

Conseqüències jurídiques del delicte

Rosa Fernández Palma

PID_00152359



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. Teoria general de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal	7
1.1. Aspectes generals	7
1.1.1. Classes	7
1.1.2. La comunicabilitat o transmissibilitat de les circumstàncies	8
1.1.3. Inherència	10
1.1.4. Compatibilitat	10
1.1.5. Naturalesa	11
1.1.6. Apreciació de les circumstàncies	11
1.1.7. Virtualitat de les circumstàncies	12
2. Circumstàncies atenuants	15
2.1. Classes	15
2.2. Eximents incomplets	15
2.3. Atenuants ordinàries	17
3. Circumstàncies agreujants	23
3.1. Classificació	23
3.2. Les circumstàncies agreujants en concret	23
3.2.1. Traïdoria	23
3.2.2. Disfressa, abús de superioritat, i aprofitament de les circumstàncies de lloc, temps o auxili de tercers que debilitin la defensa de l'ofès o que facilitin la impunitat del delinqüent	26
3.2.3. Preu, recompensa o promesa	28
3.2.4. Motius racistes i altres de discriminatoris	29
3.2.5. Acarnissament	30
3.2.6. Abús de confiança	31
3.2.7. Prevalença del caràcter públic	32
3.2.8. Reincidència	33
4. Circumstància mixta de parentiu	36
5. Concurs de delictes	38
5.1. Concurs de delictes	38
5.1.1. Concurs real de delictes	38

5.1.2.	El concurs ideal de delictes	42
5.1.3.	Concurs medial	43
6.	El sistema de penes en el Codi penal.....	44
6.1.	Introducció	44
6.2.	Classes de penes	44
6.2.1.	Penes principals i accessòries	45
6.2.2.	Classes de penes per la seva naturalesa i durada	46
6.2.3.	La pena de mort	49
7.	La determinació de la pena.....	50
7.1.	Regles per a la determinació de la pena	50
7.2.	La pena abstracta	51
7.3.	Marc legal de pena: determinació qualitativa i quantitativa	51
7.4.	La individualització judicial de la pena	54
7.5.	Determinació de la pena en els delictes imprudents, en la pena de multa i en les faltes	55
7.6.	Suspensió i substitució de la pena	55
8.	La llibertat condicional.....	58
8.1.	Règim general	58
8.2.	Règim de llibertat condicional específic per als delictes de terrorisme i els comesos al si d'organitzacions criminals	59
8.3.	Règim privilegiat	60
8.4.	Règim privilegiat qualificat	60
9.	Les mesures de seguretat.....	61
9.1.	Classes de mesures	64
9.2.	Substitució, aturada i trencament de les mesures	65
9.3.	Substitució de les mesures d'expulsió del territori nacional	65
10.	Les conseqüències accessòries.....	66
11.	Penalitat.....	67
Resum.....		69
Exercicis d'autoavaluació.....		71
Solucionari.....		73
Glossari.....		74
Bibliografia.....		75

Introducció

En els mòduls anteriors hem centrat la nostra atenció en els diferents elements que integren el delict. Una vegada s'ha afirmat, és possible, d'una manera genèrica i tret de les circumstàncies excepcionals de què es tracta en l'apartat 10 d'aquest mòdul, la imposició d'una pena. Els tipus penals de la part especial preveuen un marc de pena (màxim i mínim) per a cada infracció que requereix, per a la imposició d'una "quantitat" de pena concreta, tot un procés de determinació. En aquesta operació tenen un paper decisiu les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal (atenuants, agreujants i circumstància mixta), l'estudi de la qual es fa en primer terme.

Tot seguit s'aborda l'estudi de la concurrència plural d'infraccions (concurso de delictes) i del tractament punitiu adoptat per a aquests supòsits en el Codi penal.

El sistema de penes escollit pel legislador penal és abordat com a tercera matèria base d'aquest mòdul amb l'estudi de la classificació tripartida adoptada, les diferents penes i la seva durada com a conjunt orientat a satisfer les finalitats de la pena establertes prèviament.

Les regles de determinació legal i judicial de la pena posen fi al sistema de concreció de la pena per a entrar, a continuació, en l'estudi de les mesures de seguretat en tant que conseqüències juridicopenals derivades del delict.

Tindrem ocasió de conèixer els pressupòsits de les mesures de seguretat, els principis d'aplicació i el seu àmbit, i també els tipus de mesures que es poden adoptar en concret d'acord amb el Codi penal.

El mòdul acaba amb una breu referència a la punibilitat i les conseqüències accessòries de la pena.

Objectius

Aquest mòdul persegueix els següents propòsits:

- 1.** Estudiar el concepte i la ubicació dogmàtica de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal.
- 2.** Distingir entre eximents incompletes, atenuants ordinàries i atenuants analògiques.
- 3.** Conèixer i classificar les diferents circumstàncies atenuants.
- 4.** Conèixer i classificar les diferents circumstàncies agreujants.
- 5.** Assimilar el concepte de circumstància mixta i la seva operativitat.
- 6.** Definir el concurs de delictes i exposar-ne els diferents tipus i el tractament jurídic.
- 7.** Identificar les diferents penes instaurades en el Codi penal i la seva classificació.
- 8.** Estudiar la individualització legal i judicial de la pena.
- 9.** Aturar-se en l'estudi dels pressupòsits materials d'aplicació de les mesures de seguretat.
- 10.** Conèixer els tipus de mesures que es poden imposar d'acord amb el Codi penal.
- 11.** Exposar el concepte i conèixer els tipus de condicions objectives de punibilitat.
- 12.** Recordar les conseqüències accessòries.

1. Teoria general de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal

Després de l'examen dels diferents elements de la teoria jurídica del delict, falten per abordar un conjunt de qüestions de les quals ens ocuparem en aquest mòdul, que determinaran la possibilitat d'imposar una conseqüència jurídica.

1.1. Aspectes generals

En els mòduls anteriors hem estudiat els elements sota la concurrència dels quals es pot afirmar la presència d'un **delict**. En aquest cas sorgeix genèricament la possibilitat d'aplicar **una pena**, deixant estàlvia la possible aplicació de condicions objectives de punibilitat o excuses absolutòries.

Tanmateix, els tipus de la part especial no preveuen una quantia de pena fixa, sinó un marc de pena abstracte delimitat per una xifra màxima i una de mínima. D'aquest marc no resulta automàticament la pena concreta aplicable, sinó que aquesta individualització l'han de dur a terme els òrgans judicials amb la fixació dels límits legals de la pena i la seva adequació definitiva a la gravetat del fet i la culpabilitat de l'autor. Així, el procés de concreció de la pena resulta delimitat amb el joc de les anomenades circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal.

Les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal són elements accidentals que, sense afectar la presència del delict –que es manté inalterat–, envolten la comissió del fet i incideixen en la modulació dels seus diversos elements –de l'injust o la culpabilitat– o, sense fer-ho, responen a criteris politicocriminals, amb el reflex consegüent –atenuant o agreujant– en la delimitació de la pena.

1.1.1. Classes

El Codi penal distingeix tres tipus de circumstàncies modificatives segons els efectes:

- **Atenuants** (article 21 del Codi penal).
- **Agreujants** (article 22 del Codi penal).
- **Mixtes**, amb virtualitat per operar, segons els casos, amb efectes atenuants o agreujants (article 23 del Codi penal).

D'altra banda, la doctrina agrupa les circumstàncies modificatives i es basa en diversos criteris que al·ludeixen a la seva naturalesa, diferències o incideixen en les relacions que mantenen entre si. Així, doncs, i sense voluntat de ser exhaustius:

- **Objectives, subjectives i mixtes**, segons si afecten el fet, la culpabilitat o tots dos.
- **Personals o materials**, segons si tenen en compte circumstàncies particulars del subjecte actiu, d'ell i les seves relacions amb la víctima, o bé responen a l'execució del fet o als mitjans utilitzats.
- **Simplex i qualificades**, d'acord amb la intensitat dels efectes atenuants que comporten (articles 21.1a., 66.1.2a. i 3a., i 68 CP del Codi penal).
- **Comunicables o no comunicables**, si s'apliquen només a la persona en qui concorren o a tots els intervinents en el delict, d'acord amb l'article 65 del Codi penal.
- **Genèriques o comunes i específiques o especials**, en vista de la seva regulació en la part general (articles 21 a 23 del Codi penal) i l'abast de la seva aplicabilitat, en principi, a tots els tipus penals o en preceptes específics de la part especial, i només per a determinats delictes.
- **Compatibles i incompatibles**, segons si poden ser aplicables conjuntament a un mateix fet delictiu o no.
- **Inherents o accessòries**, d'acord amb la regla que conté l'article 67 del Codi penal, i tenint en compte si formen part o no de la descripció del nucli de la infracció.

Amb tot, hem de tenir en compte l'escàs valor, més enllà del merament expositiu o pedagògic, que la doctrina atorga a les classificacions anteriors considerant les dificultats per trobar senyes d'identitat o delimitacions definitives sobre la seva naturalesa jurídica, i es ressalta, en tot cas, la utilitat superior de la indagació sobre la seva diferenciació amb altres instituts dogmàtics de la part general.

1.1.2. La comunicabilitat o transmissibilitat de les circumstàncies

La intervenció de més d'un subjecte en la comissió del fet delictiu pot plantejar problemes en el moment de la individualització de la pena per a cada un, especialment quan concorren circumstàncies modificatives de diferent naturalesa en part o en tots els partícips.

L'article 65 del Codi penal resol els dubtes que pot plantejar aquesta comunicabilitat de les circumstàncies i ofereix un tractament diferent segons si es tracta de circumstàncies **personals** (article 65.1 del Codi penal) o **materials** (article 65.2 del Codi penal).

Article 65 CP

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurran.
2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

Per exemple, la jurisprudència ha considerat comunicable la circumstància agreujant de disfressa:

"[...] la afirmación argumental [...] de que la recurrente se quita y se pone la capucha en innumerables ocasiones, dada la comunicabilidad de esta circunstancia objetiva a todos los partícipes según se desprende de la regla segunda del artículo 60 del Código Penal, la cual produce sus plenos efectos en el presente caso, dado que las circunstancias expuestas en la tesis histórica de la combatida constatan un pleno conocimiento previo por parte de todos los intervinientes –entre los que se encuentra la recurrente– de la utilización del disfraz, por lo que, de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 7 diciembre 1990, 16 marzo 1992, y 24 noviembre 1993, entre otras) se desestima el motivo."

STS de 24 de gener de 1996

El número primer de l'article 65 CP ha estat modificat per la LO 15/2003, de 25 de novembre, en el sentit de simplificar la fórmula original del CP 1995, referit a circumstàncies relatives a la disposició moral del delinqüent o a les seves relacions amb l'ofès, optant per la causa més general, *causes de naturalesa personal*, que, s'ha de reparar, constituïa la circumstància de tancament de la regulació anterior –o amb una altra causa personal.

S'ha de fer menció, a més, que el legislador ha inclòs, mitjançant la reforma citada, un nou número en aquest precepte que resol almenys les disfuncions punitives –advertides per un sector doctrinal i certa jurisprudència– que comportava el càstig als partícips (*extraneus*) en els delictes especials, en qui no concorrien les qualitats d'autoria, possibilitant ara la imposició de la pena inferior en grau (en línia amb la recent jurisprudència del TS).

Tret d'això, no hi ha un acord doctrinal respecte a la possibilitat d'estendre els efectes del precepte estudiat i, en general, de les regles que conté la part general (article 66.4t. del Codi penal: compensació de circumstàncies), més enllà de les circumstàncies que es preveuen en el llibre I del Codi penal (articles 21, 22 i 23 del Codi penal); és a dir, en les específiques que es regulen en la part especial (tipus agreujats o circumstàncies constitutives de tipus especials). La jurisprudència es mostra decididament partidària d'estendre la regla de l'article 65 també a les circumstàncies que es preveuen en els diferents delictes, amb independència del seu caràcter, si bé no falten en la doctrina

Exemple

Són exemples del primer grup l'arravatament, preu, recompensa o promesa, l'abús de confiança, el parentiu, l'addicció greu, la reincidència o el caràcter públic, entre d'altres; en el segon apartat es podria enquadrar la traïdoria, acarnissament, disfressa i aprofitament de circumstàncies de temps o lloc.

Vegeu també

Mòdul 3, "Autoria i participació. *Iter criminis*", apartat 1.9.4.

veus crítiques respecte a les circumstàncies constitutives de certs delictes que completarien una figura amb autonomia pròpia, i prediquen la inoperativitat respecte a aquestes circumstàncies dels articles 65 i 66.4t. del Codi penal (vegeu la figura d'assassinat que es preveu en l'article 139). En aquests casos, resultarien aplicables les regles generals, i en especial la normativa general sobre la concurrència d'error en cas de desconeixement de la circumstància.

1.1.3. Inherència

La convivència en el Codi penal de circumstàncies genèriques coincidents amb altres d'específiques relatives a tipus concrets de la part especial podria produir duplicitat sancionadora i, per tant, vulneració del principi *non bis in idem*. Aquesta possibilitat apareix proscriu expressament amb la regla de la inherència que conté l'article 67 del Codi penal.

La inherència pot ser **expressa** o **tàcita**. En el primer cas –és a dir, quan el legislador ha utilitzat la circumstància en descriure o sancionar una infracció (article 67 del Codi penal)–, no es plantegen problemes interpretatius dignes de menció. En la inherència tàcita –és a dir, quan es tracta de circumstàncies que no es descriuen expressament, però que són de tal manera consubstancials al delictes que si no concorreguessin no es podrien cometre (article 67)–, les dificultats s'accentuen.

Com a regla general, la incompatibilitat s'ha de cenyir als supòsits d'inherència en abstracte, als supòsits en què, en tot cas, i sigui quin sigui el mitjà comissiu escollit per l'autor, el delictes no es pot arribar a cometre sense la concurrència de la circumstància, de manera que es rebutja com a supòsit d'inherència tàcita la concreta, en la qual la concurrència depèn únicament del pla d'execució particular de l'autor.

Exemple

Un bon exemple d'inherència expressa és el delictes que es preveu en l'article 139 del Codi penal –assassinat–, i també els que es regulen en els articles 187.2 i 181.3r. La inherència tàcita es presenta d'una manera específica en els anomenats *delictes de funcionaris*, als quals resulta inherent la circumstància de prevalença del caràcter públic que es preveu en l'article 22.7.a del Codi penal.

1.1.4. Compatibilitat

No hi ha inconvenient legal (vegeu l'article 66 del Codi penal) per a la concurrència i aplicació conjunta de diverses circumstàncies atenuants o agreujants a un mateix supòsit. De fet, l'article 66.1.2a., 3a., 4a. y 7a. del Codi penal preveu expressament aquesta possibilitat amb l'establiment de regles tipus per a mesurar la pena en aquesta tessitura.

Tanmateix, la **compatibilitat entre circumstàncies** s'ha de modular d'acord amb criteris materials, i impedir la concurrència de les que estiguin vinculades conceptualment entre si, pressuposant que una és la concurrència de l'anterior. Així, el fet (entès com a objecte de valoració) que serveixi de base

per a l'aplicació d'una circumstància d'atenuació o agreujament pot ser valorat una sola vegada, en fonament d'una única circumstància, si no es vol incórrer en *bis in idem*.

Prenent com a base el criteri anterior, la determinació sobre **compatibilitat** o **incompatibilitat** només es pot dur a terme després de l'anàlisi concreta del contingut de cada una, i s'ha d'evitar tenir en compte el fet base si no és per decidir la concurrència d'una sola circumstància. Per exemple, la circumstància agreujant de traïció es considera normalment incompatible amb la d'abús de superioritat o la de disfressa.

1.1.5. Naturalesa

És tradicional que la naturalesa de les circumstàncies modificatives es determini tenint en compte dos criteris. Es distingeix en aquest sentit entre circumstàncies **subjectives**, que tindrien com a característica afectar el grau de culpabilitat de l'autor, i **objectives**, segons que representin un injust més o menys greu.

Més recentment, es qüestiona la pretensió d'encotillar la naturalesa de les circumstàncies basant-se tan sols en els elements esmentats, perquè això impedeix l'apreciació dels matisos que posseeix cada una. La solució s'ha buscat en un **criteri mixt** que permeti d'englobar circumstàncies que participen d'una naturalesa objectiva i subjectiva del mode definit (la jurisprudència ha considerat la traïdoria un exemple paradigmàtic d'aquest supòsit). Tanmateix, aquesta via tampoc no s'ha mostrat hàbil per a definir la naturalesa de cada una de les circumstàncies, si reparam en la presència d'altres que es resisteixen a englobar-se en la fórmula objectiu/subjectiu, responent significativament a mers criteris de política criminal (penediment espontani o reparació del dany, article 21. 4t. i 5è. del Codi penal). De fet, aquest últim criteri ha estat proposat com a fonament de les circumstàncies modificatives per algun autor o com a tercer element de la classificació tradicional, per un altre sector de la doctrina.

1.1.6. Apreciació de les circumstàncies

El principi acusatori imposa la necessitat de **sol·licitud de part** de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal. Això no obstant, aquesta regla general es veu matisada per la doctrina del Tribunal Suprem quan es tracta de **circumstàncies favorables al reu** que tenen el suport degut en els fets provats de la resolució.

"La STS de 23 de febrero de 1996 examinaba con detalle el supuesto en que el Tribunal sentenciador absolvió a los acusados al apreciar error de prohibición sin haber sido alegado en el juicio y, por tanto, sin debate contradictorio al respecto, y llegaba a la conclusión de que la Sala de instancia actuó de manera legalmente correcta, señalando explícitamente que la obligada introducción en el debate judicial a través de una propuesta concreta discutida por las partes bajo los principios de bilateralidad, contradicción, lealtad y buena fe, si bien es de inexcusable observancia cuando de circunstancias de agravación se trata por el riesgo de indefensión que comportaría su planteamiento 'ex novo', en supuestos –como el presente– en los que el relato de los hechos presta puntual y suficiente base para la apreciación de una circunstancia de atenuación o favorable al reo, es aplicable la excepción a dicha regla general, cuando, aun sin proposición de parte, la narración fáctica de la sentencia contenga todos los datos que sirven de base para la apreciación de una circunstancia determinada que el Tribunal de instancia, aun de oficio, vendría obligado a aplicar."

STS de 15 de diciembre de 2000

1.1.7. Virtualitat de les circumstàncies

Com principi general, l'apreciació de circumstàncies modificatives no comporta la variació del marc penal abstracte previst en cada un dels tipus de la part especial.

Aquesta regla general implica que el joc de circumstàncies permet habitualment el mesurament del quàntum de pena dins del marc inferior o superior, segons els casos. La raó de ser d'aquest principi descansa en la idea que el marc genèric previst per a cada delict conté la pena màxima en proporció a la gravetat del fet i a la culpabilitat del reu.

La regulació del Codi penal de 1995 impedia que, fos quin fos el nombre de **circumstàncies agreujants** concurrents, pogués veure's modificat qualitativament el marc penal. En efecte, d'acord amb la derogada regla 3a. de l'article 66 CP, quan concorrien "una o varias circunstancias agravantes, los jueces o tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley". La presència d'una **circumstància atenuant** ordinària tampoc no permetia –en el mateix sentit que la vigent normativa– la modificació del marc penal abstracte, situant la quantificació de la pena en la seva meitat inferior (article 66.4 CP 1995). Només constituïa excepció l'apreciació de dues o més circumstàncies atenuants ordinàries, d'una de molt qualificada o d'eximent incompleta, que facultaven la rebaixa en un o dos graus de la pena abstracta¹.

La màxima que hem descrit més amunt, tanmateix, s'ha vist, en certa mesura, alterada pel tenor de la reforma operada per la LO 11/2003, de 29 de setembre, que es desvincula de la idea que el màxim de pena previst pel legislador constitueix el quàntum de pena més elevat, que guarda proporció amb la gravetat del fet i la culpabilitat de l'autor, assumint la possibilitat que el marc penal abstracte pugui veure's modificat a l'alça en determinades circumstàncies.

Vegeu també

Vegeu l'apartat 6.3 sobre determinació de la pena en aquest mòdul.

⁽¹⁾Articles 66.4 i 68 CP, en relació a aquest últim amb l'article 21.1 CP.

Així, en els supòsits de concurrència de més de **dues circumstàncies agreujants** –i cap circumstància atenuant– i en alguns casos de multireincidència², les regles 4a. i 5a de l'art. 66.1 CP faculden l'aplicació de la **pena superior en grau**. Cal esmentar, amb tot, que l'aplicació d'aquest agreujament qualificat no resulta preceptiva, sinó potestativa subjecte a paràmetres concrets com els previstos a l'art. 66.1.5a. CP i als criteris generals de motivació.

(2) Apartat 3.2.8.

Fora dels supòsits descrits, la concurrència de circumstàncies agreujants implica la imposició de la pena dins del marc de la seva meitat superior. Així succeeix en el cas de concurrència **d'una o dues circumstàncies agreujants** (regla 3a., art. 66.1 CP) o quan aquestes –tot i en número superior– convisquin al costat de circumstàncies atenuants i persisteix un **fonament d'agreujament**, context en el qual resulta d'aplicació la previsió 7a., art. 66.1 CP.

Pel que es refereix al règim actual de **circumstàncies atenuants**, la determinació de la pena varia en funció del nombre de circumstàncies atenuants concurrents, la seva convivència amb circumstàncies agreujants o la qualitat d'aquestes:

- Si es presenta **una sola circumstància atenuant**, la pena s'imposarà en la seva **meitat inferior**.
- Si es presenten **més de dues circumstàncies atenuants**, o una –o diverses– molt qualificades i no es presenta cap agreujant, s'aplicarà la **pena inferior en un o dos graus**, depenent del nombre i entitat d'aquelles.
- La concurrència d'una eximent incompleta (art. 21.1 CP) comporta la possibilitat d'aplicar una pena inferior en un o dos graus (art. 68 CP).

El legislador de 2003, per altra part, ha resolt la concurrència de circumstàncies agreujants i circumstàncies atenuants, en línia amb la doctrina jurisprudencial fixada en Acord del Ple de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 27 de març de 1998, recorrent al criteri de la *persistència d'un fonament qualificat d'atenuació o agreujament*.

Així, segons expressa la regla 7a. de l'article 66.1 CP, quan es presentin circumstàncies atenuants i agreujants es procedirà a la seva racional compensació. Si després d'aquest procés persisteix un **fonament qualificat d'atenuació**, s'aplicarà la pena inferior en grau³. Contràriament, si resulta un fonament qualificat d'agreujament, la pena s'aplicarà en la seva meitat superior.

(3) La rebaixa en aquest cas és d'un sol grau, a diferència de la situació que presenta el article 66.1.2a. CP, que faculta la imposició d'una pena inferior en un o dos graus, precisament per no haver-hi circumstàncies agreujants.

Convé recordar, finalment, la hipòtesi –no poc freqüent– de absència de circumstàncies, article 66.1.6a. CP, que permet al jutge o tribunal recórrer el marc penal complet, aplicant l'extensió que consideri oportuna en vista de les circumstàncies personals del delinqüent i la major o menor gravetat del fet.

2. Circumstàncies atenuants

Les circumstàncies atenuants permeten modular la pena conforme als criteris que a continuació s'exposen.

2.1. Classes

Dins les circumstàncies atenuants cal distingir els **eximents incomplets**, que es preveuen en l'article 21.1a. del Codi penal, les denominades *atenuants ordinàries*, que es preveuen en els números de 2a a 5a del mateix precepte, i, finalment, l'**atenuant per analogia** regulada com a circumstància 6a. en l'article 21 del Codi penal.

2.2. Eximents incomplets

D'acord amb l'article 21.1a. del Codi penal, són circumstàncies atenuants: "Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos".

Els efectes atenuants d'aquesta modalitat permeten l'aplicació de la pena inferior en un o dos graus a la prevista per la llei (article 68 del Codi penal), segons s'exposava en l'epígraf anterior.

D'acord amb la fórmula expressada, **qualsevol** dels eximents és susceptible de traducció en una circumstància eximent incompleta, malgrat que no es regulin en requisits separables, com en l'estat de necessitat o legítima defensa (article 20. 5è. i 4 del Codi penal, respectivament). Pel que fa a la resta, és un criteri àmpliament difós la delimitació del terme requisits als essencials de cada una de les causes de l'article 20 del Codi penal, de manera que només si se n'adverteix la presència pot resultar apreciable la circumstància incompleta a aquestes subordinades. L'absència significaria la impossibilitat d'aplicar la circumstància, ni tan sols com a incompleta. *Contrari sensu*, això representa que només pot entrar en joc l'article 21.1a. del Codi penal quan els absents siguin elements accessoris.

La **naturalesa jurídica** dels eximents incomplets depèn de la mateixa circumstància de què portin causa. Així, i partint de l'afirmació de l'antijuridicitat o culpabilitat (que representa l'absència de les causes que es preveuen en

l'article 20 del Codi penal), la concurrència d'una circumstància eximent incompleta pot implicar una disminució d'injust o de culpabilitat, d'acord amb el caràcter que té a aquest efecte la circumstància de referència.

Des d'aquest punt de vista, cal distingir entre **causes de justificació incompletes** (estat de necessitat, legítima defensa, compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret) i eximents incomplets **per disminució de la culpabilitat o responsabilitat pel fet** (alteracions psíquiques, alteracions en la percepció, intoxicació plena per consum de drogues o begudes alcohòliques, o por insuperable).

1) Les causes de justificació incompletes

La presència d'una causa de justificació permet d'afirmar la licitud de la conducta, és a dir, la seva adequació al dret. Quan, tanmateix, **no hi hagi tots els elements de justificació**, sinó solament els bàsics o essencials, la conducta s'ha de reputar il·lícita, però resulta susceptible de gradació en significar un contingut d'injust inferior.

Aquesta premissa s'ha de condicionar a la presència dels elements de justificació essencials de la causa de justificació de què es tracti.

Així, en el cas de la legítima defensa, és un pressupòsit mínim per a la seva apreciació incompleta la concurrència de l'**agressió il·legítima** i la seva **actualitat** (majoritàriament, la doctrina en nega l'apreciació incompleta en supòsits d'excés extensiu), i es pot aplicar com a incompleta en casos d'excés intensiu (desproporció de mitjans); la mateixa situació de necessitat resulta consubstancial a l'estat de necessitat; o, finalment, en l'exercici legítim d'un dret, l'**existència real del mateix dret** és el pressupòsit bàsic.

En el mòdul 4 també vam tenir ocasió d'examinar el tractament de l'**error** sobre els elements essencials de les causes de justificació, però en aquest àmbit convé fer una breu al·lusió al tractament que pot merèixer l'error sobre els **elements accidentals** d'aquestes causes. Precisament, la necessitat d'oferir un tractament diferenciat a l'error entorn d'elements essencials i accidentals condueix part de la doctrina a optar pel tractament d'aquests últims d'acord amb la tesi inspirada, entre d'altres, en la **teoria restringida de la culpabilitat**. Aquesta tesi determina, en cas d'enfrontar-nos amb un **error vencible**, l'aplicació de la pena corresponent a l'injust imprudent sobre el qual s'ha d'operar la rebaixa corresponent a la circumstància incompleta, per concórrer els pressupòsits essencials de la causa de justificació. L'**error invencible**, en canvi, derivaria en impunitat (article 14.1 del Codi penal).

Finalment, el tractament correcte per als supòsits en què l'error sobre els elements accidentals es tradueix en un error sobre els límits normatius de la causa de justificació, és el mateix de l'error de prohibició (article 14.3 del Codi penal).

2) Eximents incomplets que atenuen la responsabilitat pel fet (culpabilitat)

Tipus d'eximents

Vegeu la STS del 16 de novembre de 2005 sobre les diferències entre l'eximent complet i l'incomplet.

Vegeu també

Sobre la possibilitat de solucionar els supòsits d'absència de l'element subjectiu de justificació amb l'aplicació de la circumstància incompleta, podeu consultar el mòdul 4, "La justificació".

Dins aquest grup, cal diferenciar els eximents que afecten el mateix pressupòsit de la culpabilitat (imputabilitat), de la causa de no-exigibilitat d'una altra conducta diferent de la que es preveu en el núm. 6è, article 20 del Codi penal: **por insuperable**.

En relació amb les primeres, la recerca del contingut essencial que en permet la conversió en circumstàncies eximents incompletes s'ha de fer amb la **indagació de la seva pròpia naturalesa**; per tant, per referència a l'element de disminució de la capacitat d'imputabilitat, en la seva expressió legal de capacitat del subjecte per comprendre la il·licitud del fet o per actuar d'acord amb aquesta comprensió. La incapacitat del subjecte (tant si és per una anomalia o alteració psíquica, per una alteració en la percepció o pel consum massiu de drogues o begudes alcohòliques) per a comprendre la il·licitud del fet o actuar d'acord amb aquesta comprensió, en determina la inimputabilitat i, per tant, la impossibilitat d'adreçar contra la seva persona cap retret penal.

Si l'afecció és present en el subjecte, que té capacitat de comprensió però disminuïda d'una manera significativa, pot entrar en joc la circumstància incompleta corresponent o, si escau, la circumstància incompleta per analogia.

D'altra banda, les atenuants ordinàries permeten d'apreciar situacions en què, si bé no es posa en dubte la imputabilitat del subjecte, sí que es veu afectat per estímuls externs que en condicionen el comportament: addicció greu –article 21.2a. del Codi penal–; arravatament o obcecació –article 21.3.a del Codi penal.

Finalment, cal dir que la **por insuperable** pot operar com a eximent incomplet si, en concórrer la situació de por, aquesta por no es pot considerar tenint en compte criteris objectius/subjectius com a insuperable.

2.3. Atenuants ordinàries

1) Greu addicció a begudes alcohòliques, drogues o substàncies anàlogues

L'article 21.2a. del Codi penal recull, com a circumstància atenuant de la responsabilitat criminal, "La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior".

La previsió reproduïda determina, estèlvia de l'atenuant per analogia, l'última escala en el tractament penal de la dependència a drogues, alcohol o substàncies anàlogues.

Eximent incomplet

Podeu consultar, en relació amb l'embriaguesa com a eximent incomplet, la STS del 30 de maig de 2001.

Eximent incomplet de por superable

Sobre els requisit per a l'apreciació de l'eximent incomplet de por superable, vegeu la STS del 12 de maig de 2003.

Les característiques bàsiques de l'atenuant se ceneixen a dues d'essencials i interrelacionades:

a) Una greu dependència. Els supòsits de consum puntual de substàncies tòxiques, entre d'altres, no compleixen aquest requisit, atès que no es poden qualificar com a situacions d'addicció o d'integrar supòsits de semiimputabilitat o inimputabilitat. En canvi, hi tindrien cabuda les anomenades *situacions intermèdies* (síndrome d'abstinència), ja que el patiment de la greu addicció hi apareix, precisament, com el seu propi pressupòsit. Tret d'això, l'addicció greu es constata tenint en compte les circumstàncies de permanència en el temps, habitualitat i mesura de consum, sense que es puguin establir patrons fixos de mesurament, els quals s'han d'avaluar en consideració a les circumstàncies particulars del subjecte actiu.

b) La seva vinculació amb la conducta delictiva, que condiciona l'apreciació de la circumstància a la vinculació de la drogoaddicció o alcoholisme amb el fet delictiu, de manera que tingui origen en la mateixa dependència i davant la necessitat d'obtenir de noves dosis de la substància addictiva. (Podeu veure *supra*, mòdul 4, "La justificació", els efectes de l'anomenada *actio libera in causa* sobre la responsabilitat del subjecte).

Vegeu també

Podeu veure més amunt, en el mòdul 4, "La justificació", els efectes del que es coneix com a *actio libera in causa* sobre la responsabilitat del subjecte.

La LO 15/2003, de 26 de novembre, ha afegit a l'article 376 CP un nou paràgraf, que recull una circumstància atenuant específica i privilegiada per al **drogodependent** que realitzi alguna de les infraccions recollides als articles 368 a 372 CP⁴. La nova circumstància es reserva al grup de subjectes que en el moment de la comissió delictiva patien addicció a drogues, estupefaents o substàncies psicotròpiques, i possibilita una atenuació qualificada en permetre que la pena es pugui rebaixar un o dos graus, sempre que s'hagi finalitzat amb èxit un tractament de **deshabitució**.

⁽⁴⁾ Tràfic de drogues.

No hi ha dubte de la naturalesa utilitària del precepte, orientada cap a finalitats preventiu-especials: sota el precepte subjeu la idea que una de les raons de l'alarmant incidència pràctica d'aquest tipus de delinqüència, en el seu vessant de quanties no notòries, és precisament la condició de drogodependents dels seus autors, que de manera freqüent realitzen aquesta activitat amb l'objectiu de proveir-se de les dosis de consum necessàries.

Constitueixen elements bàsics de la present circumstància:

- el patiment d'una situació de drogodependència al moment de comissió dels fets,

- que la quantia de les drogues tòxiques, substàncies psicotròpiques o estupefaents objecte del delict, no resulti de "notòria importància o extrema gravetat", i
- la finalització amb èxit d'un tractament deshabitador.

La present circumstància d'atenuació prevista en l'article 376, paràgraf segon CP, per tant, se suma a la gran quantitat de mesures legals previstes per al tractament de la drogodependència⁵, però no constitueix –en vista del seu fonament, naturalesa i estructura– una última baula de la cadena, sinó una mesura autònoma amb elements aplicatius en part diferenciats qualitativament i no només des del punt de vista de la seva major o menor intensitat.

⁽⁵⁾Des de l'eximent del article 20.2 CP, seguint pel semieximent de l'article 21.1, en relació amb la 2a., passant per la circumstància ordinària de greu addicció, recollida en l'article 21.2a. CP, per acabar en l'atenuant per analogia a aquella (art. 21.6a).

2) Arravatament, obcecació o un altre estat passional d'una entitat semblant

És circumstància atenuant, d'acord amb el que es preveu en l'article 21.3.a del Codi penal, "obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante".

La jurisprudència i la doctrina han anat perfilant el concepte d'aquesta figura atenuant i han distingit entre l'**emoció o els sentiments derivats de l'arravatament**, com a modalitat emotiva d'aparició fulgurant i ràpida, dels propis de l'**obcecació**, definits per un efecte passional d'aparició més lenta i de més durada.

Pel que fa als requisits, s'exigeix la producció de l'arravatament o obcecació amb:

- a) Un **estímul extern** d'entitat rellevant per desenvolupar l'estat passional,
- b) **causalment relacionat** amb el sentiment passional,
- c) **proporcional** a la causa desencadenant,
- d) **temporalment pròxim**, sense lapse de temps per a la meditació o el raciocini, i
- e) **provocat per la víctima**.

"[...] no es posible [alerta l'STS de 20 de setembre de 2001] otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional [...], para cuya adecuada valoración se toman en cuenta una serie de factores como son que: a) Los estímulos en general han de proceder de la persona que resulta después ser víctima de la agresión; b) Que la activación de los impulsos ha ser debida a circunstancias no rechazables por las normas socioculturales de convivencia y c) Que tiene que existir una razonable conexión temporal entre la causa o el estímulo y la emoción o la pasión con la que se ha actuado."

Tribunal Suprem, sentències d'1 de juliol de 1998 i 26 de juny de 2001

La *ràtio* de l'atenuant s'ha de buscar en la **disminució de la imputabilitat** que comporta la submissió del subjecte a un estímul emocional intens.

3) Confessió de la infracció a les autoritats

Per raons de política criminal, és tradicional que el legislador penal, en determinades circumstàncies, premii les conductes voluntàries de col·laboració amb l'administració de justícia. Així, l'article 21.4a. estableix com a circumstància atenuant "haver procedit el culpable, abans de conèixer que el procediment judicial s'adreça contra ell, a confessar la infracció a les autoritats". El més destacable de la nova regulació, en comparació amb el seu antecedent de l'article 9.9.a del Codi penal de 1973, està en la supressió de la fórmula **per impulsos de penediment espontani**, que havia merescut àmplies crítiques de la doctrina científica a causa de la càrrega moralitzant que s'imposava al dret penal. D'aquesta manera, no cal afegir a la confessió un sentiment de penediment o l'actuació a impulsos de mòbils eticomorals, d'acord amb la interpretació promocionada per l'antiga circumstància.

Requisits de la circumstància

Entre els requisits de la circumstància cal distingir els següents⁶:

- **Respecte a la confessió:**
 - Personal. L'activitat descrita ha de ser verificada directament pel **culpable**, sempre que resulti plausible, i n'implica la posada a disposició davant l'autoritat competent.
 - Veraç.
 - Voluntària, és a dir, lliure i absent de coacció.
 - Persistent en el temps.
- **Respecte al subjecte receptor:**
 - Davant l'autoritat competent, és a dir, personal dedicat a la inquisició delictiva, autoritat judicial o agents encarregats de la investigació.
- **Respecte al moment cronològic:**
 - Abans de conèixer l'existència d'un procediment judicial, cosa que s'ha d'interpretar com a coneixement d'incoació de sumari o diligències prèvies, i en tot cas s'ha de dotar aquest element d'una interpretació pro reu que en permeti l'apreciació en situacions assimilables a les anteriors: diligències policiaques, denúncia o querrela, abans de l'obertura formal del procediment judicial.

⁽⁶⁾Sobre aquesta qüestió podeu consultar els articles 376, 579 o 427 del CP.

4) Reparació a la víctima

La reforma d'aquesta circumstància pel Codi penal de 1995 ha incidit en els aspectes que en perjudicaven la correcta operativitat: supressió d'aquesta **actuació per impulsos de penediment espontani**, i amplitud del termini en què és possible dotar la reparació dels efectes atenuants. La seva raó de ser no pot sinó respondre a criteris de política criminal, en consideració a les nombroses veus que, especialment des de l'àmbit de la criminologia, denuncien l'oblit històric en què es veia sumida la víctima del delict.

El núm. 5 de l'article 21 del Codi Penal atorga beneficis atenuants al culpable que hagi procedit "a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral".

D'acord amb la doctrina majoritària, **no s'exigeix la reparació absoluta** del dany causat, **sinó la que és possible i realista** d'acord amb les capacitats del subjecte, traduïda en un esforç qualificat perquè tingui èxit.

Aquesta causa d'atenuació desenvolupa els efectes *ex post delicto*, per la qual cosa no és possible de confondre-la amb altres instituts de la part general que puguin, per altres causes, representar un benefici per a la víctima. Així, l'anomenat *desistiment* en la temptativa pressuposa no haver assolit la fase de consumació (article 16.2 del Codi penal), precisament per la influència activa o omissiva del subjecte agent. D'altra banda, l'atenuant de reparació del dany s'adreça a pal·liar les conseqüències danyoses que ja hi ha hagut o a disminuir les derivades de la fase d'esgotament del delict –disminuir-ne els efectes.

El mesurament del grau de reparació efectiu o de l'esforç que s'ha fet en aquest sentit, òbviament, no pot descansar en la satisfacció subjectiva de la víctima, sinó que s'ha d'adequar a referències objectives i particulars del reu que el jutge ha de ponderar.

Finalment, i malgrat que, com ja hem apuntat, s'han solucionat alguns dels inconvenients que la regulació anterior oposava a la seva operativitat pràctica, el cert és que el legislador s'ha mostrat continuista en relació amb les noves tendències de reparació a la víctima i la seva possible influència en la mesura qualificada de la pena.

5) L'atenuant per analogia

La previsió que es conté en l'article 21.6a. del Codi penal no permet de considerar el grup de circumstàncies que es regulen en aquest precepte com un catàleg "tancat", precisament per la dimensió més oberta que representa la possibilitat de construir altres circumstàncies de significació anàloga a les que s'hi preveuen.

A més, la permissió d'analogia en aquest àmbit obre el debat general sobre l'acolliment genèric en l'ordre penal de l'analogia *in bonam partem*, qüestió que, d'altra banda, té importants detractors a causa de l'absència en el text legislatiu d'una norma expressa d'aquest tenor.

L'atenuant per analogia assoleix a totes les circumstàncies del precepte, de manera que també és factible la construcció d'una atenuant per analogia als eximents incomplets.

La presència d'aquesta circumstància particular en el context de l'article 21 del Codi penal imprimeix un caràcter aperturista a aquest àmbit penal, i actualitza permanentment el dret en consideració a la realitat i l'evolució sociocultural, capaç d'evidenciar llacunes o situacions imprevisibles per al legislador en relació amb un moment històric concret que, d'aquesta manera, és capaç d'oferir una resposta adequada i immediata.

No es tracta, per contra, d'establir un nou catàleg de circumstàncies atenuants incompletes amb l'aplicació per analogia de totes aquelles en què no concorri algun dels seus requisits. Com adverteix l'STS de 17 de juliol de 1998, "los términos de la comparación no son los morfológicos o estructurales, sino los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada".

D'aquesta manera, l'analogia s'ha d'inferir del fonament de l'atenuant de què es tracti i, quan és el cas, de situacions que comporten menys contingut d'injust, de culpabilitat o que s'estableixen en consideracions politicocriminals que no estiguin previstes expressament dins el sistema de l'article 21 del Codi penal. Així, doncs, és ineludible, d'una banda, la referència a una circumstància d'atenuació concreta i, de l'altra, al seu mateix fonament, que es tradueix en la disminució de pena.

"Las circunstancias de atenuación del art. 21, antes del art. 9 del Código Penal de 1973 responden, como se ha dicho, a una menor imputabilidad del sujeto; a una disminución del injusto y, por lo tanto, menor necesidad de pena; o a requerimientos de política criminal, como la reparación a la víctima o la colaboración con la administración de justicia. Las situaciones que la realidad fáctica puede evidenciar y que no pueden ser integradas en una de las circunstancias del art. 21 guardando sin embargo, una análoga significación con los fundamentos de las circunstancias de atenuación del art. 21, en sus números 1 a 5, pueden ser subsumidas en el número 6 atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto."

STS de 31 de gener de 2000

Exemple

La casuística deixa bons exemples d'aplicació analògica de situacions com l'oligofrènia o debilitat mental; amb certa fluctuació, les psicopaties; ludopatia; drogoaddicció i embriaguesa en casos impossibles d'enquadrar en els núm. 21.1 i 21.2 del Codi penal; confessió especialment útil per al procés després de conèixer que el procediment ja s'adreçava contra el culpable; etc.

3. Circumstàncies agreujants

Amb caràcter previ a l'examen de cada una de les circumstàncies agreujants que es regulen en l'article 22 del Codi penal, en absència en aquesta seu d'una clàusula semblant a la que conté el número 6è. de l'article 21 del Codi penal, és a dir, la circumstància de significació anàloga, que no té comparació en l'àmbit dels agreujants. El fonament d'aquesta absència està en la prohibició de l'anomenada analogia *in malam partem*, derivada de les garanties inherents al principi de legalitat penal que impedeix el càstig de conducta que no es preveu expressament en la llei, i s'instaura, en conseqüència, un sistema de *numerus clausus* en l'àmbit de les circumstàncies agreujants.

Finalment, no podem deixar de fer referència al procés de simplificació i unificació operat pel Codi penal de 1995 en aquesta matèria. Així, en primer lloc, s'unifiquen en una de sola diverses de les circumstàncies anteriors que, pel seu fonament de caràcter fals, es podien reconduir a la traïdoria o bé a l'abús de superioritat –fixem-nos que el catàleg de circumstàncies agreujants s'ha reduït pràcticament a la meitat. Desapareixen, en segon terme, l'agreujant de premeditació (article 10.6a del Codi penal de 1973), i també el de publicitat (article 10.4a. del Codi penal de 1973); es mantenen, per contra, el d'actuar per motius racistes o discriminatoris –introduït *ad limine* en el Codi penal 1973 per la Llei 4/1995, d'11 de maig.

3.1. Classificació

A efectes expositius sol ser preferible l'estudi de les circumstàncies seguint l'ordre legal marcat en l'article 22 del Codi penal –opció que s'ha escollit aquí–, si bé no falten propostes doctrinals que les agrupen segons diversos criteris d'escassa utilitat, com més amunt avançàvem, en vista de les dificultats per trobar punts de trobada comuns a totes.

3.2. Les circumstàncies agreujants en concret

3.2.1. Traïdoria

1) Concepte

El legislador espanyol, seguint amb la nostra tradició jurídica, ofereix en l'article 22.1a. del Codi penal la definició del concepte de traïdoria considerant que:

Article 22.1a CP

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2) Fonament

La jurisprudència ha considerat que el fonament de l'agreujant és doble, atès que representa un **plus tant d'antijuridicitat com de culpabilitat**, fonament conseqüent amb la naturalesa objectiva i subjectiva que se sol predicar de la circumstància.

"En todo caso, especifica la doctrina de esta Sala asignándole una naturaleza mixta al apreciarse en ella un plus de antijuridicidad y un plus de culpabilidad [...] en la medida que el autor ha de proponerse las finalidades aseguratorias para su ejecución y por otro lado, deben de darse, concretas circunstancias acreditativas de la indefensión en que se encuentra la víctima, siendo este elemento objetivo concretado en el *modus operandi* del agresor el que predomina en última instancia, de suerte que **el núcleo del concepto de la alevosía se encuentra en la anulación deliberada de la defensa de la víctima.**"

STS de 19 de febrer de 2001

Històricament, la ràtio de l'agreujament es basava en el contingut de **traïció** que implica el comportament de **caràcter fals**, o en la covardia i vilesa demostrada envers el subjecte passiu. Més recentment, la nota bàsica de la traïdoria es concreta d'una manera majoritària en l'assegurament de l'execució i l'evitació de possibles riscos que es podrien derivar per a l'agent, cosa que es tradueix en un increment de perillositat del fet per al bé jurídic.

3) Elements

a) Objectius

La nota bàsica de la traïdoria apareix determinada per l'ús de mitjans, maneres o formes que tendeixen a assegurar l'execució i el debilitament del risc procedent de la defensa del subjecte passiu.

Així, doncs, en primer lloc, cal que el subjecte utilitzi mitjans o **maneres objectivament idònies** per a l'èxit de l'assegurament del fet i de la persona de l'autor, i que debiliti o anul·li la defensa de la víctima. La idoneïtat dels mitjans no s'ha de confondre amb el seu èxit en l'assegurament delictiu, de manera que la circumstància s'aplica tot i que la finalitat per a la qual es van utilitzar no resulti eficaç.

Es discuteix si la traïdoria necessita que els mitjans de caràcter fals siguin buscats expressament per l'autor, o si n'hi ha prou, per contra, que se'ls "trobi" en el moment de comissió delictiva. Majoritàriament, doctrina i jurisprudència

responen afirmativament a aquest interrogant, i consideren suficient que el subjecte es **valgui** dels mitjans, maneres o formes objectivament idonis per a la finalitat asseguradora.

L'atac a un ésser indefens

Aquesta interpretació ha originat la coneguda línia jurisprudencial que considera traïdor, en tot cas, l'atac a un ésser indefens (menor, incapaç, ancià), tendència durament criticada pel seu automatisme, que no permet de prendre en consideració les circumstàncies particulars del cas. Tanmateix, només si la condició d'indefensió apareix acompanyada per la voluntat d'assegurament del fet, perquè la víctima no estigui en situació d'afrontar una fugida, per exemple, és procedent l'aplicació de la traïdoria. Sí que es podria valorar, si escau, la possible concurrència d'una situació d'abús de superioritat en l'exemple proposat.

b) Subjectius

La caracterització tradicional de la traïdoria per la idea de traïció, infidelitat o covardia ha dotat aquesta circumstància de matisos moralitzants que també exigien una conformació moral específica del subjecte passiu manifestada en una especial vilesa, covardia o maldat en la intenció delictiva.

Avui, per contra, s'han abandonat aquests elements que no sembla que es derivin de la lletra de la llei –ni es compassen amb un dret penal del fet i no d'autor–, i l'element subjectiu ve determinat per la **intenció d'assegurament** del fet i la persona del subjecte passiu, exterioritzada per la interposició o l'aprofitament de mitjans, maneres o formes la presència de les quals conegui i vulgui utilitzar (dol).

4) Àmbit

El text legal delimita l'àmbit d'aplicació de l'agreujant a qualsevol dels delictes contra les persones. La dicció típica no deixa de produir dubtes interpretatius si considerem l'absència d'un capítol semblant al títol VIII del llibre II, *De los delitos contra las personas* del Codi penal de 1973, que restringeixi legalment l'aplicabilitat de la circumstància.

La redacció legal ha derivat en interpretacions restrictives basades en arguments històrics que reclamen l'apreciació de la circumstància en els delictes ubicats sota la rúbrica "delitos contra las personas" en el derogat Codi penal de 1973 (títol VIII del llibre II); és a dir, homicidi, assassinat, avortament i lesions. Tanmateix, la majoria dels autors es mostren partidaris d'una interpretació no subjecta a l'àmbit de l'anterior títol VIII que atengui al sentit de l'expressió "delictes contra les persones", incloent-hi, a més dels especificats, les lesions, les lesions al fetus i, en general, tots els que protegeixen la realitat corporal de l'individu.

5) Moment en què aquests elements han d'estar presents

Pel que fa al moment en què hi ha d'haver presents els elements descrits, es considera necessari, amb caràcter general, que es verifiquin **des del començament de l'execució**, moment en què s'ha de valorar si hi ha "perversidad en la intención y traicionera cobardía en el obrar" (STS de 12 de març de 1998).

Tanmateix, no falten pronunciaments jurisprudencials partidaris de l'apreciació del que es coneix com a traïdoria sobrevinguda, que es dóna "aun cuando no se halle presente en el comienzo de la acción, siempre que tras una interrupción temporal o solución temporal significativa en la actuación de los agentes [...], se reanuda el ataque en una segunda fase, en un segundo periodo de los hechos, durante el que surge ese aprovechamiento de la indefensión del sujeto pasivo"

STS de 7 de juny de 1995, de 29 de desembre de 1997 i de 30 de maig de 2001.

6) Classes

D'acord amb la doctrina jurisprudencial establerta, es poden distingir tres modalitats de traïdoria:

a) Los supuestos en los que el autor obra a traición, **aprovechando la confianza** con la que le distingue la víctima, y que conecta con la primitiva definición de alevosía del Código Penal de 1848 de 'obrar a traición y sobre seguro', exteriorizadora del quebranto de una lealtad. Es la **alevosía proditoria**. b) **La alevosía súbita o sorpresiva que impide la reacción**. c) La situación en la que el autor aprovecha una especial **situación de desvalimiento** y por tanto indefensión de la víctima (supuestos de personas dormidas, ancianos, etc.) y que aparece más relacionada con la exteriorización de una impiedad que le hace acreedor de una especial repulsa social.

STS de 19 de febrer de 2001

3.2.2. **Disfressa, abús de superioritat, i aprofitament de les circumstàncies de lloc, temps o auxili de tercers que debilitin la defensa de l'ofès o que facilitin la impunitat del delinqüent**

El grup de circumstàncies que es regulen en el núm. 2 de l'article 22 representa la refosa de diverses de les que es preveuen en l'antic article 10 del Codi penal de 1973 (6a, 8a, 12a i 13a del Codi penal de 1973), i el legislador ha optat per fórmules amb més abstracció que han permès la desaparició de referències clàssiques entre els agreujants, com la circumstància de despoblat, quadrilla, auxili de gent armada, astúcia o frau, etc.

1) Disfressa

No és imprescindible que es tracti d'una disfressa "elaborada", i es considera suficient la seva idoneïtat a l'efecte de facilitar la impunitat desitjada (portar la cara coberta amb una mitja, passamuntanyes o mocador, ocultar el rostre amb la roba, etc.), malgrat que, finalment, no s'aconsegueixi l'anonimat.

El fonament de l'agreujament en aquest supòsit resideix en el fet que es té més facilitat d'impunitat en l'execució delictiva amb l'ús de mitjans que impedeixen la identificació del delinqüent.

"Partiendo de tal concepto general, la jurisprudencia exige como requisitos para apreciar la citada agravante –estimada como objetiva por su carácter instrumental– los siguientes:

- a) Coetaneidad del uso del disfraz con los hechos que se imputan (cronológico).
- b) Que su utilización vaya preordenada sustancialmente al aseguramiento del resultado de la acción ilícita (subjetivo).
- c) Que el disfraz sea eficaz y que, por lo tanto, permita el ocultamiento de la identidad del sujeto activo del delito, o cuando menos dificulte su reconocimiento (objetivo)."

STS de 31 de març de 2000

2) Abús de superioritat

L'abús de superioritat té la virtualitat d'agreujar l'injust pel fet de comportar, també, més facilitat en la comissió delictiva derivada de la vinculació especial entre subjecte actiu i passiu, i no tant dels mitjans utilitzats. Aquest parentiu de la traïdoria amb l'abús de superioritat ha conduït la jurisprudència, en certes ocasions, a qualificar aquest últim com a traïdoria de segon grau. Tradicionalment, l'abús de superioritat ha estat a causa, en exclusiva, de la **desproporció de forces** entre infractor i víctima. A partir dels anys seixanta s'obre una nova línia jurisprudencial més rigorosa caracteritzada per exigir, juntament amb aquesta desproporció de forces, la necessitat que el subjecte actiu n'abusi, cosa que porta a considerar que la superioritat ha de ser coneguda i volguda per l'agressor (coneixement de la superioritat i abús de l'avantatge que proporciona).

Elements

- Situació de desequilibri de forces entre agressor i agredit que facilita l'acció del primer i disminueix la defensa que podria oposar el segon.
- Coneixement de la situació de desequilibri i abús d'aquesta situació.

Hem de posar èmfasi, finalment, en el fet que si bé se sol considerar que la traïdoria elimina la possible defensa del subjecte passiu, l'abús de superioritat només en representa la disminució.

Aprofitament de les circumstàncies de lloc i temps, i auxili d'altres persones

D'acord amb la dicció de l'article 22.2a. del Codi penal, el temps, el lloc o l'auxili de tercers constitueixen agreujaments de la pena sempre que s'aprofitin per a debilitar la defensa del subjecte passiu o facilitar la impunitat de l'infractor.

No hi ha limitació expressa en la nova redacció sobre moments (per exemple, nocturnitat) o llocs (per exemple, despoblat) en què automàticament es pugui considerar la circumstància concurrent, per la qual cosa, sobre aquesta qüestió ens ajustarem al fet que en el cas concret concorri la debilitació de la defensa o la facilitació de la impunitat en virtut de les condicions ambientals o per la intervenció de tercers, sempre que resultin conegudes i decideixin aprofitar-se. D'acord amb això, per a apreciar aquestes circumstàncies han de concórrer dos elements: un d'objectiu, determinat per les condicions ambientals (o la intervenció de tercers), i un altre de subjectiu, consistent en la recerca o l'aprofitament d'aquestes circumstàncies per part del subjecte actiu.

Circumstància de despoblat

En relació amb la circumstància de despoblat, la jurisprudència assenyalava amb elements perquè "recaiga un mayor reproche sobre la conducta de quien busca para la comisión de un delito un lugar en que se encuentre la víctima en situación desamparada por la imposibilidad de recibir ayuda humana: uno, objetivo o topológico, de realizarse el hecho en lugar desierto o suficientemente alejado de donde se congreguen, permanente o transitoriamente o puedan pasar o afluir, gentes; y otro, el subjetivo o teleológico, de búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una ejecución más fácil del delito, sin la eventual presencia de personas que perturben o puedan impedir la realización del mismo auxiliando a la víctima o presenciando su comisión y determinando así la posibilidad de testimoniar su ocurrencia".

STS de 19 d'abril de 1995

3.2.3. Preu, recompensa o promesa

La circumstància que es preveu en l'article 22.3a. del Codi penal (executar el fet amb preu, recompensa o promesa) coincideix essencialment en la seva redacció amb la qual es regula en l'antic article 10.2 del Codi penal de 1973. L'única novetat destacable és la substitució del verb "cometre" per "executar", de la qual cosa, com veurem, es poden extreure conseqüències importants referents a l'àmbit d'aplicació de l'agreujant, particularment en la seva possible extensió als inductors del delict.

El fonament de l'agreujament resideix en l'elevació d'injust derivada d'un increment de perversitat o vilesa en la comissió d'un delict per motius econòmics.

Així, doncs, el preu, la recompensa o la promesa constitueixen el **motiu fonamental**, el mòbil de l'executor material, i es perfà l'agreujament en el moment en què l'oferiment del preu és acceptat (expressament o tàcitament) per ell, en un moment anterior a la comissió –perquè es configura com a motiu bàsic: execució del fet amb preu recompensa o promesa–, i amb independència que posteriorment el pagament es faci efectiu.

En aquest context, és discutible si la circumstància examinada s'ha d'aplicar no únicament a qui executa amb preu, sinó també a qui duu a terme l'oferiment i s'erigeix en inductor. La jurisprudència ha acostumat a ser favorable a l'**extensió de l'agreujament** genèric, i també a **inductor del fet**, si bé la doctrina s'ha mostrat majoritàriament crítica amb aquesta opinió, en considerar que els mòbils d'aquest últim no resideixen en l'obtenció d'un benefici econòmic, sinó en altres de diferents, qualssevol que siguin. La nova dicció típica no afavoriria, segons ha destacat la doctrina, la interpretació jurisprudencial, ja que el nou verb típic utilitzat, "ejecutar", sembla adreçar-se exclusivament a l'autor material del fet i no a l'inductor. Un argument addicional és el que ofereix la circumstància de preu inherent al delict d'assassinat (article 139 del Codi penal), la redacció ("matar a otro por precio, recompensa o promesa") del qual exclouria més clarament l'inductor, perquè no actua en cap cas mogut per preu.

Finalment, hem de fer referència al contingut econòmic, o d'una altra naturalesa, de la contraprestació que s'ofereix. Respecte a aquest particular, s'ha debatut la naturalesa exclusivament econòmica d'aquesta contraprestació, o bé la possibilitat que el preu se satisfaci amb una altra prestació. Això no obstant, la redacció de la circumstància no es limita únicament al mòbil econòmic típic del preu, sinó que estén els efectes a la recompensa o promesa, de manera que es poden admetre, en conseqüència, contraprestacions d'un altre signe.

3.2.4. Motius racistes i altres de discriminatoris

D'acord amb la dicció de l'article 22.4a. del Codi penal, constitueix circumstància agreujant: "Cometer el hecho por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca".

Com ja hem destacat, la circumstància que s'examina va ser introduïda en el derogat Codi penal de 1973 per la LO 4/1995, d'11 de maig, arran de certs esdeveniments que van provocar la mort d'una dona dominicana. La modificació legal en aquest context d'alarma social va provocar crítiques doctrinals davant la funció simbòlica que es va adjudicar al dret penal. D'altra banda, no han faltat els qui desconfien de l'agreujament per endinsar-se en el terreny de la valoració del pensament de l'individu i la seva proximitat amb l'anomenat *dret penal d'autor*.

Amb tot, i com que la circumstància s'ha decidit mantenir, hem d'advertir, seguint Cuerda Arnau, que la previsió 4a. de l'article 22 del Codi penal només resulta aplicable en els casos en què concorrin en la víctima del delict les condicions que s'enumeren en el precepte (pertànyer a una determinada raça, religió, ètnia, nació o sexe que pugui ser susceptible de causar discriminació), o quan hi hagi motius delictius de discriminació merament ideològica, cosa que, com és obvi, s'ha de desvelar amb prova d'indícis, amb el marge d'inseguretat inherent a aquest sistema probatori.

La recent SAP, Madrid, Secció 1a., de 14 d'octubre de 2009, ha aplicat l'agreujant de mòbils racistes a un supòsit d'assassinat que va tenir lloc al metro de Madrid. D'acord amb els fets provats de la resolució, l'acusat es dirigia en metro a l'estació d'Usera per assistir a la manifestació que començava les 12.00 hores a la plaça Julián de Marías, a l'altura del carrer Marcelo Ucera, núm. 92, autoritzada per la Delegació de Govern de Madrid i que havia estat convocat amb el lema "Contra el racisme antiespanyol" per Democràcia Nacional, un partit vinculat a l'extrema dreta. L'acusat, que compartia aquesta ideologia, portava una navalla amb una fulla de com a mínim set centímetres i un puny americà. Cap a les 11.55 hores, en arribar a l'estació de Legazpi, anterior a la de la seva destinació, quan l'acusat va observar que a l'andana hi havia un grup de més de cent de joves que, per la seva aparença externa, va identificar com d'ideologia antifeixista, els quals tractarien de boicotejar la manifestació mencionada, i abans que el tren es detingués, va treure la seva navalla mentre badallava, es va anar a situar tranquil·lament al costat d'una de les portes del vagó tot ocultant la navalla oberta i amb la fulla cap amunt a la cara posterior de l'avantbraç i va esperar que entressin alguns d'aquests joves per agredir qualsevol d'ells amb qualsevol pretext per la seva enfrontada divergència de pensament. La resolució raona que les discrepàncies de pensament extremes van constituir el mòbil que va guiar l'agressió [...], tal com es desprèn inequívocament del comportament de l'acusat en situar-se al costat d'una de les portes d'entrada al vagó, amb la navalla amagada, esperar serenament l'entrada dels seus oponents ideològics i utilitzar el pretext nemi que un li demanés explicacions sobre la seva dessuadora per assestar-li sense més ni més la punyalada mortal.

Lectura recomanada

M. L. Cuerda Arnau. "El llamado delito de apología del genocidio: consideraciones constitucionales". PJ, 56 (1999), pàg. 35-62.

3.2.5. Acarnissament

D'acord amb la circumstància 5a de l'article 22 del CP, és agreujant "aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito".

De la mateixa manera que la traïdoria i el preu, l'acarnissament constitueix una circumstància **determinant per a la conversió de l'homicidi en assassinat** (article 139 del CP).

1) Concepte

Aquesta circumstància és aplicable en els supòsits en què es traspassa, deliberadament i inhumanament, el sofriment inherent a la comissió delictiva. Des d'aquest punt de vista, no solament representa un greuge físic innecessari per a la infracció concreta, sinó que també implica una lesió addicional a la dignitat de la persona.

En este sentido, la jurisprudencia ha tenido ocasión de dejar constancia de cómo el ensañamiento revela una mayor perversidad del agente o la acentuación de su actitud dolosa (STS de 20 de febrero de 1996), considerándolo concurrente cuando se utilizan medios de tortura que ocasionen dolores innecesarios o sufrimientos cualificados "no debiéndose –por el contrario– aplicar cuando los hechos tiendan al aseguramiento o la ocultación del delito sin el propósito deliberado de aumentar el mal propio [del delito]".

STS de 21 de diciembre de 1977

Pel que fa al mal produït, pot consistir tant en un **increment del dolor físic** com en un augment del **patiment psíquic o moral**.

Finalment, hem d'afegir que la referència típica a l'augment del sofriment de la víctima comporta necessàriament que el **subjecte passiu estigui viu**, perquè en un altre cas no podem afirmar la causació de patiments innecessaris.

2) Requisites

La recent sentència del Tribunal Suprem de 24 de maig de 1999 delimita els requisits d'aquesta circumstància des de la doble consideració objectiva i subjectiva en què en descansa el fonament:

a) que en la acción delictiva se hayan causado a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, lo que lógicamente comportará una objetiva extensión de los males inherentes a la ejecución; b) que este exceso de males padecidos por la víctima aumente su sufrimiento, es decir, su dolor físico o su pena y aflicción psíquica, y c) que este aumento del sufrimiento haya sido buscado deliberada e inhumanamente o, lo que es igual, de forma intencionada y con crueldad.

STS de 24 del maig de 1999 i de 5 d'octubre de 2000

Pel que fa a l'**element subjectiu** de què hem parlat, se satisfaria amb el coneixement i la voluntat propis del dol, sense concretar, com suggereix un sector doctrinal i sembla desprendre's de certs passatges jurisprudencials ("[...] y con crueldad"), una especial actitud interna del subjecte (mòbils perversos o cruels).

3) Àmbit d'aplicació

El legislador no ha limitat expressament, en la línia de la circumstància de traïdoria, la naturalesa de les infraccions a les quals és aplicable la circumstància. Històricament, s'ha entès que es restringia al grup d'infraccions contra la vida i la integritat física. No falten interpretacions més àmplies favorables a la seva consideració en relació amb altres infraccions, fins i tot patrimonials (per exemple, destrosses innecessàries en cas de robatori en un habitatge). Tanmateix, sobre la base de les expressions legals, sofriment i inhumanament, és més adequat limitar-les a tipus relacionats amb **béns jurídics personalíssims** (vida, integritat i llibertat sexual).

3.2.6. Abús de confiança

És una circumstància agreujant, d'acord amb l'article 22.6a. del Codi penal, "obrar con abuso de confianza".

Hem de buscar el fonament d'aquesta circumstància en l'increment de facilitat comissiva determinada per la relació de confiança preexistent entre víctima i infractor, més que en el plus de retret que pogués significar la defraudació de la lleialtat que s'espera d'aquest tipus de relacions.

Cal que hi hagi una relació de confiança qualificada entre els dos subjectes; no n'hi ha prou amb la confiança formal que sol derivar de certs vincles laborals o personals (relacions entre patró i empleat, o convivència sota el mateix sostre sense més ni més). En contra, vegeu l'STS de 21 d'abril de 1999, en la mesura que considera concurrent l'abús de confiança "cuando se quebranta

la lealtad puesta en el agente en el curso de relaciones humanas de variadas clases: convivencia, amistad, de servicio o dependencia o laborales y profesionales". Podem veure en sentit oposat l'STS de 20 d'octubre de 1982.

Respecte als requisits, cal esmentar els següents:

- a) uno **subjetivo**, integrado por la relación de confianza entre sujeto activo y perjudicado; y b) otro **objetivo**, consistente en la captación de cierta facilidad para cometer el delito, derivada de la situación creada a consecuencia de esos deberes recíprocos entre el agente y el sujeto pasivo, con aprovechamiento de las facilidades que proporciona la confianza ofrecida por el sujeto pasivo al autor del delito.

STS de 5 de juliol de 1997

Finalment, hem de recordar el significatiu grup de **tipus penals als quals és inherent** la circumstància que examinem, com ara l'estafa, l'apropiació indeguda, la infidelitat en la custòdia de documents o certs abusos sexuals, per esmentar alguns exemples.

3.2.7. Prevalença del caràcter públic

La circumstància agreujant que es preveu en l'article 22.7a del Codi penal, "prevalerse del carácter público que tenga el culpable", torna a trobar el fonament en l'increment de facilitat per a la comissió del delict derivada de l'ús abusiu del caràcter públic del subjecte.

La circumstància resulta inherent als anomenats *delictes de funcionarios*, delictes que es caracteritzen per l'abús de funció pública que comporta necessàriament la prevalença del caràcter públic que s'exigeix en aquest agreujant. El seu àmbit d'aplicació s'ha de buscar en les possibles infraccions que els funcionaris de fet o dret poden cometre en qualitat de particulars, però exercint abús del caràcter públic; es tracta d'un abast realment estret si pensem que el legislador ha previst agreujaments específics per a delictes comuns comesos per funcionari.

Exemple

La detenció il·legal, la tortura, el descobriment de secrets o la violació de domicili.

Són elements essencials d'aquesta circumstància els següents:

- La condició de funcionari o encarregat de servei públic;
- l'abús dels poders o avantatges inherents a aquest caràcter;
- la finalitat d'utilitzar els avantatges del càrrec per a executar el delict amb més facilitat o amb menys risc (podeu veure, per exemple, l'STS de 18 de maig de 1993).

A més, recorda l'STS de 6 d'octubre de 1995, "no se puede apreciar esta agravante si no se utilizan las ventajas que le proporcionan al culpable el carácter público –sentencias de 1 abril 1922 y 22 marzo 1927–, no siendo suficiente por razón de su cargo que se atribuyan influencias para lograr su propósito –sentencia de 30 enero 1962. El prevalerse del carácter público que tenga el culpable requiere que tal condición sea real y además que se ponga al servicio del propósito criminal, aprovechando así las ventajas que el cargo le ofrezca para ejecutar el hecho con mayor facilidad y menos riesgo."

Sentències de 30 d'octubre de 1987 i de 6 de juliol de 1990

3.2.8. Reincidència

1) Introducció

Hi ha reincidència quan: "[...] al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo" (article 22.8a CP).

Sens dubte, de tots els agreujants estudiats, el que ha provocat més discussió doctrinal i jurisprudencial, des del punt de vista de la naturalesa, fonament o limitació, és la circumstància de reincidència que es recull en l'article 22.8.a del Codi penal. Efectivament, no hi ha cap acord sobre el seu fonament, ni tampoc en relació amb l'obligatorietat en la seva aplicació –una vegada s'han complert els requisits formals–, ni tan sols referent a la virtualitat per vulnerar el principi *non bis in idem*.

Pel que fa al fonament de l'agreujament, es considera si resideix en l'augment de culpabilitat que implica la reiteració delictiva, en un possible increment d'injust o, finalment, en la perillositat criminal demostrada pel subjecte. Aquesta última apreciació apareix vinculada al reconeixement del fracàs de la pena en el compliment de la funció rehabilitadora que, entre d'altres, està cridat a orientar-se. Basant-se en aquest argument, s'ha proposat prescindir de l'agreujament de la pena en els supòsits de reiteració delictiva en benefici d'una resposta basada en mesures de seguretat d'orientació preventivo especial.

Aquesta línia es va acollir en la proposta d'avantprojecte de nou Codi penal (PAN Codi penal) de 1983, en què es va suprimir del catàleg de circumstàncies agreujants la de reincidència, mentre que es va arbitrar la possibilitat d'aplicar mesures de seguretat en els supòsits en què es pogués establir un pronòstic de perillositat criminal en el subjecte reincident. D'altra banda, el projecte de Codi penal de 1992, sense suprimir l'agreujant de reincidència i, per tant, els efectes sobre el mesurament de la pena, permetia, considerant les circumstàncies del fet i de l'autor, la seva aplicació facultativa.

L'agreujament i el seu caràcter imperatiu

El caràcter imperatiu de l'agreujament ha estat qüestionat per una línia jurisprudencial interessant que considera com a límit per a l'aplicació de la circumstància la culpabilitat de l'autor pel fet. En aquest sentit, si considerant la gravetat de la infracció i les circumstàncies del fet i de l'autor l'aplicació de l'agreujant de reincidència resulta desproporcionada a la culpabilitat, se n'ha de descartar la concurrència, i l'aplicació esdevé facultativa en aquests supòsits (cf. SSTS de 6 d'abril de 1990, 26 de desembre de 1990 o 5 de juliol de 1991; també podeu consultar Zugaldía Espinar). Un sector doctrinal i jurisprudencial s'ha pronunciat en contra de la tesi exposada, amb arguments basats en la possible vulneració del principi de legalitat derivada de la comprensió facultativa de l'agreujament, cosa que recorda, en aquest últim cas, el caràcter aïllat de les resolucions reproduïdes.

2) Requisits

a) Que el culpable hagués estat condemnat executòriament abans per un altre delict.

Per executòria hem d'entendre la sentència ferma contra la qual no és possible cap recurs, ni ordinari ni extraordinari, i es descarta, llevat que la llei digui expressament el contrari (articles 388, 190 o 580 del Codi penal), que les sentències condemnatòries fermes dictades per un tribunal estranger generin reincidència.

La dicció de la circumstància 8a, article 22 del Codi penal (que es comprenen en el mateix títol), també impedeix que es puguin prendre en consideració a l'efecte de reincidència les sentències dictades per tribunals militars o delictes anteriors previstos en la legislació penal especial.

b) Comissió d'un nou delict

En virtut d'aquest requisit, només és apreciable a efectes de reincidència la comissió d'un delict posterior, en la seva accepció més estricta (infracció castigada amb pena greu o menys greu), i no és possible aplicar aquesta circumstància a les faltes, ni tampoc entre delictes i faltes.

c) La relació entre els delictes

La condemna anterior i el delict actual han d'estar compresos en el mateix títol del Codi penal i ser de la mateixa naturalesa.

Aquest requisit inclou un **element formal** (que els delictes comparteixin el mateix títol del text punitiu), i un altre de **tipus material** que respon a la naturalesa de les infraccions comeses.

La redacció del CP 1995, per tant, si bé amplia l'abast als delictes recollits amb un mateix títol (abans capítol: article 10.15a del Codi penal de 1973), limita les infraccions compatibles pel que fa a reincidència a les que resultin **homogènies** en consideració a la naturalesa.

La jurisprudència considera que dues infraccions tenen la mateixa naturalesa quan hi ha identitat de bé jurídic protegit i del mode d'atac a aquest.

Per la seva part, la Disposició Transitòria Setena del Codi penal de 1995 estableix: "A efectos de apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo título de este Código, aquellos delitos previstos en el cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico" (DT Setena CP).

A més, amb el Codi penal actual s'han salvat els dubtes sobre l'aplicació de la reincidència als actes preparatoris, formes imperfectes de realització i participació delictiva i el delictes consumat a causa del sistema d'incriminació específica. Això no obstant, encara es mantenen les relatives a l'homogeneïtat entre la infracció dolosa i la imprudent que, d'altra banda, neguen la doctrina i jurisprudència més recents.

La reincidència, finalment, és una circumstància subjectiva, eminentment personal i no comunicable, en conseqüència, als coautors o partícips en qui no concorri.

El nou article 66 CP (LO 11/2003, de 29 de setembre) rescata, en el marc de les regles de determinació de la pena, el vell concepte de multireincidència⁷, agreujant de manera qualificada els supòsits en els quals n'hi hagi tres o més condemnes anteriors per delictes previstos en un mateix títol del Codi que tinguin la mateixa naturalesa.

⁽⁷⁾Vegeu el CP de 1973.

Article 66 CP

Quando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

El precepte preveu la possibilitat d'imposar la **pena superior** en grau, que s'articula com a potestativa, sota els paràmetres de "les condemnes precedents⁸" i la gravetat del nou delictes comès, criteris que s'hauran d'avaluar, a efectes de la seva apreciació, de forma conjunta i no alternativa. Sembla, en tot cas, que, en la determinació quantitativa de la pena, es podrà recórrer tota l'extensió del marc punitiu, ja que no s'especifica (a la manera de la regla 4a. de l'art. 66 CP) l'extensió en la qual s'hagi de fixar la pena.

⁽⁸⁾S'ha d'entendre pel número d'aquestes o per la seva entitat.

4. Circumstància mixta de parentiu

D'acord amb l'article 23 del Codi penal:

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

La consideració de les relacions entre parents té un tractament variable en la nostra legislació penal⁹. Així, mentre en ocasions opera amb efectes absolutoris¹⁰, en d'altres ho fa amb virtualitat agreujant específica¹¹, o bé, sobre la base de l'art. 23 del Codi penal, amb efectes atenuants o agreujants genèrics¹².

⁽⁹⁾L'article 103 LECr impedeix a determinats familiars i parents d'executar accions entre si.

⁽¹⁰⁾Igual que l'excusa absolutòria recollida en l'art. 268 del Codi penal en l'àmbit d'infraccions patrimonials.

⁽¹¹⁾Articles 180.4t. o 182.1r. del Codi penal, en l'àmbit dels delictes contra la llibertat sexual.

⁽¹²⁾Com a atenuant, normalment en relació amb delictes patrimonials, com agreujant, en l'àmbit d'infraccions contra les persones.

L'article 23 ha resultat afectat per les recents reformes legislatives operades en l'àmbit penal. La modificació s'emmarca dins de la reforma de **violència domèstica** operada per la LO 11/2003, de 29 setembre, i respon a la idea que la circumstància pugui resultar d'aplicació tot i que el vincle hagi desaparegut, com sol ser freqüent en certes infraccions englobables genèricament en el concepte de violència de gènere (per exemple, delictes d'homicidi del que és subjecte passiu un dels excònjuges).

Cal recordar que la LO 14/1999, de 9 de juny, va modificar el tenor de l'article 153 CP recollint, dins de l'àmbit de possibles subjectes passius, els excònjuges o exconvivents, en un sentit pràcticament idèntic al recollit en l'actual circumstància modificadora.

Hem de recordar que la reforma, contradiu la interpretació jurisprudencial (i doctrinal) dominant, segons la qual la circumstància no resultava aplicable quan la relació d'afectivitat material ja no existia o s'havia diluït pels motius que fou. En aquest sentit adverteix el Tribunal Suprem:

Sabido es que la circunstancia mixta de parentesco opera como agravante en los delitos de carácter personal y como atenuante en los que predomina el aspecto patrimonial, y que, en el primer caso, cuando se trata de infracciones cometidas entre esposos, resulta determinante que no haya desaparecido el vínculo afectivo, mucho más relevante a estos efectos que la mera relación parental derivada del contrato matrimonial.

STS de 28 d'abril de 2003

Invoca la parte recurrente, en apoyo de su tesis, la doctrina de esta Sala que sostiene no debe operar el parentesco como agravante cuando el vínculo familiar se ha roto por distanciamiento, enemistad, etc., cuando ha mediado provocación por parte de la víctima o, si se trata del vínculo conyugal, cuando el sujeto pasivo de la acción delictiva ha incurrido en infidelidad [...]. Como se decía en nuestra Sentencia de 11 de mayo de 1996, recordada en la de 3 de julio de 1998, para que se pueda considerar destruida la relación matrimonial e inaplicable la agravante de parentesco "es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental".

STS de 22 de desembre de 2003

No s'han d'oblidar, en l'aplicació d'aquesta circumstància, les regles generals d'inherència, per evitar que el mateix pressupost fàctic pugui resultar valorat en més d'una ocasió¹³.

(13) Articles 153 i 173 CP, en la redacció lliurada per la LO 11/2003.

Es pot consultar, considerant incompatible la circumstància de parentiu amb l'article 153 CP, la STS de 5 de març de 2001:

No obstante lo dicho, la mencionada circunstancia, justificadamente apreciada en el delito de detención ilegal y en las faltas de lesiones y malos tratos, no ha debido agravar la responsabilidad criminal del acusado en el delito de violencia doméstica al que es claramente inherente. Siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el art. 153 CP, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *non bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del art. 67 CP. Con este limitado alcance y haciendo abstracción de la razón invocada por la parte recurrente, procede estimar el tercer motivo del recurso¹⁴.

(14) Confronteu, en el mateix sentit, amb la STS de 22 de gener de 2001.

STS de 5 de marzo de 2001

Finalment, s'ha de tenir present que el text vigent amplia els vincles que poden permetre l'aplicabilitat de la circumstància als germans del cònjuge o **convivent**.

5. Concurs de delictes

Estudiem a continuació els diferents tipus de concurs de delictes i el seu concepte.

5.1. Concurs de delictes

Hi ha concurs de delictes quan un sol fet dóna lloc a dues o més infraccions, o quan diversos fets donen lloc a tants altres delictes. El concurs de delictes pressuposa la concurrència de diverses infraccions, totes aplicables necessàriament per a la captació del desvalor complet del fet.

A partir d'aquí, i sobre la base del caràcter unitari o plural del pressupòsit de fet per valorar, el legislador diferencia entre concurs ideal, si un sol fet dóna lloc a l'aplicació de dos o més preceptes penals, o concurs real, si diversos fets constitueixen tants altres delictes.

5.1.1. Concurs real de delictes

Segons recull l'article 73 del Codi penal:

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

Hi ha concurs real quan diversos fets constitueixen diferents delictes. La regla general en aquests supòsits és la suma de les penes corresponents a les diverses infraccions (delictes i faltes).

Alternatives

Davant el sistema d'**acumulació material** (suma de les penes corresponents a les diferents infraccions) seguit pel legislador espanyol, existeixen altres opcions alternatives per al tractament penològic del concurs real.

Asperació o exasperació de la pena: representa la imposició d'una pena superior a la corresponent a la infracció més greu de les que s'han comès.

Absorció: s'aplica la pena corresponent a la infracció més greu que absorbeix les més lleus (que queden impunes).

1) Delicte continuat i delicte massa

Constitueixen una excepció al tractament acumulatiu material del concurs real les regles que es preveuen en relació amb l'anomenat delict continuat.

El delict continuat pretén evitar, en determinades circumstàncies, la suma de les penes de les infraccions, sempre que presentin una certa identitat subjectiva, temporal i material.

La LO 15/2003, ha introduït modificacions en el règim del delict continuat, sent la seva actual regulació com segueix:

Article 74.1 del CP

[...] el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

S'ha de fer notar que, si bé l'anterior normativa preveia únicament la imposició de la pena més greu en la seva meitat superior (**absorció amb agreujament**), el vigent article 74 del CP faculta a més l'aplicació d'una pena superior en grau (**sistema d'exasperació de la pena**).

Per la seva banda, el delict massa pretén donar resposta, en l'àmbit d'infraccions patrimonials, als supòsits de defraudacions a un conjunt de persones (subjecte massa), sumant la totalitat del perjudici causat i impeding la imposició de penes mínimes (suma de les faltes contra el patrimoni corresponents) a fets d'especial transcendència (com diu l'article 74.2 del CP, "si el hecho revistiere notoria gravedad o hubiere perjudicado a una generalidad de personas").

En qualsevol cas, en l'àmbit dels **delictes patrimonials** (primer incís, art. 74.2 CP) la pena del delict continuat s'ha d'imposar tenint en compte el perjudici total causat. El fet de prendre en consideració el perjudici total causat pot representar un "salt de tipus", si d'aquesta manera s'arriba la quantia de perjudici exigida en la infracció de què es tracti (furt, article 234 del CP; estafa, articles 248 i 249 del CP).

Tanmateix, resulta d'especial transcendència en aquest punt la jurisprudència del Tribunal Suprem, d'acord amb la qual, si la continuïtat delictiva es configura amb infraccions constitutives de falta i no delict, no és possible agreujar la pena del delict que correspongui (per exemple, si es tracta de diverses faltes de furt, no es podria elevar la pena prevista en l'art. 234 del CP, això és, presó de sis a divuit mesos, i no resultaria aplicable l'agreujament penològic recollida en l'art. 74 del CP). El fonament d'aquesta doctrina resideix en el respecte

al principi *non bis in idem*, ja que si passa altrament es valoraria dues vegades el mateix pressupost fàctic –la conducta de què es tracti– (una per elevar a la categoria del delict el que no és sinó un grup de faltes i l'altra per imposar una pena de més gravetat que la prevista en el tipus bàsic corresponent).

L'acord no jurisdiccional del Ple de la Sala Segona del Tribunal Suprem del 30 d'octubre de 2007 estableix que "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 CP queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

No hi ha inconvenient, s'ha d'insistir, malgrat la redacció de l'article 74.2 del CP, a aplicar a les infraccions patrimonials la continuïtat delictiva en els casos en què no s'aprecii una gravetat notòria i el perjudici no afecti una pluralitat de persones, cas en què la regla penològica és la corresponent al paràgraf 1r. de l'article 74 del Codi penal.

Finalment, no podem aplicar el règim previst per a aquesta concurrència particular d'infraccions¹⁵ a les ofenses a béns eminentment personals, tret de les constitutives d'infraccions contra l'honor i la llibertat i indemnitat sexuals que afectin el mateix subjecte passiu.

(15) Delicte continuat o delict mas-sa.

2) Límits a l'acumulació material

L'article 76 del Codi penal estableix els límits de compliment efectiu de la condemna imposada derivada de la presència d'un concurs real, i instaura, quan concorrin els pressupòsits que s'hi enumeren, un sistema d'acumulació jurídica¹⁶.

(16) Acumulació jurídica: sol operar com a límit a l'acumulació material de penes amb la imposició d'un màxim de compliment (per exemple, vint anys).

El precepte en estudi ha estat modificat per la LO 7/2003, de 30 de juny, de mesures de reforma per al compliment íntegre i efectiu de les penes. S'ha de recordar que l'esmentada llei orgànica va inaugurar el procés de reformes al Codi penal de 1995, que va ser culminat per la LO 15/2003, abordant-se en aquesta última norma la modificació més àmplia del text (en vigor, bàsicament, des de l'1 d'octubre de 2004).

La pròpia rúbrica de la llei orgànica manifesta la naturalesa del seu esperit reformista orientat cap a l'aproximació o equiparació entre la pena imposada en sentència i els màxims de compliment efectiu derivats del sistema d'acumulació jurídica¹⁷.

(17) Art. 76 i 78 del CP.

El Codi penal de 1995 va situar el màxim de **compliment efectiu general** en 20 anys, amb la possibilitat d'augmentar-lo fins als 30 anys en el supòsit de que el subjecte hagués estat condemnat per dos o més delictes i algun d'ells estigués castigat amb pena superior a 20 anys.

La regulació instaurada per la LO 7/2003, manté el límit general de 20 anys ja esmentat, però elabora un conjunt de supòsits per als quals progressivament es va elevat aquell màxim, que es pot arribar a situar en els 40 anys de presó quan existeixi condemna per dos o més delictes castigats amb penes superiors a 20 anys i per a determinades condemnes per terrorisme (supòsit per al qual n'hi ha prou que un dels delictes estigui castigat amb pena superior a 20 anys).

Article 76 del CP

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

2. La limitació s'aplicarà encara que les penes hagin estat imposades en diferents processos si els fets, per la seva connexió, es poguessin haver enjudiciat en un de sol.

S'ha de tenir present que, si després de l'aplicació de les limitacions estudiades, la pena que cal complir resultés inferior a la meitat de la suma total de les imposades, es podrà acordar que els beneficis penitenciaris, permisos de sortida, classificació en tercer grau penitenciari i el còmput per a la llibertat condicional, es refereixin a la totalitat de les penes imposades en sentència (article 78 CP). Facultat que esdevé preceptiva per als supòsits previstos en les lletres **a)**, **b)**, **c)** i **d)** de l'article 76 CP, encara que es podrà exceptuar de manera general per la concurrència de determinades condicions previstes en l'article 78.3 i de manera molt més restrictiva per als delictes de terrorisme. Els delictes condemnats per terrorisme només es podran classificar en tercer grau quan els resti per complir una cinquena part del límit de compliment de la pena i accedir a la llibertat condicional una vegada complerta una vuitena part [article 78.3 **a)** i **b)** CP].

L'absència en el Codi penal derogat de 1973 d'una previsió semblant a la recollida en l'actual article 78 del CP conduïa a interpretar que els beneficis penitenciaris s'havien d'aplicar a partir del màxim de compliment previst (30 anys), una doctrina que el Tribunal Suprem havia mantingut fins a la STS del 28 de febrer de 2006, en la qual va variar de criteri per primera vegada. D'acord amb

aquesta nova interpretació (coneguda com a **doctrina Parot**), els beneficis penitenciaris no s'han d'aplicar sobre el màxim de compliment, sinó individualment sobre la quantia de cadascuna de les penes imposades en la sentència. A la pràctica, això fa que el màxim de compliment efectiu es respecti íntegrament.

L'elevació dels màxims de compliment efectius, prevista en l'article que es comenta, combinat amb el règim instaurat per la LO 7/2003 per a la concessió de beneficis penitenciaris, ha merescut severes crítiques per part de la doctrina (articles 36.2, 78 i 90 i seg. CP). Doncs, com ha assenyalat García Albero, encara que l'actual regulació pugui salvar els retrets d'inconstitucionalitat relacionades amb l'orientació reeducadora de la pena (article 25 CE) amb la proscripció de penes inhumanes o degradants (article 15 CE) o es pugui compatibilitzar amb la jurisprudència del Tribunal Europeu de Drets Humans, " [...] s'ha de reconèixer que el nostre país s'ha situat, amb l'actual reforma, en l'avantguarda dels sistemes repressius més durs del continent europeu, fins i tot per davant d'aquells països que, malgrat contemplar formalment la cadena perpètua, estableixen la possibilitat d'excarceració –llibertat condicional– del condemnat sense subjectar-la a terminis tan amplis com els vistos".

Lectura recomanda

R. García Albero (2004). "Comentario al art. 78 CP". A: *Comentarios al nuevo Código penal* (3a. ed., pàg. 484). Pamplona: Aranzadi.

5.1.2. El concurs ideal de delictes

Hi ha concurs ideal quan un sol fet constitueix dues o més infraccions. Hem de partir, en aquest cas, de l'aplicació necessària de totes les infraccions per a captar el desvalor complet del pressupòsit fàctic, i descartar, per tant, *prima facie* la concurrència de concurs aparent de normes penals.

Cal distingir entre **concurrs ideal homogeni i heterogeni**. En el primer cas, els delictes comesos són iguals (p. ex. l'explosió d'una bomba produeix diverses morts); en el segon, les infraccions són diferents (p. ex. un atemptat i lesions).

Les dificultats més rellevants en aquest àmbit es produeixen respecte a la unitat de fet que reclama conceptualment el concurs ideal. La solució que s'atorgui a aquest interrogant determina l'ampliació o restricció d'aquesta figura, de manera que si la identitat exigida és absoluta entre els pressupòsits fàctics de les infraccions, incloent-hi el resultat, hem de descartar el concurs ideal homogeni com a supòsit de concurs ideal, i determinar la concurrència de les normes sota el règim del concurs real (suma de les penes referents a les diferents morts produïdes en l'exemple que hem exposat més amunt). En l'extrem oposat trobem les tesis que advoquen per delimitar la unitat de fet, com a equivalent a unitat d'acció, amb independència dels resultats materials que se'n derivin.

Sembla preferible, encara que no estigui exempta d'inconvenients, la definició d'unitat de fet com a identitat parcial de pressupòsit fàctic de les infraccions concurrents, de manera que resulti suficient vincular-la a tall de cercles secants, això sí, reclamant l'establiment d'una clàusula limitadora específica per al concurs ideal homogeni d'infraccions doloses que protegeixin béns jurídics eminentment personals (homicidi i lesions) –vegeu García Albero.

Lectura recomanda

R. García Albero. (2004). "Comentario al art. 77 CP". A: *Comentarios al nuevo Código penal* (3ª edició, pàg. 456-470). Pamplona: Aranzadi.

5.1.3. Concurs medial

Aquest tipus concursal pressuposa pluralitat de fets i d'infraccions (concurs real) amb la singularitat de la relació instrumental (mitjà/fi) que hi subjeu. Per tant, estem davant un concurs real assimilat pel que fa al tractament jurídic amb el concurs ideal.

Hi ha concurs medial quan una de les infraccions és mitjà necessari per a cometre'n una altra. La determinació de quan una es troba en relació de necessitat medial amb l'acompanyant només es pot dur a terme des de la perspectiva de les infraccions concretes perpetrades i, per tant, atenent *ex ante* al pla de l'autor i la viabilitat d'altres modes comissius alternatius que excloguin el delict instrumental.

El tractament penològic per al concurs ideal i medial de delictes és el que es preveu en l'article 77.2 i 3 del Codi penal, d'acord amb el qual: "2) En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. 3) Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado".

6. El sistema de penes en el Codi penal

6.1. Introducció

El Codi penal de 1995 introduí canvis importants en el sistema de penes del derogat Codi penal de 1973, plasmant noves tendències politicocriminals en aquest àmbit i significat un important avenç modernitzador que es va veure reflectit no solament en l'atorgament de més rellevància a criteris preventi-voespecials davant altres més retribuccionistes sinó també en la dotació d'una major confiança en la discrecionalitat judicial, en la simplificació del sistema de determinació de la pena o en el desterrament definitiu del text punitiu de figures obsoletes.

El sistema de penes instaurat pel Codi penal de 1995 s'ha vist modificat per la LO 15/2003, de 25 de novembre. Algunes de les novetats contemplades es dirigeixen a acoblar els àmbits de competència de les Audiències Provincials i els Jutjats del Penal amb els propis dels delictes greus i menys greus, respectivament; o atenen la reorganització de les penes d'allunyament i similars, relacionades amb les infraccions de violència domèstica; altres, potser de major abast en relació amb la teoria del sistema de penes, acaben amb la prometedora i fracassada pena d'arrest de cap de setmana i deroguen la filosofia abolicionista de les penes curtes privatives de llibertat que presidia l'anterior regulació.

En tot cas, s'ha de tenir en compte que l'estudi dels sistemes de penes fa referència als instruments concrets arbitrats en una legislació determinada per al compliment de les finalitats de la pena, l'estudi dels quals no correspon a aquest àmbit, sinó a l'anomenada teoria de la pena. En aquest moment no es tracta, doncs, de qüestionar-se la finalitat del dret penal i la seva principal conseqüència jurídica, sinó d'analitzar el sistema ideat per a dur a terme els objectius fixats prèviament (consulteu el mòdul 1).

6.2. Classes de penes

El Codi penal distingeix entre penes privatives de llibertat, penes privatives d'altres drets i multa¹⁸.

⁽¹⁸⁾Article 32 del Codi penal.

- Son penas **privativas de libertad** la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.
Article 35 del CP
- Son penas **privativas de derechos** (article 39 del CP):
 - La inhabilitación absoluta.
 - Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.
 - La suspensión de empleo o cargo público.
 - La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.
 - La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
 - La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.
 - Los trabajos en beneficio de la comunidad.
- 1. La **pena de multa** consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.
2. La pena de multa se impondrá, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.
Article del 50 CP

6.2.1. Penes principals i accessòries

Les penes que es preveuen en l'article 33 del Codi penal poden tenir caràcter principal o accessori, depenent de si es poden aplicar d'una manera autònoma o només amb la pena principal.

La pena de presó igual o superior a deu anys implica la d'inhabilitació absoluta durant el temps de la condemna. La pena de presó inferior a deu anys comporta, com a accessòries, algunes de les que es preveuen en l'article 56 del Codi penal.

Per a determinats delictes de naturalesa personal¹⁹, l'art. 57 del CP preveu la possibilitat que imposi com accessòries alguna de les prohibicions **d'allunyament** o **incomunicació** amb la víctima contingudes a l'art. 48 del CP.

⁽¹⁹⁾També per a les faltes dels articles 617 i 629 del CP.

El nou article 57 del CP, producte de la LO 15/2003, pretén assegurar l'eficàcia de les prohibicions exigint que, en els supòsits de concurrència al costat de pena de presó, la pena accessòria d'allunyament es trobi encara complint amb posterioritat a l'excarceració. D'aquesta manera, la **pena accessòria** corresponent s'haurà d'imposar **superior a la de presó** entre un i cinc anys, o un i deu anys, segons es tracti de delictes menys greus o greus, havent-se de complir ambdues de manera simultània. La **regla general**, cal tenir-ho en compte, es recull en l'article 33.6 del CP, que preveu una **durada** de les penes accessòries **idèntica** a la de la pena principal.

En l'àmbit d'infraccions de **violència domèstica**, la prohibició d'aproximació a la víctima com a pena accessòria, prevista en l'article 48.2 CP, resulta no només de imposició preceptiva, sinó agreujada.

6.2.2. Clases de penes per la seva naturalesa i durada

Segons aquest criteri, el Codi penal estableix un **sistema tripartit** que agrupa les penes segons la gravetat en **penes greus, menys greus i lleus**. Són penes greus les que es preveuen per als delictes greus; penes menys greus, les que es preveuen per a delictes menys greus; i penes lleus, les arbitrades per a infraccions lleus (faltas).

Article 33 del CP

1) En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.

2) Son penas **graves**:

- a) La prisión superior a cinco años.
- b) La inhabilitación absoluta.
- c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.

3) Son penas **menos graves**:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i) La multa de más de dos meses.
- j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.
- k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

4) Son penas **leves**:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

- f) La multa de 10 días a dos meses.
 - g) La localización permanente.
 - h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.
- 5) La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.
- 6) Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código."

Convé relacionar en aquest punt les **novetats bàsiques** recollides en el vigent article 33 del CP:

- La durada mínima de la pena de presó es redueix de sis a tres mesos.
- Desapareix la pena d'arrest de cap de setmana.
- S'introdueix, entre el catàleg de penes lleus, la nova pena de localització permanent.
- Es potencia la pena de treballs en benefici de la comunitat, establint-se per a un nombre més gran de delictes i incorporant en el Codi el règim legal de compliment.
- Es reorganitzen les penes conegudes popularment com d'allunyament, dividint el seu contingut en penes diferents i classificant la seva naturalesa en funció de la durada.
- En l'àmbit de la pena de multa, s'actualitzen les quotes i s'amplia la seva extensió màxima i mínima.
- Finalment, han estat revisades les fronteres punitives entre delictes greus i menys greus. A tall d'exemple, la pena de presó ara només serà greu si és superior a 5 anys, amb el Codi penal de 1995 ho era a partir de 3 anys.

Malgrat que l'exposició de motius de la LO 15/2003 assegura respectar la sistemàtica, unitat, estructura i principis del Codi penal de 1995 i respondre "exclusivament a la inclusió de determinades novetats de caràcter tècnic", el cert és que s'han suprimit dos dels principis bàsics que articulaven i atorgaven sentit al sistema de penes previst en el Codi penal de 1995 i que constituïen algunes de les seves mesures amb major càrrega modernitzadora i segell ideològic.

En efecte, el Codi penal de 1995, basant-se en ferms estudis sobre els efectes perniciosos que les penes privatives de llibertat curtes o excessivament llargues produeixen de cara a una futura integració social del condemnat, va apostar per fixar el límit de la pena de presó en sis mesos i el màxim general del seu compliment en vint anys. En canvi, i per evitar d'altres possibles solucions punitivament més beneficioses, va recórrer a la pena d'arrest de cap de setmana

com a solució pont per a infraccions de gravetat intermèdia, de manera que la privació de llibertat curta no comportés els efectes desocialitzadors que suposa la presó continuada.

Cal tenir en compte que la ineficàcia pràctica de la pena d'arrest de cap de setmana ha contribuït a desencadenar aquest procés de reforma, però al mateix temps que l'èxit de la seva execució estava vinculat a una adient dotació pressupostària.

El legislador del 2003, en aquest context, ha decidit prescindir de la pena d'arrest de cap de setmana, decisió que sens dubte ha condicionat la rebaixa del límit de la pena de presó de sis a tres mesos. Ja que el rigor punitiu teòric d'aquella no es podia substituir sensatament, en els delictes menys greus, per treballs en benefici de la comunitat, una pena de multa o per localització permanent.

En tot cas, les penes de presó inferiors a tres mesos han de ser substituïdes *ex lege* (article 71 .2 del CP) pel sistema previst als articles 88 i seg. del CP. Les penes iguals o superiors a tres mesos resultaran, tanmateix, d'efectiu compliment quan resultin imposades a delinqüents no primaris, o sent primaris, cas de no presentar-se les circumstàncies previstes en l'article 88 del CP.

La pena de **localització permanent** únicament es preveu com a lleu, en l'àmbit de les faltes i es podrà complir durant els caps de setmana o de manera no continuada [articles 33.4.g) i 37 del CP].

Pel que es refereix a la pena de **multa**, el sistema general continua sent el de dies multa²⁰, si bé conviu amb la multa proporcional prevista de manera excepcional per a alguns tipus²¹. El sistema dies multa o sistema escandinau permet **adaptar** la quantia de la multa a la **gravetat del fet i a la culpabilitat** de l'autor, amb la fixació d'una multa de més o menys extensió, i a la **situació econòmica** del reu, amb la imposició d'una quota més o menys elevada²².

La LO 15/2003 ha procedit a l'actualització dels marcs màxims i mínims de la pena de multa, tant respecte de la seva extensió (10 dies a 2 anys), com en relació amb les quotes (de 2 a 400 euros). Com a novetat, l'article 50.6 del CP permet parcialitzar el pagament de la pena de multa en un període de fins dos anys i, en un altre ordre de consideracions, l'article 51 del CP admet la revisió de la pena –sembla que tant a l'alça com a la baixa– si variés la situació econòmica del reu. L'impagament, en tot cas, de la pena de multa genera **responsabilitat personal subsidiària**, d'un dia de privació de llibertat per cada dues quotes impagades (article 53 del CP).

Revisió dels tipus penals

Això esmentat es confirma amb la revisió dels tipus penals, per als quals abans es preveia arrest de cap de setmana, la majoria dels quals se sancionen actualment amb pena de presó a partir de tres mesos i no poques vegades amb multa alternativa (vegeu articles 226 i 227 del CP).

⁽²⁰⁾ Article 50.2 del CP.

⁽²¹⁾ Article 52.1 del CP i, entre d'altres, articles 285, 292 i 292 del CP.

⁽²²⁾ Cal tenir en compte que l'únic paràmetre legal per a la fixació de la quota és la situació econòmica del reu (article 50.5 del CP).

Tanmateix, **no es consideren penes les mesures cautelars personals** (la detenció i la presó preventiva) o d'una altra índole de naturalesa penal, ni les conseqüències disciplinàries que poden, d'acord amb les lleis, ser imposades en l'ordre administratiu a subordinats o administrats. Finalment, no es consideren penes les sancions civils o administratives.

Amb tot, no podem negar la naturalesa sancionadora de certes conseqüències administratives amb un caràcter que no difereix qualitativament de les penes, en sentit estricte, que són assolides pels principis garantistes que regeixen la imposició de sancions de naturalesa penal.

"[...] entre el ilícito del delito, de las faltas y de las infracciones administrativas no existe más que una diferencia externa, constituida por la especie de consecuencia jurídica que se prevé para tales ilícitos y que depende de una decisión del legislador. [...] A todo ello se debe agregar que la identidad esencial de las ilicitudes de delitos, faltas y sanciones administrativas se ve ratificada por la vigencia de los mismos principios constitucionales en uno y otro sector legislativo; en efecto, el Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde la STC 18/1981, que 'los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.'"

STS de 20 de juny de 2001

6.2.3. La pena de mort

L'article 15 de la CE decreta l'abolició de la pena de mort, tret del que puguin disposar les lleis militars per a temps de guerra. Aquesta previsió s'ha de relacionar amb la LO 11/1995, de 27 de novembre, d'abolició de la pena de mort en temps de guerra. Així, doncs, la pena de mort no forma part del nostre sistema de penes actual, però el cert és que, com ha ressaltat la doctrina, no està totalment eradicada, tenint en compte que no se'n pot excloure la instauració en un context bèl·lic a l'emparament de la legislació militar.

7. La determinació de la pena

Els tipus penals de la part especial, com avançàvem més amunt, no preveuen una quantitat de pena fixa per a les infraccions que hi apareixen, sinó un marc genèric o abstracte sobre el qual s'han de dur a terme diferents operacions fins a assolir el *quantum* exacte de pena que s'ha d'imposar.

Aquest procés es duu a terme d'una manera progressiva, i es fixa, en primer lloc, el marc de pena abstracte; més tard, la concreció del marc legal de pena; i, finalment, la individualització judicial que determina la mesura de pena concreta.

7.1. Regles per a la determinació de la pena

1) Determinació qualitativa de la pena: grau superior i inferior

La formació del grau superior i inferior de pena es coneix com a determinació **qualitativa** de la pena, perquè representa la formació d'un marc substancialment diferent del de referència inicial.

D'acord amb la regla que es preveu en l'article 70.1, 1a. i 2a. del CP:

"1a. La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementando en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2a. La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer."

Partint del marc de pena previst per al delict d'homicidi (pena de presó de deu a quinze anys), l'elevació d'un grau donaria un marc de pena de quinze anys i un dia a vint-i-dos anys i sis mesos de presó; si correspongués rebaixar la pena en un grau, el marc resultant seria de cinc anys a deu anys menys un dia de presó²³.

O el que és el mateix:

Grau superior: $15 : 2 = 7,5$; $15 + 7,5 = 22$ anys i 6 mesos. Pena de quinze anys i un dia a vint-i-dos anys i sis mesos de presó.

Grau inferior: $10 : 2 = 5$. Pena de cinc a deu anys menys un dia de presó.

La nova redacció de l'article 70.2 aclareix que:

"A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas, de más o de menos, según los casos."

Pena superior i inferior

Podeu veure els límits a la pena superior en grau que es preveuen en l'article 70.2 del CP. També podeu consultar els límits a la pena inferior en grau en l'article 71.

⁽²³⁾ Article 138 del CP.

2) Determinació quantitativa de la pena: meitat inferior i superior de la pena

Hi ha determinació quantitativa de la pena quan el marc de partida és respecta i es fan les operacions de mesurament sense modificar la xifra màxima o mínima de pena que ja s'ha prefixat.

La determinació quantitativa de la pena té el seu àmbit d'aplicació en el marc de les circumstàncies atenuants i agreujants ordinàries, d'acord amb les regles que es preveuen en l'article 66 del Codi penal.

La pena per al delict d'homicidi, amb la concurrència d'una circumstància atenuant ordinària, d'acord amb la regla 1a. de l'article 66.1 del Codi penal, es mou dins el marc de pena inferior –de cinc anys a set anys i sis mesos. La pena per al delict de furt –presó d'un a tres anys, article 235 del Codi penal–, en què concorre una circumstància agreujant, s'ha de fixar entre la xifra de dos i tres anys de presó (article 66.1.3a del Codi penal).

O, per dir-ho d'una altra manera:

$10 - 5 = 5$; $5 : 2 = 2,5$; $5 + 2,5 = 7$ anys i sis mesos (límit superior de la pena en la seva meitat inferior; o límit inferior de la pena en la seva meitat superior).

7.2. La pena abstracta

És la pena que estableix la llei per a cada delict.

7.3. Marc legal de pena: determinació qualitativa i quantitativa

En la definició del marc legal de pena hem de tenir en compte les regles relatives a *iter criminis*, participació delictiva, concursos i circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal (qualificades i ordinàries).

1) La regla general

Article 61: quan la llei estableix una pena, s'entén que la imposa als autors de la infracció consumada.

Es discuteix si una vegada efectuades les operacions de determinació qualitativa, el jutgador està sotmès a les regles de l'article 66 del CP o bé si el règim d'increment i rebaixa de grau és incompatible amb aquest precepte. En la doctrina i la jurisprudència no hi ha unanimitat sobre aquest particular. En general, sembla majoritària la tesi d'incompatibilitat parcial, segons la qual el jutgador només quedarà sotmès a les regles de l'article 66 del CP quan la rebaixa sigui d'un grau. Si, al contrari, en els casos en què resulti legalment possible (per exemple la temptativa) la rebaixa és de dos graus, per a la determinació quantitativa es podrà recórrer el marc en tota la seva extensió, sense submissió a l'article 66 del CP.

Exemple

Qui mati una altra persona serà castigat, com a reu d'homicidi, amb la pena de presó de deu a quinze anys (art. 138 CP)

Les previsions legals no permeten establir un criteri general definitiu. De l'article 62 del CP (temptativa) sembla desprendre's un sistema d'incompatibilitat absoluta (sigui quina sigui la rebaixa decidida, es pot recórrer el marc penal complet); tanmateix, de l'article 66.8 del CP es deriva la decisió legislativa cap a un sistema d'incompatibilitat parcial.

En tot cas, això no significa que es deixin de tenir en compte les circumstàncies concurrents, sinó que aquesta apreciació no s'ha de fer necessàriament dins de l'estret marc de l'article 66 del CP.

2) *Iter criminis*: temptativa

D'acord amb l'article 62 del CP, als autors de temptativa de delict se'ls imposa la pena inferior en **un o dos graus** a l'assenyalada per la llei per al delict consumat, en l'extensió que s'estimi adequada, atenent al perill inherent a l'intent i al grau d'execució assolit.

La rebaixa de pena en un o dos graus es deixa, per tant, a la discrecionalitat judicial, havent-se de decidir tenint en compte el perill inherent a la conducta i al grau d'execució assolit.

3) Participació delictiva

A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena **inferior en grado** a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito" (art. 63 del Código penal), [...] salvo que la tentativa y la complicidad se halle especialmente penadas por la Ley (article 64 del CP).

4) Concursos

Després de les previsions relatives al grau de realització del delict i a la participació, és procedent aplicar les regles concretes per als supòsits de concurs de delictes que trobem en els articles 73 i seg. del CP.

5) Circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal

a) Supòsits de determinació qualitativa

- **Eximents incomplets** (articles 21.1. i 68 del CP).
- Concurrencia de dos o més atenuants²⁴, o una o diverses molt qualificades, sense la presència de circumstàncies agreujants: s'aplica la pena inferior en un o dos graus atenent al número i entitat de les mateixes. Si la rebaixa és de dos graus, es podrà determinar la pena en tota la seva extensió²⁵. El

⁽²⁴⁾Article 66.1.2a. del CP.

⁽²⁵⁾Article 66.1a. del CP.

mateix cal entendre, precisament perquè la llei no ho esmenta expressament, quan la rebaixa sigui d'un sol grau.

- Concurrència de tres o més circumstàncies **agreujants** i cap circumstància atenuant: es pot aplicar la pena superior en grau en la seva meitat inferior. L'augment en grau, per tant, és potestatiu. S'ha d'interpretar que, en cas que la pujada qualitativa de pena no es consideri adequada al supòsit –en atenció al número i entitat de les circumstàncies–, resultarà d'aplicació la regla de l'article 66.1.3a. del CP. La concreció quantitativa s'haurà de realitzar en la seva meitat inferior.
- Concurrència de **multireincidència**: es pot aplicar la pena superior en grau (de nou la previsió resulta potestativa) i s'haurà de fonamentar en les condemnes precedents, així com en la gravetat del nou delict comès. No s'especifica el marc en el qual la pena hagi de ser concretada, motiu pel qual en principi es podria recórrer en tota la seva extensió (article 66.1.5a. del CP).
- **Fonament qualificat d'atenuació**²⁶. La concurrència de circumstàncies atenuants i agreujants pot conduir a una rebaixa qualitativa de la pena (inferior en un grau) si persisteix un fonament qualificat d'atenuació. Aquest element hauria de ser interpretat, una cop compensades racionalment les circumstàncies concurrents, en un sentit integrador amb la regla 2a. de l'article 66 del CP. Quan s'ha realitzat l'operació de baixada d'un grau, la determinació de la pena es podrà fer en tota la seva extensió.

⁽²⁶⁾ Article 66.1.7a. del CP.

La decisió sobre la rebaixa en un sol grau o dos es deixa a la discrecionalitat judicial, que, en relació amb els eximents incomplets, ha de valorar el nombre i entitat dels requisits que faltin o concorrin, les circumstàncies personals de l'autor i, si escau, la resta de les circumstàncies atenuants o agreujants (article 68 del CP). En el cas de les atenuants molt qualificades o davant la concurrència de diverses d'ordinàries, cal tenir en compte l'entitat i el nombre d'aquestes circumstàncies (article 66.4a. del CP).

b) Supòsits de determinació quantitativa

- Concurrència d'una sola circumstància atenuant: la pena s'imposarà en la meitat inferior (article 66.1.1a. del CP).
- Concurrència d'una o dues circumstàncies agreujants: la pena s'imposarà en la seva meitat superior (article 66.1.3a. del CP).
- Concurrència de circumstàncies agreujants i circumstàncies atenuants amb persistència de fonament qualificat d'agreujament: la pena s'imposarà en la seva meitat superior (article 66.1.7a. del CP).

- Quan no es consideri adequada l'aplicació de la regla 5a., article 66.1 del CP (multireincidència), la pena s'aplicarà en la seva meitat superior (article 66.1.3a. del CP).
- Quan, malgrat la concurrència de tres circumstàncies agreujants i cap circumstància atenuant, no es consideri adequada al cas la pujada en grau de la pena²⁷, aquesta es podrà imposar en la seva meitat superior²⁸.

⁽²⁷⁾Article 66.1.4a. del CP.

⁽²⁸⁾Article 66.1.3a. del CP.

c) Absència de circumstàncies

Quan no concorrin ni les unes ni les altres, el legislador deixa un ampli marge a la **discrecionalitat del jutge**, el qual pot imposar la pena en la meitat que consideri oportú tenint en compte les circumstàncies personals del delinqüent i si el fet és més o menys greu, i ho ha de raonar en la sentència (article 66.1a. del CP).

La referència a la gravetat del fet permet de prendre en consideració el nivell d'injust present en el cas concret; dins el concepte de circumstàncies personals, es poden prendre com a referència els criteris de culpabilitat pel fet i la prevenció especial, i s'ha de motivar, en tot cas, l'extensió de pena que finalment es triï.

7.4. La individualització judicial de la pena

Després de la superació de les fases assenyalades, encara no s'ha accedit al *quantum* de pena exacte. Aquesta operació és l'última fase d'aquest procés, i l'han de dur a terme jutges i tribunals, als quals el legislador concedeix un ampli marge de decisió que no hem de confondre amb arbitrarietat –per la necessitat de motivació, també, d'aquesta última fase. L'article 72 del CP, en la redacció donada per la LO 15/2003, recorda expressament el principi general de motivació, advertint que "los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concretos de la impuesta".

Una vegada superats, per tant, els paràmetres de mesurament que es recullen en l'article 66 del CP, l'òrgan judicial ha de procedir a **fixar la quantia definitiva de pena**, decisió per a la qual s'han de tenir en compte els criteris de més o menys gravetat del fet i les circumstàncies particulars del delinqüent que permeten, com ja hem dit abans, decidir sobre la base de la culpabilitat pel fet, el contingut d'injust i les necessitats preventivoespecials de la pena.

7.5. Determinació de la pena en els delictes imprudents, en la pena de multa i en les faltes

Els delictes imprudents, d'acord amb la nova regulació, no queden sotmesos, en la determinació de la pena, a les regles de l'article 66 del CP, sinó que els jutges o tribunals aplicaran la pena segons el seu prudent arbitri (article 66.2 del CP).

L'extensió de la pena de multa (sistema dies multa) no se sostreu, tanmateix, al règim general, d'acord amb el previst en l'article 50.5 del CP. La determinació de la pena en la multa proporcional s'ha de realitzar prenent en consideració no solament les circumstàncies modificatives que es presentin, sinó també la situació econòmica del reu (article 52.2 del CP).

En relació amb la determinació del grau inferior o superior en la multa proporcional, el recent acord no jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem, del 22 de juliol de 2008, sosté que:

"1 . En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. 2. El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso."

Per tant, en els supòsits de multa proporcional no es podrà establir una pena superior en grau, però sí que es podrà aplicar, ja que es tracta d'analogia favorable al reu, el sistema de rebaixa de graus previst a l'article 70 del CP.

Exemple

El delictes de tràfic de drogues de l'article 368 del CP preveu per als supòsits de drogues que causin dany a la salut, entre altres, la pena de multa proporcional del doble del valor de la droga. No es podrà superar el doble, en aplicació de l'acord, per apreciació de les regles de determinació de la pena. Tanmateix, si la infracció va quedar a grau de temptativa i es decideix rebaixar un grau (article 62 del CP), es pot aplicar per analogia la previsió de l'article 70 del CP i, per tant, la pena aniria de la meitat fins a la quantia de la droga.

El règim de determinació de les penes lleus s'exceptua de les regles anteriors d'acord amb l'article 638 del CP:

En la aplicación de las penas de este libro procederán los Jueces, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una [...] sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código" [eso sí] "atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable.

7.6. Suspensió i substitució de la pena

1) La suspensió de la pena

Amb caràcter general, el jutge o tribunal pot deixar en suspens l'execució de les penes privatives de llibertat no superiors a dos anys, tenint en compte la perillositat criminal del subjecte així com l'existència d'altres procediments penals contra aquest (article 80.1 del CP), sempre que es tracti de delinqüents primaris i una vegada s'hagin satisfet les responsabilitats civils (article 81 del CP). El termini de suspensió pot oscil·lar **entre els cinc anys i els tres mesos**, depenent de la gravetat de la pena imposada.

En relació amb la suspensió, i si es considera necessari, el jutge o tribunal pot imposar alguna de les regles de conducta que es preveuen en l'article 83 del CP a part.

Com a novetats introduïdes per la LO 15/2003 respecte de la normativa anterior, cal assenyalar la possibilitat d'acordar la suspensió en relació amb penes de dos anys (inferiors a dos anys era el límit previst en la regulació anterior), així com el nou paràmetre per a la concessió de la suspensió que s'addiciona al perill criminal: l'existència d'altres procediments penals contra el condemnat.

Les regles de conductes previstes 1a. i 2a. de l'article 83.1 del CP, a més, van ser reformulades com a obligatòries, per la LO 15/2003, per als supòsits de violència domèstica previstos als articles 153 i 173.2 del CP. La LO 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, ha modificat de nou l'article 83.1, 6a., paràgraf segon, en el sentit d'afegir a les regles de conducta 1a. i 2a., la 5a. del mateix precepte. L'incompliment d'aquests deures determinarà, en l'àmbit dels delictes previstos en els art. 153 i 173.2 del CP, la revocació de la suspensió.

La reiteració delictiva durant el termini de suspensió en pot representar la revocació, cas en què es procedeix a l'execució de la pena (article 85).

Supòsits especials de suspensió de la pena:

- **Malaltia molt greu amb patiments incurables.** La decisió de suspensió de l'execució de la pena, en aquest cas, no es troba sotmesa a cap termini. Aquesta possibilitat es veu limitada únicament si el condemnat ja té suspesa una altra pena pel mateix motiu (article 80.4 del CP).
- L'anomenada **suspensió del drogodependent**. Excepcionalment, i en determinades circumstàncies, es pot suspendre l'execució de penes no superiors a cinc anys (vegeu l'article 368 del CP) als penats que hagin comès el fet delictiu a causa de la dependència de les substàncies que s'enumeren en l'article 20.2.è del CP.

S'ha de fer menció, finalment, a la supressió, per la LO 15/2003, de la inscripció de les condemnes suspeses en una secció especial del Registre de Penats i Rebels, i la seva cancel·lació un cop transcorregut el termini de suspensió²⁹. El

⁽²⁹⁾Articles 82 i 85.2 del CP.

vigent Codi penal no conté excepcions respecte a la inscripció de l'antecedent, per la qual cosa seguirà el règim general, canviant a actiu des de la fermesa de la sentència condemnatòria.

2) Substitució de la pena

Les penes privatives de llibertat inferiors a un any poden ser substituïdes per penes de multa o treballs en benefici de la comunitat, sempre que no es tracti de reus habituals i en virtut de les circumstàncies del fet i particulars del delinqüent (article 88.1 del CP). El límit s'amplia fins a les penes que no superin els dos anys si concorren elements preventivoespecials i de reinserció social que ho aconsellin.

Cada dia de presó serà substituït per dues quotes de multa o una jornada de treball.

Com en la suspensió, la concessió d'aquest benefici es pot condicionar al compliment d'algun dels deures de conducta previstos en l'article 83. Si la pena a substituir portés causa d'un delict relacionat amb la violència de gènere, la pena de presó només es podrà substituir per la de treballs en benefici de la comunitat, resultant preceptives les obligacions 1a. i 2a. de l'article 83.1 del CP (cfr. la redacció d'aquest precepte, donada per LO 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere).

La LO 11/2003, a més, ha modificat el tenor de l'anterior article 89 del CP, preceptuant la necessària substitució de les penes inferiors a sis anys imposades a estrangers no residents legalment a Espanya per la seva **expulsió** del territori. La mesura d'expulsió també arribarà a les penes superiors o iguals a sis anys un cop s'assoleixi el tercer grau penitenciari o es donin les condicions per accedir a la llibertat condicional.

8. La llibertat condicional

Complert un conjunt de condicions, el condemnat, com s'estudiarà a continuació, pot abandonar el centre penitenciari abans de l'extinció de la condemna.

8.1. Règim general

Segons preveu l'article 90 del CP:

"1) Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria."

Es mantenen amb la reforma operada per la LO 7/2003 els requisits tradicionals de la llibertat condicional³⁰, amb l'excepció que la bona conducta ha d'incloure necessàriament la satisfacció de la responsabilitat civil, en els termes previstos en l'article 72.5 i 6 LOGP (redacció donada per la LO 7/2003), lo qual no deixa d'aparençar una reiteració, ja que és requisit per a la concessió de la llibertat condicional que el penat es trobi en tercer grau penitenciari i l'accés a aquest es condiciona a la satisfacció de la responsabilitat civil en els termes previstos a l'article 77.5 LOGP; tanmateix, la seva virtualitat es podria destinar als supòsits en els quals el condemnat ja es trobés en tercer grau i en el moment de vigència d'aquesta norma encara no hagués accedit a la llibertat condicional.

⁽³⁰⁾Vegeu l'article 90 del CP de 1995.

Article 77.5 LOGP

"La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los delitos siguientes:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del CP."

L'accés al tercer grau penitenciari: períodes de seguretat

- Per a penes iguals o inferiors a 5 anys: no hi ha un límit mínim, encara que per analogia es venia condicionant l'accés al compliment d'una quarta part de la condemna.
- Per a penes superiors a 5 anys: s'estableix com a període de seguretat el compliment de la meitat de la pena, encara que pot excepcionarse³¹, llevat dels casos de delictes de terrorisme i els comesos al si d'organitzacions criminals.
- En els supòsits previstos en l'article 78 del CP, el còmput es podrà realitzar respecte a la totalitat de les penes imposades, sistema que serà preceptiu per a les lletres a), b), c) i d) de l'article 76 del CP, previsió que també es pot exceptuar amb dràstics límits per als delictes de terrorisme i comesos al si d'organitzacions terroristes.

⁽³¹⁾Article 36 del CP, en la redacció donada per la LO 7/2003.

8.2. Règim de llibertat condicional específic per als delictes de terrorisme i els comesos al si d'organitzacions criminals

El pronòstic de reinserció social només es considerarà concurrent:

Cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Article 90.1 del CP

A les mateixes condicions se sotmet la possibilitat d'accés a tercer grau penitenciari, d'acord amb l'article 72.6 LOGP.

8.3. Règim privilegiat

De manera excepcional es podria concedir la llibertat condicional als condemnats que haguessin extingit les dues terceres parts de la seva condemna, si s'han fet mereixedors del benefici per "haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales" (article 91.1 del CP).

8.4. Règim privilegiat qualificat

Segons preveu l'article 91.2 del CP:

"Cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso."

9. Les mesures de seguretat

El Codi penal de 1995 representà un important gir en la regulació de les mesures de seguretat en relació amb la Llei de perillositat i rehabilitació social de 1970. D'entrada, la seva inclusió dins el text punitiu comú ja comporta una modificació important en la política legislativa tradicional que, per norma general, reservava la regulació de les mesures a una llei especial.

Llei de perillositat i rehabilitació

La vella norma no solament admetia, almenys formalment (cf. STC de 14 de febrer de 1986), l'aplicació de mesures de seguretat prèvies a la comissió delictiva (mesures pre-delictuals), sinó també el seu fonament en la perillositat social del subjecte o la durada indeterminada. La Llei de perillositat i rehabilitació social va ser derogada pel Codi penal de 1995.

Amb tot, els canvis més significatius introduïts pel Codi penal de 1995 tenen lloc en els pressupòsits i el contingut de les mesures de seguretat, i es tradueixen en la **instauració del principi de legalitat en aquest àmbit**, l'arbitri de mesures exclusivament postdelictives i la fixació de la perillositat criminal (futur pronòstic de comissió delictiva) com a criteri general d'aplicació.

Per tant, en el nostre ordenament penal regeix un sistema dualista en què coexisteixen com a conseqüències jurídiques del delict penes i mesures de seguretat.

1) El principi de legalitat

L'extensió d'aquest principi a les mesures de seguretat n'impedeix no solament la previsió retroactiva –llevat que resulti favorable al reu (article 2.1, segon incís, Codi penal)–, sinó també la possibilitat d'aplicar-les quan no concorrin els pressupòsits recollits prèviament en la llei (article 1.2 del CP). Les mesures de seguretat també són assolides per les garanties jurisdiccionals i d'execució del principi de legalitat (article 3 del CP).

2) Pressupòsits materials (article 95.1 1a. i 2a. del CP)

- **Comissió prèvia d'un delict.** D'acord amb la regulació actual, les úniques mesures de seguretat que es poden adoptar són de tipus postdelictiu, fet que implica la comissió prèvia d'un fet previst com a delict (en sentit estricte, no comprensiu de les faltes).
- **Perillositat criminal.** L'adopció de mesures de seguretat queda limitada al següent: que "del hecho y de las circunstancias del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos" (article 96 i 95.1.2a. del CP).

3) Límits materials

- Les **mesures privatives de llibertat** només es poden imposar quan la pena imposada o la que s'hauria pogut imposar sigui privativa de llibertat (articles 96.2 i 104 del CP).
- Les mesures de seguretat tampoc no poden resultar **més costoses** que les aplicables al fet d'una manera abstracta (sobre això podeu veure els articles 105 i 107 del CP).

4) Límits temporals (article 6 del CP)

- La durada de la mesura té com a límit genèric la pena aplicable abstractament al fet comès.
- Les mesures privatives de llibertat consistents en internament no poden superar el temps que, si escau, hauria durat la pena privativa de llibertat imposada efectivament si el subjecte hagués estat considerat responsable (pena concreta), i ha de quedar fixada en la sentència (articles 101, 102 i 103 del CP). En el cas de mesures de seguretat imposades com a conseqüència de la concurrència d'una circumstància eximent incompleta, el temps de durada de l'internament pot estendre's fins al límit de la pena abstracta que preveu el Codi per al delict (article 104 del CP).
- Mesures de seguretat no privatives de llibertat: fins deu anys, depenent del tipus de mesura (article 105 i 107 del CP).

5) La necessarietat de la mesura

Aquest requisit s'ha de valorar, en general, des de la perspectiva del pronòstic de perillositat criminal, de manera que decau el pressupòsit per a aplicar-lo si la conclusió sobre la comissió de futurs delictes és negativa. La valoració particular, pel que fa a l'adopció de mesures de seguretat privatives de llibertat, s'ha de fer en consideració a si resulta justificada pel patiment concret del sotmès, i s'exclou, per exemple, la conveniència de tractament ambulatori (*cf.* articles 101, 102 i 103 del CP).

6) El sistema de compliment

a) Sistema vicarial per a les mesures de seguretat privatives de llibertat

L'article 99 del CP instaura expressament el sistema vicarial per als supòsits de concurrència de penes i mesures de seguretat, i ordena el compliment previ d'aquesta última, la qual s'ha d'abonar per al de la pena. Una vegada aixecada

la mesura, es pot suspendre l'execució de la pena o aplicar alguna mesura no privativa de llibertat de les que es preveuen en l'article 105 del CP pel temps de compliment que manqui.

b) Sistema d'acumulació per a mesures de seguretat no privatives de llibertat

El legislador no preveu expressament el sistema de convivència de penes i mesures de seguretat quan les adoptades resultin d'una naturalesa diferent de l'internament. El sistema vigent en aquest àmbit és, per tant, el d'acumulació. Els límits temporals són els que assenyalen més amunt, encara que en aquest cas és especialment rellevant el criteri de *gravositat* recollit a l'article 6.2 del CP, tenint en compte la diferent naturalesa entre penes i mesures. En qualsevol cas, hem de recordar que el **límit temporal** per a les mesures de seguretat no privatives de llibertat es **desvincula de la pena** per a establir-se d'una manera **autònoma** tenint en compte les mesures concretes (articles 105 i 107 del CP).

No obstant, amb això no resollem l'interrogant sobre l'ordre de compliment de les unes i les altres quan no sigui possible dur-ho a terme simultàniament i resulti contrari a l'esperit curatiu i rehabilitador de certes mesures el compliment previ de la condemna.

En aquest cas, no es pot entendre sempre *contrario sensu* (cf. article 99 del CP) el compliment previ imprescindible de la condemna, sinó que el jutge, en un examen de les circumstàncies particulars concurrents, podria decidir en sentència la implantació del sistema vicarial.

Compensació entre penes

Hem de tenir en compte que no falten els qui també consideren extensible a les mesures de seguretat no privatives de llibertat imposades per concurrència de circumstància eximent incompleta les previsions de l'article 99 del CP (sistema vicarial i suspensió). Així, en aquest cas, es pot procedir a una **compensació** entre penes i mesures o a la suspensió de la pena, si es donen els pressupòsits que s'exigeixen en l'article 99 del CP.

7) Àmbit d'aplicació

El CP vigent preveu expressament els supòsits en què són aplicables mesures de seguretat, és a dir, els exempts de responsabilitat criminal d'acord amb els articles 20.1r., 20.2n. i 20.3r., i també als casos de circumstància eximent incompleta –article 21.1 del CP– en relació amb els números expressats de l'article 20 del CP.

Una important línia jurisprudencial extén per analogia l'aplicació de mesures de seguretat adaptades a les circumstàncies del cas en els supòsits de concurrència de la circumstància atenuant de drogoaddicció prevista l'article 21.2n. del CP, i també a la circumstància de anàloga significació (en relació amb aquesta última, podeu consultar l'STS de 27 de desembre de 2000 o de 16 d'octubre de 2000).

Exemple

Submissió a tractament extern en centres mèdics o establiments de caràcter socio sanitari (article 96 del CP).

9.1. Classes de mesures

D'acord amb el Codi penal vigent, es poden imposar dos tipus de mesures: privatives de llibertat i no privatives de llibertat.

1) Mesures privatives de llibertat

D'acord amb l'article 96.2 del CP, les mesures privatives de llibertat poden consistir en alguna de les següents:

- L'internament en centre psiquiàtric.
- L'internament en centre de deshabitació.
- L'internament en centre educatiu especial.

2) Mesures no privatives de llibertat

Conforme a l'article 96.3 del CP, es poden imposar les mesures següents:

- La inhabilitació professional.
- L'expulsió del territori nacional d'estrangers no residents legalment a Espanya.
- L'obligació de raure en un lloc determinat.
- La prohibició de residir en el lloc o territori que es designi. En aquest cas, el subjecte quedarà obligat a declarar el domicili que triï i els canvis que es produeixin.
- La prohibició d'anar a determinats llocs o territoris, espectacles esportius o culturals, o de visitar establiments de begudes alcohòliques o de joc.
- La custòdia familiar. El sotmès a aquesta mesura quedarà subjecte a la cura i vigilància del familiar que es designi i que accepti la custòdia, qui l'exercirà en relació amb el jutge de Vigilància Penitenciària i sense detriment de les activitats escolars o laborals del custodiat.
- La privació del dret a conduir vehicles a motor i ciclomotors.
- La privació del dret a la tinença i port d'armes.
- La prohibició d'aproximar-se a la víctima, o a aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal.
- La prohibició de comunicar-se amb la víctima, o amb aquells dels seus familiars o altres persones que determini el jutge o tribunal.

- La submissió a tractament extern en centres mèdics o establiments de caràcter socio sanitari.

La submissió a programes de tipus formatiu, cultural, educatiu, professional, d'educació sexual i altres de similars.

9.2. Substitució, aturada i trencament de les mesures

Les mesures de seguretat es poden substituir en qualsevol moment de l'execució per una altra que es consideri més adequada, substitució que també es pot deixar sense efecte, si el subjecte evoluciona desfavorablement, o modificar a mesura d'internament –si fos possible– en supòsits de trencament (articles 97. b) i 100.2 del CP).

El límit màxim de les mesures de seguretat ve determinat per la **desaparició de la perillositat criminal** del subjecte, per al qual és infranquejable el temps màxim possible de la mesura.

En consideració als resultats obtinguts, es pot suspendre l'execució de la mesura per un termini no superior al que quedi fins al màxim de compliment, amb la condició que el subjecte no torni a delinquir durant el termini.

Finalment, el **trencament** d'una mesura de seguretat privativa de llibertat té com a efecte el **reingrés** del subjecte en el centre de compliment. Si el trencament la duu a terme el sotmès a mesura per aplicació d'una circumstància eximent incompleta, aleshores es dedueix testimoni a l'efecte dels articles 468 i seg. del CP.

El trencament d'una mesura de seguretat diferent de l'internament en pot provocar la **substitució** per aquesta mesura, si es preveu per al cas concret i se'n demostra la necessitat.

9.3. Substitució de les mesures d'expulsió del territori nacional

La LO 11/ 2003 ha modificat l'article 108 del CP preceptuant la substitució de la mesura de seguretat imposada a estrangers per la d'expulsió del territori nacional. La present substitució s'articula com a preceptiva llevat que el jutge o tribunal justifiqui la necessitat de compliment de la mesura a l'Estat espanyol.

10. Les conseqüències accessòries

Dins el capítol VI, títol V trobem regulada una sèrie de mesures que en general s'associen a la comissió d'una infracció dolosa i que concreten els efectes de la pena en general i d'algunes penes en particular. Es tracta del comís i de les mesures que es preveuen per a persones jurídiques.

1) El comís

Article 127 del CP

1) Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2) Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3) El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4) Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

2) Conseqüències específiques per a societats

D'entre les conseqüències previstes per a societats i empreses, cal destacar el tancament, dissolució, suspensió d'activitat o intervenció judicial, d'acord amb l'article 129 del CP, sempre que siguin necessàries per a prevenir la continuïtat en l'activitat delictiva i els seus efectes. De vegades això s'ha equiparat a la denominada responsabilitat penal de les persones jurídiques, ja que la conseqüència principal no recau tant en el subjecte com en la mateixa societat utilitzada en la comissió del fet o la seva ocultació.

Hem de tenir en compte que aquestes mesures només poden es poden adoptar si es preveuen expressament en la regulació del delict (articles 221.3 o 302 del CP, per exemple).

11. Penalitat

La concurrència dels elements de tipicitat, antijuridicitat i culpabilitat permet d'afirmar l'existència d'un delict **complet**; això no obstant, la possibilitat d'imposar un càstig es pot veure condicionada per la constatació d'altres elements aliens a la teoria jurídica del delict i que solen, malgrat l'heterogeneïtat, englobar-se en una categoria conjunta coneguda com a penalitat.

Aquesta categoria es caracteritza, en conseqüència, per resultar aliena a l'afirmació o negació de la presència d'un delict, per la varietat de continguts i perquè s'aplica només a certes figures delictives (tret de les anomenades causes genèriques d'extinció de la pena que es regulen en l'article 130 del CP).

- **Les condicions objectives de penalitat** són circumstàncies que delimiten en un delict concret la possibilitat d'imposar una pena.
- **Les condicions objectives de perseguibilitat** constitueixen límits a la persecució processal del delict.
- **Les excuses absolutòries** són circumstàncies en què, també pressuposant l'existència d'una conducta típica, antijurídica i culpable, la imposició de pena, per raons d'oportunitat legislativa, s'exceptua per a certs subjectes segons les circumstàncies especials que hi concorren. Hem de tenir en compte que les raons politicocriminals que inspiren la introducció d'una excusa, poden determinar que sigui de caràcter parcial, de manera que simplement es rebaixa la pena en termes quantitius o es fa un salt cap a una altra conseqüència jurídica més tènue que la que es preveu per als casos en què no concorre l'excusa, per exemple, l'administració deslleial del patrimoni públic de l'article 433 del CP.
- **Causas d'extinció de la responsabilitat criminal.** L'article 130 del CP recull una sèrie de supòsits que no influeixen en l'existència del delict, però que s'erigeixen com a impediments a la seva punició o perseguibilitat en l'àmbit del procés penal.

Exemple

L'exigència de denúncia prèvia o querella per part de l'ofès o les persones legitimades (articles 228, 296 i 191 del CP; article 215.1 del mateix Codi).

Exemple

En els delictes patrimonials, pels delictes d'aquesta naturalesa que es causessin entre si els cònjuges i altres parents esmentats en l'article 268 del CP; en el delict de rebel·lió, qui el revelés a temps d'evitar-ne les conseqüències (article 480.1 del CP).

Article 130 del CP³²

⁽³²⁾Article modificat per la LO 15/2003.

La responsabilidad criminal se extingue:

- 1.º Por la muerte del reo.
- 2.º Por el cumplimiento de la condena.
- 3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.
- 4.º Por el indulto.
- 5.º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.
- 6.º Por la prescripción del delito.
- 7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

Resum

Les circumstàncies modificatives de la responsabilitat constitueixen elements que, sense influir en la presència del delict, permeten de modular la intensitat dels diferents elements, injust o culpabilitat, o bé delimiten la pena per consideracions de política criminal.

El Codi penal ha previst circumstàncies atenuants, agreujants i una circumstància mixta, la de parentiu, amb virtualitat per a operar, depenent dels delictes concrets, com a atenuant o agreujant.

Dins les primeres, hem de distingir entre eximents incomplets, atenuants ordinàries i atenuants analògiques. Els eximents incomplets tenen la base en els eximents que es preveuen en l'article 20 del Codi penal, quan no hi hagi tots els elements, sinó solament els essencials, de tal manera que no es pot declarar l'exempció de responsabilitat criminal. La seva naturalesa depèn de la predicable per a l'eximent de què es tracti. La concurrència d'una semieximent té un efecte de rebaixa qualificada de la pena, de manera que es pot aplicar en un o dos graus menys.

Les circumstàncies atenuants ordinàries són les que es preveuen en els números 2 a 5 de l'article 21 del Codi penal, que obliguen a la imposició de la pena en la meitat inferior. Només si es dóna la concurrència de diverses d'aquestes circumstàncies, o bé una és molt qualificada, es pot operar una rebaixa d'un o dos graus.

Les atenuants per analogia permeten construir circumstàncies semblants a les previstes que en comparteixin el fonament, quan el supòsit concret no encaixi en cap i, tanmateix, sí que resulti susceptible de comportar menys entitat de culpabilitat, d'injust o bé que s'estableixi en uns criteris politicocriminals d'orientació semblants als que es preveuen expressament.

La concurrència de circumstàncies agreujants, com regla general, obliga el jutge a imposar la pena en la meitat.

Hi ha concurs de delictes quan un o diversos fets constitueixen dos o més delictes diferents, situació en què s'han d'aplicar tots els delictes per a la captació del desvalor total de la conducta. En el concurs real, diversos fets donen lloc a molts altres delictes, de manera que estem davant una acumulació material de les penes que es preveuen per a cada un amb els límits de compliment previstos en l'article 76 del Codi penal (acumulació jurídica). El concurs ideal es defineix per la realització d'un fet que vulnera diversos preceptes penals; d'altra

banda, el concurs medial comporta que una de les infraccions constitueix el mitjà necessari de realització d'una altra. En tots dos casos, s'imposa la pena corresponent a la infracció penada com a més greu en la meitat superior.

En el procés de determinació de la pena cal distingir dues fases: la determinació legal (*iter criminis*, participació, concursos, circumstàncies) i la individualització judicial, en què operen conceptes derivats de la teoria de les finalitats de la pena (culpabilitat, entitat d'injust i prevenció especial). També s'ha de distingir entre determinació qualitativa, si l'aplicació de les regles previstes legalment comporta la modificació del marc de pena abstracte que es preveu en la part especial; i determinació quantitativa, que comporta l'aplicació dins el marc genèric en la meitat inferior o superior.

Les mesures de seguretat es fonamenten en la perillositat criminal i només es poden imposar amb el pressupòsit de la comissió prèvia d'un delict. La implantació de les mesures no pot resultar més costosa ni de més durada que la pena abstracta aplicable al fet comès. L'internament, o mesura privativa de llibertat, només és possible si és necessari i la pena prevista per al delict implica una pena de la mateixa naturalesa, i té com a límit màxim la pena imposada o la que s'hauria pogut imposar (eximents). En aquest cas, doncs, regeix el sistema vicarial, de manera que s'ha de complir prèviament la mesura que s'abonarà en complir la condemna.

Com a conseqüències accessòries de la pena, el legislador ha previst, amb caràcter general, el comís, i en relació amb societats i empreses, mesures que tendeixen a l'aturada de l'activitat il·lícita, com ara tancament de l'empresa o els seus locals, o la intervenció judicial, per esmentar-ne algunes.

I ja per acabar, direm que la presència d'un fet típic, antijurídic i culpable representa l'existència d'un delict, però la concurrència de condicions objectives de punibilitat pot impedir la imposició de pena. Sobre la base del mateix pressupòsit, en les excuses absolutòries, la imposició de pena, per raons d'oportunitat legislativa, s'exceptua per a certs subjectes tenint en compte les circumstàncies especials que hi concorren.

Exercicis d'autoavaluació

1. Les anomenades *circumstàncies modificatives* de la responsabilitat criminal...

- a) sempre produeixen una disminució o elevació del nivell de culpabilitat del subjecte.
- b) afecten l'existència dels diferents elements del delict, depenent de quina en sigui la naturalesa.
- c) són circumstàncies que envolten el delict sense que puguin arribar a afectar la presència d'algun dels seus elements.

2. El principi de comunicabilitat de les circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal...

- a) es fonamenta en el principi *non bis in idem*.
- b) només s'aplica en els supòsits de concurrència de més d'una circumstància agreujant.
- c) impedeix que les circumstàncies modificatives s'apliquin a subjectes diferents d'aquells en qui concorren.

3. La circumstància agreujant de preu, recompensa o promesa...

- a) s'aplica, segons el criteri majoritari, tant a qui ofereix el preu com a qui l'accepta.
- b) s'aplica, segons el criteri majoritari, a qui rep i accepta el preu.
- c) A qui ofereix el preu només se li pot aplicar la circumstància de traïdoria.

4. La circumstància agreujant d'acarnissament...

- a) no és comunicable als partícips.
- b) és inherent al delict d'homicidi.
- c) és inherent al delict d'assassinat.

5. La concurrència de circumstàncies atenuants:

- a) mai no permet que el marc penal abstracte pugui ser modificat.
- b) sempre representa l'aplicació de la pena en la meitat inferior.
- c) en algun supòsit permet de rebaixar el marc penal abstracte.

6. En cas que un sol fet constitueixi dues infraccions o més...

- a) s'aplica en la meitat superior la pena prevista per a la infracció més greu.
- b) s'aplica la pena que resulti de l'acumulació de les penes corresponents.
- c) s'aplica la pena corresponent a la més greu de les infraccions comeses incrementada en un o dos graus.

7. En el delict massa...

- a) s'aplica la pena tenint en compte el perjudici total causat.
- b) s'aplica en la meitat inferior la pena prevista per a la infracció més greu.
- c) s'aplica la pena que resulti de l'acumulació de les penes corresponents.

8. Les mesures de seguretat...

- a) sempre poden implicar privació de llibertat en consideració a les necessitats curatives del subjecte.
- b) són sempre privatives de llibertat en els casos en què també ho sigui la pena imposada o que s'hauria pogut imposar.
- c) poden ser privatives de llibertat en els casos en què també ho sigui la pena imposada o que s'hauria pogut imposar i únicament si és necessari tenint en compte les circumstàncies particulars del sotmès a mesura.

9. El sistema de dies multa...

- a) permet de tenir en compte la capacitat econòmica del subjecte en la determinació de la quantitat de dies per complir.
- b) permet de tenir en compte la capacitat econòmica del condemnat en relació amb la quantia de la quota que s'ha de pagar.
- c) s'aplica a totes les penes de multa del Codi penal vigent.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c

2. c

3. b

4. c

5. c

6. a

7. a

8. c

9. b

Glossari

circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal *f pl* Elements accidentals que, sense afectar la presència del delict –que es manté inalterat–, envolten la realització del fet i incideixen en la modulació dels diferents elements –de l'injust o de la culpabilitat– o, sense fer-ho, responen a criteris politicocriminals, amb el reflex consegüent, atenuant o agreujant, en la delimitació de la pena.

concur de delictes *m* Cas en què un sol fet constitueix dues infraccions o més, o quan diversos fets donen lloc a altres tants delictes.

concur ideal de delictes *m* Cas en què un sol fet constitueix dues infraccions o més.

concur medial *m* Una de les infraccions és un mitjà necessari per a la realització d'una altra.

concur real de delictes *m* Diversos fets constitueixen diferents delictes.

determinació qualitativa de la pena *f* Formació d'un marc substancialment diferent del de referència inicial.

determinació quantitativa de la pena *f* Determinació que es dona quan el marc de partida és respectat, amb la qual cosa es duen a terme les operacions de mesurament sense modificar la xifra màxima o mínima de pena prefixada.

individualització judicial de la pena *f* Fixació de la quantia definitiva de pena per l'òrgan judicial.

mesures de seguretat *f pl* Conseqüències jurídiques del delict que s'apliquen en supòsits d'inimputabilitat o semiinimputabilitat d'una manera alternativa o acumulativa a la pena.

pena abstracta *f* Pena que estableix la llei per a cada delict.

Bibliografia

Baldova Pasamar, M. A. (1995). *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.

García Albero, R. (1995). *"Nom bis in idem": material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs.

García Albero, R. (2004). "De las medidas de seguridad. Comentario a los artículos 95 a 108 del Código Penal". A: *Comentarios al nuevo Código penal* (Quintero Olivares, dir.; Morales Prats, coord.) (3a ed., pàg. 513-553). Pamplona: Aranzadi.

García Arán, M. (1997). *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995*. Pamplona: Aranzadi.

García Pérez, O. (1997). *La punibilidad en el Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.

González Cussac, J. L. (1988). *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. València: Universitat de València.

Gracia Martín, L. (coord.); Baldova Pasamar, M. A.; Alastuey Dobón, M. C. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito* (3a. ed.). València: Tirant lo Blanch.

Mapelli Caffarena, B. (1990). *Estudio jurídicodogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid: Ministerio de Justicia.

Sanz Morán, A. (1986). *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. Valladolid: Universidad de Valladolid.

Silva Sánchez, J. M. (1997). "La regulación de las medidas de seguridad (artículo 6)". A: *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch.

Valle Muñiz, J. M.; Morales Prats, F. (coord.) (2004). "De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal; comentario al artículo 21 del Código penal". A: *Comentarios al nuevo Código penal* (Quintero Olivares, dir.) (3a. ed., pàg. 203-221). Pamplona: Aranzadi.

