



- I. Lesividad y punibilidad: Consideraciones generales; el resultado del delito.–
- II. Causas personales de exclusión de la pena.–
- III. Condiciones objetivas de punibilidad.–
- IV Presupuestos de procedibilidad.

- ① La teoría del delito nos permite ir comprobando si se dan los elementos que fundan la responsabilidad penal. No se trata de meros datos psíquicos, sino de una ordenación de operaciones de imputación de responsabilidad y de medición de lo imputado conforme a una regla o norma. Así, hemos analizado el suceso y comprobado que no era mero proceso natural (L.1), sino producto de un acto humano. Es este acto humano el que a continuación se analiza en su faceta objetiva y subjetiva (L.2 y L.3), aun sabiendo que deslindar lo objetivo y lo subjetivo es menos fácil de lo que en el lenguaje ordinario a veces se expresa. Surgieron entonces dos grupos de casos en los que la faceta subjetiva no coincidía con la objetiva, los llamados tipos incongruentes (L.4 y L.5).

Lo anterior se refiere a normas prohibitivas, que dan lugar a tipos de carácter comisivo. Lo mismo se aplica *mutatis mutandis* a las normas prescriptivas, que dan lugar a tipos omisivos. Éstos guardan algunas peculiaridades, que merecen un estudio separado (L.6). Y también a las normas facultativas, que dan lugar a los tipos de (causas de) justificación, como la legítima defensa y estado de necesidad, entre otros (L.7 y L.8).

Concluido el análisis de lo anterior, podremos afirmar si el hecho es antijurídico (o, por el contrario, si queda justificado, porque concurre una causa de justificación). Es entonces el momento de atribuir o imputar al agente su hecho como culpable (L.9, L.10 y L.11). Afirmaremos entonces que el agente A es culpable del hecho h (que es antijurídico). Obsérvese que son los hechos los que se califican como antijurídicos o justificados, mientras que es el agente a quien se considera como culpable o no.

Una vez afirmado que el agente es culpable, estamos en condiciones de concluir. La teoría del delito nos ha permitido afirmar si el agente es culpable de su hecho antijurídico. Procederá entonces imponerle la consecuencia que la ley penal tenía definida para estos casos: la pena (si el agente no es culpable, habrá, en cambio, que imponerle una medida de seguridad). En definitiva, la teoría del delito nos ha permitido decidir si procede la aplicación de las consecuencias penales de la conducta humana.

Sin embargo, con la teoría del delito hasta ahora descrita, no se pasa revista a todas las categorías que condicionan la imposición de una pena. Hay situaciones en las que el legislador ha considerado preferible no imponer una pena por razones distintas de la

**Y ahora...  
¿cómo  
castigarlo?**

«La Ley de las XII Tablas parece que distinguió los robos manifiestos y los no manifiestos, castigándolos de una manera muy distinta. El autor del robo manifiesto, cogido en la misma casa, ó al tratar de huir con su botín, era condenado á muerte siendo esclavo, y siendo libre quedaba por esclavo del robado. Al autor del no manifiesto, cogido en otras circunstancias distintas, se le imponía solamente la obligación de restituir el duplo de lo robado» (H.S. MAINE, *El Derecho antiguo*, trad. española, Guerra, Madrid, 1893, p 109).

antijuricidad y culpabilidad. Dicho de otro modo: las categorías de la teoría del delito hasta ahora analizadas son condición necesaria, pero no suficiente, para la sanción penal. No son condición suficiente, porque es preciso que, además, concurren otros elementos. Consideremos C.141.

☛ **C.141 Caso «hermanos pero no “primos”»**



*«Sobre las 4 horas del día 29 de Septiembre de 1996 el acusado Bernardo A.S., mayor de edad y sin antecedentes penales, entró por la puerta que se encontraba entreabierta en el domicilio de su hermano José, sito en la localidad de Romilla La Nueva, provincia de Granada, c/ Sierra Nevada núm. ... y del garaje se apoderó de un ciclomotor marca Trueba, número de identificación ..., valorado pericialmente en 45.000 ptas.; el ciclomotor fue posteriormente recuperado y devuelto a su legítimo propietario» (STS de 20 diciembre de 1999, ponente: Granados Pérez; RJ 2000\10665. Un comentario crítico a dicha resolución en Los delitos de robo: comentarios a la jurisprudencia, SILVA SÁNCHEZ [dir.], Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2002, pp 91-100).*

A partir de estos hechos, cabe destacar sobre la responsabilidad del acusado Bernardo A.S.:

I. Se describe cómo Bernardo entra en la casa de su hermano y se apodera de un ciclomotor. Y no se afirma nada que pueda poner en duda que dichos verbos son realización de una conducta. Cabría la posibilidad de que un sonámbulo entrara en la casa, pero de este dato nada se dice. En definitiva, Bernardo lleva a cabo un proceso humano (no del hombre), externo y susceptible de autocontrol en la medida en que nada se afirma sobre una fuerza física irresistible que le violentara a entrar. Bernardo lleva a cabo una conducta humana.

II.1. Procede entonces analizar si dicha conducta realiza el tipo objetivo de alguna infracción penal (imputación objetiva). En concreto, nos planteamos si su conducta ha realizado el tipo de hurto, puesto que al entrar por una puerta que estaba abierta y no dirigirse a su hermano, no habrá fuerza en las cosas ni violencia ni intimidación en las personas, respectivamente (tipos de robo, en cambio). Para el hurto se precisa constatar una relación de causalidad entre la conducta en cuestión y el desapoderamiento (más en concreto, como exige la jurisprudencia: apoderamiento con disponibilidad siquiera potencial sobre la cosa). De la causalidad entre la conducta de Bernardo y el desapoderamiento de José no cabe dudar, pues el único factor mencionado en los Hechos es la intervención de Bernardo, por lo que, suprimida ésta mentalmente, desaparece el resultado. Pero el tipo de hurto exige además otros elementos (cosa mueble, ánimo de lucro). La motocicleta se considera cosa mueble. El ánimo de lucro se infiere de la incorporación de la cosa al propio patrimonio más allá de cierto tiempo (si el tiempo fuera escaso,

## Presupuestos de punibilidad y procedimiento

cabría la posibilidad de entender que se trataba de un hurto de uso: art. 244). En este caso, tampoco se afirma que el apoderamiento fuera temporal o de uso, por lo que se entiende que es definitivo, y con ello que el agente no puede no obrar con ánimo de lucrarse. Con otras palabras: entrar en morada ajena, y hacerse con la motocicleta durante un tiempo prolongado sin devolverla despliega un riesgo típicamente relevante constitutivo de hurto: entre los riesgos que el legislador desea prevenir con el tipo del hurto se halla claramente uno como éste. Más aún, como el único factor que se menciona en los hechos es la conducta de Bernardo, cabe afirmar que dicho riesgo se realiza en el resultado. Por tanto, el apoderamiento por parte de Bernardo es imputable a su conducta de hacerse con la motocicleta. Se cumple el tipo objetivo del hurto, el cual admite la variante de delito (superior a 400 € art. 234; o inferior, art. 623.1; en el momento de ser juzgados los hechos, la ley se refería a 40.000 pts. como límite).

Cabe plantearse si la condición de hermanos entre sí de Bernardo y José haría desaparecer la tipicidad (dicho de otro modo: que entre hermanos no hay hurto). Pero el código penal no distingue en cuanto al sujeto activo del hurto (arg. gramatical) y sabemos que existe una circunstancias modificativa de la responsabilidad, pero no eximente, como el parentesco entre el que se incluye el de los hermanos (arg. sistemático). La condición de hermanos entre sí no hace desaparecer la tipicidad, aunque volverá a plantearse más adelante, en otro lugar.

II.2. Pasado el filtro de la imputación objetiva, hemos de comprobar si subjetivamente podemos imputar al acusado dicho tipo objetivo. Se trata de analizar si su conducta de apoderamiento es además dolosa. De las reglas de experiencia que una persona normal como Bernardo (nada se dice que sufriera un déficit cognoscitivo ni de socialización) poseería, cabe inferir que si entra en casa ajena, se hace con la motocicleta y desaparece durante un tiempo prolongado sin devolverla, sabe que está haciendo suya la cosa. Y quien sabe que se lleva lo ajeno y no se detiene en su ejecución sabe que hurta. Concorre, por tanto, el dolo propio del tipo de hurto. Se cumple el tipo subjetivo (dolo) del hurto.

II.3. Podría cuestionarse si dicha conducta, objetiva y subjetivamente imputable, quedaría justificada por el hecho de que autor y víctima sean hermanos entre sí. Pero dicha relación de parentesco no hace desaparecer la antijuricidad, porque ésta se refiere al hecho y el parentesco a la condición de las personas (arg. teleológico). No se ve afectada la antijuricidad de la conducta. Tampoco hay indicios para pensar que la culpabilidad se vea afectada (nada se dice que permita dudar de su inimputabilidad, o de que le sea inexigible obrar de otra manera; como a cualquier persona, se le puede atribuir el conocimiento de que hurtar está prohibido incluso penalmente). Por tanto, la conducta de Bernardo es típicamente antijurídica y le es imputable además como culpable.

II.4. En cuanto a la punibilidad de Bernardo por su conducta de hurto, surgen algunas dudas. En primer lugar, la cuantía de lo sustraído es concebida a veces por la jurisprudencia como una condición objetiva de punibilidad: no se ve afectado el tipo sino la concreta punibilidad de su conducta. Si se acepta que la cuantía de los 400 € (en el momento de ser juzgado, 40.000 pts.) constituye una condición objetiva de punibilidad, el dolo del agente (Bernardo) no debe referirse en concreto a dicha cuantía, sino que bastaría con que al obrar supiera que se llevaba algo. Por lo demás, si lo sustraído no superara la cuantía en cuestión, o si se aceptara que erró sobre el valor de lo sustraído, entraría en su lugar una infracción subsidiaria, la de hurto constitutivo de falta (art. 623.1). Y ello, porque se sepa o no el valor, lo cierto es que algo vale.

En segundo lugar, el propio código penal prevé que ciertas relaciones de parentesco entre autor y víctima dan lugar a la impunidad del autor en algunos delitos patrimoniales (básicamente, si no se hace uso de violencia o intimidación): art. 268. La razón de ser de dicha previsión es evitar el efecto de la pena en los parientes, por entender que la menor gravedad del delito y la posibilidad de resocialización del autor, hacen innecesaria la pena. Se trata de una excusa absolutoria (circunstancia del autor del delito preexistente a éste y que hace innecesaria la sanción, por razones de política criminal: evitar una «pena indirecta» para los parientes víctimas, que se verían *castigados en* el pariente autor). Siendo así, ¿es aplicable esta excusa absolutoria cuando los hermanos no viven juntos? La cuestión fue debatida. Por una lado, la letra de la ley afirma claramente para los parientes afines o cuñados (pero no para los hermanos): «si vivieren juntos» (arg. gramatical, *a contrario*). Además, el texto vigente hasta 1995 afirmaba que la exención operaba para «los hermanos y cuñados, si vivieren juntos», art. 564.3.º (arg. histórico, *a contrario*). La circunstancia mixta de parentesco, que también se refiere a los hermanos, nada añade sobre el requisito de que convivan o no (arg. sistemático, *a contrario*). Pero, por otro lado, ¿no habrá por el contrario una razón de peso, basada en el sentido y finalidad de esta excusa absolutoria que haga aconsejable la exención también a los hermanos que no viven juntos? (posible arg. teleológico). No cabe olvidar la razón de ser de tal excusa absolutoria: evitar que la pena cause males mayores, además del delito cometido, en el seno de la familia. Pues bien, el mero dato del parentesco entre autor y víctima no es bastante para poder satisfacer esa finalidad, pues cabe pensar que los hermanos pueden hallarse enfrentados y enemistados entre sí, de manera que la exención no tendría entonces sentido. Es más, sería paradójico que a la enemistad entre ellos se sumara la impunidad del autor de un hurto contra su hermano. La exención tendría en cambio sentido cuando viven armónicamente y la pena introduciría en las relaciones familiares un mal mayor (una «pena indirecta» para los parientes

## Presupuestos de punibilidad y procedimiento

víctimas, que se verían *castigados en el pariente autor*). Es más, la razón que ha llevado al legislador de 1995 a suprimir la mención a la convivencia entre autor y víctima es la de evitar una «patente de corso» para delitos patrimoniales entre parientes, y reducir la excusa absolutoria a aquellos casos en que efectivamente la pena sea innecesaria (por lo que los arg. gramatical, sistemático e histórico adquieren nuevo sentido a la luz de este dato teleológico). Poco sobre ello se dice en el caso. Si vivieran juntos –aunque no se dice en los hechos, cabe pensar que no es así (el autor entra desde el exterior a las 4 horas)–, sería posible que Bernardo, quedara amparado por la excusa absolutoria por el hurto efectivamente cometido contra su hermano, José. Lo cual no haría desaparecer la responsabilidad civil (con restitución, reparación o indemnización de daños y perjuicios, en su caso) de Bernardo, a favor del propietario víctima, por el delito efectivamente cometido.

III. En conclusión, si se prueba que autor y víctima vivían juntos, cabe defender la impunidad de Bernardo por concurrir la excusa absolutoria prevista en el art. 268. Si no vivieran juntos, dicha excusa absolutoria carecería de sentido, como parece inferirse de los hechos<sup>1</sup>. Dicha exención de responsabilidad penal no afecta a la responsabilidad civil, que obligaría al autor.

<sup>1</sup> La jurisprudencia, en cambio, entiende que el parentesco de hermanos entre autor y víctima, vivan o no juntos, da lugar a la impunidad del hermano autor: cfr. en la STS 20 de diciembre de 2000.

Cfr. también C.61, C.102.

- ① Como se ha podido ver, la relación de parentesco entre autor y víctima no es un elemento que afecte en este caso a la antijuricidad de la conducta ni a la culpabilidad del agente. Es cierto que en algunos casos el parentesco puede ser elemento de la antijuricidad, como cuando se lesiona o da muerte a un hijo, en cuyo caso se trataría de un hecho más grave en su contenido antijurídico. El parentesco en C.141 opera como un factor que impide imponer una pena, pues se prefiere que el Derecho penal no intervenga en el ámbito familiar, puesto que sus efectos podrían ser peores. Obsérvese que la conducta sigue siendo antijurídica y el agente culpable y son consideraciones de conveniencia las que llevan a dejar de imponer una pena. En este caso, por consideración a la institución familiar. En otros casos las consideraciones responden a mera utilidad por los efectos que produce en cuanto a evitar nuevos delitos: es lo que sucede en C.142.

### ☛ C.142 Caso del «oportuno comerciante»



*«El 29 de diciembre de 1994 Carlos C.T. llevó a cabo una operación inmobiliaria, de forma que obtuvo en la venta de un solar de su propiedad la cantidad de 82.500.000 pts., cantidad que no fue declarada en su totalidad en la declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas correspondiente a 1994, en la que sólo se*

*hizo mención por este concepto de una cantidad de 40.000.000 pts. Asimismo, durante el ejercicio fiscal correspondiente al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas del año 1994, el acusado procedió a suscribir un total de 106.100 participaciones de los llamados Fondos de Inversión Multivalor que la entidad Bankpyme sacaba al mercado, por un valor de suscripción de 118.500.000 ptas., suscripción que ingresó en la cuenta núm. ... abierta en la citada entidad, que finalmente canjeó en 1.061 títulos al portador en fecha 28-1-1995. Estas cantidades no aparecen en las declaraciones ordinarias del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas e Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio relativas a los ejercicios de 1994 y 1995. Por el Juzgado de Instrucción número 3 de Barcelona se iniciaron actividades de investigación e instrucción, que le fueron notificadas a Carlos C.T. el día 3 de enero de 1998. Sin embargo, en fecha 29 de diciembre de 1997 el acusado acudió a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y realizó autoliquidaciones complementarias de las anteriores declaraciones, en las que afloraban las cantidades antes mencionadas. El 3 de enero de 1998 ingresó el importe debido en concepto de los IRPF e IEPPF, que ascendían en total a 37.559.082 pts. y 41.949.031 pts. respectivamente» (STS 29 septiembre de 2000, ponente: García Ancos; RJ 9251).*

I. De los hechos descritos, cabe resaltar cómo Carlos C.T. ha realizado al menos dos operaciones, que después ha omitido declarar en la totalidad de su cuantía por los impuestos sobre la renta y patrimonio. El Juzgado de Instrucción inició diligencias de instrucción, que no le fueron notificadas hasta pasados unos días. Durante esos días Carlos C.T. había procedido a declarar esas cantidades (29 de diciembre de 1997) e incluso a hacer ingreso de la deuda tributaria por ellas debidas (3 de enero de 1998), ingreso que se produce el mismo día en que se le notifica el inicio de las diligencias por parte del Juzgado.

II. Partiendo de que los hechos probados son como se han descrito, y que no son susceptibles de alteración, podemos señalar lo siguiente en cuanto a la responsabilidad penal de Carlos C.T.

II.1. Nada hay en los hechos que permita dudar de la concurrencia del elemento básico y fundamental de la teoría del delito, como es el de la conducta humana. Y ello, sobre todo porque quien lleva a cabo operaciones económicas no puede hacerlo estando dormido, violentado por una fuerza irresistible o padeciendo movimientos reflejos. Hay conducta humana por parte de Carlos.

II.2. Es preciso analizar si dicha conducta colma los elementos exigidos por el tipo objetivo y subjetivo de un delito. Nos centramos en el delito de defraudación tributaria, del art. 305.1, que exige: defraudar, por acción u omisión, a la Hacienda Pública, mediante la elusión del pago de tributos debidos, por encima de 120.000 €(en el

momento de los hechos, 15.000.000 pts.). En el aspecto objetivo, no cabe dudar de la causalidad de la conducta de Carlos, pues su declaración tributaria realizada omitiendo las cuantías de sendas operaciones generaría una disminución directamente proporcional de la cuota tributaria: más que de una *condicio sine qua non*, es preciso hablar de una *condicio cum qua non*, en la medida en que teniendo en cuenta mentalmente su conducta, desaparecería el resultado de disminución del pago de impuestos. Pero la causalidad no es suficiente, sino que es preciso valorar esa conducta causal además como un riesgo típico suficientemente relevante a los efectos del art. 305.1. A la vista de cómo se configura el sistema de gestión de tributos, si un contribuyente deja de declarar una cantidad (y la cuantía de lo defraudado excede de la prevista en el art. 305.1), la liquidación tributaria va a experimentar una determinación de la cuota directamente proporcional en esa cantidad omitida, puesto que el sistema se basa en la declaración de los obligados, sin que la Administración tributaria tenga que comprobar en detalle lo declarado. Así las cosas, puede entenderse su declaración como un riesgo relevante a los efectos del delito de defraudación, riesgo que además se realiza en el resultado pues en los hechos descritos no se percibe que la disminución de la deuda tributaria no se deba a ningún otro factor. Su conducta realiza el tipo objetivo de la defraudación tributaria.

II.3. En cuanto al tipo subjetivo, es posible inferir el dolo del conocimiento que como persona que lleva a cabo operaciones mercantiles ha de tener de éstas y de las declaraciones tributarias: cualquier persona de sus características sabe que dejar de incluir una cantidad en la declaración tributaria respectiva produce un inmediato efecto de disminución de la deuda. Y si lo sabe, y deja de declarar, y ni siquiera rectifica poco después (caso de que se hubiera equivocado) mediante una «declaración complementaria», sino dos años más adelante, obra sabiendo que declara por debajo de lo debido. La cuantía exigida por el art. 305.1 puede entenderse como un elemento del tipo, que debería ser conocido, al menos aproximadamente por el sujeto, cosa que se puede entender se da, puesto que al haber sido él quien llevó a cabo las operaciones económicas, sabía a cuánto ascendía el monto total, y lo que aproximadamente debería abonar en concepto de tributos (si se entiende –según otra opinión doctrinal– que la cuantía es meramente una condición objetiva de punibilidad, no será preciso el dolo respecto a aquélla, pues no es elemento del tipo). Por todo lo cual, su conducta colma también el tipo subjetivo del delito de defraudación tributaria.

II.4. No hay elementos que permitan dudar de la antijuricidad de su conducta (causa de justificación) ni de su culpabilidad (puesto que, siendo imputable, conoce la prohibición de defraudar y no se halla en situación de inexigibilidad de obrar conforme a la norma). Por lo

tanto, a Carlos C.T. le es imputable como culpable una conducta de defraudación tributaria.

II.5. Queda por analizar si dicha conducta antijurídica de un agente culpable es además punible, o intervienen otros elementos, distintos al hecho, que condicionan la sancionabilidad. Algo más hay de interés en ese sentido en los hechos. Carlos ha defraudado a la Hacienda Pública: de esto no cabe dudar; es más, incluso parece que él mismo lo reconoce. Pero dicha conducta de defraudación no siempre va a necesitar –a los ojos del legislador– una sanción penal, pues en algunos casos se ha arbitrado una vía de evitación de la responsabilidad penal: la regularización tributaria prevista en el art. 305.4. El hecho de que el acusado acudiera a efectuar declaraciones complementarias en los últimos días de 1997, y a ingresar el pago de lo debido el 3 de enero de 1998, permite dudar de la punibilidad de su delito. En efecto, él *regulariza* su situación tributaria, mediante la declaración de los importes omitidos en su momento, y lo hace ante la autoridad tributaria, que acepta esa declaración extemporánea. Más aún, su regularización lleva a que ingrese el importe ocultado. Curiosa coincidencia es, en cambio, que realice el ingreso el mismo día en que se le notifica oficialmente por parte del Juzgado de Instrucción el inicio de actuaciones judiciales. En cualquier caso, ya días antes, el 29 de diciembre de 1997, había procedido a complementar su declaración incompleta, de manera que la Hacienda Pública contaba con sus datos reales y sólo faltaría pagar el importe debido. Se trata de una *causa de levantamiento de la pena*, prevista por el legislador por razones de política criminal (es más eficaz, dentro de ciertos límites, dar la posibilidad al defraudador de que pague aunque sea a destiempo, que proceder penalmente contra él).

III. En definitiva, concurre un factor previsto por el propio legislador en virtud del cual, la conducta post-delictiva de regularización de la situación tributaria permite dejar impune el delito, que como tal (conducta típicamente antijurídica de un agente culpable) existió. La regularización afecta a la punibilidad y deja intactos los elementos previos del delito.

Cfr. también C.102, C.143.

- ① Como se desprende del análisis de los dos casos anteriores, la sanción penal se ve supeditada en ocasiones a que se cumplan algunas condiciones, que el legislador ha valorado por razones de ponderación (C.141) o de utilidad (C.142). Por lo demás, obsérvese cómo en C.141 la condición parental se da con anterioridad al delito, mientras que en C.142 la conducta de regularización tiene lugar con posterioridad y no es planteable hasta que el delito se haya cometido. En el primer caso se habla de excusas absolutorias, mientras que en el segundo de causas de levantamiento de la pena.

Por último, hay una causa que excluye la pena, que tiene lugar con

## Presupuestos de punibilidad y procedimiento

posterioridad al delito y que no depende del agente culpable, sino del titular del *ius puniendi* estatal. Se trata del indulto, expresión del llamado derecho de gracia, por el cual, el titular del *ius puniendi* (debería ser el legislador, aunque en España depende del poder ejecutivo, por razones históricas poco explicables). En este caso, el juzgador se encuentra ante una conducta que constituye un hecho típicamente antijurídico de un sujeto culpable. Y nada hay que condicione la sanción, por lo que debería castigarse, y debe castigarse en efecto. Pero entiende el juzgador que concurren circunstancias que hacen aconsejable dejar de castigar. Puesto que no se trata de ninguna excusa absolutoria ni causa de levantamiento de la pena de las previstas por el legislador, sólo queda la vía de la solicitud de indulto con el fin de evitar el rigor de la ley penal en ese concreto caso. Veámoslo en C.143. En él, el eventual indulto supondría una interrupción o acortamiento (si es indulto parcial) de la pena.

### C.143 Caso del «ludópata»



*«El acusado D. Jesús L. L. en su calidad de funcionario público con destino en la Consejería de Bienestar Social, aprovechando que tenía acceso a la tramitación de expedientes de ayudas económicas a personas con discapacidad, de forma fraudulenta elaboró resoluciones para las que carecía de competencia, confeccionó documentos contables, remitiéndolas al Servicio de Economía y Hacienda para su intervención, logrando de este modo que se decretasen unas ayudas económicas con ingreso efectivo de cantidades de dinero, que en vez de ingresarse en favor de los que aparecían como beneficiarios de las mismas, se ingresaban en un cuenta aperturada por el acusado. De este modo el acusado ingresó en la precitada cuenta durante 3 años un total de 2.826.000 pesetas que el acusado incorporó de modo ilícito a su patrimonio. El acusado al perpetrar estos hechos tenía las facultades intelectuales y volitivas sensiblemente disminuidas a consecuencia de padecer ludopatía y un trastorno adaptativo depresivo. El acusado restituyó a la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha la suma de 2.826.000 pts. y la Junta decidió volverlo a contratar, al haber probado que se encuentra en tratamiento médico-psiquiátrico, en un puesto donde no dispone de la posibilidad de manejar dinero» (SAP Toledo de 26 enero 2001, ponente: Buceta Miller; JUR 82930).*

**A.** De los hechos se destaca cómo Jesús aprovechando su trabajo falsea reiteradamente algunos documentos para conseguir subvenciones que en realidad no van destinadas a personas con discapacidad sino a sus propios fines, para satisfacer la ludopatía que sufría.

**B.** Del análisis de los hechos declarados probados, invariables, se extraen las siguientes conclusiones.

1. Respecto a sus reiteradas operaciones, no cabe duda alguna de que constituyen conducta humana en sentido jurídico-penal, en la medida en que elaborar documentos, remitirlos al Servicio correspondiente, abrir una cuenta bancaria, cobrar el dinero allí ingresado... sólo pueden entenderse como humanas. Demuestran la existencia de alternativas.

2. Jesús aprovechándose de su situación funcional elabora resoluciones y consigue que el Servicio de Economía y Hacienda decrete ayudas económicas que él cobraba. Con estas conductas Jesús está engañando a otro para conseguir un lucro económico propio. Por tanto, crea un riesgo típico de defraudación (usar engaño que produce error en otro) que se realiza en el resultado (engaño que genera un desplazamiento patrimonial), puesto que cobró efectivamente sucesivas cantidades. Su conducta realiza el tipo objetivo del delito de estafa (arts. 248.1 y 438). Para llevar a cabo esta conducta se arroga funciones que no tiene al elaborar resoluciones que no son acordes con la realidad, lo cual supone a su vez un riesgo típicamente relevante de falsedad que aquí también se concreta en el resultado, puesto que llegó a falsificar y poner en funcionamiento (introducir en el tráfico jurídico) distintos documentos alterados (art. 390.1). Por otro lado, él no es un sujeto cualquiera, sino funcionario público y el dinero que está desviando por ese procedimiento pertenece a un organismo público al que él tiene alcance precisamente por la función que desempeña. Su conducta de distraer ese dinero crea un riesgo típicamente relevante de malversación de caudales públicos del art. 432.1 CP, que también se realiza en el resultado, ya que efectivamente ese dinero no se destina al fin para el que ha sido entregado, y ello no se debe a ninguna otra causa si no es a sus falaces maniobras.

No puede dudarse en este caso de que Jesús conoce perfectamente cuál es el riesgo que está creando con sus conductas (sabe que es funcionario, que manipula expedientes, que van dirigidos a un organismo que desembolsa dinero, que el dinero le llega a él...). Por tanto, puede concluirse en este punto que son imputables a Jesús, tanto objetiva como subjetivamente, los distintos delitos.

3. No hay ningún elemento en los hechos que nos lleve a considerar la posible existencia de una causa de justificación. Ni siquiera un estado de necesidad, pues el mal que le reporta su enfermedad no genera un conflicto o crisis irresoluble de otra manera. Siempre le queda la posibilidad de someterse a terapia para solucionarlo.

4. Esto último, su tendencia ludópata, plantea, en cambio, su relevancia a efectos de culpabilidad. Los hechos probados señalan que tenía las facultades intelectivas y volitivas sensiblemente disminuidas a consecuencia de padecer ludopatía y un trastorno adaptativo depresivo. ¿Cómo puede afectar esto a la responsabilidad de Jesús? Cuando lleva a cabo los hechos descritos el acusado se

## Presupuestos de punibilidad y procedimiento

encuentra en una situación peculiar puesto que tiene problemas con el juego para lo que necesita dinero: en concreto, en su proceso de motivación la tendencia al juego es más fuerte que el debido respeto a la propiedad ajena. Esto provoca una alteración psíquica que le lleva a no poder controlar del todo esos estímulos, necesitando de modo imperioso jugar y precisando dinero para poder jugar, por lo que lleva a cabo conductas ilícitas tendentes a conseguirlo. A ello se une un trastorno depresivo incipiente, que según se señala en los hechos, también merma su capacidad decisoria.

Su situación podría ser calificada como una alteración psíquica que le lleva a que, aunque comprenda que estos hechos son ilícitos, no pueda actuar conforme a esa comprensión, puesto que su deseo de jugar es superior al de respetar la norma. El art. 20.1 CP contempla como causa de exención de la responsabilidad criminal “el que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. Ahora bien, esta circunstancia eximente sólo se podría aplicar cuando el sujeto esté absolutamente incapacitado para comprender la norma o para poder actuar conforme a esa comprensión. Que Jesús comprende la norma parece claro. En efecto, conoce perfectamente que su hecho es delictivo, por eso falsifica los documentos, y abre una cuenta, a la que va destinando los sucesivos pagos. Pero, ¿podría actuar de otro modo, o está absolutamente condicionado? Por lo que se desprende de los hechos, cabe afirmar que la situación de Jesús no llega hasta el punto de que él no pueda actuar de otro modo. Podría haberlo hecho, aunque le hubiera resultado difícil. Por esto, el tribunal decide no aplicar la circunstancia eximente completa, sino como eximente incompleta del art. 21.1, en relación con la del 20.1.

Por tanto, a pesar de dar entrada a una eximente incompleta, puede afirmarse que Jesús realiza una conducta típica, antijurídica y culpable. Recuérdese cómo la eximente incompleta no hace desaparecer la culpabilidad, sino que es una regla penológica que no elimina la culpabilidad mínima necesaria. Debería ser sancionado como autor de un delito de estafa, tipificado en el art. 248.1, en relación con el 438; de un delito de falsedad en documento oficial, tipificado en el art. 390.1 y de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1, todo ello con la concurrencia de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con la circunstancia del 20.1, que permitiría rebajar la pena en uno o dos grados. La eximente incompleta en ese caso permite aplicar medidas de seguridad (sistema vicarial) según dispone el art. 104.

5. A pesar de la calificación de la conducta de Jesús como constitutiva de un hecho antijurídico y ser él declarado culpable, hay que analizar la posibilidad de que concurra algún factor que pueda excluir la punibilidad de las conductas imputadas a Jesús. Padece lo que en psiquiatría se conoce como ludopatía que provoca una

adicción o dependencia al juego. La clase de pena que corresponde a los delitos cometidos por el imputado (aparte de la privativa de libertad, la inhabilitación especial, ya que era funcionario público y cometió los delitos aprovechándose de esa situación) implicaría la imposibilidad de seguir desempeñando su trabajo como funcionario. Con ello se le privaría de la posibilidad no sólo de atender al sustento de su familia, sino además de la posibilidad de la mejor terapia posible para el tipo de trastorno que padece que es ir a trabajar.

El hecho de que haya sido de nuevo contratado (en un puesto donde no puede disponer de dinero), haya restituido las cantidades malversadas y se haya sometido a tratamiento médico, pone de relieve que la ejecución de las penas de prisión e inhabilitación difícilmente podría alcanzar una finalidad positiva a efectos de prevención del delito. Aunque haya merecimiento de pena, no parece existir necesidad de ella. Esto es lo propio de la punibilidad: sobre la base del merecimiento de pena, acreditado por la antijuricidad de la conducta, y sobre la base de la culpabilidad, entran en juego otras consideraciones que pueden hacer aconsejable la no aplicación de la pena. Al menos, cabe plantear la posibilidad de reducir o dejar sin efecto las penas que le corresponderían.

C. Por ello, se puede proponer la concesión de un indulto para Jesús. El indulto, caso de que se concediera, operaría como una excepción a la punibilidad del delito, y no afectaría a los fundamentos del delito, que son antijuricidad y culpabilidad. Es expresión, en cambio, de otros motivos distintos a los que inspiran la antijuricidad y culpabilidad.

Cfr. además, C.72, C.81, C.91.

C.144



**¡Inténtelo usted mismo!** <http://www.unav.es/penal/delictum/>



«Probado y así se declara.- Como consecuencia de una posible implicación de Manuel J. H., mayor de edad y sin antecedentes penales, en diversos delitos en los que se utilizó un arma de fuego, por la Brigada de Policía Judicial, Grupo XIII, se solicitó la oportuna entrada y registro en los domicilios sitios en Ronda de Porrina de Badajoz números... y..., al objeto de buscar las armas utilizadas en hechos delictivos. Practicada la entrada el día 9-7-1996, no se encontró nada en el domicilio del número... y sí en el del núm. ..., donde habitualmente vive M<sup>a</sup> Victoria H. D. [madre del acusado Manuel], mayor de edad y sin antecedentes penales, interviniéndose en un armario de una habitación oculta por varios enseres una escopeta calibre 12, marca "Fabarn Briesca" y cámara con 14 cartuchos de diferentes calibres, en perfecto estado de funcionamiento, arma que carecía de las licencias reglamentariamente exigidas» (SAP Madrid 24 febrero 1999, ponente Hurtado Adrián; ARP 2010).

*¿Responde la madre del acusado Manuel por ocultar el arma?*

## Para saber más

SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación"», *Revista del Poder Judicial*, 3ª época, n.º 45, 1º trimestre 1997, pp 183-202.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona, 2004, pp 150-152; 175-178.

## Para seguir trabajando: <http://www.unav.es/penal/delictum/>

- C.145** A Juan María A. y Gorca K., presidente y vicepresidente del parlamento Vasco respectivamente, les fue comunicada oficialmente la sentencia del TS en la que se solicitaba se procediese a disolver el grupo parlamentario ABGSA. Ante dicha resolución judicial, se negaron a darle cumplimiento, aun sabiendo que pesaba sobre ellos dos la posibilidad de cometer el delito de desobediencia (art. 410 CP), alegando que regía para ellos el privilegio de la inviolabilidad parlamentaria. (STSJ País vasco; Sala de lo Civil y Penal; 7 de noviembre de 2005; ponente Iturri Gárate; LL 1890). ★★
- C.146** Tras la comisión individualmente por A. de un delito de hurto de embutidos, bebidas y latas de conserva, A. lleva a su domicilio el objeto del delito con la ayuda de sus hijos H. y L. Con el producto de tal sustracción se alimentaron los cinco miembros de la familia de A. (caso académico). ★★
- C.147** Cometido un delito de robo, en el que han tomado parte A. y B., a quienes directa y eficazmente ayudó C., intervino la Policía, que detuvo a A. y B., pero no a C. La esposa de A. proporcionó las llaves de un vehículo a C., con el que pudo alejarse rápidamente del lugar de los hechos. (caso académico). ★★
- C.148** «El 12 de mayo de 1997, sobre las 13 horas, Manuel V.E. forzó el candado de la puerta que separa el local de su propiedad, sito en el Polígono La Fuensanta s/n de Écija, del establecimiento de la esposa del denunciante (Rosa V.E., hermana de Manuel), abriendo la referida puerta y rompiendo con ello un parterre de rosales plantados detrás de la misma» (SAP Sevilla 6 noviembre de 1998, ARP 5553, ponente de Paúl Velasco). ★★