



COLECCIÓN APUNTES UNIVERSITARIOS

# DERECHO PENAL I

**GRADO DERECHO**

9 Créditos

**DOBLE GRADO ADE - DERECHO**

9 Créditos

**DOBLE GRADO DERECHO - CIENCIAS POLÍTICAS Y DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

9 Créditos

**DOBLE GRADO DERECHO - CRIMINOLOGÍA**

9 Créditos

*Pillatoner*  
Tot en cartutxos de tinta i toners per a impresora

*Pillaapuntes*  
Venda d'apunts universitaris i consumibles informàtics

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la editorial.

Edita e imprime: PILLATONER SL

Autor: Ignacio Gil Borrás

C/ Ramón Llull, 45 bajo – 46021 – Valencia

Teléfono: 96 304 57 13

E-mail: [pillatoner@yahoo.es](mailto:pillatoner@yahoo.es)

Fecha edición: Septiembre 2016

## **Prólogo**

*Pillatoner SL*, es una empresa dedicada a la edición y venta de apuntes para universitarios. Somos una empresa joven que tiene por objetivo lograr dotar al estudiante universitario de un material de apoyo adicional a los ya existentes (manuales, asistencia a clase, material de reprografía, etc.)

Es por ello que recopilamos los apuntes de aquellos alumnos que asisten regularmente a clase, que completan sus apuntes con manuales, así como con conocimientos previos. Ofrecemos al estudiante, un resumen de lo más imprescindible de cada asignatura, con el fin de que sirva de material adicional (adicional porque sin conocimientos previos, difícilmente valdrá de algo esta compilación de apuntes), a los métodos ya existentes.

Esperemos que con esta colección, la vida universitaria se haga al estudiante más corta y fructífera. Suerte y a estudiar, que es el único método conocido (exceptuando las chuletas), de aprobar la carrera.

## Temario

### **Tema 1. Derecho Penal: Concepto y principios**

**Pág. 5**

- Concepto, naturaleza y función del Derecho Penal
- El principio de legalidad: reserva de ley y leyes penales en blanco. Fuentes extralegales del Derecho Penal
- El principio de legalidad: contenido material e interpretación de la ley penal
- El principio de proporcionalidad en sentido amplio o principio de prohibición de exceso
- El principio non bis in ídem: las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. El concurso de normas penales.
- Ámbito de validez temporal de la ley penal
- Ámbito de validez espacial de la ley penal
- El principio de igualdad y el ámbito de validez personal de la ley penal
- El principio de responsabilidad por el hecho y el principio de culpabilidad. El principio de presunción de inocencia

### **Tema 2. Teoría del delito I**

**Pág. 45**

- El delito: concepto, estructura y clases. Concepto de acción y supuestos de ausencia de acción.
- La antijuricidad: concepto y naturaleza. El bien jurídico penal: concepto, funciones y clases
- El tipo: concepto, estructura, términos y elementos del tipo
- La relación de causalidad y la imputación objetiva
- La omisión: clases, concepto y elementos
- Ausencia de antijuricidad: la justificación y sus efectos
- La legítima defensa
- El estado de necesidad
- El cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

**Tema 3. Teoría del delito II****Pág. 85**

- La culpabilidad: concepto, fundamento y estructura. Referencia a la responsabilidad penal del menor
- La imputabilidad y su ausencia
- El dolo: conceptos y clase
- La imprudencia: concepto y clases
- El error de tipo
- El conocimiento de la antijuricidad y el error de prohibición
- Causas de inexigibilidad
- Los actos preparatorios: concepto y clases
- Los actos ejecutivos: la tentativa y el desistimiento. La consumación
- La autoría: concepto y clases (Art.28). Referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas
- La participación: concepto y clases

**Tema 4. Teoría de las consecuencias jurídicas del delito****Pág. 130**

- La pena: concepto, función y fines
- Clases de penas. Criterios de clasificación. Penas privativas de libertad y penas privativas de derechos
- Penas pecuniarias. Penas para personas jurídicas. Otras consecuencias jurídicas del delito
- Concurso de delitos: concurso real, concurso ideal y delito continuado
- Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: concepto y régimen jurídico. Las circunstancias atenuantes y la eximente incompleta
- Las circunstancias agravantes y la circunstancia mixta de parentesco
- La suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución de la pena privativa de libertad
- La libertad condicional. La extinción de la responsabilidad penal: especial referencia a la prescripción. Cancelación de antecedentes
- La peligrosidad criminal. Las medidas de seguridad: concepto, presupuestos de aplicación, clases, régimen jurídico

## TEMA 1. DERECHO PENAL: CONCEPTO Y PRINCIPIOS

### Concepto, naturaleza y función del Derecho Penal

#### **Concepto**

El Derecho Penal es una parte del ordenamiento jurídico, formado por las normas jurídicas reguladoras del poder punitivo del Estado (“ius puniendi”) en las que, mayormente, a fin de tutelar bienes jurídicos de relevancia constitucional, se definen delitos para los cuales se establecen penas y medidas de seguridad.

En dicha definición se incluyen varios elementos jurídicos:

- El **ius puniendi** (o Derecho penal subjetivo): la potestad de imponer penas y medidas de seguridad a los infractores de las normas penales que las establecen. Esta potestad corresponde a unos órganos del Estado, a los tribunales de justicia, que son los titulares de ese poder punitivo. Es un poder instaurado y regulado por el Derecho y sometido a principios constitucionales. El “ius puniendi” lo ostenta el Estado en tres sentidos:
  - Porque a él le corresponde establecer los comportamientos prohibidos y asignarles la pena o la medida correspondiente (desde el poder legislativo)
  - Porque otro de sus poderes, como es el judicial, es el encargado de la inclusión de hechos humanos en las normas penales y la consiguiente traslación de las consecuencias dispuestas en las mismas a quienes la infringen
  - Porque el poder ejecutivo es el encargado de hacer efectivo el cumplimiento de las penas impuestas, de las privativas de libertad en especial.
- El **delito**: conducta humana descrita por la ley de forma explícita y jurídicamente desvalorada en la medida en que resulta negativa para la conservación de los valores positivos reconocidos por el ordenamiento, que es fruto de la infracción del deber de abstención impuesto por el legislador penal y cuya verificación comportará una sanción.

- La **pena**: es un mal, una privación de derechos con la que se amenaza a los sujetos en caso de que cometan un delito. Pero la amenaza de pena sólo puede operar realmente sobre aquellos sujetos que se encuentran en condiciones de entender este mensaje y de comportarse de acuerdo con esta comprensión. Y sólo a aquellos individuos que libremente han infringido el deber de abstención que les ha asignado el legislador tiene sentido imponerles el castigo en el que consiste la pena.
- La **medida de seguridad**: es una forma de tratamiento, (y no una amenaza de un mal) para el caso de que se cometa un delito, cuyo objetivo es conseguir que el sujeto peligroso no delinca en el futuro. El concepto central de las medidas de seguridad es pues el de peligrosidad criminal, es decir, el juicio de pronóstico que afirma la probabilidad de que un determinado sujeto cometa delitos en el futuro.

### **Naturaleza**

- El Derecho Penal es **Derecho Público**, y su función de castigar corresponde al poder público. Su cumplimiento se garantiza mediante la fuerza pública, no pudiéndose imponer ningún castigo sino en virtud de normas positivas establecidas claramente por el Estado.
- El Derecho Penal es un **Derecho autónomo** para establecer sus presupuestos y para fijar sus consecuencias jurídicas propias. Pese a esa autonomía, tiene una serie de límites debido a la unidad y congruencia del ordenamiento jurídico: el resto de ramas del ordenamiento se encuentran interrelacionadas con él, a pesar de que el D. Penal no se encuentre vinculado con determinados conceptos.

### **Posición del Derecho penal en el OJ**

- **Relación con el Derecho Civil**: el Título Preliminar del C. Civil contiene una serie de preceptos que afectan al C.P.; en segundo lugar, la responsabilidad civil es “ex delicto”, o derivada del delito. Hay que distinguir entre el ilícito civil y penal.
- **Relación con el Derecho Procesal Penal**: el proceso penal es la vía de realización del D. Penal. También las garantías procesales son objeto de una protección específica por parte del C.P.

- **Relación con el Derecho Penitenciario:** el Derecho Penitenciario es la vía de realización de las consecuencias jurídicas que impone el C.P., es decir, se encarga de la ejecución de las sanciones que éste impone.
- **Relación con el Derecho Constitucional:** el Derecho penal es como una Constitución negativa, contiene prohibiciones y mandatos. Los derechos fundamentales son protegidos por el D. Penal, el Derecho Constitucional pone límite al poder punitivo ya que esos derechos son también los que inspiran al D. Penal. Todas las normas penales han de ser interpretadas, elaboradas y aplicadas conforme a la Constitución. Otra relación la encontramos en que los bienes jurídicos que protege el D. Penal no pueden ser otros que los derechos y deberes recogidos en la Constitución. El bien jurídico protegido en D. Penal = derechos y libertades recogidos en la Constitución. Otra relación entre el D. Penal y el Constitucional es que la propia Constitución Española establece una reserva de ley para la regulación en materia penal, la reserva es de L.O. Por último, la Constitución Española recoge verdaderamente las directrices en materia de Política Criminal, tal y como se indica en los arts. 45 y 46 CE.
- **Relación con el Derecho Administrativo:** el D. Penal protege a la Administración Pública (delitos contra la Administración), pero también al ciudadano contra los abusos de ésta (delitos de los funcionarios públicos). Hay que diferenciar entre el ilícito penal y el administrativo (Ejemplo: la conducción temeraria está regulada en una norma administrativa y en el C.P.).

### **Estructura y función**

Cabe hablar de dos tipos de **funciones** distintas del Derecho penal: por un lado nos encontramos con el **Derecho penal en sentido objetivo**, en el cual se prevén los delitos y se les impone una pena (Derecho positivo público de carácter obligatorio) (labor del legislador); y por otro lado, se encuentra el **Derecho penal en sentido subjetivo** que tiene la tarea de tutelar los bienes jurídicos, sirviéndose de la coacción y de formas de respuesta muy graves que suponen la privación de los derechos fundamentales, para proteger estos bienes



jurídicos protegidos (potestad punitiva) (labor de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado).

### **Estructura de la norma penal**

- **Ley penal:** disposiciones que contienen las normas penales.
- **Norma penal:** mensaje dirigido tanto a los ciudadanos obligados a cumplirlas, como a los jueces que han de aplicarlas. Es una norma jurídica, y como tal, está compuesta de un supuesto de hecho o norma primaria (delito), y una consecuencia jurídica o norma secundaria (pena/ medida de seguridad), que se asigna en caso de que se verifique el primero.

La norma por tanto es, en primer lugar, una valoración por parte del legislador sobre determinadas acciones y sus resultados, y a continuación, el establecimiento de unas prohibiciones y mandatos, que expresa la selección y valoración positiva de los bienes jurídicos que se busca proteger.

Por tanto la norma penal tiene dos juicios:

- **Juicio normativo o implícito**, que establece una determinada regla de conducta, es decir, no se puede matar (norma primaria o precepto).
- **Juicio normativo explícito**, castigando con una determinada pena o medida de seguridad el incumplimiento de la norma primaria (norma secundaria o sanción).

### **Funciones de la pena**

Teorías sobre los fines de la pena:

- **Teorías de la retribución/ absolutas:** la tarea del Derecho Penal consiste en retribuir y compensar mediante la pena el delito cometido, responder a un mal, con otro mal, proporcionado a la gravedad del primero. La pena no obedece pues a razones de utilidad social, sino únicamente a la idea de justicia.

Sus representantes más importantes:

- **Kant:** insiste en su idea fundamental de concebir al hombre como un fin en sí mismo y nunca como un medio para obtener una determinada utilidad. Esta concepción de la pena presenta también una faz claramente garantista para el reo, centrada en la exigencia de proporcionalidad entre la pena y el crimen cometido.
- **Hegel:** insiste en la necesidad de restaurar con la pena el orden jurídico violado por el delito.
- **Teorías de la prevención/ relativas:** conciben la pena ante todo como un instrumento útil a la sociedad, que persigue evitar la comisión de futuros delitos (por eso se dice que las teorías retributivas miran al pasado y las preventivas al futuro). Dentro de ellas, se han pergeñado otras dos:
  - **Teoría de la prevención general:** la pena se concibe como una amenaza dirigida a la generalidad de los ciudadanos con la finalidad de intimidarles para que no cometan delitos en el futuro. A la pena se le atribuye, por tanto, una finalidad intimidatoria o disuasoria (sentido negativo), además de asignar a la pena la función de reafirmar la confianza de los ciudadanos en la eficacia y firmeza del orden jurídico (sentido positivo). Defensores de esta teoría son el penalista alemán Feuerbach, el filósofo inglés Bentham, y el profesor alemán Jakobs.
  - **Teoría de la prevención especial:** concibe la pena como un medio con el que se trata de evitar que el sujeto concreto que ha delinquido vuelva a hacerlo. La prevención especial puede pretender lograrse de varios modos, de entre los cuales cobra esencial importancia la idea de la corrección o resocialización del delincuente. El penalista alemán del s. XIX Franz von Liszt, en su programa de Marburgo, propone un tratamiento de los delincuentes dependiendo del tipo de autor que se trate: inocuización del delincuente habitual no corregible, corrección del delincuente corregible, e intimidación del delincuente ocasional.

- **Teorías mixtas:** rechazan atribuir a la pena una única finalidad, y pretenden conjugar las ventajas de cada una de las teorías anteriores; la pena aquí se entiende pues como un fenómeno complejo que conjuga los elementos de retribución, intimidación de la colectividad, e intimidación y resocialización del delincuente. Destaca el profesor alemán Roxin.

## **El principio de legalidad: reserva de ley y leyes penales en blanco.**

### **Fuentes extralegales del Derecho Penal**

#### **Principio de legalidad**

El principio de legalidad es un principio limitador del ius puniendi, es decir, del poder punitivo del Estado, que se basa en la imposibilidad de que el Estado intervenga más allá de lo que la ley permite.

El principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado principio de legalidad de los delitos y las penas, expresado en el aforismo “**nullum crimen, nulla poena, sine lege**”.

Las repercusiones del principio de legalidad se pueden clasificar en dos grupos: garantías para el ciudadano y exigencias que ha de satisfacer toda ley penal.

- Garantías para el ciudadano:
  - **Garantía Criminal:** el delito ha de estar previsto en una ley. Art 1.1 CP.
  - **Garantía Penal:** la pena ha de ser prevista en una ley previa y el juez no la puede modificar. Art 2.1 CP.
  - **Garantía procesal:** la imputación del delito e imposición de la pena han de hacerse según el procedimiento establecido por ley. Art 3.1 CP.
  - **Garantía de Ejecución:** la ejecución de la pena ha de estar regulada por ley. Art. 3.2 CP.

El principio de legalidad incluye por tanto todas las fases en las que se desarrolla el ejercicio del ius puniendi: desde la formulación por el legislador de la infracción (delito) y de sus consecuencias (pena), hasta la investigación y enjuiciamiento de los hechos presuntamente delictivos (poder judicial) y hasta su ejecución (poder ejecutivo).

Pero este requisito no es suficiente para asegurar el contenido imprescindible del principio de legalidad.

- Exigencias de toda ley penal: el principio de legalidad exige la descripción formalizada, previa y precisa de los comportamientos sancionables.
  - La exigencia de una ley previa al delito (“**lex praevia**”), puesto que solo así se garantiza la seguridad jurídica del ciudadano que antes de delinquir tiene la posibilidad de conocer las consecuencias que este hecho puede acarrearle.
  - La exigencia de una ley escrita (“**lex scripta**”): prohibición de que la responsabilidad penal pueda fundamentarse o agravarse sobre la base de fuentes no escritas (costumbre, principios generales del derecho).
  - La exigencia de una ley estricta o precisa (“**lex stricta**”). (principio de taxatividad): los ciudadanos pueden conocer lo que está prohibido o no, por ello el legislador no puede emplear términos excesivamente amplios, vagos o confusos. De la exigencia de taxatividad deriva la prohibición de la analogía para fundamentar o agravar la responsabilidad penal.

El principio de legalidad se condensa por tanto en la expresión de: *lex scripta*, *lex praevia*, y *lex stricta* (certa), que se corresponden las dos primeras con la garantía formal y la tercera con la garantía material.

**Es el principio más fundamental**, en la medida en que los restantes pueden considerarse más o menos directamente derivados del mismo. Su raíz se encuentra en la exigencia ilustrada de la separación de poderes y de la primacía del legislativo sobre los dos restantes. Por ello junto al principio de presunción de inocencia, constituyen las bases del Estado de Derecho.

Toda la materia penal ha de estar contenida en una ley, sustrayendo de este modo su regulación a otros instrumentos legislativos de inferior rango. De ahí surge la exigencia de una reserva absoluta y sustancial de ley para la totalidad del Derecho penal, también denominada **garantía formal** del principio de legalidad.

Pero este requisito no es suficiente para asegurar el contenido imprescindible del principio de legalidad, pues junto a la garantía formal se precisan una serie de **garantías materiales**, concretadas en las llamadas garantías de tipicidad, taxatividad y prohibición de analogía y de aplicación retroactiva de leyes penales desfavorables.

### **Reserva de ley**

Puesto que **las leyes penales implican la privación o la restricción de un derecho fundamental**, y en el artículo 81.1 CE se dice que **son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales**, resulta evidente la necesidad de que **aquéllas adopten la forma de éstas**. Esta exigencia no se limita, solo a las normas que prevean penas privativas de libertad, sino que se extiende a cualquier norma penal, por cuanto también en el resto de casos se afecta a varios derechos del más alto rango constitucional.

La reserva absoluta de ley en materia criminal implica que solamente sea posible por ley emanada del poder legislativo (de las Cortes, no de las Cámaras autonómicas) establecer delitos y sus correspondientes penas; y que, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo (Gobierno central y Gobiernos autonómicos), ni por el poder judicial pueden crearse normas penales.

El principio de legalidad penal comporta el monopolio del legislador en materia penal. Así del mismo modo que sólo se pueden generar normas penales por medio de una ley, sólo mediante otra ley es posible modificarlas o derogarlas.

### **Leyes penales en blanco**

La norma penal consta de un presupuesto (unos llaman precepto; otros, norma primaria) y una consecuencia (también llamada sanción o norma

secundaria); y está estructurada de forma que cuando tiene lugar el primero debe seguirse la segunda.

Todas las normas penales presentan dicha estructura y se dice que son completas; sin embargo, algunas parecen no tenerla: son las llamadas **normas penales incompletas, aquellas en las que no se recoge expresamente el presupuesto (norma primaria) o la consecuencia (norma secundaria).**

Puesto que hablamos de normas penales incompletas y las normas penales solamente pueden aparecer contenidas en una ley – porque la ley es la única fuente del Derecho penal-, hay que hacer referencia a una de sus modalidades, las llamadas **leyes penales en blanco** que, alojan normas penales incompletas, y **son aquellas que contienen la consecuencia pero no todo el presupuesto, que ha de completarse por medio de otras normas, contenidas en una o más disposiciones de rango inferior a la ley.**

La utilización de leyes penales en blanco es una técnica que a veces puede estar justificada, porque evita la redacción de preceptos inacabables, condenados, con frecuencia, a corta vida. Pero no dejan de entrañar un serio peligro para el principio de legalidad, porque la concreción del presupuesto no se efectuará por la ley, y mucho menos orgánica, sino por el poder ejecutivo.

El TC ha admitido la compatibilidad de las leyes penales en blanco siempre y cuando se satisfagan los siguientes requisitos:

- La remisión ha de ser imprescindible, por razón de la materia que trate
- La disposición de rango inferior solo podrá versar sobre los aspectos circunstanciales o adyacentes de la conducta.
- La remisión ha de ser clara y la norma tiene que resultar precisa

Por otra parte, **¿puede una ley penal en blanco completarse con una norma no estatal sino emanada de una CCAA?**

La competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.6<sup>a</sup> CE) no se verá socavada si la ley penal en blanco satisface el requisito general de que **el núcleo**

**de la prohibición se encuentre en la ley penal en blanco** (que siempre es estatal), de manera que el complemento por la normativa autonómica se reserve para cuestiones de detalle. Y el principio de igualdad tampoco resultará vulnerado en la medida en que **la diferencia ante la ley obedezca a diferentes necesidades de protección**. No obstante, el TC ha considerado **inadmisible constitucionalmente la complementación de aquéllas mediante órdenes ministeriales**.

### **Fuentes extralegales del derecho penal**

La fuente creadora de Derecho Penal es la Ley. Hay otras fuentes extralegales que, o bien interpretan e integran, o derogan el Derecho Penal.

#### **– Los tratados internacionales**

Los tratados internacionales son fuentes genéricas del Derecho en el OJ español; pero no son fuente de nuestro Derecho penal. La vigencia del principio de legalidad, y la consiguiente reserva absoluta de ley imposibilita que un tratado internacional cree directamente normas incriminadoras o agravadoras de la responsabilidad criminal, porque no son leyes orgánicas. En cambio, es factible la derogación o interpretación de normas y la integración de las incompletas por un tratado internacional. Pero ni los tratados ni el Derecho comunitario son fuentes de producción del Derecho penal español.

Ejemplos de tratados con relevancia penal: el Convenio de Roma, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### **– La costumbre**

La costumbre, en sus versiones “secundum legem” y “praeter legem”, - nunca en la “contra legem” - puede contribuir a la integración de preceptos penales; carece de autoridad para crear normas penales, pero sí para complementarlas.

Para que una costumbre sea fuente del Derecho deben darse dos requisitos:

- que exista una repetición generalizada de un uso en una comunidad

- que se reitere con la convicción de que dicho uso es jurídicamente obligatorio

El desuso de una ley penal no comporta su derogación (las leyes sólo se derogan mediante otras leyes, con arreglo al art. 2.2 CC).

#### – **Las sentencias del Tribunal Constitucional**

No son fuente del Derecho y, por lo tanto, no pueden producir normas penales; pero, dado que las SSTC, en las que se declara la inconstitucionalidad de una ley tienen plenos efectos frente a todos “erga omnes” (art. 164.1 CE), cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley que contenga una norma penal, nos encontraremos con la supresión de ésta. Por ello estas sentencias han sido consideradas fuentes del Derecho penal de carácter negativo, porque no pueden generar normas pero sí eliminar las halladas opuestas a la CE.

#### – **La jurisprudencia**

La jurisprudencia es la doctrina creada por el TS cuando interpreta y aplica las leyes, reiteradamente, de una determinada manera, por lo que no es fuente del Derecho y menos del penal, por vedarlo el pº de legalidad. En cualquier caso conviene tener en cuenta que toda disposición penal es interpretada cada vez que se aplica, y no siempre de la misma forma por el órgano u órganos jurisdiccionales. La necesidad de una previa interpretación permite afirmar que las interpretaciones de jueces y tribunales sobre las leyes se superponen a éstas y aun no creando Derecho lo modelan.

#### – **La analogía**

La analogía consiste en aplicar a un supuesto que no tiene solución en el DP una norma que sí la tiene para supuestos semejantes. La Analogía puede ser:

- "Legis": aquella que se aplica una ley concreta
- "Iuris": Se extrae de una regla del conjunto del ordenamiento jurídico.



Al mismo tiempo la Analogía puede ser:

- "in bonam partem": en beneficio del reo
- "in malam partem": desfavorable al reo

La Analogía plantea la existencia de una laguna, de un supuesto no regulado en el DP. El Principio de Legalidad dice que si un suceso no está previsto como delito, no existe delito y por lo tanto no puede ser castigado, salvo que se aplique la Analogía "in bonam partem", en beneficio del reo, y cuando esté expresamente previsto en la Ley.

En principio está prohibida en DP por el pº de Legalidad, por lo que es preciso diferenciar entre: analogía e interpretación analógica (aplicación de una norma a supuestos semejantes aunque distintos, pero cuando la Ley da la posibilidad y siempre que sea in bonam partem).

### **El principio de legalidad: contenido material e interpretación de la ley penal**

#### **Contenido material e interpretación de la ley penal**

##### **– Contenido material**

- Prohibición de retroactividad

La ley debe ser "previa" a los hechos que se pretenden sancionar, es decir, debe haber sido promulgada con anterioridad a la comisión de tales hechos. (Arts. 9.3 y 25.1 CE, y art. 2 CP)

En el art. 1 CP se dice que "no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración"; y en el art. 2 que "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración".

Como excepción a esta prohibición se permite la retroactividad de las leyes penales que sean favorables para el reo (art 2.2 CP).

- Mandato de taxatividad

La ley ha de establecer cuáles son las conductas punibles y ha de hacerlo de forma clara y concreta ("lex stricta", mandato de taxatividad), sin acudir a

términos excesivamente amplios, vagos o confusos, de las definiciones penales, ya que ello privaría de contenido material al principio de legalidad y además disminuiría o eliminaría la seguridad jurídica exigida en el art 9.3 CE.

La garantía de taxatividad requiere pues, que las normas penales, además de ser creadas por una ley, han de estar formuladas de forma clara y precisa, a fin de que los hechos castigados en ellas estén delimitados al máximo, y que sus destinatarios puedan comprender con la mayor facilidad posible, cuáles son los comportamientos punibles; las normas penales serán más exactas e inteligibles cuanto menos uso haga el legislador de términos valorativos, de términos imprecisos, de leyes penales en blanco, o de cláusulas abiertas.

- Prohibición de analogía

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

Esta analogía prohibida se produce siempre que el juzgador aplica la norma penal a un supuesto que no se puede acoger al tenor literal de los términos legales ni a ninguno de sus sentidos posibles, sobre la base de que dicho supuesto presenta una similitud axiológica con los sí comprendidos por la ley al responder a un mismo fundamento.

Más discutible resulta la admisibilidad de la analogía in bonam partem o favorable al reo:

- Perspectiva lege lata: tal analogía se encuentra comprendida en el sentido del art. 4.1 CP, lo cual significa que sólo será admisible de modo excepcional cuando el legislador así lo haya previsto expresamente
- Perspectiva lege ferenda: permitir a los tribunales eximir de responsabilidad mediante la analogía supone otorgarles un campo de decisión que corresponde exclusivamente al poder legislativo, lo cual vulneraría el principio de legalidad.

## – Interpretación de la ley penal

La interpretación es una operación intelectual por la que se busca **establecer el sentido de las expresiones utilizadas por la ley para decidir los supuestos contenidos en ella** y, consecuentemente, **su aplicabilidad al supuesto de hecho que se le plantea** al intérprete. La labor interpretativa en relación al derecho Penal es especialmente importante habida cuenta del rigor con el que el principio de legalidad opera en esta materia. El intérprete penal se encuentra sometido a especiales exigencias derivadas del principio de legalidad.

En atención al intérprete, a los métodos utilizados y a los resultados obtenidos, las clases de interpretación suelen ordenarse:

- Según el **sujeto**:
  - **Interpretación auténtica**: es la interpretación que hace el propio autor de la ley quien por medio de otra norma jurídica con carácter obligatorio y general se encarga de aclarar su sentido y alcance. De tal manera que esta interpretación se encuentra plasmada en el texto de otra ley.
  - **Interpretación judicial**: es la que realiza el Juez para aplicar correctamente la ley al caso concreto, teniendo siempre presente la voluntad contenida en la norma.
  - **Interpretación doctrinal**: la realizada por los doctrinantes en su tarea de desentrañar el contenido de las leyes penales.
- Según el **método**:
  - **Interpretación gramatical (literal)**: establece el sentido de las normas atendiendo al significado de las palabras contenidas en las mismas. Es necesaria pero no suele ser suficiente ya que existe la necesidad de que las leyes no se interpreten de forma excesivamente formalista, sino atendiendo a su espíritu (art 3 CC) y, por lo tanto, ha de utilizarse en combinación con otros métodos.

- **Interpretación lógico- sistemática:** busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del Ordenamiento jurídico. Los términos legales han de interpretarse en relación con el contexto en que se les utiliza.
- **Interpretación teleológica:** aquella interpretación que atiende a la finalidad perseguida por la norma. Se relaciona estrechamente con la interpretación lógico-sistemática. Frecuentemente, la ubicación de un precepto penal orienta acerca de los fines que persigue y, más concretamente, de cuál es el bien jurídico que se quiere proteger, lo que permite decidir cuáles son los supuestos a los que debe ser aplicado.
- **Interpretación histórica:** atendiendo a los antecedentes de las normas y a las circunstancias en que tuvieron su origen.
- Según el **resultado:**
  - **Interpretación declarativa:** el intérprete llega a la conclusión de que el sentido de la norma coincide plenamente con su tenor literal.
  - **Interpretación restrictiva:** establece un sentido de la norma que reduce el ámbito del sentido literal propio de los términos legales.
  - **Interpretación extensiva:** aquella que incluye en el término legal el máximo de acepciones permitidas por su tenor literal, pero sin rebasarlo.

La interpretación de las leyes en general ha de hacerse con sujeción a los siguientes principios:

- **Principio jerárquico:** han de interpretarse las disposiciones legales de forma que no entren en contradicción con otras de rango superior.

- Principio de vigencia: es preferible aquella interpretación que facilita la aplicación de un precepto vigente, que no aquella que conduce a la inaplicación del mismo
- Principio de unidad sistemática: la interpretación de las leyes se haga teniendo en cuenta que forman parte de un conjunto
- Principio dinámico: las leyes han de ser interpretadas teniendo en cuenta los cambios sociales habidos.

### **El principio de proporcionalidad en sentido amplio o principio de prohibición de exceso**

#### **El principio general de prohibición de exceso**

Responde a la idea de evitar una utilización inmoderada de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, y a la de limitar su uso a lo imprescindible, que es proteger bienes jurídicos valiosos. De manera que **se incurre en exceso tanto cuando se recurre al Derecho penal sin necesidad como cuando sus consecuencias se imponen desmedidamente.**

No está proclamado de manera expresa en el texto constitucional, pero la doctrina lo ha construido sobre un doble fundamento, integrado por los valores propios de un Estado democrático, que imponen la exigencia de restringir la intervención penal, y por la esencia del sistema de los derechos fundamentales. Sobre esta doble justificación se ha deducido su rango constitucional. Su reconocimiento constitucional y consiguiente conexión con los derechos fundamentales, permite la interposición del **recurso de amparo** ante su posible infracción, aunque ello no significa que constituya en sí mismo un derecho fundamental, pues siempre debe conectarse a otro valor constitucional.

El principio de proporcionalidad no es un canon de constitucionalidad autónomo y por tanto nunca puede alegarse única, aislada o independientemente. Por el contrario, conforme a la doctrina, sólo puede operar en conexión con otros preceptos constitucionales: la desproporción o el exceso punitivo podrán ser declarados inconstitucionales si quebrantan el contenido de un derecho fundamental convenientemente alegado.

El juicio que procede en esta sede de amparo se limita a verificar que la norma penal no produzca “un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”. Un sacrificio innecesario o excesivo de los derechos puede producirse bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito – desproporción en sentido estricto- .

El juicio de proporcionalidad debe partir de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo.

Del principio general de prohibición de exceso o proporcionalidad derivan otros principios o exigencias, que son concreciones de aquél:

- El **principio de adecuación**, exige que el Derecho penal se presente como apto para tutelar el bien jurídico de que se trate, y que la medida adoptada por el legislador aparezca como adecuada a la finalidad perseguida.
- El **principio de intervención mínima o última ratio**, obliga al legislador a conminar los delitos con las mínimas penas imprescindibles para lograr su finalidad preventiva, y al juez, en el momento aplicativo, a sustituir la pena privativa de libertad por otras menos gravosas allí donde sea posible por existir mecanismos legales a tal efecto.
  - Sólo se puede recurrir a la rama del Derecho Penal, para dispensar protección a los bienes jurídicos dignos de ella frente a los ataques más graves e intolerables (**carácter fragmentario del Derecho penal**)
  - Sólo cabe recurrir al Derecho penal cuando los demás medios del arsenal jurídico, propios de las restantes ramas del OJ, han resultado insuficientes para tutelar el bien o los bienes jurídicos agredidos (**carácter subsidiario del Derecho penal**)

Puede por tanto decirse que ni todos los bienes jurídicos requieren de la tutela penal, ni los que la requieren la precisan en todo caso, frente a toda suerte de daño o ataque.

- **El principio de proporcionalidad en sentido estricto** referido primordialmente a la medida de la pena; esto es, a la clase y cantidad de sanción a imponer. Se proyecta en dos planos:
  - o Que el legislador al establecer delitos y sus correspondientes penas ha de buscar el equilibrio entre la entidad de éstas y la gravedad de aquellos.
  - o Que el juez ha de individualizar la pena concreta que impone al condenado conforme a la gravedad del delito cometido por éste.

Ha de ponderarse la carga coactiva de la pena con el fin perseguido. Para ello deberán valorarse varios aspectos: valor del bien jurídico protegido; entidad y grado del ataque; mayor o menor reproche; y la gravedad del hecho.

Se puede en definitiva decir que el principio de proporcionalidad supone dos cosas: **la primera, que el legislador al establecer delitos y sus correspondientes penas ha de buscar el equilibrio entre la entidad de éstas y la gravedad de aquellos; y segunda, que el juez ha de acompañar igualmente la pena concreta que impone al condenado con la gravedad del delito cometido por éste.**

Los jueces y tribunales disponen de unos márgenes relativamente amplios para la fijación de las penas que imponen a quienes condenan; unos márgenes que oscilan entre un mínimo y máximo legalmente marcados, que permiten una mejor individualización de la pena, un mejor ajuste y equilibrio entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena.

**El principio non bis in ídem: las relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador. El concurso de normas penales**

## **Principio non bis in ídem**

El principio non bis in ídem implica que nadie puede ser castigado dos veces por la misma infracción (vertiente material). Se prohíbe juzgar dos veces por los mismos hechos (vertiente procesal).

Aunque no se encuentre constitucionalmente previsto de modo expreso, en varias sentencias el Tribunal Constitucional lo ha **considerado implícito en el principio de legalidad y en el de proporcionalidad**, pues la doble sanción supondría en definitiva derivar del hecho unas consecuencias punitivas desproporcionadas y distintas de las legalmente previstas.

El principio non bis in ídem se da cuando tiene lugar una triple identidad:

- Un mismo sujeto
- Unos mismos hechos
- El mismo fundamento

En estos casos está constitucionalmente proscrita la imposición de una doble sanción; sin embargo, la dualidad sancionatoria sí es posible si la sanción obedece a un fundamento distinto, o a unos hechos distintos.

El principio despliega su eficacia en dos órdenes distintos:

- Ámbito de relaciones D. Penal – D. Administrativo sancionador
- Ámbito de relaciones internas entre normas penales (concurso de normas penales)

## **Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador**

Se produce cuando la Administración sanciona en los mismos ámbitos en el que lo hace el Derecho Penal.

¿Es posible la doble sanción penal y administrativa por unos mismos hechos sin vulnerar el principio non bis in ídem?



Entre las muchas teorías existentes al respecto, ha cobrado especial relevancia la que formula una distinción entre dos tipos de potestad sancionadora de la Administración:

- La **disciplinaria** que recae sobre sujetos con quienes le une una relación especial, como los funcionarios, o quienes se hallen temporalmente vinculados a ella de una manera específica (por ejemplo los presos).

En el ámbito de la potestad disciplinaria, la Administración es titular de una serie de intereses propios que podría auto tutelar a través del ejercicio de su propia potestad sancionadora sin que la acumulación de tales sanciones a las penales supusiera una lesión del principio non bis in idem.

- La **gubernativa** que se ejerce sobre la generalidad de los ciudadanos.

En el ámbito de la potestad gubernativa, si un mismo comportamiento constituye a la vez infracción penal y administrativa, normalmente ambas infracciones obedecerán a un mismo fundamento, lo que imposibilita la imposición de la doble sanción, ya que se incurriría sino en un ilegítimo “bis in idem”.

Por tanto la potestad administrativa puede ser: gubernativa o disciplinaria.

En los supuestos en los que es aplicable el principio “non bis in idem” (mismo sujeto, hecho y fundamento), no pueden abrirse dos procedimientos, uno penal y otro administrativo. Tiene preferencia la jurisdicción penal (STC 77/1983).

Cuando la Administración detecta, en uno de sus procedimientos, indicios de delito, paraliza el proceso y lo notifica a la jurisdicción penal. Entonces pueden ocurrir tres cosas:

- Si la jurisdicción penal no ve indicios de delito, el procedimiento administrativo continúa.
- Si la jurisdicción penal ve indicios de delito, cuando se llega sentencia judicial firme:
  - Se le condena por la vía penal y la administración ya no opera más.

- Se le absuelve y la Administración continúa el procedimiento si hay criterios suficientes.

En caso de que la Administración, de forma incorrecta, no haya procedido de aquél modo y ya haya impuesto una sanción administrativa anterior al procedimiento penal que a continuación se va a abrir, la STC 2/2003 de 16 enero, establece que sí es posible llevar a efecto el proceso penal, aunque a la hora de imponer la pena, en su caso, deberá “descontarse” o abonarse la sanción administrativa ya impuesta, evitando así la duplicidad de sanciones.

### **Relaciones internas entre normas penales: el concurso de leyes**

Si una conducta parece encajar a la vez en 2 preceptos penales, nos encontramos ante la figura llamada **concurso de leyes** y, en tal caso, habrá que optar por una sola de éstas (la que parezca más ajustada a la luz de las normas de resolución de dicho conflicto, contenidas en el art. 8 CP). Por tanto, la institución del concurso de leyes se orienta precisamente a evitar incurrir en un ilegítimo bis in ídem.

En cambio, una única conducta sí puede sancionarse más de una vez si con ella se lesionan o ponen en peligro intereses distintos protegidos por normas distintas, produciéndose el llamado concurso de delitos. La clave para decidir si nos encontramos ante un concurso de delitos (que posibilita doble sanción) o un concurso de leyes (que obliga a optar por una sola calificación) se encuentra en el **contenido de injusto que sirve de fundamento a la sanción** (distinto en el concurso de delitos idéntico en el de leyes).

De este modo, vulneraría el principio sancionar simultáneamente la causación de una sola muerte como homicidio y asesinato, por cuando la lesión del bien jurídico es una sola. Por lo que se trata de un concurso de leyes entre el art. 138 y 139 CP, que se resolverá optando por una sola calificación. En cambio, es legítimo castigar una misma conducta con dos delitos distintos si se ha producido la vulneración de dos bienes jurídicos diferentes.

Criterios de resolución en el caso de concurso de leyes según el art. 8 CP:

- **Criterio o principio de especialidad (art. 8.1º):** supone que cuando se dé una relación de género a especie entre dos normas, hay que optar por la especial, que se define como tal cuando contiene todos los elementos presentes en la general más algún otro. Norma general = (A+B); Norma especial = (A+B+C)
- **Principio de subsidiariedad (art. 8.2ª):** rige cuando uno de los preceptos penales en conflicto (el subsidiario) sólo pretende ser aplicado en caso de que no entre en juego el otro precepto penal (el principal). Puede tratarse de subsidiariedad expresa cuando la propia norma subsidiaria se remite a la principal, o de subsidiariedad tácita, en el caso de que pueda ser deducible del sentido de ambos preceptos en juego por medio de la interpretación.
- **Principio de consunción (art. 8.3º):** se aplica cuando una norma contempla el desvalor de la conducta de manera más completa que la otra, de modo que, de no existir la primera, habrá que recurrir a más de una norma para captar todo el desvalor del comportamiento (concurso de delitos).
- **Principio usualmente denominado de alternatividad (art. 8.4º):** se aplica en los supuestos en que las dos normas en conflicto captan el desvalor del hecho de manera igualmente completa sin resultarles aplicables ninguno de los criterios anteriores. De ser así, el legislador ordena optar por la norma que imponga una pena más grave.

### Ámbito de validez temporal de la ley penal

Como regla general, las leyes penales rigen entre dos momentos:

- El de su entrada en vigor
- El de su derogación
  
- **La entrada en vigor de las leyes penales** se produce una vez que el Rey las ha sancionado – ordenado su acatamiento –, promulgado – declarado su existencia – y mandado publicar (art. 91 CE), y se ha producido su completa publicación en el BOE (art. 2.1 CC).

Las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el BOE, si en ellas no se dispone otra cosa. A ese tiempo que media entre la publicación y la entrada en vigor de la ley se le denomina “vacatio legis”, cuya finalidad es: permitir y facilitar que los ciudadanos tengan noticia de la aparición de una nueva ley, y que los operadores jurídicos dispongan de algún tiempo para estudiarla y conocerla. Una ley no puede ser aplicada hasta que no transcurra el plazo de “vacatio” fijado. Sin embargo, si una persona delinque durante el periodo de “vacatio” de una ley, y ésta le resulta más favorable que la vigente en ese momento, esa ley posterior será la que se le aplique.

- En cuanto a la **derogación de las leyes**, ésta sólo tiene lugar cuando otra ley la dispone (art. 2.2 CC). Y esa derogación puede ser expresa (cuando en la ley de manera explícita así se dice) o tácita (cuando aparece una ley nueva que contradice lo establecido en la ley preexistente). Pero aunque no sea propiamente una clase de derogación, las SSTC que declaran inconstitucional una ley producen el mismo efecto.

### **Irretroactividad y retroactividad de las leyes penales**

#### **– Conceptos**

La regla general es que **las leyes penales solamente se aplican a los hechos acontecidos durante su periodo de vigencia – desde su entrada en vigor hasta su derogación -, no a los acontecidos antes de su entrada en vigor (irretroactividad)**. La irretroactividad es consecuencia obligada del principio de legalidad y está proclamada en los arts. 9.3 y 25.1 CE y 1, 2.1 CP.

Junto a la regla general coexiste la excepcional: **las leyes penales pueden aplicarse a hechos sucedidos antes de su entrada en vigor, cuando favorezcan al reo (retroactividad de la ley penal más favorable)**. Esta retroactividad no entra en conflicto con el art. 9.3 CE. Y se halla admitida en el art. 2.2 CP y autorizada en el art. 2.3 CC.

En cuanto al fundamento:

- Irretroactividad genérica > principios de legalidad y de seguridad jurídica

- Retroactividad de la ley más favorable > principio de prohibición de exceso

#### – **Determinación de la ley penal más favorable**

Si las dos leyes tienen a la vez aspectos beneficiosos para el reo junto a otros perjudiciales, no pueden elegirse los aspectos favorables de una y de otra ley, prescindiendo de los desfavorables: ha de aplicarse una de las dos leyes en bloque.

Las leyes más beneficiosas se determinan comparando la gravedad de las penas de las leyes en cuestión. Pero en ocasiones, las cosas se complican, como cuando en una y otra ley se establecen penas de distinta naturaleza o en una, pese a ser nominalmente más rigurosa, están establecidos específicos beneficios que la otra no considera.

En estos casos, cuando se trata de penas heterogéneas es el juez o tribunal que conocen la causa quienes han de decidir cuál es la ley más favorable, tras oír al reo.

#### – **Alcance de la retroactividad de las leyes penales más favorables**

En el art. 2.2 del CP se confiere a las leyes penales favorables efectos retroactivos que alcanzan a:

- Los hechos pendientes de ser juzgados
- Los hechos ya juzgados y sentenciados
- Los hechos sentenciados, cuyo autor está cumpliendo condena

Hay un cuarto supuesto problemático: cuando al entrar en vigor la nueva ley más favorable, el reo ya ha cumplido la condena impuesta de acuerdo con la ley antigua. La aplicación de la ley nueva beneficiaría al condenado en punto a antecedentes penales y a la eventual apreciación de la agravante de reincidencia.

#### – **Ultra actividad de las leyes penales**

Cuando aparece una ley nueva más severa que la antigua, los delitos cometidos durante la vigencia de esta última se enjuician por ella, a pesar de no

estar ya en vigor por haber sido derogada y reemplazada por la nueva.  
Supuestos especiales:

- **Leyes temporales:** suelen dictarse para afrontar situaciones excepcionales de especial gravedad, de modo que lo más frecuente es que determinen una mayor responsabilidad penal que las precedentes y que las que las suceden. La cuestión esencial que se plantea pasa por determinar la ley aplicable al delito cometido durante la vigencia de la ley temporal si el enjuiciamiento tiene lugar cuando ya ha desaparecido tal situación excepcional y rige una norma más favorable para el reo. Actualmente, el problema que se plantea se encuentra explícitamente resuelto por el art. 2.2 CP que opta por hacer una excepción a la retroactividad obligada de las normas más favorables, ordenando que los hechos cometidos durante la vigencia de una ley temporal sean juzgados conforme a ésta “salvo que se disponga expresamente lo contrario”.
- **Leyes penales intermedias:** se trata de normas que han entrado en vigor después del momento de comisión de un delito, pero que han dejado de estar en la fecha de su enjuiciamiento. De resultar más benignas para el reo que las vigentes al ser cometido y al ser enjuiciado, y ante el silencio legal al respecto, la doctrina mayoritaria entiende que el juez ha de resolver de acuerdo con la ley penal intermedia más favorable.
- **Las leyes penales en blanco:** el presupuesto se encuentra en otra norma, cuando ésta sufre alguna modificación e indirectamente modifica la ley penal, y si lo hace en sentido desfavorable debe apreciarse retroactivamente; con carácter general, la norma que complementa un elemento del tipo está sometida a la regla de la irretroactividad.

Las **SSTC declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes** que pueden producir efectos retroactivos, de conformidad con el art. 40 de la LOTC. En cuanto a las **SSTS** existe un problema de difícil solución: el de si los cambios jurisprudenciales en la interpretación de una norma penal deben tener o no

efectos retroactivos; lo más deseable es que los favorables tengan efecto retroactivo aunque no sea obligatorio, y los desfavorables, no.

- Las **leyes procesales** en las que ha de distinguirse, según la ley nueva afecte o no a las garantías y derechos individuales: si los afecta restringiéndolos no debe tener efectos retroactivos, si los amplía, sí; y en caso de no atañer a los derechos individuales, debe aplicarse siempre la nueva.

### **El momento de la comisión del delito**

La vigencia temporal de la ley penal no debe confundirse con la cuestión del momento en que se entiende cometido el delito. Para saber cuál es la ley vigente en el momento de comisión del delito es necesario aclarar en qué momento se entiende cometido éste. En la inmensa mayoría de los casos la determinación del momento de comisión de un delito no presenta mayores problemas; no obstante, sí puede comportar dificultades en los supuestos de separación temporal entre la realización de la acción y la manifestación del resultado.

El art. 7 CP establece que en los supuestos (escasos) en que entre acción y resultado media un lapso de tiempo (más o menos prolongado), el delito se entenderá cometido en el momento de realizarse la acción. Ello significa que si entre la fecha de realización de la acción y la de producción del resultado sobreviene un cambio de regulación de dicha conducta, la ley aplicable será en principio la que se encontraba vigente en la fecha en que se llevó a cabo la acción. A no ser que la nueva ley resulte más favorable, en cuyo caso se aplicará la regla general de la retroactividad de la norma más beneficiosa.

### **Ámbito de validez espacial de la ley penal**

Las normas aprobadas por un Estado están destinadas a regir en el interior de las fronteras de su territorio. Se trata de la regla genérica (arts. 8.1 CC y 23.1 LOPJ), y conforme a ella **Las leyes penales españolas se aplican a hechos sucedidos en el territorio español (principio de territorialidad de la ley penal).**

## **El territorio español**

El territorio español sobre el que el Estado ejerce su soberanía, comprende:

- El espacio terrestre peninsular e insular, las aguas interiores, Ceuta y Melilla. Además cabría añadir el subsuelo.
- El mar territorial, esto es, la zona de mar adyacente a todas las costas españolas, peninsulares e insulares, en una extensión de 12 millas náuticas desde la línea de bajamar escorada, en principio; por tanto incluye, la masa de agua, su lecho y el subsuelo.
- El espacio aéreo situado sobre el territorio y el mar territorial.
- Los buques y aeronaves españoles.
- Embajadas y consulados españoles

## **Lugar de la comisión del delito**

Existen 3 teorías para determinar el lugar de la comisión del delito:

- La teoría de la actividad: lugar en el que se realiza la conducta
- La teoría del resultado: lugar de producción del resultado
- La teoría de la ubicuidad: a ambos indistintamente

La última teoría es la más seguida actualmente por ser la única de las tres que permite el castigo de hechos que de otro modo resultarían impunes.

En virtud de la teoría de ubicuidad, la jurisdicción española puede aplicar nuestra legislación penal a hechos realizados, total o parcialmente en España, aunque su resultado tenga lugar en territorio extranjero y a hechos realizados en el extranjero, cuando su resultado ocurre aquí. La ley penal española es aplicable a hechos realizados total o parcialmente en España o en el extranjero, se siga de ellos un resultado material o no, siempre que tengan derivaciones o consecuencias en nuestro país, y sea de aplicación, alguno de los principios que se exponen a continuación.



## **Ultra territorialidad o extraterritorialidad de las leyes penales**

En materia de límites espaciales, la regla general es la de la territorialidad; sin embargo, hay importantes excepciones a esa regla. Podemos afirmar que las leyes penales españolas son aplicables a hechos acaecidos en el territorio de otro Estado, en virtud de alguno de los tres siguientes principios, regulados en la LOPJ.

- **Principio personal o de personalidad** (art. 23.2 LOPJ), la ley penal española es aplicable a hechos cometidos en el extranjero por españoles o por extranjeros nacionalizados españoles con posterioridad a la comisión del hecho, cuando concurren los siguientes requisitos:
  - Que el hecho sea delito según la legislación española y la del país donde se cometió (exigencia de la doble incriminación) “salvo que en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito”.
  - Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o se querellen ante un tribunal español.
  - Que el autor de los hechos no hayan sido absuelto, indultado o penado por ellos en el extranjero o no haya cumplido la condena que se le impuso. Si ésta sólo ha sido ejecutada parcialmente, se tendrá en cuenta la parte ya cumplida para rebajarle de manera proporcional la pena que pudiera corresponderle tras ser juzgado en España.

En la actualidad el principio de personalidad ha perdido su virtualidad en los supuestos en que el delito se hubiera cometido en un Estado perteneciente a la UE: según la Ley 3/2003 relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, España se encuentra jurídicamente obligada a entregar al autor, aunque fuera español, para ser juzgado en el país de comisión de los hechos.

Existen dos problemas:

- ¿Qué sucede cuando los hechos han acontecido en varios países, y en alguno no es constitutivo de delito y otros, sí? → que mientras los hechos que deban ser enjuiciados puedan considerarse un

mismo hecho o unos mismos hechos y constituyan delito en España y en uno de los países en los que se llevaron a cabo, se cumple la exigencia del art. 23.2 LOPJ; si se trata de hechos perfectamente diferenciados, parece que sólo podrán ser perseguidos aquellos en los que se dé la doble incriminación, en España y en el país donde se ejecutaron.

- ¿Qué sucede cuando un español es víctima de un delito en territorio de otro país? → habría de resolverse recurriendo al principio de justicia universal, pues no se contempla en el art. 23.2, ni recogido el principio de personalidad pasiva en el Ordenamiento español.

- **Principio real o de protección** (art. 23.3 LOPJ) se faculta a aplicar la ley penal española a hechos realizados fuera de España por españoles o por extranjeros que afecten a intereses relevantes para el Estado. Se podrá aplicar la ley penal española a hechos que estén tipificados como delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente
- c) Rebelión o sedición
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales
- e) Falsificación de moneda española y su expedición
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado
- g) Atentado contra a autoridades o funcionarios públicos españoles
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española
- i) Los relativos al control de cambios

- **Principio de justicia universal o de justicia mundial** (art. 23.4 LOPJ), cuando los Estados competentes para ello no lo hagan, se autoriza a extender la aplicación de la ley penal española a hechos cometidos por

españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, que atenten contra intereses relevantes para la comunidad internacional, susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) Genocidio y lesa humanidad
- b) Terrorismo
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes
- f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España

A partir de la reforma del art. 23.4 aprobado por LO 1/2009, el precepto ofrece tres posibilidades para dar luz verde a la actuación de la jurisdicción española:

- Que el presunto responsable de los hechos se encuentre en España
- Que haya españoles entre las víctimas del delito
- Que exista algún vínculo de conexión relevante con España.

En todo caso, la intervención española es expresamente subsidiaria, ya que los tribunales españoles deberán abstenerse de actuar si en otro Estado competente o en un tribunal internacional se iniciara un procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva de los hechos.

- **Principio de justicia supletoria**, se puede aplicar éste a hechos cometidos en cualquier lugar cuando otro Estado no puede perseguirlos o pudiendo no está interesado en hacerlo. El ordenamiento español desconoce este principio.

## Extradición

Es la entrega de una persona por el Estado, en cuyo territorio se ha refugiado, al Estado que la reclama para juzgarla o hacerle cumplir la condena ya impuesta por sus tribunales.

- Extradición activa: un Estado solicita a otro la entrega de una persona
- Extradición pasiva: el Estado solicitado entrega al solicitante la persona reclamada
- Re extradición: un Estado que ha obtenido de otro la entrega de un individuo, y lo pone a disposición de un tercer Estado con mejor derecho para juzgarlo o hacerle cumplir la pena impuesta en un juicio celebrado con anterioridad.
- Extradición de tránsito: un Estado permite el paso por su territorio de una persona extraditada por un segundo Estado a un tercero.

Según qué órgano tenga la competencia para concederla se distingue entre:

- Extradición judicial: corresponde a los tribunales de justicia
- Extradición gubernativa: corresponde al poder ejecutivo
- Extradición mixta: intervienen gobierno y tribunales. Este es el sistema seguido por España.

## Derecho de asilo

Protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado, la cual se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede, o a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país.

- **Político:** protección graciable otorgada por el Estado a extranjeros y refugiados en España, que se encuentren en determinadas circunstancias, y consiste en no entregarlos al Estado que los persigue.

- **Diplomático:** consiste en acoger a una persona en un edificio destinado a oficina o habitación de la representación diplomática de una nación, por razones análogas a las que propician el asilo político.

## **El principio de igualdad y el ámbito de validez personal de la ley penal**

### **El principio de igualdad**

Se halla proclamado como derecho fundamental en el art. 14 CE. Su enunciado básico **prohíbe al legislador introducir sin justificación tratamientos diferenciados en las normas penales; y al juez a resolver casos idénticos de forma dispar, sin fundamentar en razones sólidas su proceder.** El principio de igualdad opera tanto frente al legislador, a la hora de la formulación del derecho, cuanto frente al Juez, en el momento aplicativo.

Las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas.

Según la jurisprudencia del TC, los **principios de seguridad jurídica y de prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos**, que garantiza el art. 9.3 CE, impiden a los órganos judiciales que en sus resoluciones se aparten arbitrariamente de los precedentes propios, pues declara el mismo TC que se produce una violación del art. 14 CE, en su vertiente de derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, si no media una fundamentación suficiente y razonable, que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad.

Pero ni el principio de igualdad ni su configuración como derecho subjetivo permiten asegurar un tratamiento idéntico uniforme por los distintos órganos judiciales, ya que dicho principio ha de hacerse compatible con el principio de independencia de estos órganos.

El TC fija **requisitos para apreciar vulneración del pº de igualdad** en la ley:

- Acreditación de un término de comparación, pues el juicio de igualdad sólo puede hacerse sobre la comparación entre la sentencia impugnada y las decisiones precedentes del mismo órgano judicial, que en casos sustancialmente iguales haya resuelto de forma contradictoria
- Existencia de alteridad en los supuestos contrastados
- Identidad de órgano judicial, no sólo identidad de Sala, también Sección y Caso
- Ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio.

Por último, debe tenerse en cuenta que el derecho reconocido en el art. 14 CE es el derecho de igualdad ante la ley, no contra la ley: si una persona es juzgada y condenada por un determinado delito, no puede alegar la vulneración del principio de igualdad porque otras personas que hayan cometido el mismo delito no sean también juzgadas y condenadas, es decir, no existe igualdad en la ilegalidad.

### **Ámbito de validez personal de la ley penal**

Aunque todos los ciudadanos se hallan sometidos a la Ley, la propia CE reconoce una serie de limitaciones respecto a determinadas personas en razón del cargo que ostentan, las cuales están, de modo temporal o permanente, sustraídas a los efectos de la Ley penal.

- Las **inviolabilidades**: su fundamento radica en la especial posición que ocupan las personas a las que se atribuyen, en razón de la función pública que desempeñan. Implican una verdadera ausencia de responsabilidad criminal respecto a determinados comportamientos; es decir, la imposibilidad total de perseguirlos. Pueden dividirse en absolutas (continúan operando después de que se ha cesado en la función de su cargo) y relativas (sólo impiden la exigencia de responsabilidades penales durante el desempeño del cargo). En el ordenamiento español operan de manera absoluta.

### Supuestos concretos de inviolabilidad en la legislación española:

- Inviolabilidad del Jefe del Estado: art. 56.3 CE: “la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad”. Según doctrina mayoritaria, parece eximir de responsabilidad al Jefe del Estado por cualquier tipo de comportamiento. El art. 64 CE dispone que “los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes” los cuales serán responsables de dichos actos refrendados.
- Inviolabilidad parlamentaria: art. 71.1 CE: “los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”, lo que supone la imposibilidad de perseguirlos por delitos (injurias o calumnias) por expresiones vertidas en reuniones parlamentarias. El art. 67.3 CE deja claro que no se gozará de estos privilegios cuando se trate de opiniones manifestadas en reuniones de parlamentarios celebradas sin convocatoria reglamentaria, y lo mismo ha de decirse de las expresadas fuera del Parlamento. La inviolabilidad persiste aunque en el momento de iniciarse un procedimiento el sujeto ya hubiera perdido su condición de parlamentario. Los Estatutos de Autonomía recogen disposiciones idénticas o muy similares.
- Inviolabilidad de los magistrados del TC, que afecta sólo a las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones (art. 22 LOTC), y del Defensor del Pueblo y sus adjuntos, que alcanza además a los actos que realicen en el ejercicio de las competencias propias de sus cargos (arts. 6.2 y 6.4, de la LODP).

### Características importantes:

- La inviolabilidad impide que pueda exigirse responsabilidad penal al que ha disfrutado de ella, tras cesar en su cargo.
- Al otorgarse por razón de función, se confiere sólo a quien la ejerce, por lo que se la considera causa personal de

exclusión de la pena, que no alcanza a los eventuales cómplices de la persona que goza de la misma.

- Las **inmunidades**: no son más que meros obstáculos procesales a la detención, procesamiento o imputación de determinadas personas.

El art. 71.2 CE establece que “durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva”. Obliga a que para inculpar o procesar a diputados y senadores se tenga que solicitar y obtener el llamado suplicatorio, el cual, para no convertir la inmunidad en un puro privilegio personal lesivo del principio de igualdad, sólo podrá ser denegado cuando esto resulte necesario en orden a una adecuada tutela de la función parlamentaria. Otras inmunidades (limitadas a la prohibición de la detención salvo en caso de flagrante delito) son las del Defensor del Pueblo y sus adjuntos (arts. 6 LODP) y los jueces y magistrados (arts. 389 LOPJ).

- o Los **fueros especiales**: figura por la cual, la eventual responsabilidad criminal de quien ocupa determinado cargo se exige ante el TS o ante los Tribunales Superior de Justicia de la correspondiente CA (caso del Presidente del Gobierno, los Ministros, los Diputados, Senadores, Diputados autonómicos y miembros de los Gobiernos autonómicos).
- o Las **exenciones**: próximas a las inviolabilidades, aquellas por las que no puede exigirse responsabilidad criminal a los Jefes de Estado extranjeros, ni a los funcionarios diplomáticos extranjeros ni a sus familias.

### **El principio de responsabilidad por el hecho y el principio de culpabilidad. El principio de presunción de inocencia**

#### **Principio de responsabilidad por el hecho**

Principio por el cual **el Derecho penal sólo se ocupa de hechos**: sólo los hechos pueden ser penalmente castigados. Este principio deriva del de legalidad, proclamado en la CE y el CP; en el art. 25.1 CE y los arts. 1 y 10 CP. La vigencia de este principio tiene consecuencias en varios órdenes de cosas:



- En primer lugar, es incompatible con la represión penal de actitudes internas. Los pensamientos, los deseos, las intenciones no exteriorizadas, carecen de aptitud para interferir en la libertad y demás derechos ajenos, por lo que deben estar al margen del Derecho penal.
- En segundo lugar, tampoco puede el Derecho penal castigar formas de ser, ya que un Derecho penal así concebido, sería un Derecho penal “de autor” no un Derecho penal por el acto realizado, y por tanto un Derecho penal escandalosamente opuesto a las proclamaciones de la CE y el CP.

Por ello, nuestro Derecho es un **Derecho penal por el acto realizado**, en el que solamente un hecho externo, una acción o una omisión, puede ser calificado de delito o falta, y castigado con una pena. Ahora bien, **no cualquier clase de hecho satisface la exigencia constitucional, pues el castigo de un tipo de “hecho” en sí mismo carente de ofensividad, pero revelador de una forma de ser, vulneraría el principio del hecho.**

Por su parte, nada tiene que ver con el Derecho penal de autor, la previsión legal de que el juez tome en consideración las circunstancias personales del delincuente a la hora de individualizar la pena, puesto que tales circunstancias no son lo que castiga, sino que las tiene en cuenta para concretar la cantidad de pena que ha de imponerse al reo dentro de los límites de la prevista, en caso de que se le haya condenado por una acción u omisión tipificadas como delito o falta.

El principio del hecho podría ser vulnerado, además de por la inclusión en el ordenamiento punitivo de normas que reflejaran un Derecho penal de autor, por basar el castigo en hechos presuntos o en hechos ajenos o en hechos faltos de ofensividad.

### **El principio de culpabilidad**

El principio de culpabilidad se refiere a la **imputación subjetiva** (castigo de dicha conducta como personalmente atribuible al autor). Prohíbe castigar al sujeto que actuó sin infringir su deber personal de comportarse de acuerdo a la norma, ya sea porque no se daban en él las condiciones físicas que hacían posible el respeto a la norma (inimputabilidad), o porque por distintas circunstancias, tal cosa no le era exigible.

Por otra parte, la mencionada infracción del deber sólo va a producirse cuando el sujeto actúa de modo doloso o de manera imprudente, nunca cuando el ciudadano se ha comportado con la debida atención o ignorando por completo las consecuencias de sus actos. **Art. 5 CP "no hay pena sin dolo o imprudencia"**, lo cual supone la proscripción de los rechazables delitos cualificados por el resultado. El principio de culpabilidad impide incrementar la pena de un delito por el mero hecho de que la conducta termine causando un resultado más grave si éste no es imputable al autor ni a título de dolo ni de imprudencia.

Por tanto, las penas previstas en una norma penal sólo pueden imponerse a quienes:

- Realicen, sin que concurra un permiso, el hecho tipificado en dicha norma.
- Lo hagan de modo culpable.

No basta con llevar a cabo el hecho descrito en una norma penal para que las consecuencias que previene alcancen al infractor; es necesario que éste actúe culpablemente (con conciencia y voluntad), y sin el amparo de un permiso fuerte (de una causa de justificación). Por lo tanto, tan **sólo se puede castigar a alguien penalmente cuando es culpable**. El concepto de culpabilidad consiste en:

**La recriminación que se hace a una persona por haber realizado una conducta castigada (antijurídica) en una norma penal, desoyendo la advertencia contenida en la norma, atacando el bien jurídico protegido en ella, y consecuentemente, infringiendo el deber que tenía (de abstenerse de realizar la conducta prohibida, de no actuar como ha actuado).**

El principio de culpabilidad no aparece declarado de manera explícita en la CE, pero, dado que su fundamento radica en la idea general de libertad, normalmente se entiende derivado del principio de legalidad y del principio de proporcionalidad (prohibición de exceso). El TC ha subrayado que la CE consagra el reiterado principio como principio estructural básico del Derecho penal.

En cuanto al contenido concreto del principio de culpabilidad, con respecto a los ciudadanos le confiere una serie de garantías:

- **Principio de hecho o de responsabilidad por el hecho**, que significa que en todo caso para exigir responsabilidad penal ha de haber conducta exteriorizada, visible y constatable. Se opone a cosas que no sean conductas o hechos realizados, y se responde por las conductas, no por la personalidad o forma de vida (DP de autor, no de conducta).
- **Es una exigencia de responsabilidad personal**, por el hecho propio, o de personalidad de las penas.
- **Principio de responsabilidad subjetiva**: en todo delito para que se pueda castigar ha de concurrir o bien dolo o culpa (que se ha hecho adrede) o bien imprudencia (por negligencia, por descuido). Esta es la única de las exigencias de este principio que aparece con toda claridad en el CP en el art.5. Lo contrario de este principio de responsabilidad subjetiva es la objetiva (sea por mero accidente o por dolo, se ha cometido un delito).
- **Principio de imputación personal, o de responsabilidad penal, o atribución individualizada**: no debe existir: inimputabilidad, inexigibilidad y error de prohibición.
- **Proporción entre la pena concreta y el hecho culpable**.

### **Principio de presunción de inocencia**

Es un derecho fundamental, reconocido en el art. 24.2 CE con arreglo al cual toda persona tiene derecho a ser considerada no responsable de un delito, por muchos indicios que haya en su contra, hasta que no se demuestre su responsabilidad, en un proceso celebrado con todas las garantías.

La presunción de inocencia vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata. Es por tanto una presunción de la denominadas iuris tantum. Esto significa que toda persona se presume su inocencia hasta que no quede demostrada su culpabilidad. Por tanto admite prueba en contrario; pero lo relevante es que quien acusa es quien tiene que demostrar la culpabilidad, el acusado pues no tiene que demostrar su inocencia, ya que de ella se parte. La

carga de la prueba es así de quien acusa. La presunción de inocencia se basa en dos principios claves:

- Para desvirtuar esta presunción es preciso que se den medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos utilizados en el juicio oral, dando siempre lugar a la defensa del acusado.
- Libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a jueces y Tribunales por imperativo del artículo 17 CE.

A partir de la STC 31/1981, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la presunción de inocencia despliega su contenido en dos ámbitos:

- Como regla de trato del ciudadano proscribire la sospecha y el trato como culpable hasta que, tras un juicio contradictorio y público, un juez imparcial haya declarado su culpabilidad.
- Como regla de juicio, el derecho a la presunción de inocencia establece un conjunto de reglas y garantías que han de tenerse en cuenta por el Juez en la tarea de fijar los hechos que se declaran probados en el proceso penal.

En esta vertiente, como regla de juicio, el contenido constitucional incluye varias exigencias que se sintetizan en la existencia de prueba válida y suficiente:

- Corresponde asumir exclusivamente a la acusación la carga de la prueba.
- Validez y legitimidad de las pruebas, que no pueden vulnerar derechos fundamentales.
- Condiciones de validez del debate procesal sobre las pruebas, que ha de celebrarse con inmediación, contradicción, oralidad y publicidad.
- Regla tradicionalmente expresada con la máxima in dubio pro reo, conforme a la cual, la culpabilidad ha de ser probada de forma suficiente, es decir, “más allá de toda duda razonable” se ha de acordar la absolución del acusado.

Como regla de tratamiento extraprocesal impone que todos los poderes públicos, ciudadanos y medios de comunicación, no traten a una persona como

culpable, sino que ha de ser tenido por inocente hasta que no exista condena. Este requerimiento también exige no anticipar condenas mediáticas ni generar “juicios paralelos”.

Consecuentemente, cualquier sistema jurídico propio de un Estado de Derecho debe posibilitar la admisión de un recurso, ante la instancia judicial ordinaria superior, para que revise si la resolución condenatoria de la primera instancia se ha dictado con vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Según la jurisprudencia del TS, para considerar legítima la declaración de culpabilidad hecha en la instancia basta con constatar que el razonamiento judicial exteriorizado en **la Sentencia de condena en relación con los hechos imputados “no es ilógico ni arbitrario”**. Pero, por otra parte, el TS afirma que el análisis anterior no es suficiente para salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia, dado que la hipótesis que sustenta la afirmación sobre **la culpabilidad ha de ser probada “más allá de toda duda razonable”**. Por lo tanto, **la imputación fáctica sólo puede afirmarse cuando, no siendo la misma ni ilógica ni arbitraria, no han sido acreditadas otras hipótesis fácticas alternativas que, siendo igualmente razonables, puedan justificar la absolucón.**