentido estricto , no eliminan el dolo como el estado de necesidad o el miedo insuperable . El presupuesto ideológico de la concepción psicológica fue siempre la libertad del hombre , por eso sufrió duras críticas por el positivismo determinista .

b)– Concepción normativa de la culpabilidad : que sigue estando vigente como doctrina en gran parte del pensamiento penal actual . Encuentra en el juicio de reproche y en la exigibilidad de obrar conforme a Dº la esencia de la culpabilidad . Como principal representante de esta Tª encontramos a Frank , q señaló q junto al dolo y la culpa se situaba la posibilidad de exigir al autor q se comportara de acuerdo con su deber. Así , la "norma de deber individual" se convirtió en la esencia de la culpabilidad .

Con esta Tª sí se consigue explicar la imprudencia y las causas de exclusión q se quedaban fuera de la Tª anterior como el estado de necesidad y el miedo insuperable .

c)– Concepción normativa pura : se llega a esta concepción a través de la "Tª finalista de la culpabilidad" , la cual elimina de la culpabilidad los elementos subjetivos , es decir , el dolo y la culpabilidad , pasando a constituir parte del tipo de lo injusto .

Welzel lleva al extremo esta Tª finalista surgiendo la concepción normativa pura de la culpabilidad que señala q al pasar los elementos subjetivos al desvalor de la acción , en la culpabilidad sólo quedan strictu sensu contenido normativo , es decir , sólo quedarán las condiciones necesarias para la atribuibilidad del hecho a su autor (imputabilidad , posibilidad de conocimientos del injusto , posibilidad de adecuar la conducta a Dª , ausencia de causas de exculpación) .

De todos modos no sería correcto entender q en esta concepción el dolo y la culpa no tienen relevancia para la culpabilidad ya q esta Tª diferencia entre acto doloso y acto culposo , de esta forma , el dolo y la culpa son partes de lo injusto y en la culpabilidad se produce de manera distinta la presencia de dolo o culpa : cuando hay dolo se invocará la conciencia de la antijuricidad y la posibilidad de comportarse con arreglo a las exigencias jº captadas por ese conocimiento ; y cuando hay culpa se planteará la posibilidad potencial de conocer la norma de cuidado y el cuidado personalmente exigido al autor.

***II– Culpabilidad y "libre albedrío":**

Todas la Tª anteriores coinciden en la afirmación de la existencia y practicabilidad del "libre albedrío" . Actualmente el concepto de culpabilidad se encuentra cuestionado por hallarse fundado materialmente en el libre albedrío ya q , tal y como señalan algunos autores , demostrar la existencia de la voluntad del sujeto , es decir del libre albedrío es prácticamente imposible pq ni si quiera un psiquiatra contando con la ayuda del paciente consigue determinarlo , como va a poder hacerlo un juez q en la mayoría de los casos no cuenta con la ayuda del autor .

Por este motivo , resulta incoherente fundamentar en una ciencia jº , la culpabilidad se base un concepto tan relativo e indeterminado como es el libre albedrío o autonomía de la voluntad .

***IV–La culpabilidad como atribuidad del hecho injusto a su autor por su capacidad de motivación :**

En un primer momento , Gimbernat desarrolla la Tª de la necesidad de la pena q señala q la pena es necesaria cuando cumple una función desde el pto de vista de la prevención general y especial ; cuando no cumple esta función la pena no es necesaria pq no existe culpabilidad . Esta Tª se englobaría dentro de la teorías de la culpabilidad preventiva.

Ante la crisis del concepto de culpabilidad , la doctrina ha desarrollado una Tª alternativa que dirige su atención al fundamento , fin y límite de la pena. Debido al hecho de q el presupuesto de la pena se engarza con el ppiode motivabilidad del individuo particular, la pena se fundamenta en la motivabilidad de la persona .

De esta Tª de la motivabilidad del individuo surge la diferenciación en el Dº entre:

- Sujetos normales : que son los motivables por la pena
- Sujetos no normales : a los q la pena no les motiva .

Para sostener el stma. de Dº se presupone q todos los sujetos conocen el Dº , es decir , son motivables . Pero esta presunción es contraria al reo , por lo q se ha ido recogiendo una serie de sujetos no normales : menores , loco,... para los cuales , y en beneficio de la seguridad jº , se ha establecido una serie de pautas q favorecen al reo en la mayoría de los casos , aunq a veces se cometan injusticias (ej: la fijación de una mayoría de edad) . Tb encontramos otros sujetos q se encuentran en medio : los semiimputables , a los q hay q dar un trato diferente .

A esta Tª de la motivabilidad se le han realizado las sgts. críticas :

- a)– No aparece claro si nos referimos a una motivabilidad en contra del delito o en contra de la realización del delito. Cabe pensar q se trata de una motivabilidad en contra de la realización del delito pq si no nos basáramos en un hecho muy difícil de demostrar , q es la opinión interna del sujeto a cerca del delito .
- b)– Puede difuminar las fronteras entre la antijuricidad y la culpabilidad.
- c)– Puede negar el ppio de proporcionalidad de la pena .

I– El conocimiento de la antijuricidad . Su objeto:

A pesar de q se presupone el hecho de q el sjto conocía la antijuricidad del acto , este conocimiento ha de ser demostrado en lo penal por depender de ello la afirmación de la culpabilidad . Se ha señalado q èsta fue la gran aportación político–criminal de la Tª normativa de la culpabilidad.

Para llegar a la afirmación del conocimiento del Dº , el stma penal tomarà como pauta el llamado "conocimiento del hombre medio" ,rasando a ese nivel a todos los reos a pesar de q un sjto en concreto se encuentre fuera de los limites q marca "el hombre medio".

Otro problema q suscitò esta antijuricidad es su colocación dentro de la Tª jº del delito . Las Tª causalistas la han situado como un elemento necesario para el dolo ; pero quedaría la necesidad de q el autor supiera q no le amparaba causa alguna de justificación .

Incluso la doctrina q apoya que la antijuricidad es parte del dolo , màs concretamente del dolo malo, debe enfrentarse a dos objeciones:

- Q el dolo o la culpa nada tiene q ver con lo injusto , si se adopta la tesis del dolo malo.
- Q la conciencia de las causas de justificación queda fuera del àmbito de la conciencia de la antijuricidad .

Por esto parece lo màs acertado situar a la antijuricidad en el àmbito de la culpabilidad .

II– Error de prohibición : concepto , alcance y formas de aparición . Error evitable e inevitable :

El error de prohibición afecta a la significación antijurídica del hecho , ya por creer q èste no està prohibido , ya por creerse el autor legitimado para hacerlo .

De esta forma en lo q hay q indagar es en la posibilidad de conocimiento potencial de la antijuricidad para saber si al sjto hay q imponerle una pena o una medida de seguridad. Para estudiar esa posibilidad de conocimiento del sjto, tendràn q valorarse a la vez las facultades del sjto y las circunstancias concurrentes en el hecho .

En base a este conocimiento potencial podemos encontrar dos tipos de errores :

* *Absoluto, invencible o inevitable* : es aquel q cualquier persona en la situación del autor , hubiera padecido

* *Relativo, vencible ò evitable* : es aquel q , si bien es digno de consideración penal , pudo haberse evitado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes ò de la significación del hecho .

El error de prohibición puede aparecer en las sgts formas :

– Error sobre la licitud de la conducta : nos encontramos ante el sjto. q actúa típicamente creyendo q lo q hace no es delictivo o incluso q es justo .

– Error sobre la concurrencia de causa de justificación : en este caso el autor sabe q actúa típicamente , pero cree q està legitimado para hacerlo . Esta especie de error puede subdividirse en dos formas :

a/– error sobre los fundamentos fàcticos de una causa de justificación, por ej creer q se va a sufrir una agresión cuando no es así y lesiona a otro por ello.

b/- error sobre la existencia de la misma causa de justificaciòn , por ej creer q el consentimiento de la víctima justifica siempre el hecho .

III- Tª sobre los efectos del error de prohibiciòn:

La diferente construcciòn y colocaciòn de los elementos del delito tiene diferentes consecuencias a la hora de abordar el tema del error. En contramos ppalmente dos Tª , aunque no es del todo correcto simplificar tanto las posturas ante este problema :

A)- CAUSALISMO: para èstos la culpabilidad reviste la forma dolosa o culposa , y la existencia del dolo depende de la conciencia de la antijuricidad , por loq el conocimiento potencial de la antijuricidad formará parte del dolo. Así , para ellos el rror del tipo y error de prohibiciòn tienen la misma consecuencia.

B)- FINALISMO : para los q el dolo y la culpa componen la parte sbjetiva del tipo (tipo subjetivo) y , por tanto , la conciencia de la antijuricidad es uno de los elementos en q se fundará el juicio de culpabilidad , lo q conlleva q la existencia del dolo no dependa de q el autor conozca o no lo injusto de su conducta , pues es un dolo neutro o natural.

IV- Efectos del error de prohibiciòn conforme al art. 14.3 del C.P. :

El art. 14.3 del CP muestra los sgtus efectos para los supuestos de error de prohibiciòn : si el error es invencible determina la exclusiòn de responsabilidad criminal ; y si el error es vencible determina una atenuaciòn de la pena en 1 o 2 grados .

Este nuevo art del CP, a diferencia del anterior CP q aludía a la creencia errònea de estar obrando lícitamente , se refiere al error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de infracciòn penal. Por este motivo , debería recurrirse a una acepciòn estricta de "ilicitud" , equivalente a antijuricidad del hecho .

El conocimiento de la antijuricidad debe centrarse en el juicio de conocimiento de la antijuricidad del hecho , es decir , se trata de valorar si el sjto pudo reconocer en algun momento la antijuricidad del hecho , enjuiciamiento en el q deberá tenerse en cuenta diversos factores de diferente índole .

Lo màs certado parece ser el hecho de considerar q el art 14.3 no abarca los supuestos de error sobre causas de inexigibilidad subjetiva de conducta , es decir , los casos en los q el sjto no conoce el Dº pq no quiere conocerlo . Y la soluciòn a estos supuestos la encontraríamos en la analogía in bonam partem .

LECCIÒN 26 : "La imputabilidad y su ausencia".

- **Concepto de imputabilidad . "Acciones libre en la causa":**
- Clàsicamente , la imputabilidad parte de la base de q nos encontramos ante sjtos libres . De esta forma , solamente pueden ser culpables los sjtos imputables ; así, la imputabilidad se convierte en un presupuesto de la culpabilidad . Esto supone la admisiòn del libre albedrìo ya que èste es elemento inseparable para la afirmaciòn de la imputabilidad. El clasicismo apoyò la responsabilidad penal en la libertad , libertad q se atribuía a todo ser q no tuviera perturbado su razòn ni su corta edad le impidiese conocer suficiente/ para motivar la conducta.
- El problema q surge en esta materia es el hecho , no de determinar la inimputabilidad, sino de determinar la imputabilidad . Los inimputables resulta claro q son aquellos sjtos como los niños , locos , personas carentes de percepciòn ...Pero lo difícil es señalar los elementos y preceptos ante los q nos basamos para señalar la imputabilidad del sujeto . Lo màs correcto parece señalar q para q haya imputabilidad se deben dar ciertos elementos : libre albedrìo ; capacidad para decidir libremente entre el bien y el mal ; capacidad para poder conocer estos elementos . Así , sòlo los sujetos dotados de estos elementos puede sufrir un reproche de culpabilidad . Pero lo màs frecuente para analizar la imputabilidad es estudiar si no se cumplen

alguna de las circunstancias de inimputabilidad , sin añadir proceso alguno de afirmación de imputabilidad.

- Aunq hay determinados casos en los q el sjto quiere colocarse en situación de imputabilidad (excepto minoría de edad y enfermedad plena). En estos casos es donde aparecen las "acciones libres en la causa" q consisten encuando un sjto incurre para colocarse en una situación de imputabilidad , es decir, es imputable cuando realiza la acción pero no antes pq se ha colocado dolosa o imprudentemente en esa situación de imputabilidad. En estos casos responderà por causa dolosa o imprudente . Aparece sobre todo en el caso de embriaguez , intoxicación o estado de necesidad .

II– Causas de inimputabilidad: fundamento de efecto y estudio de cada una :

D estas causas de inimputabilidad se ha podido obtener a sensu contrario una definición para nuestro D° de imputabilidad q podemos concretar en : " la trascendencia de la alteración hacia la capacidad del sjto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión".

Estas causas de inimputabilidad aparecen reguladas en dos arts. del C.P. q son:

**Art 19:*"los menores de 18 años no serán responsables criminalmente según esta C.P.

**Art. 20:*(leer en el C.P.)En los tres primeros apartados del art. 20 aparecen las excepciones a las acciones libres en la causa; estos apartados se concretan en :

Enajenación mental transitoria

- Síndrome de abstinencia , embriaguez , ... q en realidad son transtornos mentales transitorios especificados
- – Enfermedades mentales desde el nacimiento .
- En relación con el apartado 1º hay q decir q se refiere tanto a las alteraciones psíquicas permanentes como a las transitorias . Estas anomalías psíquicas superan en mucho a las anomalías incluidas en el antiguo C.P. ; así , podemos seguir 3 modelos :
- a)– *Biológica* : q requiere q el sjto tenga una enfermedad .
- b)– *Psicológicas*:por las q el sjto sólo no responderà por el hecho de q en ese momento tenga una anomalía transitoria
- c)– *Mixtas* : que es la concepción q sigue el C.P. del 95 y q exige q el sjto padezca una enfermedad y q en ese momento tenga una anomalía psíquica .Podemos encontrar 4 tipos de anomalías psíquicas:
- 1– PSICOSIS : donde se produce una alteración total de la personalidad y el comportamiento del sjto. Se dividen en :
 - * Endógenas
 - * Exógenas (debida a factores externos)dependiendo de donde provenga la causa
- 2– OLIGOFRENIAS : indican un defecto cuantitativo de la inteligencia y se distinguen entre:
 - * Debilidad mental (debilidad mental leve) : el sjto tiene el coeficiente de un niño de 7 años.
 - * Imbecilidad (debilidad mental media) : el sjto tiene un coeficiente intelectual de un niño entre 3 y 7 años.
 - * Idiocia (debilidad mental grave) : el sjto tiene un coeficiente intelectual de un niño inferior a 3 años
- 3– PSICOPATÍAS : son las más peligrosas. Estos sjtos tienen una alteración de la personalidad normalmente legada y generalmente incorregible . El problema de estos sjtos es q toda medida de seguridad o pena es ineficaz .
- 4– NEUROSIS : se manifiestan en las situaciones límites , p ej cuando un sjto queda totalmente incapacitado para auxiliar a nadie .
- Dependiendo de la enfermedad ante la q nos encontremos dará lugar a una medida de seguridad o una pena , y tb pueden ser causa de eximente completa o de atenuación de la pena .
- Las *oligofrenias* , al igual q las *psicosis* , daràn lugar a una exención completa si son medias o graves ;

y si es leve darà lugar a una causa de atenuaciòn , lo q no es comprensible pq si la oligofrenia equivale a una edad mental de 11 años tb debería ser una eximente completa de pena al igual q sucede con la minoria de edad.

- En referencia a las *psicopatias* nunca son causas de eximente completa , aunq a veces si lo son de atenuaciòn . En este ambito es todo muy discutible pq la doctrina a cerca de las psicopatias no està totalmente sentada.
- En las *neurosis* normalmete se daràn causas de atenuaciòn .
- Todas estas enfermedades se pueden dar con caràcter transitorio ò con caràcter permanente y pueden ser provocadas dolosa o imprudentemente , ò no. Si es provocado se darà una pena , es decir no darà lugar nunca a exenciòn de pena .
- El transtorno mental transitorio se diferenciara del permanente por la duraciòn , ya q el primero se va a producir durante un periodo de tiempo concreto y surge por causas externas .Las medidas de seguridad del art. 101 del C.P. sòlo se aplican en estos casos cuando haya una base patològica .
- El apartado 2º del art. 20 del C.P. hace referencia a la embriaguez , intoxicaciòn , etc... y se sienta sobre la base del transtorno mental transitorio . Una novedad del nuevo C.P. en este àmbito es la apariciòn de la eximente del sìnrome de abstinencia . En estos casos , de acuerdo con la intensidad de sus efectos , darà lugar a una exenciòn total , a la eximente incompleta o bien a la genèrica atenuante . La jurisprudencia no tiene muy claro la extensiòn de lo q se considera el sìnrome de abstinencia ; de esta forma el TS ha declarado , en stca del 2/12/1997 , q no es suficiente la condiçiòn de ser drogadicto para q se aplique una exenciòn , completa o incompleta , o una atenuaciòn , si no q es necesario q exista una ansiedad extrema provocada por el sìnrome de abstinencia q determina la realizaciòn de actos encaminados a la consecuciòn de la droga , por lo q actúa fuertemente sobre la voluntad del sùto. Otra sentencia a destacar es la stca. del 17/12/1997 donde el TS señala q el consumo de drogas puede provocar la apariciòn de una enfermedad mental incluida en el apartado 1º del art 20 , aludiendo al impacto o deterioro cerebral q supone su consumo ; por lo q podríamos utilizar como eximente el art. 20.1.
- En referencia a la intoxicaciòn por alcohol , encontramos diferentes niveles :
- a–Letàrgica: al faltar la voluntariedad debido a la situaciòn de inconsciencia en la q se encuentra el sùto , no da lugar a la apreciaciòn de ninguna causa de inimputabilidad , sino q la eximente de pena vendría de la mano de la no voluntariedad del hecho .
- b–Plena: darà lugar a una eximente de pena completa a través de las causas de justificaciòn .
- c–Semiplena: da lugar tambien a la aplicaciòn de las causas de justificaciòn .
- d–Exaltaciòn: q no darà lugar ni a la exenciòn ni a la atenuaciòn .
- A su vez la intoxicaciòn por alcohol tambièn se clasifica de la sgt. forma dependiendo de la determinaciòn e la acciòn libre en la causa :
 - – Preordenada , donde hay acciòn libre en la causa
 - – Voluntaria , donde entra el dolo
 - – Imprudente
 - – Fortuita , q darà lugar a la inimputabilidad pq no hay acciòn libre en la causa.
- En los casos en los q haya una enfermedad de alcoholismo , se plicaràn medidas de seguridad similares a las de los transtornos mentales .
- En el aptdo. 3º del art. 20 se hace referencia a una enfermedad q suponga alteraciones en la percepciòn desde la infancia o el nacimiento , y q haya implicado un transtorno grave de la percepciòn de la realidad . El C.P. anterior se referia casi exclusivamente a la sordomudez sin instrucciòn ; pero en el C.P. actual no se señala a què supuestos se refiere . Algunos autores creen q podia incluir casos de autismo , sordomudez sin instrucciòn e incluso aquellos raros casos en los q un niño ha sufrido un total aislamiento en su educaciòn.
- En los casos de minoria de edad del art. 19 , la legislaciòn ha sufrido recientemente un cambio con la publicaciòn de la Ley 5/2000 del 12 de Enero de Responsabilidad Penal de los menores . El contenido de esta ley podemos resumirlo en los sgts ptos:
 - 1)– Se entiende por menores a las personas comprendidas entre los doce y los dieciseis años . Pero son los 14 años , la edad q se ha establecido como límite mìnimo para poder exigir esta

responsabilidad penal , pq se considera q los actos cometidos por personas de menor edad son en general irrelevantes y q en los escasos supuestos en los se cree alarma social resulta suficiente la jurisdicción civil y la asistencia social existente . Por lo q se deduce q las normas de esta ley se aplicarán concretamente a las personas entre los 14 y los 18 años , edad en la q la CE fija la mayoría de edad . Tb existe un periodo de tiempo q es entre los 18 y los 21 años , en el cual aunque ya se aplica estrictamente la responsabilidad penal , se puede hacer extensión de lo aplicable a las personas de entre 14 y los 18 años. Esta excepción se aplicará en los casos en los q el imputado cumpla los sgts requisitos:—

- Q el delito cometido sea una falta o un delito menos grave donde no haya habido intimidación o violencia.
- – Q no haya sido condenado por sentencia firme por hecho delictivos cometidos una vez cumplidos los 18 años
- – Q las circunstancias personales del sjto y su grado de madurez aconsejen la aplicación de la presente Ley .
- 2)– Una novedad a destacar de esta Ley , es la creación de los Jueces de menores q , según el art. 2 de la Ley , tendrán competencia directa para conocer los hechos cometidos por los menores antes mencionados , al igual q para ejecutar las sentencias . Tb serán competentes para resolver las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por dichos menores . La competencia del Juez de Menores se determina por el lugar donde se haya cometido el hecho delictivo.
- 3)– Podemos enumerar las medidas aplicables a los menores en los sgts pto:
- Internamiento a régimen cerrado , semiabierto y abierto , dependiendo si el sjto reside o no en el centro ò realiza las actividades de formación en el o no.
- – Internamiento terapéutico , donde los sjtos reciben una educación y formación especial para solucionar sus problemas psicológicos , adicciones . Puede aplicarse sola o con otras medidas .
- – Tratamiento ambulatorio , con la q el sjto acude de manera periodica a un centro para solucionar un problema de adicción o alguna anomalía psicológica . Tb puede ir acompañada de otra medida.
- – Asistencia a un centro de día
- – Permanencia de fin de semana
- – Libertad vigiladas , con la q se controla la asistencia del sjto al trabajo , escuela o centro de formación profesional y tb la desaparición de los motivos o circunstancias personales q provocaron la infracción penal
- – Convivencia con una persona o familiar q sea adecuado para orientar al menor en su resocialización .
- – Prestaciones en beneficio de la comunidad
- – Realización de tareas socio-educativas .
- – Amonestación realizada por el juez de menores para hacer entrar en razón al sjto autor del hecho delictivo .
- – Privación del permiso de conducir de ciclomotores u otros vehículos de motor o del dº a obtenerlo , y lo mismo para la obtención de la licencia de armas.
- La pena establecida por el juez de Menores no puede superar la restricción de dº o el tiempo de pena q el q pida el ministerio Fiscal
- 4)– Cabe destacar la Disposición Transitoria de la Ley donde se señala q los menores q hayan cometido los hechos delictivos antes de la entrada en vigencia de esta ley se regirán por la ley q les corresponde . Aunq esta Ley si es eficaz para con los menores de 14 años q en el momento de entrada en vigor de esta ley estuviesen cumpliendo una condena .
- **III– Medidas de seguridad aplicables a los inimputables :**
- Cuando se aprecia en un sjto la eximente de alteración psíquica , trastorno mental o intoxicación o dependencia , los Tribunales pueden imponer medidas adecuadas a cada problema y pueden ser privativas o no de libertad .
- Para los sjtos afectados por alteraciones psíquicas se puede imponer el internamiento para tratamiento médica o educación especial ; para los toxicómanos , el internamiento en centros de deshabituación privados o públicos ; y para los q tengan una alteración grave de la realidad , el internamiento en un

centro donde reciban una formación o educación especial.

- El juez puede decidir , considerando la situación y las circunstancias del sujeto , si aplicar medidas privativas o no de libertad.
- Con respecto a la duración de la medida de seguridad , no se ha concretado nada por los casos de eximente completa q nos ocupa . Podríamos , en estos casos , hacer uso de la analogía , por lo q la medida de seguridad aplicable no podría ser superior a la pena q se hubiese aplicado si el sujeto se hubiese considerado responsable . De esta forma , tb se cumple la exigencia constitucional de q la inimputabilidad no sirva para burlar el Estado de D°.

• **IV– Imputabilidad disminuida :**

- Nos encontramos ante los llamados supuestos de semiimputabilidad , q se muestran en aquellos casos en los q los Tribunales tienen dudas a cerca de la imputabilidad o inimputabilidad del sujeto , lo q podríamos llamar vulgarmente "medio loco" o "medio drogadicto" . Por esto , podríamos decir q este concepto ha sido introducido por la realidad legal y la necesidad de resolver casos q se presentaban y q no eran fácilmente encuadrables .
- Al semiimputable no se le puede imponer una "semi-pena" , sino una medida distinta acorde con su personalidad .
- Ante esto podríamos decir q no hay diferencia entre los sujetos de semiimputabilidad e inimputabilidad , pero no sería del todo cierto pq no se puede decir q haya un total dualismo entre pena y medida de seguridad .
- Así , la semiimputabilidad requiere una respuesta penal no "mixta" , sino de tratamiento de esa personalidad.
- A la hora de imponer la pena a los semiimputables parece q lo correcto sería imponer una medida de seguridad adecuada a su personalidad y , después , si es preciso , una pena .
- A estos problemas responde el stma vicarial q señala q en ningún caso podrá superar el tiempo de duración de la pena señalado para el delito y , dentro de ese tiempo , el fijado en la sentencia , con independencia de q se invierta el tiempo en pena o en medida de seguridad o en ambas cosas , pues el computo será siempre único , y el tiempo invertido en la aplicación de una medida se tendrá como tiempo de cumplimiento de la pena .
- LECCIÓN 27 : "No exigibilidad y miedo insuperable "

• **El ppio de no exigibilidad de conducta adecuada a la norma : construcciones doctrinales y evolución hco–dogmática :**

- En el caso del miedo insuperable , la diferencia fundamental con el resto de la causas de justificación radica en el hecho de que la inimputabilidad en este caso viene dada por la situación del sujeto q , en el caso q nos ocupa , se denomina "no exigibilidad" , ya q un sujeto medio con los mismos conocimientos q el autor habría actuado igual en la misma situación . Esta situación de no exigibilidad hace q se anule la pena.
- A cerca de este ppio de no exigibilidad , la doctrina ha formulado diferentes posturas. Por ejemplo , Welzel entiende la no exigibilidad como la reducción de la culpabilidad y la reducción de la exigibilidad del D° , ya q las circunstancias de presión de la motivabilidad hace q si no es totalmente erradicada la culpabilidad , si queda extremadamente reducida . De esto se derivan las siguientes consecuencias :
- – Inculpabilidad , donde el carácter q falta es la libertad , por lo q resulta imposible culpar al sujeto . Este es el caso de los menores , locos,...
- – Exculpabilidad , donde no falta la libertad pero si está muy reducida y entonces el D° decide disculparlo .
- Otra posición a destacar es la Goldschmidt , q distingue , para alcanzar la idea de no exigibilidad , entre:
- * Normas q inciden en la conducta interna del sujeto , q serán las normas del deber .
- * Normas de D° , q son la exteriorización de un comportamiento antijurídico.

• **II– Ubicación sistemática , naturaleza jurídica y criterios para la determinación de la no exigibilidad :**

- La no exigibilidad se aplicará para los casos en los q el sujeto se encuentre en una situación cuya motivación no es normal pq está muy reducida .
- El criterio q se utiliza para la determinación de este ppio es el de la aplicación del juicio ex ante (hombre medio ...) (mirar apartado anterior)
-

• III– La eximente de miedo insuperable , concepto y requisitos :

- De la mano de la no exigibilidad surge la eximente del miedo insuperable , regulada en nuestro CP en el art. 20.6 . La doctrina ha discutido mucho a cerca de la naturaleza del miedo insuperable , surgiendo las siguientes posiciones :
- a)– El miedo insuperable es una manifestación del estado de necesidad : esta postura no puede ser aceptada pq para el miedo insuperable no exige q la amenaza sea real , es suficiente con q sea seria y creíble para provocar el miedo .
- b)– El miedo insuperable como un caso de inimputabilidad : tampoco es admisible pq no partimos de la base de q el sujeto víctima del miedo insuperable sea un transtornado , ni si quiera de forma transitoria , pq el miedo insuperable hace q razonablemente cualquier otra persona hubiera actuado igual pq en ese caso su motivación es anormal como la q hubiera sido en otro sujeto. (ej: los casos de tortura para confesar o de amenazas de muerte)
- c)– El miedo insuperable como un supuesto de no exigibilidad : como he dicho anteriormente , esta es la postura acertada pq el miedo insuperable es un supuesto en el q el Dº no puede atribuir a un sujeto la culpabilidad pq cualquier otro en su lugar habría actuado igual .
- Podemos encontrar los siguientes elementos ò requisitos configuradores del miedo insuperable :
- 1/–CONCEPTO DE MIEDO : constituye un elemento esencial de esta eximente , ya q sin el ni si quiera sería posible observar la eximente incompleta . El miedo no debe ser considerado sólo desde sus aspectos psicológicos , sino q la definición correcta sería: alteración de la capacidad de decisión , provocada por el recelo o la aprensión q un sujeto alberga intelectivamente frente a un factor del q deriva la posibilidad de acaecimiento de un evento negativo .
- 2/– MAL GENERADOR DEL MIEDO : debe tratarse de un bien consistente en la lesión ò peligro para bienes jurídicos . La doctrina del TS exige q se trate de un miedo real , efectivo y acreditado , y de faltar estos requisitos , nos encontraríamos ante la versión incompleta de la eximente . Pero esta doctrina es contradictoria respecto al criterio mantenido por el propio TS que señala q el miedo debe suponer una alteración psicológica grave en el sujeto . Así , lo más acertado parece ser el admitir q quepa miedo insuperable incluso ante males irreales , con la única condición de q sea creíble .

Parte de la doctrina ha señalado q lo q impulsa al sujeto hacia el miedo debe tratarse de un ataque de bienes jurídicos personalísimos . Pero resulta erróneo seguir esta consideración , pq en tal caso limitaríamos el miedo insuperable a los supuestos de ataques contra la vida o la integridad personal . Así , la nueva redacción de la eximente da pie para ampliar los supuestos de aplicación , aunque se debe someter a la eximente a una limitación apriorística , debido a la relación q mantiene con la psicología del sujeto .

3/– LIMITE OBJETIVO : LA INSUPERABILIDAD : se trata de un requisito esencial debido a la forma de determinar esta eximente , es decir , es obvio q si esta eximente consiste en q el Dº no puede culpar a un sujeto pq cualquier otro habría actuado igual , en el momento en el q el acto se podría haber evitado poniendo un poco de cuidado o de diligencia ya no nos encontramos ante el miedo insuperable .

IV– El encubrimiento entre parientes :¿ causa de exclusión ò excusa absolutoria? :

Este supuesto se regula en el art. 454 del CP: "*Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los q lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad , de sus ascendientes , descendientes , hermanos , por naturaleza , por adopción , o afines en los mismos grados , con la sola excepción de los encubridores q se hallen comprendidos en supuesto del nº 1 del art. 451*"

Octavio de Toledo señala q nos encontramos ante supuesto de no punibilidad pq no es demostrado q exista esa afectividad de la q habla el CP .

LECCIÓN 28 : "Punibilidad"

I– Nociòn de punibilidad . Las llamadas "impropias condiciones objetivas de punibilidad " :

Podríamos definir la punibilidad como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para q un injusto culpable pueda ser castigado.

En este èmbito hay q hablar de las llamadas "impropias condiciones objetivas de punibilidad " q no son propiamente condiciones objetivas de punibilidad y se caracterizan pq de ellas depende q el hecho sea injusto o no .

II– Las condiciones objetivas de punibilidad . Ubicaciòn sistemàtica y significaciòn pràctica:

Existe una gran discusiòn doctrinal por esclarecer la naturaleza y el fundamento de las condiciones objetivas de punibilidad . Segùn Octavio de Toledo la explicaciòn mäs coherente parece ser q las condiciones objetivas de punibilidad no forman parte del tipo pq el resultado objetivo va a depender de la imposiciòn de la pena .

Las condiciones objetivas de punibilidad suponen q la imposiciòn , o al menos la agravaciòn , de la pena dependen de un suceso ajeno a la voluntad del autor y q , por eso mismo , ni puede ser controlado casualmente ni es preciso q lo quiera o prevea . Podríamos señalar como características de las condiciones objetivas de punibilidad :

- No pertenecen ni al tipo , ni a la atribuibilidad .
- No estàn abarcadas por el conocimiento del autor .
- De ellas , depende la pena .
- Su concurrencia no modifica el tiempo o el lugar .
- El error es intranscendente .
- La participaciòn regirá con caràcter general .

Las condiciones q cumplen estas características son propias , a diferencia de las impropias antes mencionadas .

Un ejemplo de supuesto en el q se aplican las condiciones objetivas de punibilidad es el caso en los q los secuestradores dejen en libertad al secuestrado y èste desaparece ; aquí hay q demostrar q existe una relaciòn causal entre la desapariciòn y el secuestro , y la carga de la prueba siempre recaerà en el acusador para no vulnerar el ppio de presunciòn de inocencia , aunq en todo caso se le culparà de delito de secuestro .

III– Codiciones personales de exclusiòn de la pena :

Encontramos los siguientes tipos :

* EXCUSAS ABSOLUTORIAS : surgieron en el s. XIX . Estas excusas consisten en la concurrencia de algo, o bien q reside en la persona del autor, o bien en lo q hace , q no comporta la negaciòn de lo injusto o de la culpabilidad , sino q en tales casos se estima político–criminalmente inadecuado e innecesario imponer cualquier castigo . Entre estas excusas encontramos : el parentesco para algunos delitos ; la exenciòn de la pena para el q revela un rebeliòn inminente o el abandono de la actituda sediciosa en el delito de sediciòn .

La mäs discutida es la del parentesco , para la q Octavio de Toledo señala q es una excusa absolutoria pq no afecta a la motividad y aunque se funda en la no exigibilidad , no pertenece a la culpabilidad pq la no

exigibilidad es un carácter general penal . Esta excusa del parentesco se fundamenta en el afecto existente entre los parientes , es decir , el legislador ha considerado q el afecto entre los parientes puede llevar al encubrimiento o a aceptar sobornos ,entre otras cosas . Aunq este afecto no siempre existe entre los parientes por loq habría q analizar caso por caso .

* **INVOLABILIDADES** :tienen un fundamento político ya q se basa en el transtorno q supondría penar a una persona q es una autoridad estatal .Pero la interpretación de la inviolabilidad es muy restrictiva pq si no supondría una violación del art 14 de la CE.

Al declarar inviolable a una persona se acepta un límite a la aplicación de la ley penal , pq esa condición supone q la persona inviolable no puede ser sometida a procedimiento penal alguno.La inviolabilidad más característica q encontramos es la del Rey o Jefe del Estado ya q nos encontramos ante una inviolabilidad *absoluta* . El art 56.3 de la CE señala q "la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad"; este art. se ve completado por el art. 64 : "de los actos del Rey serán responsables las personas q los refrenden".

Por esto , hay q distinguir entre:

–Actos del rey refrendados

–Actos del rey no refrendados

–Actos del rey a nivel personal

Respecto del primero no hay duda q estamos ante una inviolabilidad absoluta , pero hay dudas respecto de los otros dos. La mayor parte de la doctrina señala q tb es inviolable para los otros dos casos , la diferencia estriba en q en el caso de q cese del cargo de Rey , respecto del 1º spto no podría ser perseguido , pero si por los otros dos casos , al menos mediante la inhabilitación y después ya pasaría a juicio . Cabe destacar el hecho de q se ha pensado un fuero especial (Tribunal Supremo) para muchos cargos parlamentarios y de gobierno , pero no se ha señalado nada para el Rey , sólo se prevé la inhabilitación . Sólo existe un precedente q es el enjuiciamiento de Alfonso XII por parte del Parlamento q le acusó de traición y le condenó a la muerte civil ..

Otras personas q gozan de una inviolabilidad *relativa* , limitada a ciertos ámbitos y materias:

*Diputados y Senadores :está desarrollado por el art 71 de la CE y por los Reglamentos del Congreso y del Senado . Gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones , por lo q sólo se da en el tiempo en el q sean parlamentarios .Esto se da para proteger la lib de expresión en las sesiones parlamentarias , pero el Pte de la Cámara tiene poder de moderación. Si se trata de delitos ajenos a su condición de parlamentario no existe inviolabilidad , pero si inmunidad , amén de aforamiento .

*Magistrados del Tribunal Constitucional : gozan de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones .

*Defensor del Pueblo y sus Adjuntos : gozan de inviolabilidad por los actos q realizan en el ejercicio de su cargo .

* **INMUNIDADES** :tienen una base funcional ya q se establecen en la medida q pueda perjudicar a la Cámara afectada. En virtud de las inmunidades , los delitos cometidos por determinadas personas no pueden ser enjuiciados sin la concurrencia de ciertas autorizaciones .Un ejemplo típico es el de los Diputados y Senadores (sólo los estatales y no los de las Comunidades Autonomas), los cuales sólo pueden ser juzgados con autorización de su Cámara .

Tb encontramos las llamadas inmunidades diplomáticas , q se refieren a representantes diplomáticos , además

de jefes de Estado extranjeros y los funcionarios de organizaciones internacionales .

Cuando se hace referencia al "fuero atribuido" se refiere al Tribunal al q se le sometería en caso de ser juzgado , varía con referencia al cargo q ocupe la persona en cuestión .

LECCIÓN 29: "Actos pre-ejecutivos punibles"

I–Las formas de aparición del hecho típico doloso distintas de la consumación .En particular , los actos preejecutivos :naturaleza jº , fundamento de su punición y características fundamentales :

La intervención del Dº Penal sólo está justificada en el momento en q el sujeto exterioriza su voluntad dirigida a la ofensa de un bien jº y además , el Dº considera q debe actuar sin esperar q vaya a más . El problema surge a la hora de considerar el momento en el q la exteriorización es relevante .

Los actos preparatorios son tenidos por los 1º actos externos que pueden determinar consecuencias jº–penales .La discusión se centra en torno a si es o no correcta su punición .

Como resulta muy difícil señalar cuáles son estos actos preparatorios , la ley declara q , en general , son punibles ciertos actos encaminados o relacionados con cualquier delito .Este stma se ha denominado "stma de punición general de los actos preparatorios" y ha sido el aceptado por los CP españoles hasta 1995.

Pero este stma planteaba los sgts problemas :

- Este stma tenía su sentido en los gobiernos autoritarios , donde el temor a la conspiración era muy alto .
- Apenas se encuentran sentencias donde se castiguen los actos preparatorios , lo q demuestra la inoperancia de este stma.. Además esta inoperancia se hace mayor en la democracia pq en ella ya existen tipos específicos q regulan los delitos contra la seguridad del Estado y el orden constitucional .

Actualmente , el CP 95 abandona el stma de punición general de los actos preparatorios , y opta por tipificar delitos expresos .

Como formas diferentes de aparición del tipo doloso tb encontramos :

- a)–Conspiración
- b)–Proposición
- c)–Provocación

Por último , cabe decir q como es lógico los actos preparatorio pierden relevancia si los sujetos pasan a la ejecución del delito .

II– El tipo de la conspiración para delinquir:

Legalmente , existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.A partir de esta definición podemos decir q los elementos de la conspiración son :

- 1– unión de voluntades
- 2– orientación de todas al mismo hecho

3– decisiòn firme de ejecutarlo , plasmada ademàs en un plan concreto y acabado .

4– actuaciòn dolosa de cada concertado

5– viabilidad del proyecto , ya q sería absurdo castigar a unos sjtos q no tenian ninguna posibilidad de ejecutar el plan trazado .

Se ha tomado como fundamento jº–penal del castigo de la conspiraciòn la tesis de la "coautorìa anticipada" : los conspiradores seràn los autores si dan inicio a la ejecuciòn . Esta tesis relaciona este hecho con la conveniencia de adelantar la intervenciòn del Dº . Aunque esta tesis adolece de diferentes defectos , como son : la conspiraciòn no puede apreciarse en aquellos delitos q de por sì consisten en actos preparatorios ; tp puede apreciarse en los delitos q no puede cometer màs q un sjto;etc...

En fin, la conspiraciòn sòlo debe plantearse en relaciòn a aquellos delitos q como grupo puedan cometer los conspiradores ; esta regla deja fuera un nº alto de hachos tìpicos.

III– El tipo de la conspiraciòn para delinquir:

Segùn el art. 17.2 del CP, constituye una proposiciòn para delinquir cuando el q ha resuelto cometer un delito , invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

El elemento esencial es la firmeza de la decisiòn de cometer el delito por parte del proponente . Por esto se le denomina "agente provocador" , ya q èl no tiene la intenciòn de cometer el delito, sino provocar q quien recibe la propuesta la acepte .

El contenido u objeto de la invitaciòn a delinquir es tb una cuestiòn dudosa. Partiendo de la excepcionalidad de los sptos de actos preparatorios q son punibles , parece lo màs razonable limitar el sentido de la proposiciòn para delinquir a la invitaciòn a cometer el hecho como ejecutor , excluyendo asì otras formas de participaciòn en el delito .

Podemos encontrar los sgts sptos:

– proposiciòn atendida y comienza la ejecuciòn del hecho ; se castiga como inducciòn

– proposiciòn no atendida y comienza la ejecuciòn ; q sería proposiciòn

– proposiciòn no atendida y no comienza la ejecuciòn ; en este caso , como no hay autor al q hacer responsable , no hay pena para el inductor pero sì a título de proposiciòn . De esto cabe deducir , q si el inductor tiene existo en su empresa , entonces se le castigara como inductor ; mientras q si no se atiende su proposiciòn , se quedará en un delito de proposiciòn.

En cuanto al resto de las condiciones para q aparezca la proposiciòn , hay q decir q se repiten con respecto de algunas de las de la conspiraciòn : concreciòn del delito , idoneidad del proponente , idoneidad del invitado.

IV– El tipo de la provocaciòn para delinquir .La apologìa del delito:

Se regula en el CP en el art.18 : "consiste en incitar por medio de la imprenta , la radiodifusiòn o cualquier otro medio de eficacia semejante , q facilite la publicidad , o ante una concurrencia de personas, a la perpetraciòn de un delito".

A diferencia de la proposiciòn , en la provocaciòn no existe a priori una determinaciòn en la persona incitada al delito . Pero se cumplen muchas de las caracterìsticas de la proposiciòn como son la idoneidad de los sjtos y

de la posibilidad de cometer el delito al q se refiera la provocaciòn .

Segùn el art 18.3 del CP : "la provocaciòn q da lugar a la comisiòn del delito se castiga como inducciòn", lo q no significa q la inducciòn no eficaz haya de castigarse como provocaciòn.

En referencia a la apologìa , el art 18 del CP señala q consiste en la exposiciòn , ante una concurrencia de personas , o por cualquier otro medio de difusiòn , de ideas o doctrinas q ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apologìa sòlo serà delictiva como forma de provocaciòn y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitaciòn directa a cometer un delito .La condiçiòn de la apologìa como acto preparatorio surge cuando se aprecia q con la definiciòn del art 18 , la Ley no persigue otra cosa q ampliar el concepto de provocaciòn extendiendolo a la provocaciòn indirecta , entendiendo por tal la alabanza del delito o de la delincuente realizada en circunstancias en q pueda resultar fecunda y generar deseos de emular a los ensalzados .

Los objetivos perseguidos con la tipificaciòn de la apologìa son motivos de discusiòn entre la doctrina , ya q parece ser q esos mismos objetivos se hubiesen conseguido con una adecuada interpretaciòn de la provocaciòn .

LECCIÒN 30: "Tentativa".

I– La distinción entre actos preparatorios u ejecutivos :teorìas . Fundamento de la punición de la tentativa :

Los actos ejecutivos son aquellos q realiza el agente en ejecuciòn de la correspondiente figura típica. A los actos preparatorios ya me he referido en el tema anterior.

La regulaciòn de la tentativa ha sufrido variaciones importantes respecto del CP anterior :

a)– En el anterior se diferenciaba tentativa y frustraciòn (con la frustraciòn se realizaban todos los actos ejecutivos , pero no habìa resultado). En el CP del 95 se unifican ambos delitos , aunque se sigue diferenciando entre :

*Tentativa completa : donde se realizan todos los actos ejecutivos

*Tentativa incompleta : donde no se realizan todos los actos ejecutivos .

Pero esta diferenciaciòn no se debe confundir con la tentativa acabada o inacabada alemana.

b)– Ahora en el art. 62 del CP, se permite castigar la tentativa y la frustraciòn con la misma pena , ya q se da a elegir al juez si quiere rebajar la pena en 1 o 2 grados , atendiendo al grado de ejecuciòn alcanzado .

Tanto en ola tentativo como en la frustraciòn , actualmente , es necesario q haya una peligrosidad del hecho . para determinar la pena a imponer se tienen en cuenta :

*Grado de ejecuciòn alcanzado

*El peligro inherente al intento .

c)– El CP ha suprimido el art 52 anterior , q señalabe q admitìa la punición del llamado "delito imposible" q puede ser o bien pq el medio era totalmente inadecuado , o bien pq el sjto no utiliza correctamente el medio , o bien pq el sjto no puede realizar ese delito , o bien pq es imposible por otros motivos diversos .Aqui se discutìa si se encontraba el llamado "delito irreal" , fundado en supersticiones como el budù o la magia negra .

En el Dº español se sigue el stma de incriminaciòn general de la tentativa , lo cual en teorìa supone q èsta es punible en relaciòn con cualquier clase de delito. Pero esto no es cierto pq la estructura de muchos delitos impide la apreciaciòn de la ejecuciòn imperfecta .

De acuerdo con la definiciòn legal : "hay tentativa cuando el sjto da principio a la ejecuciòn del delito directamente por hechos exteriores , practicando todos o parte de los actos q objetivamente deberìan producir el resultado , y sin embargo , èste no se produce por causas independientes al autor".

Resulta complejo diferenciar entre actos preparatorios y actos de ejecuciòn , pues la manera de ejecutar depende de los planes del autor y sòlo èl sabe cuando empiezan los actos de ejecuciòn del delito . Para determinar el inicio de un acto ejecutivo parece q el criterio màs lògico es el normativo .

Pero resulta obvio q esta dificultad crea una inseguridad jº q ha llevado a muchos ordenamientos a realizar una regulaciòn específica de la tentativa .

En lo referente al fundamento de la puniciòn de la tentativa , encontramos dos grupos de teorìas:

A– TEORÌA SUBJETIVA :ven dicho fundamento en q el agente con su acto ha manifestado una voluntad orientada a la comisiòn del delito .Asì , lo q realmente haya realizado pasa a un segundo plano .Esta consideraciòn ha llevado a muchos finalistas a sostener q no habrìa motivo para castigar de forma diferente la tentativa del delito consumado ya q el tipo de lo injusto es igual en ambos casos .

Pero esta Tª no alcanza la soluciòn pq es necesario ver en la tentativa un desvalor de la acciòn que es igual al del delito consumado , pero tb hay un desvalor del resultado q es total/ diferente al del delito consumado .

B– TEORÌA OBJETIVA : ven el fundamento del castigo de la tentativa en el objetivo riesgo o peligro sufrido por el bien jº , riesgo q es menor q en el delito consumado lo q explica el descenso del castigo .Pero este modo tp es correcto pq prescinde del desvalor de la acciòn , cuando el Dº no puede prescindir de èl y menos en la tentativa .

Parece ser q la soluciòn correcta serìa la uniòn de ambas teorìas pq en la regulaciòn de la tentativa es necesaria la consideraciòntanto del desvalor de la acciòn como del desvalor del resultado . Asì , el Dº español se encuentra equidistante de ambas ideas ya q :

– Se exige q todos los actos sean objetivamente adecuados a la producciòn del acto , por lo q no sòlo basta la voluntad del autor .

– Se suprime la tentativa inidonea y el delito imposible , por lo q se demuestra q la tentativa no sòlo nace de la voluntad del autor .

II– Los tipos de lo injusto del delito intentado :

En la tetativa inacabada o acabada deben concurrir , como en todo delito , lo subjetivo y lo objetivo , el desvalor de la acciòn y el desvalor del resultado .El desvalor de la acciòn no se diferencia del propio del delito consumado . Sin embargo , el desvalor del resultado se nutre con los actos realizados por el autor , pero sòlo con los actos adecuados al tipo y al resultado q el agente se habìa propuesto . Para determinar esa adecuaciòn es necesario acudir a los criterios de imputaciòn objetiva , igual q en los delitos de resultado , entre los q se encontraba la valoraciòn ex ante de la capacidad de la acciòn para lesionar el bien jº protegido , y hacerlo ademàs realizando una acciòn q normativamente està orientada a la trasgresiòn de la norma . Èste analisis es màs fàcil en la tentativa acabada .

En relaciòn con el tipo subjetivo se excluye totalmente la culpa .En la tentativa el autor debe actuar con dolo.

Cuestiòn diferente es la aceptaciòn del dolo eventual , para lo cual no hay ningun problema legal , ya q se admiten aquellos casos en los q si hubiera habido resultado se habria cubierto por el dolo eventual .

Por supuesto , tb cabe imaginar situaciones en las q la realizaciòn del proyecto delictivo sea inviable o el autor desista voluntariamente de la realizaciòn del mismo. En ambos casos se producirà un decaimiento de los elementos objetivos o una alteraciòn de la actitud subjetiva.

Si los actos no son adecuado al tipo o bien el resultado no puede alcanzarse a pesar de q los resultado sean adecuados , estaremos ante una tentativa inidonea o un delito imposible.

III– La evitaciòn voluntaria de la consumaciòn :

Si la suspensiòn de la ejecuciòn ha sido decidida por el propio autor no se cumple la fòrmula legal de la tentativa ; es decir , deja de haber tentativa punible por la voluntaria evitaciòn de la consumaciòn .Ante esta decisiòn la doctrina muestra unidad en su afirmaciòn, pero no en los motivos q lo provocan : unos sostienen q es pq desaparece la antijuricidad del hecho ; otros eliminana la reprochabilidad . Pero , estas explicaciones sòlo son vàlidas en parte pq la razòn ppal es de ìndole político–criminal : la aplicaciòn de un pena serìa contraria a todos los ppios político–criminales q informan el stma penal ; esta fue la razon por la q el legislador decidiò q mediando desistimiento no hay tentativa penalmente relevante . Aunq esto no significa q no pueda castigarse lo realizado por el autor hasta ese momento si fuera constitutivo de delito.

El problema surge en el momento de terminar las condiciones bajo las q se puede hablar de deicsiòn libre del autor . Un primer paso muy importante fue admitir q el miedo a ser descubierto era compatible con el desistimiento , pero no lo era la huida ante la llegada de la policia . Asì, tb se rechaza como desistimiento voluntario el hecho de q el autor se percate de q està utilizando los instrumentos adecuados . El CP condiciona la eficacia del desistimiento a q la causa de la interrupciòn haya dependido de la voluntad del autor.

Las casos de abandono involuntario de la ejecuciòn han de ser aquellos q se corresponden conceptualmente con la tentativa , es decir , el culpable es sorprendido y deja su intento unos momentos antes , o bien huye al percibir la llegada de alguien .Mientras q aquellos otros en los q la decisiòn no ha venido determinada por factores humanos externos pueden llegar al àmbito del règimen de efectos del desistimiento.

El comportamiento del autor q se tenga q beneficiar de esa exclusiòn de la pena por evitaciòn del resultado variarà segùn se trate de tentativa completa o incompleta , pq en la completa ya no es suficiente el desistimiento , el cual , por definiciòn sòlo es ùtil en la fase ejecutiva en la q el simple abandono del autor suspende la ejecuciòn ; es decir , cuando se han realizado todos los actos ejecutivos lo ùnico q puede hacer el autor es impedir u obviar la efectiva producciòn del resultado . Es evidente q tal situaciòn es diferente respecto de los casos en q sòlo se han realizado parte de los actos , pues en ellas el mero abandono del plan trazado es suficiente , en tanto q cuando se realizaron todos los actos precisos para el resultado , impedir la producciòn de èste requiere una actuaciòn positiva del autor , pq sino el resultado se produciria inexorablemente .Si el delito ya se ha consumado , las actuaciones q el autor pueda realizar para paliar los efectos o remediarlos , sòlo contarà como circunstancia atenuante (art 21.5 CP) .Pero si puede frustrar la consumaciòn determina la im`punidad , independientemente de q los actos realizados hasta entonces sean constitutivos de delito por sì sòlo .

IV– Delito imposible , tentativa irreal y delito putativo:

En la tentativa los actos ejecutados han de ser parcial o totalmente idòneos conforme al tipo . Pero esto no sucede en dos ocasiones :

a)– Si el proceso causal emprendido es inadecuado al tipo , y por consiguiente no lo puede reaizar .Se trata entonces de lo q se denomina *tentativa inidònea* .

b)– Cuando , aun siendo adecuados los actos realizados , el delito no puede culminarse por inexistencia de objeto .En tal caso estamos ante un *delito imposible*.

Respecto de la tentativa inidònea, encontramos q si cualquiera en la situacìon del autor hubiera confundido el hecho y existe un pequeño peligro, aparece la tentativa inidònea relativa q en ciertos caos es punible ,aunq no deberìa ser asì pq para señalar si un acto es ejecutivo no vale la peligrosidad ex ante sino tb es necesario la ex post. Tb existe la tentativa inidònea absoluta q es aquellas q es impune pq por la confusiòn no ha habido ningun peligro (ej: intentar matar a un cadaver). Asì, algunas tetativas inidòneas tienen cabida en la formula general del art 16 CP y quedan fuera del Dº penal aquellas tetativas q no impliquen un peligro inherente (art. 62 del CP).

Respecto de las tentativas irreales ,podemos decir q siempre son impunes .

Finalmente , podemos decir q las tentativas absolutamente inidòneas , los delitos imposibles (ej:hacer budù) y las tentativas irreales constitutyen casos de ausencia de desvalor de resultado; asì, debido a la falta de conmocion de la sociedad , no interesan al Dº Penal y por tanto no son punibles .

Tb existe el denominado delito putativo en el q el sjto cree q es un delito un determinado acto , cuando realmente no lo es ; este spto tp es punible por la ausencia de tipicidad .

LECCIÒN 31: "Autoria".

I–Nociones preliminares de autoria , coautoria y participaciòn. Las concepciones extensiva y restrictiva de la autoria y subjetiva y objetiva de la participaciòn:

En el CP del 95 no se define el concepto de autor, aunque trata el tema en sus arts. 27,28,29,30 y 31 .De estos arts se deduce q encontramos dos tipos de autor:

* En sentido estricto: realizan el hecho por sì mismos , conjuntamente o por mediaciòn de otros .Tb son los q realizan el hecho induciendo a otro o instrumentalizando a otros.

* Autores por equiparaciòn : realizan el hecho a traves de la persuasiòn a otra persona.

En el art.29 se señala q los complices son los q cooperan a la ejecuciòn del hecho con actos anteriores o simultaneos .

La doctrina ha ido construyendo una serie de conceptos de autor en base a unas determinadas teorias:

A)–UNITARIO: parte de la base de las doctrinas de corte autoritario y de los positivistas italianos . Para ellos lo importante es q el conjunto de lo sjtos es màs peligroso y se les trata a todos por igual . Asì , no se diferencia entre autoria y participaciòn .Este concepto es incompatible con un ordenamiento como el español en el q esta distincìon sì existe , por eso ha desaparecido .

B)– EXTENSIVO: parte de la Tª de la Equivalencia de las Condiciones , diciendo q si toda condiçiòn es causa , todo aquel q haya puesto una condiçiòn debe ser considerado autor .La clausula de diferenciaciòn entre autoria y participaciòn se basa en un criterio subjetivo : depende de la voluntad con la q actua el sjto . El animus auctoris diferenciarà a los autores de los partìcipes , q actuaràn con conciencia de intervenir en un hecho ajeno . A este concepto tb se le puede aplicar la Tª del Acuerdo Previo , por la q cualquiera q se hubiera puesto de acuerdo con otro , se considerarà autor , independientemente de la aportaciòn q realizò . Ambas Tª han llevado a dictar sentencias injustas , por esto ha sido rechazada por el ordenamiento español .

C)– RESTRICTIVO: este es el concepto dominante en España .Concede un caràcter determinante a los

aspectos externos de la conducta . Sobre esta idea , se van a diferenciar distintas posturas :

– *Concepto objetivo–formal* :de acuerdo con esta concepción será autor quien haya realizado un acto ejecutivo típico , mientras q cualquier otra contribución material relegará al sujeto a la condición de partícipe . la crítica q se ha hecho a esta solución es q a menudo resulta difícil diferenciar cuáles son los actos ejecutivos . Además , esta concepción dejaría fuera el concepto de autor mediato , pues éste es aquel q no realiza directamente el hecho típico sino q se sirve de otro para realizarlo . En España , esta tesis goza de cierta aceptación , pues se la ve consagrada en la declaración legal de q son autores todos los q realizan un hecho conjuntamente, haciendo referencia a la coautoría .

– *Concepto objetivo–material* : sostiene q autor es aquel q aporta la contribución más importante , en cierto modo en la línea de la llamada causalidad eficiente .Los defectos de esta tesis son principalmente:

– Tb elimina el concepto de autor mediato

– La importancia de la aportación no se dice en qué modo ha de entenderse ya q la aportación más importante puede ser la del cómplice o ser la de éste tan importante como la del autor .

Las deficiencias de los conceptos objetivos de autor hicieron q la doctrina buscara otros tipos de Tª .De esta forma , encontramos la Tª del Dominio del Hecho para la cual el autor del delito es la persona q consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho , q tiene el dominio sobre el curso del mismo , dominio q se manifiesta en lo subjetivo pq lo orienta a la lesión de un bien jº y , en lo objetivo , pq goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho .

Como se puede observar , esta Tª combina elementos subjetivo y objetivos , y además admite sin problemas el concepto de autor mediato . Aunque tb podemos encontrar graves inconvenientes como son :

– Es inadecuada para resolver la autoría en los delitos imprudentes , pq en éstos el sujeto no controla el curso causal conscientemente .Así , esta Tª se ve obligada a buscar dos conceptos de autor , uno para los delitos dolosos y otros para los culposos.

– El dominio del hecho , entendido como la capacidad para interrumpir el curso causal , lo pueden tener diferentes sujetos sin q todos puedan ser considerados autores (ej: cómplice necesario).

Esta Tª va siendo aceptada de vez en cuando por el Tribunal Supremo , aunque actualmente la Tª dominante es la objetiva formal . Y el CP practica un concepto restrictivo de autor y un criterio objetivo formal de diferenciación entre partícipe y autor .

II– La distinción entre autoría y participación : criterios :

Las diferencias entre ambos sujetos no sólo son de conceptualización de su conducta , sino mucho más profundas : el autor realiza un tipo de delito descrito en la ley expresamente , y el partícipe , no; podría haber autor sin partícipe pero no partícipe sin autor .Las diferencias punitivas entre unos y otros sujetos requieren sumo cuidado en la configuración de un concepto q no está formalmente definido por la ley , como es el de autor .

III– Autoría mediata , autoría accesoria y coautoría :

Del art 28 del CP se deduce q existen los sgtes tipos de autoría :

–AUTORIA UNICA O INMEDIATA : El autor inmediato es aquel q realiza la ejecución del tipo por sí mismo, de modo q es su propia conducta física la q cumple el correspondiente tipo legal . Es la modalidad de

autoría más sencilla .La objeción q se presenta es q en los hechos donde no se diferencia bien los actos q forman parte , o no , del hecho , no se diferencia al autor del partícipe.

–AUTORIA CONJUNTA O COAUTORÍA :Se da cuando el hecho típico lo realizan varios sjtos conjuntamente y se caracteriza por :

a)– Tiene q haber 2 o más sjtos

b)– Puede haber intermediarios

c)– Cada persona realizará parte de los actos ejecutivos y entre todos se completa el hecho

d)– Los sjtos responden por la totalidad del hecho y no por la parte q ha realizado

e)– Tiene q haber un acuerdo tácito o expreso entre ellos (acuerdo mutuo o recíproco) q es lo q fundamenta el hecho de q a todos se les castigue por la totalidad del hecho aunque sólo han realizado una parte .

El problema en este tipo de autoría surge cuando no aparece claro el hecho de q un sjto haya realizado actos ejecutivos (ej: una persona q agarra a otra para q un tercero practique el coito con ella . Para O de Toledo esto sí sería un acto ejecutivo y por tanto el q agarra es coautor). Para solucionar este problema de determinación la doctrina española ha optado por seguir la Tª del Acuerdo Previo , q señala cuando exista acuerdo previo se puede considerar q existe un una participación como ejecutor en el mismo . A esta Tª se le puede criticar el hecho de q la coejecución implica tomar parte material , y por eso , no puede bastar un mero concurso de voluntades sino q se requiera una intervención objetiva , aunq parcial en la realización del tipo .

– AUTORIA ACCESORIA : se da cuando un conjunto de personas q realizan parte de los actos ejecutivos de un hecho típico , pero al no haber acuerdo previo , cada sjto responde por la parte del hecho q ha realizado .

– AUTORIA MEDIATA : Se trata tb de una forma de autoría ppal . Es autor mediato de un delito quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona q actúa inconsciente de la transcendencia penal de lo q hace . El problema aparece cuando se quiere señalar en q casos se instrumentaliza , o no , a un sjto . Cuando alguien ha eliminado totalmente la voluntad de un sjto , el cual actúa como si fuera una cosa , no estaríamos ante una autoría mediata , sino inmediata . Y tp se considere autoría mediata a la mera persuasión , pq estaríamos ante un caso de inducción .Se puede instrumentalizar a una persona a través de engaño , violencia , miedo ...pero sin llegar a convertir al sjto instrumentalizado en una cosa . Segun O. de Toledo , el instrumento realiza actos ejecutivos del otro, pero el otro ya ha empezado a realizar actos ejecutivos con la propia instrumentalización .No tiene q haber acuerdo previo entre los sjtos pq sino sería coautoría.

El instrumento , para q se le considere como tal , debe realizar comportamientos típicos o atípicos , pero justificado .

IV– La autoría en los delitos cometidos por medios o soportes de difusión mecánicos :

A partir del CP del 95 esta materia ha sufrido algunos cambios , quedando configurada de la sgta manera :

1/– Junto a los autores materiales del texto o signo delictivo se incluyen los q hayan sido inductores , en sentido del art 28 del CP. Esto supone acabar con un largo periodo durante el cual los auténticos dominadores de los medios de información quedaban sistemáticamente exentos de responsabilidad con tal de q se pudiera señalar un autor "real" de la información.

2/– Se acoge una tesis por la q los sucesivos responsables deben ser autores en sentido jº–penal

3/- En algunos casos no importará la exclusión de la responsabilidad por complicidad necesaria puesto q podrá darse un título propio y separado de responsabilidad penal.

LECCIÓN 32: "Participación"

I-Los ppios de accesoriadad y de unidad de título de imputación .Participación en delitos especiales :

El comportamiento del partícipe se diferencia del del autor en q el autor debe realizar el hecho , y sin embargo , el partícipe debe o inducir a otro para q realice el hecho típico o ayudar a otro a realizarlo de forma imprescindible o prescindible . No cabe participación en la inducción o en la preparación de los actos preejecutivos , sólo se relaciona con los actos ejecutivos .

Uno de los ppios q rigen la punibilidad del partícipe es el ppio de unidad de título de imputación , del q se deduce q la pena del partícipe no es autónoma ya q depende de la pena del autor del hecho q tratemos .

Pero el ppio informador más importante es el *ppio de accesoriadad* q designa la dependencia q la conducta del partícipe tiene respecto de la conducta del autor .Encontramos los sgts tipos de accesoriadad :

– Maxima: donde la participación sólo es punible si el autor obró típica , antijurídica y culpablemente ,es decir , con responsabilidad penal plena salvo el spto de una excusa absolutoria .Pero , esta concepción es considerada excesiva por la mayor parte de la doctrina pq el hecho de q en el autor concurra una causa de exclusión personal , no tiene por qué excluir la pena del partícipe q ha participado en un hecho típico y no justificado y en èl no concurre ninguna causa absolutoria .

– Mínima: segun la cual es punible simplemente con q el autor ppal haya actuado típicamente ; se sostiene la punibilidad incluso si la conducta del autor està amparada por una causa de justificación . Tal consecuencia no es admisible pq no parece adecuado derivar punición para quien ha colaborado en un acto de naturaleza justificado (p ej: es injusta castigar a la persona q le da un arma a otro para q se defienda)

– Media: es la fórmula más aceptada por la doctrina española. Para este tipo de accesoriadad , para q la participación sea punible es preciso q el autor haya obrado típica y antijurídicamente .La eventual concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad no afecta en nada a la punición de aquellos sjtos en quienes dicha causa no concurra .

Volviendo al ppio de unidad del título de imputación , podemos decir q se sostiene para resolver determinados problemas q surgen p ej en los casos de delitos impropios como el parricidio o la malversación , ya q si el partícipe no es familiar o funcionario , se le debería castigar por homicidio o hurto ; pero parece q lo más lógico es castigar a autor y partícipe por igual en base a la pena del autor .

II-El dolo del partícipe .Problemas conexos :

El partícipe debe prestar su ayuda o realizar su intervención con plena conciencia de su aportación a la relación del delito principal. La doctrina niega mayoritariamente la participación imprudente en delito doloso pq la accesoriadad de la participación obliga a reconocer q el tipo de partícipe se forma combinando la regla general con un tipo doloso , y no sólo con la parte objetiva del mismo .Si ello es así , para q a su vez el partícipe realice su tipo tiene q ser consciente de q realiza una aportación de un hecho doloso, y q esa aportación la realiza consciente y voluntariamente . Además, una participación dolosa en hecho imprudente sería incongruente con las consecuencias del ppio de accesoriadad .

III- La inducción. La figura del llamado "agente provocador":

La inducción consiste en determinar consciente e intencionadamente a otra persona a cometer un delito, pero

sin participar en su ejecución. Su regulación legal se encuentra en el art. 28, párrf. 2º, b). El inductor tb es castigado con la misma pena q el autor. Con la inducción encontramos la interpretación menos problemática de la unidad de imputación de la pena e incluye tanto la conducta q hace nacer en otro la decisión de delinquir a través de la persuasión , como la de quien renuncia a persuadir por la palabra y pasa a la amenaza física .Pero es posible establecer una diferencia entre ambas conductas ya q en la 1º autor y partícipe se castigan igual y, sin embargo, en la 2º al inducido puede aplicarsele una eximente total de pena y considerar al inductor un autor mediato .

La inducción tiene q cumplir los sgts requisitos :

- La inducción ha de ser concreta y específicamente dirigida a un hecho delictivo concreto y no a delinquir en general . Pero además debe ser sobre una persona concreta , ya q la provocación a delinquir en general es otro tipo penal descrito en el art 18 CP.

- La inducción ha de ser determinate, de manera q no puede tomarse en cuenta si el sjto tiene decidido realizar el delito ;pq esa decisión debe nacer de la actuación del inductor.

- La inducción ha de ser eficaz , es decir ,la punibilidad depende de q el inducido empiece la ejecución o, al menos, la comisión del delito.Así, este requisito funciona como un condición objetiva de punibilidad .Por este motivo , el art 18.2 señala q si a la provocación le sigue la comisión del delito , el hecho sería castigado por inducción .

- La inducción como modo de creación de una decisión en la voluntad de otro y como toda forma de participación, ha de ser dolosa . Y el dolo debe estar orientado a conseguir q el individuo realice un determinado tipo de delito . Esto ha llegado a plantear el problema q surge cuando un sjto realiza un acto más grave q el acto al q le habían inducido. La solución q se ha dado es q el inductor sólo va a responder por el acto q él hubiese deseado q se realizara ; pero a la inversa , debido al ppio de accesoriedad , se rebajará tb la pena del inductor .

IV– Cooperación necesaria y no necesaria :

La complicidad puede definirse como la contribución o auxilio al hecho anterior o simultánea , q ha sido útil para la ejecución del plan del autor. Y tb requiere el apoyo del ppio de accesoriedad y un comportamiento doloso para poder darse complicidad punible.

La aportación debe ser de alguna utilidad para el plan del autor , pq si es irrelevante no puede tenerse como un auxilio a la ejecución .En este pto estriba el problema de la construcción española de la complicidad , ya q se diferencia entre complicidad necesaria y no necesaria : el cómplice necesario será castigado como el autor , mientras q para el cómplice no necesario se le aplica un pena sustancialmente inferior.

La Tª más aceptada q ha tratado de dar la solución a el problema de la necesidad de la cooperación es la formulada por Gimbernat y q se denomina: "Tª de los bienes escasos" : lo esencial no es q el autor hubiera podido realizar el plan de una u otra manera , sino q lo determinante es q la aportación del cooperador sea "difícilmente obtenible".Si una aportación ha sido casualmente necesaria en abstracto o en concreto, pero es fácilmente sustituible, la necesidad tiene q decaer. Esta Tª es de caracter valorativo y político–criminal , no causal, pq lo más importante es valorar lo necesario q ha sido la aportación para el autor en nuestra sociedad .Aunq esta Tª tb tiene algunos inconvenientes como el hecho de q la escasez de un objeto varia , dependiendo de las circunstancias en las q nos encontremos (p ej: un cuchillo es un bien abundante , pero en la cárcel es un bien escaso).

En referencia a la complicidad no necesaria, según el art 29 del CP, se incluyen en este precepto las conductas q no pueden calificarse como cooperaciones necesarias. Encontramos dos límites a la complicidad no

necesaria :

*Cronològic: el acto del complice debe ser a lo sumo simultaneo al del autor, nunca posterior.

*Sustancial : El acto del complice , aunq no sea necesaria en el sentido en el q se quiere hablar, debe ser util al plan de ejecuciòn, q fevorezca o facilite su ejecuciòn de modo significativo .

LECCIÒN 33: "Los delitos dolosos de omisiòn".

I- Concepto y clases de omisiòn:

En el campo de los delitos de omisiòn es uno de los campos donde la doctrina ha discutido mäs. Podrìamos decir q los delitos omisivos son aquellos q consisten un no hacer. Por este motivo, se dificulta mucho mäs el hecho de determinar la voluntariedad o el acto del dolo.

Encontramos dos clases de omisiòn:

* PURA O PROPIA: es aquel comportamiento pasivo, expresamente tipificado, q el D° sanciona con una pena. Por lo tanto se trata de tipos descritos por la ley , no valen los auxilios o impedimentos al delito. Evidentemente, el ser nùcleo del tipo un comportamiento pasivo produce un cierta remodelaciòn del concepto y contenido del actuar típico y del dolo o la culpa. Segùn O. de Toledo, en estos casos generalmente existe un dolo eventual q se fundamenta en el conocimiento; asì, si el sjto conocìa el deber de actuar y la alta probabilidad de q se produzca una lesiòn a un bien j°, el sjto habrà actuado con dolo eventual. Aunque el dolo eventual es lo corriente tb encontramos dolo de 1° y 2° grado.

* IMPROPIA O COMISIÒN POR OMISIÒN: no es un tipo legal especìfico , sino una posible modalidad de comisiòn de algunos delitos de resultado. Aunque èsta omisiòn no puede darse en todos los tipos de delitos pq le ley exige un determinado comportamiento activo (ej: mutilar); pero para otros delitos sì puede servir pq en ellos no se especifica la forma de realizaciòn del mismo , sòlo se exige un determinado resultado (ej: matar). La cosntrucciòn de la omisiòn impropia es mäs complicada q en el delito activo de resultad pq siempres va a concurrir otra causa (aquella q el autor pudo detener y no lo hizo) q ha sido la realmente determinante. Ademäs, resulta mäs complicado identificar autor pq es complejo el camino q va desde la consideraciòn de q no ha actuado nadie hasta la decisiòn de afirmar q de entre los q no han actuado, q pueden ser muchos, èste o aquel es el responsable de los sucedido.

Los elementos comunes tanto a la omisiòn propia como impropia pueden ser:

- a)- La existencia de la situaciòn típica, pues precisamente de ahì ha de nacer el deber de actuar q la sociedad espera q el sjto cumpla .
- b)- Ausencia de acciòn debida. El comportamiento del sjto podrà ir desde no hacer absolutamente nada hasta hacer cualquier cosa diferente de aquello q de èl se esperaba.
- c)- Capacidad de actuar del sjto para hacer lo q no hizo, pues puede suceder q, p ej, prestar auxilio resulte peligroso para el auxiliador , en cuyo caso no serìa exigible.
- d)- El dolo se integrerà por la conciencia de la situaciòn y por la decisiòn de no actuar.

II- El tipo de los delitos de omisiòn propia :

(mirar en el apartado anterior)

III– Legalidad y omisión impropia :

El problema fundamental q presenta la omisión impropia es el hecho de poder equiparar la acusación de este modo de acusación a la acusación mediante un actuar positivo. Es decir, el primer problema q se planteó fue la relación de causalidad ya q resulta difícil plantearse q de la nada pueda surgir un resultado ; de ahí q se buscara la relación de causalidad en los hechos precedentes. Normalmente se recurre al hecho de q si tenemos la seguridad de q si el sujeto hubiera actuado ,se habría evitado el resultado, se dará una causalidad hipotética, q al ser muy insegura se ha recurrido al hecho de q nos encontramos ante una imputación objetiva del hecho al autor. De esta forma, llegamos a la conclusión de q la norma puede abarcar tanto comportamientos activo como delitos de comisión por omisión.

El segundo problema q se trató fue la forma de explicar por qué era injusto y típico el comportamiento pasivo de una persona y no el de otra. Para ello , Nagler formuló la tesis del *deber de garantía o de la posición de garante*: en estos delitos lo q realmente caracterizaba al autor era precisamente q él era, frente al Dº, frente a la sociedad, el garantizador de q aquel resultado no se produjera. Pero con esta Tª solo se llega a una solución aparente pq la ley penal no señala quién es el garante y pueden darse casos en los q concurren distintas posiciones especiales.

Además, también encontramos el problema de q en la omisión impropia se castiga igual el delito activo q el omisivo, lo q no parece corresponderse con el principio de igualdad. Así, la doctrina ha solucionado el problema señalando q es el juez quien decide q la omisión sea equiparable a la acción.

El CP del 95, en su art 11, establece una cláusula q regula la comisión por omisión para adecuarla al principio de legalidad. El elemento central de la fórmula del art 11 es el criterio de la equivalencia. El primer criterio de delimitación formal del juicio de equivalencia se asienta en el parámetro de la misma: en la comisión por omisión no es suficiente con una equivalencia material , sino q es preciso q la comisión sea equivalente según el sentido de la ley. En consecuencia se trata de una equivalencia jº, q ha de poder inferirse de las palabras del legislador . El 2º requisito q se puede deducir del art 11 es q la acción omitida hubiera podido impedir el peligro y la consecuente lesión del bien jº.

El concreto ámbito de proyección de las reglas genéricas del art 11 CP es el de los tipos q consisten estrictamente en la causación de un resultado.

El art 11 señala un límite formal al decir q la no evitación de resultado debe responder a la infracción de un especial deber jº del autor. El precepto alude así a la exigencia de q el sujeto haya asumido una posición de garantía de la q derivan especiales deberes en orden a la evitación del resultado típico, con lo q se pretende excluir los deberes jº generales de actuar.

La interpretación del precepto se torna más difícil cuando se determinan las posibles fuentes de la posición de garante, mediante una redacción q compromete el principio de equivalencia. Así, de modo incorrecto, el art 11 señala q a tal efecto "se equipará la omisión a la acción...", lo q podría hacer pensar q, en los casos de concurrencia de alguna de las fuentes formales de garantía ex lege se presume la equiparación entre acción y omisión . Pero esto no es lo correcto pq viene a volatilizar el criterio rector de la fórmula legal. Así, debe interpretarse q los deberes expresados en los apartados a) y b) del art constituyen un requisito añadido a los contenidos del inciso primero del art .

Centrándonos en las fuentes formales a las q se alude en el inciso segundo del art 11 hay q decir q se concretan en :

a)– Concurrencia de una específica obligación legal o contractual de actuar: aquí se sitúa el deber de los padres para con los hijos y también se incluyen:

*Posiciones de garantía q suponen la voluntaria asunción de un deber de protección como son los socorristas, lazaretillos o niñeras

*Comunidades de riesgo q se dan sobre todo en los deportes de riesgo (ej : montañeros).

b)– Creación de un riesgo para el bien jº protegido mediante una acción u omisión precedente : aquí se incluyen los casos de injerencia , q debe ser interpretado como q el art 11 sólo permite la atribución dolosa del resultado a la conducta omisiva , cuando el sujeto genera un daño o lesión cuya evolución puede ser controlada por tal sujeto. En este ámbito tb encontramos los casos en los q un sujeto tiene un deber social de control de un fuente de peligro (ej: domador de leones) o la responsabilidad por actos de terceros (ej: celador de un manicomio) .

IV– Justificación y atribuibilidad en los delitos dolosos omisivos :

(no lo encuentro)

V– Tentativa , autoría y participación en los delitos dolosos omisivos:

En primer lugar y respecto de la tentativa, cabe señalar q, según O.de Toledo, en los delitos de omisión propia no es posible la tentativa, pero en los delitos de omisión impropia parece q sí, aunque para señalar cuando terminan los actos ejecutivos hay q determinar la aparición del peligro de q se produzca el resultado .

En los delitos de omisión el autor se encuentra en una especial posición de deber en comparación con el resto de los ciudadanos. Por eso, tan sólo son relevantes jº–penalmente las omisiones de aquellos q se encuentran en una situación q fundamenta un deber de garantía respecto a la no verificación del resultado.El autor de un delito omisivo está en una concreta situación de deber , aunque no sólo eso le transforme en autor cuando se trata de delitos impropios de omisión, ya q la llamada posición de garante es insuficiente para fundamentar la imputación del resultado. Para concretar más en la materia , conviene distinguir entre:

–Delitos de omisión pura: Todos los sujetos q en un momento dado tengan deber de actuar , son autores.Únicamente en caso de q la posibilidad de obrar afectara sólo a unos sujetos y a otros no, podría plantearse como inducción, ya q la complicidad entendida como aportación no se imagina en una omisión pura; la conducta del q induce a no actuar a quien puede y debe hacerlo, en suma, constituir una de las hipótesis con problemática específica .

–Delitos de omisión impropia: Aquí aparece con carácter determinante la necesidad de q concurren los requisitos exigido en el art 11. Si el sujeto participe tb ocupa una posición de deber jº será igualmente autor. Si no la ocupa se sostiene doctrinalmente q podrá ser considerado como si se tratara de una intervención de extraneus en delito especial.Pero, como ha destacado O. de Toledo, en la mayoría de los casos , el sujeto q no ocupa una posición de deber jº de obrar (o de garante) cometerá simplemente, y en su caso, el delito descrito en el art 450 CP(omisión del deber de impedir determinados delitos) o bien en el art 159 CP (omisión del deber de socorro).

LECCIÓN 34:"Los delitos imprudentes "

I–Características generales del delito imprudente. Concepto y clases de imprudencia:

En el CP anterior el tema por el q se incriminaban las causas imprudentes era de cláusulas generales de imprudencia q se referían a todos los delitos. Pero el CP del 95 rompe este esquema y se inclina por una incriminación específica de cada uno de los delitos q quería incriminar.Este cambio se debe al hecho de q el tema anterior estaba sembrado de mucha inseguridad jº pq dejaba a los jueces la elección de los delitos q podían ser imprudentes o no.

Así por diversos motivos como son :seguridad, practicabilidad,...el D° comparado decidió q el D° debía incriminar los menos spts posibles; por lo q los delitos imprudentes son escasos y determinados. Actualmente hay 22 sptos de los cuales 19 son delitos y 3 faltas.

Podríamos definir la imprudencia como : ejecución del tipo objetivo de un delito doloso, a causa de haber infringido un deber de prudencia o de cuidado, sea por ignorar la concurrencia de ese deber,y con ello, hasta la misma situación de riesgo, o pq, aun conociéndola, el autor creyó q un resultado previsible no habría de producirse, todo ello realizando una acción q objetivamente puede ser imputada al autor.

En la ley sólo encontraremos dos clases de imprudencia:

—grave

—leve

Lo que lleva a los Tribunales españoles a decidir si una conducta imprudente es grave o leve, depende exclusivamente de la entidad q haya tenido la violación de la norma de cuidado y la potencialidad de daño q entrañara la acción realizada.

Las imprudencias graves son las únicas q pueden merecer la calificación de delito, mientras q las leves tienen la consideración de falta. Resulta importante señalar q la calificación de grave o leve no depende de la gravedad del resultado, por lo q podrá darse la causación imprudente de una muerte q reciba la calificación de leve, si se estima q la conducta no traspasó normas de ciudad y si únicamente aspectos de esas mismas normas.

En el CP del 95 se hace referencia a los delitos imprudentes en los sguts arts:

* ART 5 : donde se establece el ppio de imputación subjetiva, por lo q no hay delito q no sea sin dolo o imprudencia

* ART 10 :donde se señala q no hay acciones u omisiones dolosas o imprudentes , q no estén penadas por la ley.

* ART 12 : q tiene el sentido de transformar el stma anterior de clausulas generales. Yexpresa q el nuevo stma es un "numerus clausus" de delitos imprudentes (leer)

* ART 14.1 : donde se habla del error del tipo.

II– El tipo de lo injusto de los delitos imprudentes de acción. Especial referencia al desvalor del resultado:

Es común decir q los delitos imprudentes externamente son iguales q los delitos dolosos; y en verdad, la muerte de un persona atropellada es lo mismo si se provocó, o no, intencionalmente. De ahí nace la afirmación de q el tipo objetivo del delito imprudente y doloso es lo mismo, pero con ella sólo nos referimos al resultado típico. Así, se puede deducir q la diferencia radica en la parte subjetiva del tipo.

En nuestro stma. los delitos imprudentes están señalados expresamente por la ley; la cual señala, en referencia con determinados tipos dolosos, q tb se podrán castigar como imprudentes en su caso.

En los delitos imprudentes, al igual q en los dolosos, la causalidad es de gran transcendencia. Pero poco a poco, la causalidad irá dando paso a a la actuación contraria a la norma, es decir, a los criterios q se concentrarán en el ppio de *imputación objetiva del resultado*.

Por este camino se comprobarà q en el delito imprudente, la imputaciòn de resultado se puede desligar del nexo físico-causal en favor de un razonamiento q establezca un vinculo normativo entre la lesiòn de un bien jº y la conducta de una persona q en un momento anterior al suceso realizò una acciònq entrañaba un peligro intolerable para la norma de cuidado destinada a evitar daños q luego se producen por la actividad de otra persona (ej: todo tipo de negligencias)

Asì, en el delito imprudente el criterio fundamental para la atribuciòn del resultado serà el de la realizaciòn de una acciòn q a priori y con contrariedad a la norma de cuidado entrañe peligro para un bien jº, es decir, lo q importa es la peligrosidad.

III– El deber subjetivo de cuidado :

En el àmbito del delito imprudente se ha sufrido un cambio, ya q se ha pasado de pensar q la imprudencia era la causaciòn de un resultado q el autor hubiera podido prever y evitar, a pensar a traves de una concepciòn normativa q señala q la imprudencia es una infracciòn del deber de cuidado. Esto se debe a q se ha considerado q es en el elemento normativo, es decir, en el deber de cuidado donde reside la esencia de lo injusto de la imprudencia.

Muchas veces este deber de cuidado estarà taxativamente descrito por la ley; pero en otras ocasiones ese deber no tendrà una descripciòn jº–positiva, sino q nacerà de normas no escritas (costumbres,cultura...) y entonces el juzgador tendrà q determinar los límites de ese deber.En esta labor acudirà no sòlo a criterio estereotipados, como la prudencia del hombre medio, sino tb a valoraciones inseparables de la imprudencia como injusto general y personal.

En cuanto a los deberes personales de cuidado, el interprete o el Juez deberàn entrar a valorar las especiales capacidades o limitaciones del sjto al q se juzga en relaciòn con su personal capacidad de previsiòn y de control de riesgos posibles.

En los delitos imprudentes tb es caracterìstico el q el resultado se pueda prever, con independencia de q el sjto lo haya previsto o no. Esta previsibilidad a la q nos referimos debe ser una previsibilidad objetiva de cuidado nacida para evitar un resultado concreto.

Si en el estudio de la previsibilidad se llega a la conclusiòn de q el resultado no es previsible para ningun hombre medio, se puede abandonar el examen del hecho pues no podrà ser configurada una conducta imprudente. Pero puede suceder q para un hombre medio sea previsible pero para el autor no lo haya sido, y al contrario. Estas posibilidades sirven a algunos autore para sostener q la imprudencia es un tipo injusto personalisimo pq en esos casos en los q no serìa punible para un hombre medio , sì puede serlo para el autor concreto.Esto nos lleva a concluir q la nota de prevesibilidad objetiva actúa igualmente, prescindiendo de q el concreto autor del hecho no haya previsto lo q cualquiera hubiera debido prever.

IV– El tipo de lo injusto de los delitos imprudentes de omisiòn :

En referencia al tipo de lo injusto de los delitos imprudentes omisivos, tiene q haber una posiciòn y un deber de garante; debe darse omisiòn propia o impropia. Se puede plantar el spto de impurdencia consciente o inconsciente, para lo cual habrìa q plantearse las pautas del riesgo permitido.

La explicaciòn del riesgo permitido descansa en una valoraciòn real y social de las acciones humanas q lleva a aceptar como normales y prudentes acciones q en teorìa necesariamente entrañan un peligro. Esto se da pq la sociedad vive con un margen de riesgo aceptado y q se presenta como necesario.

De esta forma a la hora de calificar a un hecho como imprudente o prudente debemos examinar si se encuadra dentro de el riesgo permitido , en cuyo caso no serà calificado de imprudente. Como se puede

observar, el riesgo permitido actúa como un límite del delito imprudente .

V– Justificación y atribuibilidad en los delitos imprudentes :

La estructura de los delitos imprudentes admite el estado de necesidad y el cumplimiento de un deber, tal y como demostró Mir. (no hay más)

Respecto de la atribuibilidad, no encontramos excepcionales características en el delito imprudente.

VI– Autoría y participación en los delitos imprudentes :

En la autoría y la participación tampoco hay grandes cambios, pero se plantean modalidades de autoría, como la coautoría, donde el acuerdo no se dirigirá a atacar el bien *jº* sino a realizar el comportamiento imprudente. En referencia a la autoría mediata también cabe aunque sea difícil.

Cabe la participación, y en el caso de la inducción se refiere a la infracción del deber de cuidado.

CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES. CONCURRENCIA DE DELITOS Y DE LEYES.

LECCIÓN 35 : "Tª general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal".

I– Significado y relación con los estudios del delito y de sus consecuencias *jº*:

?

II– Clases , naturaleza y efectos :

Existen 2 catálogos correspondientes a las circunstancias atenuantes y agravantes; y a los que hay que añadir la circunstancia mixta de parentesco o relación afectiva del art 23 CP, que recibe el calificativo de mixta porque puede tener efecto agravatorio o atenuatorio según los casos que no están previamente fijados en la Ley, sino que el Juez debe derivar de la naturaleza de cada infracción.

En la evolución legal de las circunstancias cabe señalar que se registra un proceso de reducción del nº de las mismas, siendo en la actualidad 5 circunstancias atenuantes porque no se pueden considerar como tal el art 21.1 CP, que define las eximentes incompletas , y 8 son las circunstancias agravantes. Aunque el repertorio de las circunstancias atenuantes es más breve en principio que el de las agravantes , se ensancha relativamente merced a la denominada atenuante de análoga significación, que estudiaremos más adelante.

Como se desprende de los arts. 65 y 66 del CP, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no son opciones normativas a libre disposición de los Tribunales, sino que deben ser tomadas en consideración para disminuir o aumentar la pena. Por consiguiente, su apreciación no es una facultad de la que disponga el Tribunal. Pero , ninguna ley puede prefigurar las situaciones concretas en las que los Tribunales quedan obligados a admitir la eximente, lo que en la práctica se traduce en cierta libertad, la misma que existe para apreciar o no la tipicidad de una conducta.

La incidencia de la apreciación de las circunstancias está legalmente fijada en el art. 60 y siguientes del CP. Para ello, se toma el marco legal de pena previsto al delito correspondiente y se sigue el *stima* de siempre. El efecto de las circunstancias en la medición de la pena, tiene un límite : que en ningún caso es posible traspasar el marco penal por agravación. La limitación al marco penal previsto en cada delito es lógica, porque expresa la pena decidida por el legislador como máxima para la infracción; nunca la agravación puede llegar al punto de transformar punitivamente al hecho en un delito más grave que el cometido.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben diferenciarse de otros motivos de alteración de la reacción jº-penal. Así, deben distinguirse de :

a)–*Eximentes incompletas*: tienen su fundamento legal en el art. 21.1 del CP, q posteriormente desarrolla las circunstancias atenuantes. Tb es verdad q las eximentes incompletas sirven para construir circunstancias atenuantes por analogía. pero esto es en lo único q se paracen ; las diferencias son importantes :

1º– Podemos definir la eximente incompleta con aquella eximente en la q, no faltando ningún requisito esencial, carece de algunos de los requisitos accidentales. La naturaleza, por tanto, de la eximente incompleta es la misma q se da a la eximente ppal de la q derive. De esta forma, se separa de la polémica existente a cerca de la esencia de las circunstancias modificativas.

2º Las eximentes incompletas reducen la pena imponible, mientras q las circunstancias modificativas atenuantes únicamente determinan la imposición de la pena prevista para el delito en su mitad inferior, salvo en el caso en q concurren dos atenuantes y los tribunales lo consideres como una muy cualificada, en cuyo caso se reduce la pena en un grado. Así , los efectos de la eximente incompleta son distintos de los de las circunstancias atenuantes.

3º Las eximentes incompletas no se pueden compensar con circunstancias agravantes, cosa q sí sucede en relación entre éstas y las circunstancias atenuantes.

b)–*Las circunstancias específicas cualificadoras*: son aquellas circunstancias descritas junto a determinados tipos penales en los q el legislador dispone su concurrencia para cualificar (agrarar) o para privilegiar. Se diferencian de las circunstancias modificativas en :

1º No se someten al régimen jº de las circunstancias

2º La presencia de esas circunstancias genéricas no obsta para la apreciación de las circunstancias genéricas .

III– Comunicabilidad, inherencia y compatibilidad :

?

IV– Atenuantes analógicas :

Se regulan en el art 21.6 del CP y se define como la expresa autorización legal para construir atenuantes recurriendo a la analogía; analogía q a su vez se puede establecer tanto en relación con las atenuantes en sentido estricto, cuanto con las eximentes incompletas, lo cual sin duda abre un importante crecimiento a la atenuación.

LECCIÓN 36: "Atenuantes":

I– Eximentes incompletas:

Mirar el apartado II del tema anterior.

II–Circunstancias q disminuyen la imputabilidad :

En el art. 21 del CP se señalan en sus 6 pto la 6 circunstancias q atenuan la responsabilidad :

1º)– En este apartado se hace referencia a las eximentes incompletas , q se dan cuando falta algún requisito no esencial de las eximentes completas de responsabilidad.. Ya hemos señalado q no se trata de un circunstancia

modificativa stricto censo

2º)– Aquí se hace referencia al problema de la drogodependencia, q puede llegar a suponer una alteración psíquica absoluta y productora de inimputabilidad, o la privación de capacidad de orientar la conducta o conforme al sentido a causa de la fuerza del síndrome de abstinencia . Este consideración puede resultar insuficiente ya q se podría incluir en el régimen general de circunstancias eximentes incompletas. De esta forma, encontramos q la drogodependencia u el síndrome de abstinencia pueden recorrer las situaciones de inimputabilidad, semiimputabilidad e imputabilidad con atenuación. El fundamento de esta atenuación hay q buscarlo en la influencia de la antigua atenuante por embriaguez .

3º)– Describe la atenuación por estado pasionales. Esta circunstancia decansa en la aceptación de la fuerza de una situación emocional en la q el autor, si bien perdió el control de sus actos, si estaba sometido a una presión espiritual q le impulso a actuar. Historicamente, el Dº español ha admitido esa significación a la reacción a la provocación, a la vindicación próxima a la ofensa, al arrebató u obcecación, a los móviles pasionales, situaciones todas q pueden resumirse en una circunstancia atenuante, cuya delimitación ppal se suele trazar con la eximente incompleta de trastorno mental transitorio.

4º)– La atenuante por confesión espontánea tiene su razón de ser en su utilidad político–criminal entendiéndose q estimula la resolución de los problemas penales el ofrecer benevolencia al autor si decide entrearse voluntariamente.

5º)– Relativamente nueva es la atenuante de reparación a la víctima por el daño ocasionado o de disminución de sus efectos , en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral. En el modo en q se formula se dota de una especial eficacia a la reparación del perjuicio siguiendo con los criterios defendidos en la moderna política criminal, aun cuando una simple atenuación de la pena es solamente parte de los efectos de reparación propuestos en doctrina o incluso aceptado por el CP.

6º)– Es especialmente importante pq adquiere particular relieve pq establece la autorización para construir circunstancias atenuantes no expresamente previstas recurriendo a la analogía "in bonam partem" , único caso q reconoce el CP y q no puede ser minusvalorado, pues su alcance es muy amplio gracias a la posibilidad de vinculación, a través de la 1º circunstancia .

III–Actuaciones posteriores a la realización del hecho:

mirar el apartado 4 y 5 del epigrafe anterior.

IV– Atenuantes analógicas:

mirar apartado 6 del epigrafe anterior

LECCIÓN 37: "Agravantes".

I– Circunstancias q incrementan la peligrosidad del hecho :

El CP del 95 ha decidido una profunda reducción del nº de circunstancias agravantes, q ha quedado reducido a 8. Así en el art 22 del CP se desarrollan las mismas de la siguiente forma:

A)– *Ejecutar el hecho con alevosia* : La alevosia existe cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos, o formas q tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo q para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

A pesar de ser una agravante genérica, la de alevosia solamente es preciable en los delitos contra las personas.

De esta agravante se ha dicho q se valorarà desde una contemplaciòn estrictamente objetiva, ya q la alevosia legal, a diferencia de la literaria, se examina en base a los medios , modos o formas de la ejecuciòn por sÌ mismos, ya q son ellos los q la producen y no la intenciòn de la persona.

Esto ha llevado a muchos penalistas a se˜alar q es una contradicciòn conceder la calificaciòn de agravante a algo q es la normalidad del comportamiento criminal; es decir, no es extraño q el deinciente busque modos o formas de ejecuciòn del delito q aseguren su ejecuciòn, y ademàs , tb la falta de defensa del ofendido.

B)– *Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras persona q debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente*: en esta agravante se mezclan diversas cosas pero q tienen en comun un hecho : aprovechamiento de la superioridad. AsÌ , aparecen las sgts diferentes situaciones :

– Ejecutar el hecho mediante disfraz: esta regulaciòn se debe a la frecuencia con la q se usan antifaces, capuchas, medias ,...Se entiende por disfraz cualquier vestimenta o complemento q impida la identificaciòn del sjo. Pero, si recordamos q el fundamento de esta agravante es la obtenciòn de superioridad frente a la victima, observamos q el disfraz puede dificultar la investigaciòn policial, pero no genera en sÌ mismo superioridad respecto de la victima; salvo en los casos de violencia callejera en los q el recurso del disfraz es conditio sine qua non de su producciòn.

– Abuso de superioridad: se ha dicho q forma parte de la naturaleza humana intentar beneficiarse de todos los factores personales y objetivos q sirvan de ventaja. El TS considera siempre alevosos los casos q se cometan, por ej, contra un ni˜o, un anciano, o una persona agredida por dos o mäs , debido a la incapacidad total de defensa y al hecho de q la superioridad es anterior al delito y seguramente , determinante del delito.

– Aprovechamiento de las circunstancias de lugar o tiempo o auxilio de otras personas: esta circunstancias es sòlo relevante en aquellas ocasiones en q el lugar o el tiempo afectan a la ejecuciòn de delito, pq dan lugar a la indefensiòn de la victima. Por ello, en todos los delitos en q la victima no sea una persona fisica no puede aplicarse esta circunstancia agravante.

C)– *Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa*: Tiene especial importancia por ser una de las cualificantes del homicidio (el designado como asesinato). El precio, la recompensa o la promesa han de entenderse como aquella ventaja q espera obtener el ejecutor por su acciòn. Podemos decir q siempre trataremos de beneficio econòmico pq sino estaríamos ante un n° ilimitado de motivos q acabarían agravando a casi todos los delitos , pq la propia naturaleza humana hace q casi todos los actos tengan una motivaciòn.

Esta agravante sòlo pesa sobre quien recibe el dinero o la promesa, independientemente de q le paga se le pene como inductor.

D)– *Cometer un delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminaciòn referente a la ideologìa, religiòn o creencias de la victima, la etnia, raza, o naciòn a la q pertenezca, su sexo u orientaciòn sexual, o la enfermedad o minusvalia q padezca* : Este agravante tiene una reciente hª debido al aumento preocupante de actos delictivos de impronta racista. En cuanto a los hechos determinantes de la agravaciòn es muy amplia la descripciòn legal, aunq se puede contraer a estos grupos de motivos: racistas, ideològicos y fisicos

E)– *Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la victima, causando a esta padecimientos innecesarios para la ejecuciòn del delito*: Tb es determinante de la transformaciòn del homicidio en cualificado. El fundamento de la pena del ensañamiento se ha situado en un aumento del injusto, pq al bien jº ofendido por el delito se a˜ade la ofensa aumentada a la dignidad y al sentido humanitario. La interpretaciòn del ensañamiento como dolor innecesario ha hecho q a parte de darse en los delitos contra la vida, integridad o libertad sexual, tb se de en los delitos patrimoniales (ej: robo con destrozos innecesarios).

F)– *Obrar con abuso de confianza*: existe cuando el autor se aprovecha de una situación en la q otra persona ha fiado en su probidad y lealtad, o bien le permite el acceso a ámbitos reducidos de su propia vida, o comparte su casa o trabajo; es decir, todos aquellos casos en los q la víctima no se espere de aquella persona concreta un acto delictivo. Cuando la jurisprudencia ha intentado perfilar este campo, generalmente, se ha referido a relaciones de carácter laboral o parentesco o familiaridad casi siempre en delitos de carácter económico y falsario.

G)– *Prevalerse del carácter público q tenga el culpable*: esta agravante queda circunscrita a aquellos delitos q siendo esencialmente comunes, pueden aparecer cometidos por un funcionario público q se aprovecha de la teórica superioridad q eso puede dar en ciertos casos y en relación con algunas personas.

H)– *Ser reincidente* : hay reincidencia cuando al delinquir , el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este CP, siempre q sea de la misma naturaleza; no se computarán los antecedentes penales cancelados o q hubieran podido serlo.

De la reincidencia se ha dicho q aumenta la culpabilidad , por cuanto es mayor el reproche q se puede hacer a quien por propia experiencia sabe bien cuál es el sentido de las prohibiciones jº . Otros autores señalan q la reincidencia constituye un fracaso de la eficacia del Dº Penal .

El CP del 95 no hace diferencia entre reincidencia y reiteración , como lo hacía en CP anterior , el cual separaba reincidencia llamada específica como más grave q la reiteración o reincidencia genérica . El actual CP sólo atiende al la 1º reincidencia.