

MÁS ALLÁ DEL INJUSTO CULPABLE: LOS PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD

Miguel Bustos Rubio
Profesor de Derecho Penal
Real Centro Universitario El Escorial
Universidad Complutense de Madrid

*¿Dónde están los ojos que con cariño me miraban?
¿Dónde está la voz que para dormir me cantaba?
¿Dónde, aquélla que consejos me daba?*

*A Pipa, en su memoria,
con todo mi amor*

Resumen: La categoría de la *punibilidad* en Derecho penal ha generado auténticos ríos de tinta en la doctrina científica española y extranjera. Al tratarse de una institución de contenido y fundamento sumamente heterogéneo, los autores la han venido estudiando desde diversas ópticas. En este trabajo el autor ofrece algunas notas sobre el contenido de la punibilidad, partiendo de una distinción entre punibilidad conceptual y estructural con objeto de decidir si la misma es necesaria para afirmar

Recibido: marzo 2015. Aceptado: abril 2015

la existencia de un delito, abordando después el estudio sobre el contenido y fundamento de la misma. Se culmina con una especial referencia a las llamadas “excusas absolutorias”, denominación sobre la que el autor considera necesario un replanteamiento. Desde la terminología alemana más actual, el trabajo intenta explicar las diversas instituciones y figuras del Código Penal que quedarían englobadas en la llamada “punibilidad”.

Palabras clave: punibilidad, excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad, causas de extinción de la pena, causas de levantamiento de la pena.

Abstract: The category of the punishability in criminal law has generated intense discussion in Spanish and foreign scientific doctrine. The punishability is an institution of very different content, so that the doctrine studied it from various perspectives. In this paper the author writes some notes on the content of the punishability, based on a distinction “conceptual punishability” and “structural punishability” to decide whether this category is necessary to affirm the existence of a crime. The author then discusses the content of the category of punishability. The work ends with a special reference to “absolving excuses”, considering the author’s need to reconsider this terminology. From today’s German terminology, the paper explains the various figures of the Spanish Criminal Code that would be included in the category of the punishability.

Keywords: punishability, “absolving excuses”, objective conditions of punishability, causes that remove punishment, causes of remission of penalties.

Sumario: I. La punibilidad: concepto y contenido. 1. ¿Es la punibilidad una categoría autónoma del delito? Punibilidad *conceptual* y punibilidad *estructural*. 2. Definición, fundamento y contenido de la punibilidad. II. De las “excusas absolutorias” a las “circunstancias que impiden el castigo”. Causas de exclusión y causas de levantamiento de pena. 1. La preferencia por la clasificación germana: causas de exclusión de pena (*Strafausschliessungsgründe*) y causas de levantamiento de pena (*Strafaufhebungsgründe*). 2. Ubicación sistemática de las “causas de exclusión” y las “causas de levantamiento” de la pena

I. La punibilidad: concepto y contenido

1. ¿Es la punibilidad una categoría autónoma del delito? Punibilidad *conceptual* y punibilidad *estructural*.

Generalmente el delito se define de un modo analítico diferenciando los elementos que lo componen, esto es, la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad. Hasta aquí parece que hay acuerdo doctrinal prácticamente unánime¹. Sin embargo, en ocasiones ciertos sectores de la doctrina penal añaden a la definición del delito la condición de que el hecho sea, además, *punible*. Sobre la categoría de la *punibilidad*, (también denominada *penalidad*) se ha cimentado un intenso debate doctrinal en los últimos años. La doctrina no sólo discute sobre el contenido y definición de este concepto, sino también sobre si se trata de un elemento que deba encuadrarse en el seno de la teoría jurídica del delito actual, como categoría autónoma, siendo necesaria su acreditación para poder hablar del nacimiento mismo del delito².

Ya desde la tesis propuesta por ROXIN en Alemania³, algunos autores han venido defendiendo que la punibilidad debe

- 1 Con diferencias sustanciales según se entienda que el delito consta de dos categorías (tipo de injusto y culpabilidad) o de tres categorías diferenciadas (tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad).
- 2 En este sentido: LUZÓN PEÑA, D. M.: “La punibilidad”, en Díez Ripollés, J. L.; Romeo Casabona, C. M.; Gracia Martín, L.; Higuera Guimerá, J. F.; (edits.), VV. AA., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 831-832, advierte que el debate sobre la punibilidad no es pacífico en la doctrina, como tampoco lo es en lo referente a su ubicación dentro del sistema de delito, ni respecto de su propia denominación. En el mismo sentido, v. gr.: POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 442. Por otro lado, sobre las diferentes denominaciones de la categoría de la punibilidad vid.: MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Ed. Reus, Madrid, 2007, pp. 31-32, quien recoge, entre otras concepciones, las de “penalidad”, “otros presupuestos de la punibilidad”, “presupuestos de punibilidad fuera de lo injusto culpable” o “más allá de la responsabilidad”.
- 3 Cfr. ampliamente: ROXIN, C.: *Derecho penal parte general Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, (Luzón Peña, D.M; Díaz y García Conlledo, M.; De Vicente Remesal, J.; trad. y notas), Ed. Thomsom

entenderse como una cuarta categoría del delito que se sumaría a las ya existentes referidas al comportamiento típico, antijurídico, y culpable⁴. Desde tal concepción el delito ya no sería sólo la acción u omisión típica, antijurídica y culpable sino que además necesitaría ser *punible*⁵.

Uno de los exponentes más actuales de esta línea de pensamiento en España es GARCÍA PÉREZ, quien considera que es necesaria una categoría diferente al injusto y a la culpabilidad en la que se asuma el tratamiento de determinadas cuestiones ajenas a éstas. En concreto, el autor fundamenta su opinión en la necesidad de acoger el *principio de subsidiariedad* en la propia teoría jurídica del delito, concibiendo al Derecho penal como el instrumento de control social que en ocasiones tiene que renunciar a la imposición de pena. Según explica este autor, el objetivo que se persigue con la pena podría ser alcanzado, en todo o en parte, y en determinados casos, por medio de mecanismos menos costosos que la sanción penal⁶. Esta argumentación cuanto menos genera algunas dudas. Pensamos que el recurso al principio de subsidiariedad no es el más idóneo cuando se habla de *punibilidad* en tanto aquél implica una restricción al empleo del Derecho penal, en el sentido de limitar la intervención punitiva como respuesta ante los ataques más graves y contra los bienes

Civitas, 2ª edición, tercera reimpresión, Madrid, 2003, pp. 969 y ss., quien admite la punibilidad como categoría propia del delito. Sin embargo matiza: “una cuarta categoría delictiva más allá del sistema tripartito del delito no designa un presupuesto general de la punibilidad y ya por esta razón no puede tener el mismo rango que el tipo, la antijuridicidad y la responsabilidad” (p. 970).

- 4 O como tercera categoría si se concibe al delito como el tipo de injusto culpable.
- 5 En este sentido se posicionan, v. gr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 739, y GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 380-385. Sobre los autores que en la doctrina alemana y también española han defendido en algún momento esta posición vid. ampliamente: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal, parte general, cit.*, pp. 737 y ss.
- 6 GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad... cit.*, pp. 380-385.

jurídicos más importantes. La *punibilidad* de un hecho constituye un juicio ex-post sobre una determinada conducta; una vez el legislador ya ha decidido previamente, y por tanto ex-ante, que esa misma conducta es merecedora de pena, la presencia o la falta de necesidad de sancionar penalmente la misma no puede determinarse acudiendo a la subsidiariedad⁷.

Como apunta MENDES DE CARVALHO, este sector doctrinal “defiende la integración en la teoría del delito de los conceptos de *merecimiento* y *necesidad* de pena, considerados como sustentáculos de los contenidos político criminales”. Se predica así la eliminación de la separación tradicional entre *dogmática* y *política criminal*, insertando los contenidos de ésta última en el esquema de la teoría jurídica del delito⁸. Sin embargo, ni siquiera existe acuerdo entre este grupo de autores a la hora de dotar de contenido a la punibilidad como categoría autónoma en el sistema de delito (algunos optan por un concepto amplio de punibilidad mientras que otros abogan por un contenido más restringido; o lo que es lo mismo, mientras que por un lado se concibe a esta categoría como *esencial* en la estructura del delito, por otro se la entiende desde un punto de vista *no-esencial* en el seno de la misma)⁹.

Para otro sector, no obstante, el delito existe desde que se afirma la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en el hecho, sin que la *punibilidad* se configure como una nueva categoría cuya constatación sea necesaria para la existencia de éste. La *punibilidad* vendría a ser una categoría comprensiva de un conjunto de elementos heterogéneos que jugarían su papel tras la existencia del delito¹⁰. Dentro de este grupo debe dejarse apuntada una concreta corriente doctrinal que centra sus esfuerzos en

7 FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 169.

8 MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., p. 34.

9 *Ibidem.*, pp. 33-43.

10 En este sentido, v. gr.: MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010, pp. 201 y ss., y 399, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría*

reconducir los elementos que podrían ser comprensivos de una hipotética “punibilidad” y ubicarlos como parte del contenido de la antijuridicidad o la tipicidad penal, sin necesidad, por tanto,

general del delito, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2007, p. 173, MIR PUIG, S.: *Derecho penal parte general*, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011, pp. 143-145, LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, *cit.*, pp. 832 y ss., y CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: en CALDERÓN CERERO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Manual de Derecho Penal I, parte general. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Ed. Deusto, Madrid, 2005, p. 209. Para mayor abundamiento sobre estas posturas vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal, parte general, cit.*, pp. 739-740. En este grupo de autores también puede encuadrarse la opinión de COBO DEL ROSAL, M.: “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en *Estudios penales y criminológicos. Tomo VI*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1983, pp. 9 y ss. El autor concibe que la propia condición de “delito” conlleva la exigencia de que exista un hecho *punible*. Así, “solamente se podrá hablar de delito cuando a un determinado hecho la Ley reconduzca una determinada consecuencia jurídica, esto es, la pena”. Añade el autor que “así como no pueden existir hechos jurídicos sin consecuencias jurídicas, ni tampoco un hecho jurídico ilícito sin sanción jurídica, no podrá asimismo hablarse de delito sin sanción penal” (p. 20). No obstante, posteriormente matiza y señala, de acuerdo con BATTAGLINI, que “el delito puede existir sin pena, pero sin punibilidad es lógicamente inadmisibles” (p. 21). Aunque COBO DEL ROSAL concibe la punibilidad como “inexcusable posibilidad legal (abstracta) de referencia y aplicación de la pena”, y por ello se exige que para la definición de delito se use la característica de *punible*, no obstante según su parecer no se puede concebir a la misma como elemento estructural del delito (pp. 47 y ss.). A juicio del autor, a pesar de que existan causas que desplacen la aplicación de la pena, “la punibilidad no se ve menoscabada en tales supuestos, puesto que ésta subsistía, abstractamente, en la previsión de la norma” (p. 50). En suma, como expone MENDES DE CARVALHO al analizar la postura de este autor, con el sostenimiento de esta opinión puede decirse que la punibilidad es una nota conceptual, más no un elemento ínsito en la estructura del delito. Esto es, “delito es el hecho *punible*, pero no necesariamente *penado*”, por lo que la punibilidad es entendida por COBO DEL ROSAL como nota del concepto del delito, pero no como elemento estructural del mismo. Vid. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, p. 52. También se recoge este pensamiento en: COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999, pp. 259-262. Volveremos sobre esta argumentación más adelante en este trabajo.

de elaborar una nueva categoría que agrupe a estas circunstancias¹¹. En ocasiones esta argumentación se ha sostenido alegando la existencia de un escaso número de elementos recogidos en el Código Penal (en adelante, CP.) que afecten a la imposición de pena fuera de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, lo que impediría concebir una hipotética categoría autónoma de “punibilidad” en la estructura actual del delito. Consideramos, no obstante, que el argumento de la *escasez* no puede ser el único que se tenga en cuenta si se pretende argumentar que la categoría de la punibilidad no es parte integrante del delito, pues tal argumento converge, ciertamente, en una exégesis excesivamente simplista¹².

Como puede colegirse, la naturaleza y encuadre de la categoría de la *punibilidad* es una cuestión todavía hoy muy discutida: puede entenderse que ésta es un auténtico elemento de la definición del delito, haciéndose necesaria su acreditación para la existencia del mismo, o puede considerarse que el delito existe desde que concurre un hecho típico, antijurídico y culpable. Lo que sí es cierto es que una vez que se constata que un hecho reviste el carácter de típico, antijurídico y culpable, para que éste pueda ser castigado es necesario afirmar la posibilidad de aplicar una pena, esto es, la concurrencia del requisito de la *punibilidad* o *penalidad*. Esto último se desprende del contenido del propio Código Penal, que en su artículo 10 dispone que son delitos “las acciones y omisiones dolosas o imprudentes *penadas* por la ley”.

Como expone FERRÉ OLIVÉ el injusto culpable “es un presupuesto *indispensable*, pero no *suficiente* de la pena”¹³. Cuestión distinta es, como decíamos, que esa punibilidad se considere

11 Sobre estas posturas vid. ampliamente MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 43 y ss., quien recoge, entre otras, las opiniones de JAKOBS y BAUMMANN en la dirección apuntada.

12 Sobre ello vid. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 32-33.

13 FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “Punibilidad y proceso penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, año 2008, p. 5.

parte del delito, o que la misma emerja tras la existencia de éste. Si concebimos que la penalidad es nota definitoria del delito y parte estructural del mismo, su ausencia determinará la falta de pena por inexistencia de delito, pues sin delito no hay pena (*nullum crimen, nulla poena*), por más que después haya que indagar en la concreta fundamentación que avala esa inexistencia de penalidad. Por el contrario, si entendemos que la penalidad no es parte de la estructura del delito, su ausencia determinará la falta de pena por criterios ajenos al delito que ya existe (por ejemplo: criterios de tipo político —criminal o político— jurídicos generales, o de necesidad de pena, como analizaremos más adelante).

A nuestro modo de ver, para poder responder a la pregunta de si la punibilidad constituye una categoría autónoma dentro del esquema del delito (esto es: si debe configurarse a la misma como elemento integrante de la definición de delito), resulta inapelable diferenciar entre “punibilidad” entendida conceptualmente y “punibilidad” entendida estructuralmente.

Desde el punto de vista conceptual, “punible” implica que el hecho se puede penar, lo que constituye una realidad obvia en el caso del delito, pues de por sí todo hecho delictivo es aquél que lleva aparejada una pena. En efecto, sólo puede hablarse de delito cuando a un determinado hecho la Ley asigna una pena¹⁴. Precisamente es esta la característica más destacable del Derecho penal frente a otros sectores del Ordenamiento: a un determinado supuesto de hecho se le anuda una consecuencia jurídica, que en el caso del orden penal es siempre una pena (o una medida de seguridad, si hablamos de *peligrosidad*, pero en este caso ni siquiera se habría llegado a afirmar la culpabilidad del sujeto). Lo anterior constituye una premisa obvia, que hace reconocer el carácter conceptual de la punibilidad en el seno del delito¹⁵. Sin embargo, ello no significa todavía que todo *hecho punible* sea por fuerza *hecho penado*.

14 COBO DEL ROSAL, “La punibilidad en el sistema...” *cit.*, pp. 9 y ss.

15 En este sentido vid.: GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009, pp. 17 y ss. El autor

Debe reconocerse como *punible* toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable (en virtud, además, de lo dispuesto en el art. 10 CP.). Tales características son, en rigor, condicionantes de la punibilidad del hecho: solo constatadas las anteriores resulta la posibilidad de penar una determinada conducta. Y si el comportamiento típico, antijurídico y culpable es presupuesto para la punibilidad, entonces ésta no puede configurarse como elemento estructural del delito: tendrá que existir un *delito* para poderse aplicar una *pena*. La punibilidad, en definitiva, no es parte estructural del delito, sino consecuencia del mismo¹⁶.

La punibilidad es una nota conceptual, pero no un elemento de la estructura del delito¹⁷. El delito es perfecto y existe desde que se constata que hay un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Que conceptualmente se pueda decir que el delito es un “hecho punible” no hace sino reafirmar que la punibilidad no es una nota estructural del mismo, sino una consecuencia de éste: como consecuencia del delito (el *hecho*), la Ley asigna una pena (resulta *punible*). No resulta apropiado entonces decir que para que un delito sea punible, tiene que ser punible. Constituiría ello una tautología, o una redundancia, pues se estaría definiendo al delito no ya por los elementos que lo componen sino por sus consecuencias¹⁸. Dada esta demasía, estamos en disposición de afirmar que la *punibilidad* es un estadio

afirma que la particularidad misma del Derecho penal es, sencillamente, que la consecuencia jurídica aplicable al supuesto de hecho es siempre la misma: la pena (o, en su caso, la medida de seguridad). Si no se anuda una pena a un supuesto, entonces no estamos ante una norma *penal*.

16 Vid.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 53-57

17 COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, parte general*, cit., p. 261.

18 En este sentido: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 53-57. La autora entiende que la *punibilidad* no puede constituir un nuevo elemento de la estructura delictiva. En su opinión, la acción / omisión típica, antijurídica y culpable ya hace nacer el delito, puesto que éstos son los elementos esenciales del mismo. De admitirse la idea de que la punibilidad es un elemento que forma parte de la definición misma del concepto de delito, entonces se incurriría, en su opinión, en un argumento tautológico: “(...) en términos lógicos hay que reconocer como *punible* la acción u omisión

independiente al delito, ajeno a los elementos que lo definen. O lo que es lo mismo: el delito existe cuando se coteja que un determinado hecho es típico, antijurídico y culpable. Y a raíz de esto, como consecuencia, se convierte en un hecho susceptible de ser penado (esto es, *punible*).

Si el delito es todo *hecho punible*, es decir, todo hecho amenazado de pena, entonces éste es el hecho al que se le acompaña de pena, esto es, el comportamiento típico, antijurídico y culpable. Lo que no puede decirse es que lo que acompaña al delito (la *punibilidad* entendida como posibilidad de punición del mismo) sea a la vez consecuencia y elemento configurador del delito mismo. Por ello conceptualmente es correcto afirmar la punibilidad como carácter del delito: este no es más que el *hecho punible*. Pero estructuralmente no es posible afirmar que la punibilidad sea nota esencial y característica del delito, ni parte integrante del mismo, pues aquél es, simplemente, el hecho al que se le *acompaña* de pena, esto es, el hecho típico, antijurídico y culpable.

típica, antijurídica y culpable. De este modo, son en rigor presupuestos o condicionantes de la punibilidad la acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Se plantea entonces la siguiente cuestión: si la acción u omisión, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son presupuestos de la punibilidad (el delito es una acción u omisión punible), entonces, ¿cómo puede la punibilidad configurarse como un elemento de la estructura del delito? Es decir, ¿cómo puede el todo (el juicio final, la punibilidad) ser un elemento adicional del concepto del delito? Al incluirse la punibilidad en el concepto del delito se incurriría así en una innegable tautología. Se diría lo evidente: una conducta es punible cuando es punible. Se definiría el delito no por sus caracteres, sino por sus consecuencias. Es absurdo incluir el todo (lo definido) en una parte del todo (la definición). Insertar la punibilidad en la estructura delictiva es repetir el juicio definitivo (...).” A juicio de la autora, para salvar estas absurdas consecuencias debe asumirse la idea de que el delito y la punibilidad no son círculos concéntricos dependientes o vinculados entre sí, sino independientes, esto es, “la punibilidad actúa como un presupuesto de la pena independiente de las categorías esenciales que componen el concepto de delito”, siendo ésta un presupuesto que tan sólo sería exigible excepcionalmente en base a razones de política criminal.

La punibilidad es, por tanto, una categoría propia existente, pero en todo caso ajena al delito, comprensiva de un conjunto de elementos que juegan su papel tras la existencia de éste. Sin embargo, con ello no estamos queriendo decir que la punibilidad como característica no le interese al Derecho penal; todo lo contrario: a pesar de que exista delito cuando un determinado comportamiento es típico, antijurídico y culpable, la entrada en escena de diferentes razones de índole diversa pueden aconsejar finalmente la no-imposición de la pena. La punibilidad es ajena al delito concebido estructuralmente, más no al Derecho penal, del que forma parte. En definitiva: la punibilidad puede afectar a la pena (por ejemplo, haciéndola desaparecer, o supeditando su imposición al cumplimiento de determinados requisitos en atención a la consecución de ciertos objetivos de política criminal) pero no al delito, que ya existe. Esta categoría no se mueve en el seno de la teoría tradicional del delito, sino que se encuentra más próxima a la teoría de la pena.

2. Definición, fundamento y contenido de la punibilidad

Por lo que respecta a su definición, la punibilidad puede entenderse como la “posibilidad legal de aplicación de una pena al cumplirse los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado”¹⁹.

En determinados tipos delictivos se han previsto por el legislador ciertos elementos cuya concurrencia o ausencia determina la imposición o la exclusión de pena. Se trata de elementos que no pueden incluirse en las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, porque no responderían a las funciones que éstas tienen asignadas, y que por tanto vendrían a instalarse

19 GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.); MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.; *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general (adaptado al EEES)*, Ed. Tecnos, 2ª edición revisada y puesta al día conforme a la LO 5/2010, Madrid, 2010, p. 305.

en una nueva categoría, ajena al delito: la *punibilidad*. El problema radica en que los elementos que conforman la punibilidad son componentes de muy diversa índole, de distintos significados y con diferentes funciones²⁰. Es difícil por tanto dotar de un contenido exacto a la punibilidad, pues en la misma converge un revoltijo de elementos muy heterogéneos y de contenido muy dispar²¹.

En lo que respecta al fundamento, la doctrina explica el contenido y la propia existencia de la punibilidad acudiendo a razones de política criminal, de oportunidad, razones de política jurídica, o de conveniencia o inconveniencia de la intervención penal, todas ellas ajenas al contenido del injusto y de la culpabilidad, basadas en ideas de merecimiento o necesidad de pena, e incluso en la incidencia del comportamiento del sujeto en los fines preventivos de la pena²². En puridad, es tarea ardua recono-

20 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 399, y MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito, cit.*, p. 173.

21 FERRÉ OLIVÉ, *Punibilidad y proceso penal, cit.*, p. 6. También en este sentido: IGLESIAS RÍO, M. A.: “Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305,4 y 308,4 del Código Penal” en Octavio de Toledo y Ubieto E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009 p. 281, El Mismo, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la “autodenuncia”*. Art. 305,4 CP), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 154, FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, p. 153, y POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, cit.*, p. 442. Advierte de la dificultad de estudio de la categoría “punibilidad” y del carácter abstracto de la misma: COBO DEL ROSAL, en VV. AA., “La punibilidad en el sistema...”, *cit.*, p. 12.

22 Así, entre otros, y con distintos matices: GÓMEZ RIVERO / MARTÍNEZ GONZÁLEZ / NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal... cit.*, pp. 306, MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 399, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: “La punibilidad”, en Quintero Olivares, G.; Carbonell Mateu, J. C.; Morales Prats, F.; García Rivas, N.; Álvarez García, F. J.; (dirs.); Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Ventura Püschel, A.; (coords.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición corregida y adaptada a la LO. 5/2010, de 22 de junio, Valencia, 2010, p. 169, MIR PUIG, *Derecho penal parte general, cit.*, p. 142, CHOCLÁN MONTALVO, *Manual*

cer la existencia de un fundamento único que resulte extensible por igual a todas y cada una de las cláusulas que se agrupan bajo la rúbrica *punibilidad*. A nuestro modo de ver, hay esencialmente dos líneas de fundamentación en esta categoría, que habrán de ser examinadas al albur de cada figura contemplada en la parte especial del Código Penal:

Por un lado, una fundamentación basada en criterios de política-criminal (política orientada a la lucha contra el delito y, en general, contra la criminalidad) o de política jurídica (política general, o extrapenal, con objeto de alcanzar fines correspondientes a otros sectores del Ordenamiento, v. gr.: fiscal, internacional...)²³. Estos criterios deben ser lo suficientemente

de Derecho Penal I, parte general... cit., p. 2010, El Mismo, “La excusa absoluta de regularización tributaria”, en *Actualidad y Derecho*, nº. 38, año 1995, pp. 3 y 10, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal, parte general, cit.*, p. 743, ASÚA BATARRITA, “Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad...” *cit.*, p. 224, HIGUERA GUIMERA, “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias” *cit.*, p. 396, El Mismo, *Las excusas absolutorias, cit.*, p. 65, FERRÉ OLIVÉ, *Punibilidad y proceso penal, cit.*, pp. 6-7, MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, p. 65, LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, *cit.*, p. 843, BACIGALUPO, *Contestaciones al programa de Derecho Penal... cit.*, p. 276, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, cit.*, pp. 448-449, CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, 3ª edición, Madrid, 2002, p. 1172, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: en Rodríguez Ramos, L.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Sánchez Tomás, J. M.: *Derecho Penal, parte especial III. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I), Delitos contra la Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, medio ambiente y patrimonio cultural. Delitos contra la seguridad colectiva*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999, p. 121. Por ejemplo, respecto de las denominadas “excusas absolutorias”, CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho Penal I, parte general... cit.*, p. 212. considera que, a pesar de que las mismas no puedan negar la existencia de un delito, desplazan la sanción penal o el castigo que debiera derivarse del mismo por razones de oportunidad, de conveniencia social, de utilidad, o de justicia material, entre otras. En los mismos términos: CHOCLÁN MONTALVO, *La excusa absoluta de regularización tributaria, cit.*, p. 3.

23 Vid.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 193-198, y GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad... cit.*, pp. 46-49.

sólidos como para aconsejar supeditar la punición de un hecho a determinadas circunstancias de muy diversa índole. Dado que el Derecho penal es aquél sector orientado a la prevención del fenómeno delictivo (y, en su caso, si así se entiende, a su castigo) lo más razonable es que los criterios que entran en juego en sede de punibilidad sean criterios eminentemente político-criminales, entendida esta política como el “arte de gobierno sobre el crimen”. No obstante, suele admitirse por la doctrina que una determinada cláusula inserta en la punibilidad pueda también responder a criterios extrapenales²⁴. Es cierto que el Ordenamiento penal no obedece únicamente a su propia legitimidad, como si de una suerte de microcosmos se tratase, sino que en ocasiones el mismo tiene que imbricarse con determinadas consideraciones extrapenales que requieren de una ponderación de intereses²⁵. No pretendemos criticar la existencia de ciertas políticas en el seno del Derecho penal, sino más bien reflejar la problemática que se genera a partir de la utilización de este Derecho, el penal, como mero instrumento al servicio de dichos fines, obviándose de este modo determinados principios basilares del mismo. Y es que a pesar de que el Derecho penal no es una ciencia aislada del resto de ramas del Ordenamiento Jurídico, al que pertenece, debe recordarse que el mismo responde a una serie de principios y postulados que le son propios. De asumirse una fundamentación extrapenal habrá de tenerse especial cuidado para no pervertir el Derecho penal, evitando caer en una mera instrumentalización del mismo orientándolo a la consecución de metas que le son ajenas. Desde el momento en que en virtud del principio de ofensividad se otorga al Derecho penal la tarea primordial de protección de bienes jurídicos, huelga decir que éste no constituye un fin en sí mismo, sino que está preordenado a la protección de los intereses más relevantes, intereses que

24 Vid. v. gr.: QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español, parte especial*, Ed. Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010, p. 814.

25 En estos términos: PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 154.

pueden ser muy diversos. El problema surge, pensamos, cuando para la consecución de un interés cuya protección, en principio, corresponde a otro sector del Ordenamiento, el Derecho penal obvia sus propios límites y principios, hasta el punto, incluso, de renegar de ellos.

Por otro lado, algunas instituciones que pertenecen a la categoría de la punibilidad pueden responder a criterios de necesidad de pena, en atención a los fines preventivos de la misma²⁶. Algunos autores entienden que en la punibilidad entran en juego dos conceptos poco precisos: *merecimiento* (Strafwürdigkeit) y *necesidad* (Strafbedürftigkeit) de pena, lo que aconsejaría en ocasiones el establecimiento de ciertas cláusulas que condicionen, de una u otra manera, la punibilidad de un hecho. En nuestra opinión, la pena es *merecida* desde que se afirma que el hecho es antijurídico y culpable (o mejor: personalmente imputable), pues es éste un juicio de desvalor que incide sobre el hecho (en ocasiones sobre lo antijurídico del hecho, y en otros casos sobre lo culpable o personalmente imputable del mismo). Cuando hay delito la pena es ya, por tanto, merecida. Distinta es la *necesidad* de pena: ésta, una vez ya es merecida, puede ser o no necesaria, según su conveniencia o inconveniencia en atención a múltiples criterios y, entre ellos por ejemplo, a si se han cumplido (y en qué medida) los fines de la pena (prevención general / especial), o si existen medios menos lesivos para el castigo, o si la pena es, en definitiva, útil o idónea para hacer frente al delito (interrogantes que nacen, sobre todo, en supuestos de comportamientos postdelictivos de tipo reparador)²⁷. Afirmar la necesidad de pena

26 Vid.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 198-203, y GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad... cit.*, pp. 49-57.

27 Vid.: ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001, pp. 99-100. Como señala este autor, si bien al hilo del fundamento de la cláusula de desistimiento en la tentativa, “tanto la lesión del bien jurídico como la puesta en peligro del mismo son hechos ya irrevocables; ni el autor ni la pena pueden ya modificar algo que queda en el pasado. En cambio, con la realización de una conducta delictiva se produce

implica que previamente existía merecimiento de la misma; por el contrario, afirmar el merecimiento de pena no conduce inexorablemente a asentir en la necesidad de pena. O lo que es lo mismo: el merecimiento es *conditio sine qua non* de la necesidad de pena, más no al revés. Cuando un determinado hecho revela la *innecesariedad* de pena en un supuesto particular, entonces podrá condicionarse la punición del mismo al cumplimiento o incumplimiento de determinados requisitos vinculados a ese hecho concreto (condiciones objetivas de punibilidad / excusas absolutorias, como analizaremos *infra*). Si no puede acreditarse la innecesariedad de pena, el fundamento de la cláusula que se trate, ubicada en sede de punibilidad, no podrá responder a una ausencia de necesidad de pena. Si pese a haber necesidad de

también un ‘daño’ social que, dada su naturaleza simbólica, sí es susceptible de revocación: con la puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico el autor expresa que la norma no es una pauta social de conducta válida, lo que produce un quebrantamiento de la vigencia de las normas. Tras la realización de un delito, los ciudadanos ya no pueden confiar en que las normas serán respetadas por los demás, dado que tanto su vigencia como su poder de persuasión (ya por el componente valorativo de las mismas, o por su efectividad coactiva a través de la amenaza de pena) han quedado desautorizados. Para reafirmar esa vigencia es para lo que ha de imponerse la pena: con la pena la sociedad viene a desautorizar la validez del mensaje del autor del delito, reafirmando que las normas deben respetarse y que además posee mecanismos coercitivos para hacerla respetar. Por ello es necesaria la imposición de la pena: con ella se revoca el daño simbólico producido por el delito. Ahora bien, en ocasiones, la vigencia de la norma puede ser reafirmada por el mismo autor: ello es lo que contempla el desistimiento. Con la acción del desistimiento, el autor desautoriza su mensaje anterior, viniendo a expresar que la norma debe respetarse, que es una pauta de conducta vinculante. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el desistimiento viene a realizar la misma función que la pena, apareciendo, sí así quiere llamarse, como un equivalente funcional de la misma. Por ello con un desistimiento eficaz se hace innecesaria la aplicación de la pena: porque con la acción de desistimiento es el mismo agente el que viene a reafirmar la vigencia de las normas. De igual modo, en la atenuante de reparación puede afirmarse una menor necesidad de pena, dado que el agente, con su *actus contrarius* dirigido a favor de la víctima, viene a expresar, revocando su mensaje anterior, que el bien jurídico (ya lesionado) ostenta un valor digno de respeto. En suma, ambos pueden ser definidos como ‘actos positivos de revocación’”.

pena no se castiga, es porque la necesidad de pena ha de retroceder ante otras finalidades del Estado, finalidades que pueden ser político-criminales o político jurídicas generales, como apuntamos anteriormente.

Existe también un tercer halo fundamentador para explicar la categoría de la punibilidad en Derecho penal, basado en la distinción entre norma primaria y norma secundaria²⁸. Este razonamiento, inicialmente desarrollado por BINDING, estriba en disociar la norma penal en dos: por un lado, aquellos caracteres que la dotan de carácter antinormativo (antijuricidad y culpabilidad) y por otro, aquellos caracteres que se refieren a la punibilidad del hecho, y que tienen por finalidad separar la parte punible de la no-punible. Se predica así que la norma es independiente de las consecuencias jurídicas que acarrea su violación. La norma primaria se encuentra condicionada a la concepción que se acoja (norma de determinación o de valoración), mientras que la norma secundaria se compondría de todos aquellos presupuestos que dan lugar a la pena²⁹. A nuestro modo de ver, sin embargo, la construcción de BINDING no aporta demasiado a la *fundamentación* de la punibilidad, aún siendo esencial para el estudio de esta categoría, pues permite su diferenciación respecto de los estadios configuradores del delito. Tal construcción no explica la punibilidad sino que se limita a afirmar la existencia de la misma en el seno del Derecho penal, como categoría secundaria y diferente al hecho delictivo mismo. Y por más que esto sea correcto, y a nuestro juicio lo es por las razones ya aducidas *supra*, no se encuentran en esta tesis argumentos exegéticos que fundamenten la punibilidad como categoría en el Derecho penal.

En cualquier caso, pensamos que la punibilidad debe concebirse como una forma sistemática de englobar un conjunto

28 Vid.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 206-211, y GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad...* cit., pp. 57-59.

29 Sobre estos conceptos cfr.: SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª edición, Buenos Aires, 2010, pp. 505 y ss.

de elementos que el legislador, por razones diversas (político-criminales o de necesidad de pena, como hemos dicho) exige para fundamentar la imposición de una pena. Tales elementos, aunque apoyados en múltiples y variadas razones, comparten un doble denominador común: (1) no se corresponden con aquellas que sostienen y fundamentan las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad, y (2) tienen un carácter contingente, pues sólo subyacen en algunos delitos (los menos) y no en otros (los más)³⁰. El carácter contingente de los elementos que componen la llamada “punibilidad” refuerza aún más nuestra posición sobre esta categoría: si los mismos poseen un carácter accidental también la *punibilidad*, como categoría, debe ser accidental, esto es, ajena al delito mismo, que ya existe (recordando, no obstante, que el recurso a la *escasez* o *contingencia* es solamente adicional a los restantes que estamos tratando de explicar en este artículo).

Hoy puede afirmarse una patente falta de consenso en la doctrina a la hora de proceder a dotar de contenido a la categoría de la punibilidad. Como advierte LUZÓN PEÑA, “son heterogéneos los supuestos que se engloban bajo la rúbrica punibilidad”³¹. No obstante, frente a esta palmaria disconformidad, la inmensa mayoría admite la existencia de dos grandes grupos de elementos³².

30 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 400. De igual manera: MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito, cit.*, p. 174.

31 LUZÓN PEÑA, en Díez Ripollés; Romeo Casabona; Gracia Martín; Higuera Guimerá; (édits.), VV. AA., *La punibilidad, cit.*, p. 832.

32 En este sentido, entre otros: PEDREIRA GONZÁLEZ, “La punibilidad”, *cit.*, pp. 170-172, GÓMEZ RIVERO / MARTÍNEZ GONZÁLEZ / NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal... cit.*, p. 305, MIR PUIG, *Derecho penal parte general, cit.*, pp. 143 y ss., HIGUERA GUIMERA, J. P.: “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R. F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C. M.; (édits.), VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 387-389, HIGUERA GUIMERA, J.

Por un lado, la punibilidad quedaría integrada por las denominadas *condiciones objetivas de punibilidad o penalidad*, como causas que fundamentan la imposición de una pena, sin pertenecer ni al injusto ni a la culpabilidad. Se trataría de requisitos positivos previstos por el legislador cuya concurrencia debe acreditarse para poder aplicar una pena. Son circunstancias que se encuentran estrechamente conectadas con los elementos

P.: *Las excusas absolutorias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 27, LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, *cit.*, pp. 834 y ss., POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, *cit.*, pp. 442-443, CHOCLÁN MONTALVO, *Manual de Derecho Penal I, parte general... cit.*, pp. 212 y ss., y 225 y ss., BACIGALUPO, E.: en Bacigalupo, E. / López Barja de Quiroga, J.: *Contestaciones al programa de Derecho Penal, parte general, para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2002, p. 269, y FERRÉ OLIVÉ, *Punibilidad y proceso penal*, *cit.*, p. 8. También recogen esta clasificación: ASÚA BATA-RRITA, A.: “Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional”, en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R.F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C. M.: (edits.), VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 223 (quien también asume la existencia de otras circunstancias de exclusión de pena por razones jurídico constitucionales de carácter procesal, acogiendo la teoría de WOLTER; por ejemplo: exceso de duración de la prisión preventiva, torturas, dilaciones indebidas, etc.), y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, *cit.*, pp. 740-741 (si bien el autor añade que en la punibilidad pueden incluirse circunstancias de tipo procesal: causas personales de exclusión de la jurisdicción penal, y condiciones de perseguibilidad). En contra de asumir también causas de naturaleza procesal: MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, *cit.*, pp. 400-401. Sobre la posibilidad de imbricar causas procesales y punibilidad, vid.: FERRÉ OLIVÉ, *Punibilidad y proceso penal*, *cit.* Por su parte, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español, parte general. Nociones introductorias... cit.*, p. 1161, entiende que existen unos “presupuestos de la punibilidad ajenos al injusto y a la culpabilidad” que comprenderían tres elementos: condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, y presupuestos de procedibilidad. También MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, *cit.*, pp. 400 y ss., entienden que hay tres grandes grupos: además de las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, también las causas de extinción de la responsabilidad criminal (indulto, perdón del ofendido, prescripción, muerte del reo, etc.) del art. 130,1 CP. pueden encuadrarse en la categoría de la *penalidad*.

del tipo, pero que sin embargo no guardan relación directa con éste, ni con la antijuridicidad ni la culpabilidad, por responder a fundamentos distintos³³. Siendo ajenos al tipo penal, estas condiciones, en principio, no deben ser abarcadas por el dolo del autor. En consecuencia, el error del sujeto sobre su existencia o inexistencia resulta, en principio, irrelevante³⁴. Por idéntica razón (la ajenidad al tipo) son, o mejor, pueden ser, extrañas al contenido del bien jurídico protegido. No se le escapará al lector el repetido empleo de la expresión “en principio” al realizar las afirmaciones anteriores. Ello no es fruto del error o del despiste: dichas afirmaciones las hacemos aquí con suma cautela y sin dotar a las mismas de un carácter absoluto, máxime teniendo en cuenta que en los últimos tiempos ha cobrado una importancia relativa cierto sector doctrinal, en España claramente representado por BACIGALUPO, que defiende la relevancia del error sobre la punibilidad de un hecho. Para este autor debe partirse de una justificación de la pena apoyada en su utilidad social, postulándose la prevención general como intervención de la amenaza penal en la sociedad, para prevenir el delito, por lo que a su juicio la conciencia de la punibilidad debería ser necesariamente un presupuesto de la punibilidad: “resulta obvio que la amenaza penal desconocida no puede obrar sobre el autor potencial de forma intimidante”³⁵. Consecuentemente, el error sobre la mis-

33 Vid. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 61 y ss. Ampliamente sobre las denominadas “condiciones objetivas de punibilidad” Cfr.: MAPELLI CAFFARENA, B.: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990. Cfr. tb.: MORENO-TORRES HERRERA, M. R.: *El error sobre la punibilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 33, de forma crítica.

34 Ampliamente sobre la problemática del error sobre la punibilidad, cfr. la monografía de: MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, cit., pp. 73 y ss., si bien la autora no comparte el criterio aquí expuesto, considerando, en la línea de autores como BACIGALUPO, que “el error sobre los elementos de la punibilidad es plenamente trascendente a efectos de disminución de la culpabilidad del autor” (pp. 98 y ss.)

35 BACIGALUPO, E.: “El error sobre las excusas absolutorias”, en *Cuadernos de Política Criminal*, año 1978, p. 11. Vid. ampliamente el desarrollo de

ma no podría dejar de ser relevante. Sin embargo, adentrarnos en esta discusión excedería con creces del modesto objetivo de este trabajo, por lo que nos limitamos simplemente a dejar apuntada esta breve exégesis.

Como ejemplo de condición objetiva de punibilidad puede citarse el previo requerimiento o sanción administrativa en el delito de discriminación laboral del art. 314 CP,³⁶ o incluso la cuantía de lo defraudado en el delito contra la Hacienda Pública (art. 305 CP.) o contra la Seguridad Social (art. 307 CP.)³⁷.

Al lado de estas condiciones objetivas de penalidad, algunos autores colocan las denominadas *condiciones objetivas de procedibilidad o perseguibilidad* que condicionan la propia persecución procesal o la apertura de un proceso penal³⁸. Como

esta idea en: BACIGALUPO, E.: *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, pp.159 y ss. Compartiendo esta opinión, con matices: MORENO-TORRES HERRERA, *El error sobre la punibilidad*, cit., pp. 97 y ss.

36 Dice el art. 314 CP: “los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses” (cursivas añadidas).

37 Los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social condicionan la punibilidad del hecho a que la cuantía de lo defraudado exceda de 120.00 euros para el primer caso, y de 50.000 euros para el segundo. A nuestro modo de ver, esta cuantía no se corresponde con un resultado típico, sino que la naturaleza de las mismas es la de *condiciones objetivas de penalidad*, cuya función es delimitar tales conductas de aquellas que sólo pueden dar lugar a un ilícito administrativo. No en vano estos tipos penales emplean la fórmula: “siempre que la cuantía exceda”, supeditando la *punibilidad* del hecho (que no la tipicidad) a que se superen tales cantidades.

38 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, cit., p. 401, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español, parte general. Nociones introductorias... cit.*, pp. 1160 y 1163.

arquetipo de tales condiciones, la doctrina suele citar la exigencia de denuncia previa de las personas legitimadas en los delitos contra el orden socioeconómico (v. gr.: art. 287,1 CP., y art. 296,1 CP.), o la exigencia de querrela del ofendido por delito de injuria y calumnia (art. 215,1 CP.)³⁹. Sin embargo, hemos de decir que estas últimas instituciones ostentan una fundamentación diferente respecto de las condiciones objetivas de punibilidad, pues responden a intereses de tipo procesal, no material. La delimitación entre unas y otras es sumamente compleja, y ha provocado que la doctrina polemice largo y tendido sobre ello. Como bien advierte PEDREIRA GONZÁLEZ, este problema “no ha sido tratado con la debida profundidad en nuestro país, en el que, con alguna excepción significativa, los autores se han limitado a hacer afirmaciones genéricas”⁴⁰. La cuestión no es en modo alguno baladí, pues la atribución de un elemento u otro a un determinado sector, penal o procesal, repercute en el tratamiento que se da a los hechos en el seno del propio proceso penal. De este modo, si falta un presupuesto de carácter jurídico-material (condición objetiva de punibilidad) procederá la absolución; sin embargo, si lo que falta es un presupuesto procesal (condiciones objetivas de procedibilidad) entonces surge el sobreseimiento o archivo de la causa. Y una cosa y la otra son bien distintas por las diferentes consecuencias que de ellas pueden derivarse⁴¹.

39 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general, cit.*, p. 401.

40 PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: “Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LXI, año 2008, p. 201.

41 Aunque el objeto directo de este artículo no nos permite adentrarnos en ello, resulta cautivadora la cuestión acerca de la delimitación entre aquellas cláusulas insitas en el Código Penal que se corresponden con aspectos materiales del Derecho penal, y aquellas otras que se integran en una vertiente formal del mismo. Delimitar las cláusulas eminentemente penales de aquellas otras que se corresponden con el proceso, y que por tanto no responden a razones de Derecho penal material, sino a postulados propiamente procesales, es tarea ardua y compleja. Resulta de especial interés el artículo del profesor PEDREIRA GONZÁLEZ, “Derecho penal material...” *cit.*, pp. 199 y ss. Tras una detallada exposición de las principales doctrinas emana-

Algunos autores han querido reconducir las denominadas *condiciones objetivas de punibilidad* al ámbito de la tipicidad, negando a éstas una naturaleza jurídica autónoma e independiente. Es el caso de JAKOBS, quien considera que no es posible hablar de una categoría de *punibilidad* por cuanto las condiciones objetivas son parte del tipo o del injusto⁴². También BACIGALUPO parece apuntar en este sentido, si bien proclamando la necesidad de configuración de una nueva categoría denominada “responsabilidad por el hecho”, a medio camino entre la antijuridicidad y la culpabilidad, comprensiva de aquellos supuestos en los que el Estado renuncia a la pena cuando la aplicación de ésta no se encuentra justificada por insuficiencia de la gravedad del hecho⁴³. En parecida dirección BUSTOS RAMÍREZ ha creído conveniente ubicar estas condiciones en el seno del injusto pues, a su juicio, las mismas se apoyan en razones estrechamente

das al hilo de esta cuestión, el autor acaba compartiendo la tesis defendida por Hilde KAUFMANN en Alemania, inicialmente configurada para el ámbito del Derecho civil, consistente en la formulación de una *pregunta test*: “¿tendría que depender la imposición o no imposición de la pena, si fuera posible sin proceso, de esta circunstancia dudosa en cuanto a su naturaleza jurídica, o sería entonces irrelevante esta circunstancia?”. La respuesta a tal pregunta, que debe ser objeto de análisis en la cláusula concreta que se estudie, dará lugar a una clasificación del precepto u otra: penal-material, o penal-procesal (pp. 231 y ss.). En este sentido, vid. tb.: ROXIN: *Derecho penal parte general... cit.*, pp. 984 y ss. Ampliamente, cfr.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 227 y ss. En contra de nuestra posición: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho Penal español, parte general. Nociones introductorias... cit.*, p. 1163, quien entiende que “desde el punto de vista del Derecho penal (...) los presupuestos procesales no se distinguen en nada de las condiciones objetivas de punibilidad y de las excusas absolutorias”.

42 JAKOBS, G.: *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad.: Cuellos Contreras, J.; Serrano González de Murillo, J. L.), Ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 1997, pp. 404 y ss.

43 BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal, parte general*, Ed. Akal, 5ª edición, Madrid, 1998, pp. 278 y ss. Como señala este autor, “una cosa es que el orden jurídico apruebe la realización de una acción (la justifique) y otra es que la gravedad de la ilicitud sea insuficiente para legitimar el ejercicio del ius puniendi”.

vinculadas con el hecho y lo delimitan⁴⁴. MIR PUIG, desde la asunción de la teoría de los elementos negativos del tipo (y, por tanto, desde la aceptación de una única categoría comprensiva del *tipo de injusto penal*), considera que las condiciones de punibilidad pertenecen al propio tipo de injusto, pues precisamente condicionan la objetiva relevancia *penal* del hecho, afectando así al carácter *penal* de la antijuridicidad del mismo, conformando de este modo el tipo de injusto *penal*⁴⁵.

A la contra, también algún autor ha querido revestir a determinados resultados típicos de la naturaleza de *condiciones objetivas de punibilidad*, desde la concepción de la antijuridicidad exclusivamente como desvalor de acción. De este modo, el resultado no constituiría parte del injusto sino de la punibilidad, respondiendo a criterios más cercanos a la idea de necesidad de castigo, ajenos a lo antijurídico del hecho que ya se habría afirmado⁴⁶. Esta postura, sin embargo, no puede sostenerse, pues la misma no explica determinados extremos normativos que acontecen en nuestro Derecho positivo. En efecto, si se concibe la antijuridicidad solamente como desvalor de acción y no de resultado, no se explica, por ejemplo, por qué la tentativa se castiga con menor pena que el delito consumado (art. 16 CP.), existiendo en ambos casos el mismo desvalor de acción. También constituye obstáculo insalvable el hecho de que en nuestro Ordenamiento el delito imprudente, por regla general, exija constatar un resultado, siendo impune la imprudencia que no lo materialice.

44 BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Manual de Derecho penal, parte general*, Ed. PPU, 4ª edición, Barcelona, 1994, p. 227.

45 MIR PUIG, *Derecho penal parte general, cit.*, pp. 143-144. Según el autor, este grupo de elementos formarían parte del injusto toda vez que mediante el mismo se efectúa la selección de los hechos penalmente relevantes (ya no sólo en atención a la gravedad y la peligrosidad del hecho sino también por razones político-criminales distintas). También LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, *cit.*, pp. 832 y ss., considera que las “condiciones objetivas de punibilidad” pueden ser circunstancias que pertenecen al hecho punible o al propio delito.

46 Ampliamente explicando esta posición, cfr.: HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 35 y ss.

A nuestro modo de ver, la antijuridicidad es comprensiva tanto de un *desvalor de acción* como de un *desvalor de resultado* (sin perjuicio de que el legislador en ocasiones enfatice más en uno que en otro), por lo que la postura que reconduce los resultados típicos a la categoría de *condiciones objetivas de punibilidad* se nos revela, a priori, impredecible.

Sin embargo, recuperando la discusión anterior, debemos reconocer que en ocasiones algunos preceptos tradicionalmente clasificados como condiciones objetivas de penalidad responderían mejor a una fundamentación dogmática propia de los niveles del tipo o de la antijuridicidad. Es necesario advertir, por tanto, que sólo el examen circunstanciado de la cláusula concreta podrá proporcionarnos argumentos suficientes para poder encuadrar un determinado instituto en el tipo o en la antijuridicidad, o bien más allá de éstos, en el nivel de la punibilidad, ajeno al delito mismo, como dijimos. No nos parece suficiente afirmar que las condiciones objetivas de punibilidad muestran una cierta similitud con los elementos típicos del delito, pues por más que esto pueda ser así, además de conducir a una indeseable ambigüedad supone una auténtica contradicción una vez ya hemos afirmado el carácter autónomo de aquéllas, ubicadas en el seno de la punibilidad, frente al resto de elementos que (ahora sí) conforman el delito⁴⁷. Pensamos que la piedra angular de este análisis ha de ser el *fundamento* último de la cláusula, que permitirá diferenciar y ubicar a la misma en el nivel de la tipicidad o en el de la punibilidad. No creemos que exista obstáculo determinante que conduzca a rechazar de plano la existencia de la categoría de *condiciones objetivas de punibilidad*: éstas se caracterizan por que su función no es la de contención del supuesto de hecho que configura el delito (función propia del tipo), ni la de delimitar el carácter injusto o contrario a Derecho del comportamiento (función propia de la antijuridicidad), sino que responden eminentemente a determinadas consideraciones ajenas a lo anterior,

47 MORENO-TORRES HERRERA: *El error sobre la punibilidad, cit.*, pp. 33-34.

generalmente de índole político-criminal o de necesidad o innecesidad de pena que, como decimos, han de concretarse casuísticamente, con un examen circunstanciado de la cláusula particular. No obstante, aún afirmando que las condiciones objetivas de punibilidad no pertenecen al tipo, debemos dejar a salvo su correspondencia con el tipo concebido como *tipo de garantía*, pues también estas cláusulas están sujetas al principio de legalidad y deben ser objeto de prueba en el proceso.

Resta analizar la distinción, ampliamente admitida por la doctrina, entre condiciones objetivas de punibilidad *propias* e *impropias*. Esta dual clasificación puede atribuirse inicialmente a JESCHECK, quien diferenció entre aquellas condiciones *propias* que restringen el ámbito de aplicación de la pena, y que ya hemos venido analizando páginas atrás, y aquellas otras consideradas condiciones *impropias* de penalidad, que constituyen “causas de agravación penal encubiertas, que pertenecen por su esencia al tipo de injusto, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la relación dolosa o imprudente. De hecho, constituyen restricciones del principio de culpabilidad por razones políticocriminales”⁴⁸.

Debemos oponernos a esta última concepción. Las tradicionalmente denominadas condiciones objetivas de punibilidad *impropias* no constituyen elementos de la punibilidad, sino propiamente elementos del tipo penal o, en su caso, de la anti-juridicidad o la culpabilidad⁴⁹. Éstas, a pesar de su pretendido carácter *impropio*, vienen referidas a supuestos que nada tienen

48 JESCHECK, H. H. (trad.: Manzanares Samaniego): *Tratado de Derecho penal, parte general*, Ed. Comares, Granada, 1993, p. 505.

49 En este sentido: MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. Edersa, Madrid, 1989, p. 40, FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 75, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal parte general. Teoría jurídica del delito*, Ed. Rafael Castellanos, 2ª edición, Madrid, 1986, pp. 391 y ss., y MORENO-TORRES HERRERA: *El error sobre la punibilidad*, cit., pp. 35 y ss.

que ver con la punibilidad de un hecho, sino más bien con su injusto culpable⁵⁰. Sirva de ejemplo lo dispuesto en el art. 166 CP., en ocasiones puesto como ejemplo de impropia condición objetiva de penalidad: “el reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este Capítulo, salvo que la haya dejado e libertad”. Esta cláusula, tradicionalmente calificada como delito de sospecha, supone un aumento de la pena que atiende a un razonamiento puramente objetivo y no necesariamente causal (de ahí que se le atribuya el carácter de *condición objetiva*)⁵¹. Pese a que algún autor se esfuerce en calificar este precepto como ejemplo de condición objetiva de penalidad, lo cierto es que la punibilidad del hecho (ya típico, antijurídico y culpable) no depende de la materialización del mismo. Lo que realmente depende de que la “condición objetiva de punibilidad impropia” se materialice es la agravación de lo injusto o la misma existencia del hecho (lo que, de forma consecuente, produce la agravación de la pena). Ciertamente, preceptos como el reseñado podrán considerarse “condiciones objetivas”, pues de su cumplimiento depende la verificación de un suceso posterior y no son subjetivamente imputables al sujeto, pero en ningún caso podrán considerarse condiciones objetivas *de punibilidad*, sino más bien de agravación de lo injusto y, con ello, de la pena que por éste corresponde (la razón del incremento de la pena aplicable responde a un mayor contenido de injusto)⁵². En consecuencia: no existen más condiciones objetivas de punibilidad que las denominadas “propias”, cuyos caracteres esenciales ya hemos señalado *supra*.

50 MORENO-TORRES HERRERA: *El error sobre la punibilidad, cit.*, pp. 39-40.

51 Vid. ampliamente: MIRAT HERNÁNDEZ, P.: *Detenciones ilegales (artículo 163 del Código Penal)*, Ed. Edersa, Madrid, 2001, pp. 199 y ss.

52 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / HUERTA TOCILDO: *Derecho penal parte general. Teoría jurídica del delito, cit.*, pp. 392-393.

Por otro lado, la punibilidad englobaría las tradicionalmente denominadas *excusas absolutorias*, cuya concurrencia, al contrario que las anteriores, excluye la aplicación de la pena. Se configuran así como elementos negativos en los que el legislador considera no conveniente la imposición del castigo penal, a pesar de la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable. La acreditación de estas causas tendría el efecto de excluir la aplicación de la pena⁵³. Como ejemplo de excusa absoluta suele citarse el art. 268,1 CP., que declara la exención de responsabilidad penal a ciertas personas por razón de su parentesco con el sujeto pasivo en determinados delitos contra el patrimonio, o la cláusula de regularización tributaria o en el delito contra la Seguridad Social de los arts. 305,4 y 307,3 CP (siempre que se conciba que la misma entra en juego una vez se ha producido la consumación delictiva, lo cual compartimos a pesar de los derroteros por los que parece discurrir la figura tras la modificación operada por LO. 7/2012, de 27 de diciembre)⁵⁴. En otro lugar nosotros mismos calificamos de “excusa absoluta” la cláusula del apartado 3 del art. 145 bis CP., que declara que la mujer embarazada no puede ser penada en casos de aborto permitido ante la ausencia o inobservancia de determinados requisitos por parte de los profesionales sanitarios⁵⁵. Por su parte, ARMENDÁRIZ LEÓN entiende que la cláusula de la *exceptio veritatis* en el delito de calumnia (art. 207 CP.) también encierra una excusa absoluta⁵⁶.

53 Ampliamente cfr.: HIGUERA GUIMERA, *Las excusas absolutorias*, cit. obra completa.

54 MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, parte general*, cit., pp. 401-402.

55 BUSTOS RUBIO, M.: “La nueva regulación del aborto: la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, en Gómez Pavón, P.: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Ed. Bosch, 3ª edición, Barcelona, 2013, p. 287.

56 ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “La naturaleza jurídica de la ‘*exceptio veritatis*’ en el delito de calumnia”, en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Gómez Pavón, P.; et. al. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 389. En

A nuestro modo de ver, sin embargo, esta última clasificación bajo la rúbrica de *excusas absolutorias* debe matizarse. Este grupo de elementos no sólo hace referencia a las denominadas “excusas absolutorias” *stricto sensu*, tradicionalmente entendidas como causas que *excluyen* la pena, sino que también existirían, junto a éstas, las denominadas “causas de anulación o levantamiento de la pena”. Las primeras agruparían una cualidad interna del autor del hecho, que ya desde el inicio determinaría la no-imposición de pena (y que, por tanto, concurren en el autor en el momento de ejecutar el hecho delictivo). Las segundas, por su parte, vendrían referidas a un comportamiento postdelictivo positivo del sujeto, que tiende a disminuir los efectos derivados de éste y por tanto a eliminar con su actuación una pena que debería nacer (esto es, se trata de un comportamiento posterior a la ejecución del hecho delictivo). Ambas formarían parte de un grupo que podría denominarse como “causas que impiden el castigo a una persona, sin excluir la relevancia penal del hecho”. Con las mismas, reiteramos, no se impediría el nacimiento del delito sino tan sólo su castigo de forma excepcional⁵⁷.

En correspondencia con la anterior línea de pensamiento, LUZÓN PEÑA se muestra contrario a acoger el concepto de “excusa absolutoria” entendido en su sentido tradicional, y ello por dos motivos: por un lado, porque a juicio del autor éste término se revela como confuso, toda vez que la doctrina lo utiliza indistintamente para referirse también a las citadas causas de supresión o anulación de la pena *a posteriori* (o “causas de levantamiento de la pena”). Y por otro lado, porque en su opinión la expresión “excusa absolutoria” induce erróneamente a pensar

contra, un cierto sector de la doctrina ha preferido concebir esta cláusula como causa de atipicidad del delito de calumnia (vid.: Misma Autora, pp. 383 y ss.).

57 Sobre esta última clasificación, vid.: MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, cit., p. 144, GÓMEZ RIVERO / MARTÍNEZ GONZÁLEZ / NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal...* cit., pp. 306-307, LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, cit., pp. 839 y ss., y PEDREIRA GONZÁLEZ, “La punibilidad”, cit., p. 171.

que se trata de una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad⁵⁸.

A los efectos que aquí interesan, y siguiendo las últimas clasificaciones expuestas, podemos afirmar que en el seno de la punibilidad encontramos, al lado de las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad*, dos tipos de elementos que afectan y condicionan la existencia de pena, y que, utilizando la terminología empleada por MIR PUIG, vendremos a denominar “circunstancias que impiden el castigo” (sin excluir la relevancia penal del hecho). Tales circunstancias son: por un lado, las *excusas absolutorias* concebidas en sentido estricto (también denominadas “causas de exclusión de la pena”), y por otro lado, las *causas de anulación o levantamiento de la pena*⁵⁹. Las dos circunstancias se caracterizan por constituir elementos negativos (al contrario de las referidas *condiciones objetivas*, que como se dijo, son elementos positivos que hay que acreditar), cuya constatación tendría el efecto de dejar sin pena un hecho que reúne los requisitos de “típico, antijurídico y culpable”, hecho que, como apuntamos *supra*, no deja de ser delictivo por ello. Sin embargo, y a pesar de que en copiosas ocasiones la doctrina lo pasa por alto, debe decirse que una y otra cosa son diferentes. No resulta conveniente agrupar a ambas en una única categoría de “excusas absolutorias”, dado lo equívoco e impreciso de este concepto. En posteriores apartados centraremos nuestro esfuerzo en delimitar los distintos tipos de cláusulas que tradicionalmente se han englobado en la categoría de *excusas absolutorias*, con objeto de lograr una mayor precisión dogmática.

58 LUZÓN PEÑA, “La punibilidad”, *cit.*, pp. 839-840. Por su parte, HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, *cit.*, p. 13, también concibe que el término “excusa absolutoria” recuerda a la no-exigibilidad.

59 MIR PUIG, *Derecho penal parte general*, *cit.*, p. 143.

II. De las “excusas absolutorias” a las “circunstancias que impiden el castigo”. Causas de exclusión y causas de levantamiento de pena

1. La preferencia por la clasificación germana: causas de exclusión de pena (*Strafausschliessungsgründe*) y causas de levantamiento de pena (*Strafaufhebungsgründe*)

Como se dejó apuntado en el apartado anterior, la doctrina tradicionalmente ha venido dotando a la categoría de la punibilidad de dos componentes: “condiciones objetivas de punibilidad” y “excusas absolutorias”. En adelante centraremos el análisis en el examen de éstas últimas.

El término “excusa absolutoria”, de origen francés, fue inauguralmente acuñado en nuestro país por SILVELA, quien definía a las mismas como aquellas causas que no se apoyan en que el acto sea legítimo (como ocurre con las causas de justificación) ni tampoco en la existencia de un sujeto capaz o incapaz (como ocurre con las causas de inimputabilidad), sino en determinados motivos transitorios, políticos o de conveniencia, por medio de los cuales el legislador considera más útil tolerar el delito que castigarlo (aún existiendo hecho delictivo y persona responsable del mismo, como dejamos apuntado *supra*)⁶⁰. No obstante, la inicial clasificación de SILVELA se reveló inmediatamente como exorbitante, necesitando de ulteriores correcciones por parte de la doctrina penal que procedió a depurar el término y a excluir de la clasificación hecha por este último autor determinados preceptos del Código Penal que no se recubrían de los caracteres

60 SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 2ª Edición, Madrid, 1903, p. 201. El autor realiza un análisis de los distintos preceptos del Código Penal de la época que, a su juicio, deben clasificarse como “otros motivos mediante los cuales no se impone pena, que pueden llamarse excusas absolutorias”. Vid. la exposición que de este primer planteamiento realiza HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias, cit.*, pp. 31 y 65, quien analiza la posición de SILVELA en su obra (p. 31) para acabar concluyendo con una definición de las “excusas absolutorias” y de su naturaleza jurídica muy semejante a la del citado autor (p. 65).

propios de las excusas absolutorias (y que después se recondujeron a causas de atipicidad, justificación o inculpabilidad)⁶¹.

Las figuras primariamente denominadas “excusas absolutorias” venían a excluir la punibilidad de un hecho delictivo, fundamentándose eminentemente, como se dejó expuesto, en razones de política-criminal. En términos generales, el legislador vendría a entender, por razones de conveniencia u oportunidad, que no procedía la imposición de una pena⁶².

Tradicionalmente la doctrina no ha entrado a discutir sobre las distintas figuras que comúnmente se agrupaban bajo la genérica rúbrica de “excusas absolutorias”. Causas que, a pesar de compartir el efecto de evitar finalmente la imposición de sanción penal, son distintas tanto en su propia configuración, como en el momento concreto en que entran en juego. Históricamente, la categoría francesa de “excusa absolutoria” en el seno de la punibilidad había venido acogiendo indistintamente un conjunto de elementos diferentes, sin apreciar las particularidades de éstos. A pesar de que en los últimos años se ha llevado a cabo un importante esfuerzo en dirección a analizar pormenorizadamente dichos elementos y asignarles una etiqueta en el sistema del Derecho penal actual, en modo alguno puede decirse que la discusión esté hoy zanjada. Más bien al contrario: hay posturas

61 Vid. la exposición de esta postura en HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 34 y ss. El autor plasma el proceso clarificador y depurador llevado a cabo por RODRÍGUEZ MUÑOZ respecto de la inicial clasificación efectuada por SILVELA.

62 En opinión de HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 67, la improcedencia de aplicación de la pena derivaría de la inexistencia de razones de prevención general y de prevención especial. Así, a través de las excusas absolutorias el Estado vendría a renunciar a la pena pero también a los fines de ésta (vid. El Mismo, pp. 68 y ss. y 194). Sin embargo, a nuestro modo de ver, las razones concretas de la improcedencia de imposición de pena deben ser examinadas atendiendo al delito específico para el que las mismas se prediquen, sin que pueda concretarse un motivo único que alcance, por igual, a todas estas causas. Dichos motivos, aunque responden al denominador común de la política-criminal, han de ser concretados atendiendo a la parte especial del Código.

que, si bien parten de puntos de vista semejantes, introducen múltiples matices en uno u otro sentido, lo que dificulta un estudio común de los distintos elementos que convergen en relación a la categoría de la *punibilidad*. Siendo ello así, resulta comprensible que algún autor haya querido renunciar a la elaboración de una clasificación única, planteándose la posibilidad de dejar abierta la discusión, y admitiendo, como posible mejor opción, que cada concreta figura delictiva y sus particularidades puedan responder a muy diversos fundamentos, que deben analizarse caso por caso (con el efecto de que cada una de esas figuras tenga finalmente un diferente encuadre o ubicación sistemática)⁶³.

Sin embargo, el hecho de encuadrar bajo la común denominación de “excusas absolutorias” tanto a las causas que desde un principio imposibilitan el nacimiento de pena, como a las causas en las que el legislador otorga cierta virtualidad al comportamiento postdelictivo, desplazando la punibilidad, puede conducir a una innegable confusión⁶⁴.

Los muy diversos supuestos contemplados en el Código Penal a los que se asocia la anulación o el levantamiento de la pena de un delito ya consumado, no pueden ser acogidos junto con otros supuestos distintos bajo una misma rúbrica. De seguirse empleando la unitaria terminología de “excusas absolutorias” habría que matizar y advertir la existencia de dos modalidades: excusas absolutorias anteriores a la ejecución del hecho, y excusas absolutorias posteriores⁶⁵. En efecto: no es lo mismo, por ejemplo, el supuesto contemplado en el art. 268 CP.⁶⁶, que

63 Recoge esta posibilidad: IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria... cit.*, pp. 159-160.

64 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, p. 41.

65 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, p. 43. La clasificación apuntada es la que asume, por ejemplo, HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias, cit.*, pp. 107-108. También recoge esta clasificación: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, p. 145.

66 El art. 268 CP. reza lo siguiente: “están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o

impide penar a determinados parientes por los delitos patrimoniales no violentos o intimidatorios cometidos entre sí, que los supuestos previstos en los arts. 305,4 y 307,3 CP., que contemplan la regularización en el delito fiscal y en el delito de defraudación a la Seguridad Social respectivamente. Y no es lo mismo porque en el primer ejemplo se está impidiendo desde el inicio el nacimiento de la pena para los citados sujetos, sin necesidad de que éstos lleven a cabo ningún comportamiento postdelictivo para que se beneficien de la *exclusión de pena*, mientras que en el ejemplo segundo se exige que el sujeto lleve a cabo un comportamiento postdelictivo positivo para poder beneficiarse del efecto de *anulación o levantamiento de la pena*⁶⁷.

Es por ello que en los últimos años un destacado sector de la doctrina penal prefiere amparar en nuestro sistema penal la clasificación alemana, y desplazar la tradicional terminología francesa de “excusas absolutorias”, por ser la primera más clarificadora, y la segunda más equívoca⁶⁸, lo que a nuestro juicio es plenamente correcto. No podemos compartir lo expuesto por otro grupo de autores que se cuestiona hasta qué punto es necesaria esta distinción, que a su modo de ver resultaría irrelevante desde la óptica dogmática toda vez que no sería posible diferenciar entre las consecuencias jurídicas de unas y otras (que, inexorablemente y por igual, conducen a la impunidad). En esta línea de pensamiento se sitúa MORENO-TORRES HERRERA quien

nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación”.

67 Esto último, siempre y cuando se parta de la idea de que los delitos fiscal y de defraudación a la Seguridad Social ya están consumados una vez entra en juego la institución de la regularización, lo que a nuestro juicio es correcto, incluso después de la reforma operada en estos delitos por LO 7/2012, que permite seguir refiriendo la cláusula a la punibilidad y no a la tipicidad.

68 En este sentido, v. gr.: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 44-45, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria... cit.*, pp. 156-157, y MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 66 y 146.

se pregunta “¿hasta qué punto es necesaria esta distinción? ¿Es relevante a algún efecto el hecho de que la causa que elimine la punibilidad sea coetánea a la acción típica o, por el contrario, sobrevenga después?”⁶⁹. Según nuestro parecer, la distinción no puede dejar de ser relevante desde el momento en que en unas circunstancias (causas de exclusión) el Derecho otorga el beneficio de la impunidad sin exigir del sujeto ningún tipo de acción positiva exteriorizada, mientras que en otros casos (causas de levantamiento o anulación) el Derecho condiciona la impunidad y la supedita al ejercicio, por parte del sujeto, de un determinado comportamiento postdelictivo positivo. La distinción entre unas causas y otras no constituye una cuestión de carácter secundario: más bien al contrario, es crucial a la hora de buscar el verdadero fundamento de unas y otras y, en definitiva, el de la propia punibilidad, por más que la consecuencia pueda ser similar (pues es cierto que en ambos casos el sujeto queda sin sanción penal; sin embargo, en un caso esa exoneración de pena deriva de la existencia de ciertas cuestiones objetivas o características inherentes a la figura del sujeto que se trate, mientras que en otros, por el contrario, el sujeto sólo accede al beneficio de la impunidad mediante el ejercicio de una determinada actuación postdelictiva de carácter positivo)⁷⁰.

La clasificación germana más actual diferencia entre, por un lado, las *causas de exclusión de la pena* (Strafausschließungsgründe) y por otro las *causas de levantamiento o anulación de la pena* (Strafaufhebungsgründe).

Las *causas de exclusión de la pena* operan como causas que ya desde el inicio, y en el momento de ejecución del delito, impiden el nacimiento de la sanción penal (y con ello del carácter *punible* del hecho)⁷¹. Suponen, por tanto, la existencia de una

69 MORENO-TORRES HERRERA: *El error sobre la punibilidad*, cit., p. 44.

70 Vid. ampliamente: DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo*, cit., Ed. Universidad de León, León, 1985.

71 En este sentido: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 45, GÓMEZ PAVÓN, P.: “La regularización en el delito de

circunstancia que concurre anteriormente a la ejecución del hecho imposibilitando desde un principio el nacimiento de la punibilidad o, como advierte IGLESIAS RÍO, son causas que “conducen desde un principio a la impunidad”⁷². A su vez podrán ser clasificadas como *causas objetivas* (si sus efectos alcanzan, además de al autor, a los posibles partícipes en el delito) o como *causas personales* (si sólo impiden la pena para el sujeto autor del hecho)⁷³. Como ejemplo de causa de exclusión de la pena puede citarse el ya mencionado art. 268,1 CP, que, pudiendo parecernos más o menos acertado, declara la exención de responsabilidad

defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Gómez Pavón, P.; et. al. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 569 y 574, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria... cit.*, p. 164, HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias, cit.*, p. 107, MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, p. 147, SÁNCHEZ LÓPEZ, V.: *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 294, y POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, cit.*, p. 225. En la doctrina alemana, v. gr.: JESCHECK, H. H. / WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Comares, 5ª edición, corregida y ampliada, Granada, 2002, p. 594.

72 IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria... cit.*, p. 164. En el mismo sentido: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, pp. 51-52.

73 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, pp. 52-53. Como señala la autora, en el caso de las causas personales de exclusión de pena, el fundamento de las mismas reside en “razones ajenas al injusto y a la culpabilidad” que permiten no imponer pena a la concreta persona en quien concurre. Por ejemplo, en la exención de pena a los parientes por determinados delitos patrimoniales cometidos entre sí, del citado art. 268 CP., el fundamento residiría, como apunta la autora, “en la conveniencia de no llevar al proceso y Derecho penal conflictos acaecidos en el íntimo ámbito de la familia, pues la intervención del sistema represivo estatal no serviría más que para complicar la posible solución del conflicto y añadir otro: la comparecencia de la familia en el proceso” (p. 56). Por el contrario, en las causas objetivas de exclusión de pena, el legislador permite la inaplicación de la sanción penal tanto para el autor del hecho como para los posibles partícipes en el delito (p. 57). Sobre las causas de tipo objetivo o personal, vid. MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 187 y ss., e HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias, cit.*, pp. 109 y ss.

penal a determinados parientes por ciertos delitos patrimoniales cometidos entre sí, o el art. 145 bis 3 CP., que impide penar a la mujer embarazada en supuestos de aborto legal con inobservancia de ciertos requisitos. En ambos casos no se requiere de éstos sujetos ningún comportamiento postdelictivo positivo, y, por tanto, no se supedita la exención de pena a actuación alguna por parte de los mismos.

Las *causas de levantamiento o anulación de la pena*, por su parte, operan una vez ya se ha ejecutado el delito. Son supuestos de comportamiento postdelictivo que vendrían a abrogar una punibilidad ya surgida, desplazando retroactivamente una pena que ya resultaba aplicable. Son causas que presuponen la existencia de un hecho típico, antijurídico, culpable y (al menos en principio) punible⁷⁴. Como apunta FARALDO CABANA estas causas “consisten en la realización voluntaria por el propio sujeto de un comportamiento postdelictivo de signo positivo”, añadiendo que “sólo concurren con posterioridad a la realización del hecho, por lo que exoneran retroactivamente de una punibilidad que ya había surgido”, y que el sujeto merecía desde el inicio. No se trata, como ocurría en las causas de exclusión de la pena, de *impedir* el nacimiento de ésta, sino de *anularla* mediante la ejecución de un cierto comportamiento postdelictivo. En síntesis, se elimina la pena por el delito cometido, sin que se vea alterado el contenido de éste⁷⁵. Como ejemplos de causa de levantamiento o

74 En este sentido: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 45, IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria... cit.*, p. 164, HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 108, MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 147-148, SÁNCHEZ LÓPEZ, *El delito de fraude de subvenciones... cit.*, p. 294, y POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, cit., p. 225. En la doctrina alemana, v. gr.: JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, cit., p. 595.

75 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 60-61. Ampliamente sobre el fundamento que inspira a las causas de levantamiento de la pena, vid. La Misma, pp. 101- 145. Por su parte, también IGLESIAS RÍO, *La regularización fiscal en el delito de defraudación*

anulación de la pena pueden citarse el art. 354,2, en materia de incendios⁷⁶, los arts. 305,4 y 307,3 CP. (la llamada *regularización* en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social), o la *exceptio veritatis* en el delito de calumnia del art. 207 CP. En estas causas posteriores o sobrevenidas a la comisión del delito el legislador suele prever dos límites para su apreciación: por un lado, un *límite mínimo*, que viene identificado por la comisión de un delito (esto es, por la existencia de un tipo penal consumado, es decir, “el perfeccionamiento de lo injusto”), y por otro lado, un *límite máximo*, que es variable según el concreto delito para el que se recoja la causa de levantamiento de pena, extrayéndose dicho límite de un “examen circunstanciado” de los preceptos de la Parte Especial del Código (así por ejemplo, el supuesto de la *exceptio veritatis* tiene como límite máximo la propia fase probatoria del proceso penal; o en el caso de los artículos 305,4 y 307,3 CP., la regularización sólo da lugar a exención de responsabilidad penal cuando el sujeto declara y paga antes de que entren en juego las denominadas “circunstancias de bloqueo” allí previstas)⁷⁷. También estas “causas de levantamiento de la pena” pueden ser posteriormente clasificadas como *objetivas* o *subjetivas*.

La desemejanza entre una y otra figura radica, por tanto, en el momento en que éstas están presentes: antes o después de la ejecución del delito. Es por ello por lo que autores como FARALDO CABANA advierten que para delimitar correctamente las “causas de exclusión de la pena” y diferenciarlas de las “causas

tributaria... cit., p. 168, considera que estamos ante supuestos de comportamiento postdelictivo positivo “que anula la punibilidad de un hecho valorado previamente como merecedor completamente de pena”.

76 El art. 354,2 CP. reza lo siguiente, en relación al delito de incendio: “la conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena *si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor*” (cursivas añadidas).

77 En este sentido: HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., p. 108 y MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., p. 149.

de levantamiento de la pena” se hace necesario determinar con la máxima precisión posible el momento en que finaliza la ejecución del delito⁷⁸.

Merece la pena apuntar dos efectos concretos que se derivan tras acreditarse la concurrencia de cualquiera de estas modalidades (exclusión o levantamiento de pena). En primer lugar, que ambas presuponen la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable (y a nuestro juicio, por tanto, delictiva). Y, en segundo lugar, que ninguna de las dos excluye la responsabilidad civil por el hecho delictivo, puesto que ya se ha ejecutado un comportamiento *antijurídico*, cuyo daño hay que proceder a reparar civilmente⁷⁹.

Asentada la diferencia entre “causas de exclusión” y “causas de levantamiento” de la pena, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, un segundo nivel de análisis obliga a abordar la cuestión de su encuadre o ubicación sistemática.

2. Ubicación sistemática de las “causas de exclusión” y las “causas de levantamiento” de la pena.

Una vez expuesta la diferencia entre “causas de exclusión” y “causas de levantamiento” de la pena, es momento de responder a la pregunta de si ambas categorías pueden agruparse bajo la misma rúbrica “punibilidad” o deben ubicarse sistemáticamente en estadios diferentes. En este sentido, la respuesta a

78 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 45. La autora dedica unas páginas de su obra a determinar, en abstracto y sin referencia particular a delito alguno, cuándo debe entenderse finalizada la ejecución del hecho delictivo (pp. 45 y ss.). En nuestra opinión esta tarea, para elaborarse con la máxima precisión, debería llevarse a cabo según el concreto delito sobre el que se predique la causa de exclusión o de levantamiento de la pena.

79 Advierte sobre estos efectos HIGUERA GUIMERÁ, *Las excusas absolutorias*, cit., pp. 121 y 125. Ampliamente, sobre todas las consecuencias que se derivan tras la apreciación de alguna de éstas causas, vid. El Mismo, pp. 121 y ss.

tal pregunta depende del concepto de punibilidad con el que se opere⁸⁰. Existen dos grandes posturas de las que partir.

Por un lado, puede partirse de un *concepto amplio de punibilidad*, con el que se entienda que ésta es comprensiva de todos aquellos presupuestos materiales de la pena adicionales y diferenciados de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Si se opta por este concepto amplio, entonces tanto las “causas de exclusión” como las “causas de levantamiento” de la pena integrarían la categoría de la *punibilidad*, como vertiente negativa de la misma (al lado de las *condiciones objetivas de punibilidad*, que conformarían, como dijimos, la vertiente positiva)⁸¹.

Por otro lado, puede optarse por un *concepto restringido de punibilidad*, en el que se entienda a la misma como comprensiva de “aquellos requisitos o presupuestos que, a pesar de ser ajenos al injusto y a la culpabilidad, pertenecen al delito, esto es, al hecho delictivo”. Con la asunción de este concepto restringido, las *causas de exclusión de la pena* podrían quedar dentro de la categoría de punibilidad, toda vez que las mismas concurren, como se dijo *supra*, en el momento mismo de la ejecución del delito (impidiendo el nacimiento de la punibilidad). Por el contrario, no podrían encuadrarse en la punibilidad las llamadas *causas de levantamiento de la pena*, puesto que éstas son comportamientos postdelictivos, y por tanto posteriores al delito mismo, que vendrían a eliminar retroactivamente una punibilidad ya nacida⁸².

Como puede fácilmente observarse, parece claro que las denominadas *causas de exclusión de la pena* han de encuadrarse en la categoría de la punibilidad, tanto si optamos por un concepto amplio como si nos decantamos por un concepto restringi-

80 Advierten así: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 148, y MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., p. 177.

81 En este sentido, cfr.: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., p. 148.

82 *Ibidem.*, pp. 148-149.

do. La discusión se centra más bien en analizar si las *causas de levantamiento de la pena* han de ubicarse en la citada categoría o, por el contrario, deben situarse más allá de la punibilidad, como elemento ajeno a la misma⁸³.

Es sumamente complejo abarcar en este momento, y en profundidad, todas y cada una de las tesis que han surgido al respecto. Como aduce FARALDO CABANA, “la enorme disparidad de opiniones hace difícil proceder a una agrupación sin afrontar el riesgo de perder en la exposición la variedad de matices que cada autor introduce”⁸⁴. Por ello, a continuación dejaremos plasmada, de una forma esquemática, los tres grupos de autores que sintetizan las líneas argumentales principales:

Un primer grupo estudia las “causas de levantamiento de la pena” en el seno de la teoría jurídica del delito, y en concreto en el marco de los elementos que constituyen el mismo (esto es, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad)⁸⁵. Estas posturas parten, por tanto, de la imposibilidad de concebir una categoría ajena a las ya existentes en la concepción tradicional de la teoría jurídica del delito. Consideran por ello que las “causas de levantamiento de la pena” pueden ser ubicadas en niveles como la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Otro sector doctrinal estudia las “causas de levantamiento de la pena” al nivel de la punibilidad. Estas causas, al lado de las “causas de exclusión de pena”, conformarían la *vertiente negativa* de la punibilidad, mientras que las condiciones objetivas de punibilidad configurarían la *vertiente positiva* de la misma. Se concibe así a la punibilidad en un sentido muy amplio, en el que se mezclan “un conjunto de instituciones heterogéneas

83 Ibidem., p. 152.

84 Ibidem., p. 153.

85 Vid. por todos: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, pp. 154 y ss. La autora recoge el pensamiento de autores como JAKOBS (quien estudia la cláusula entre la tipicidad y la justificación), o ROXIN y BACIGALUPO (quienes lo estudian al nivel de la culpabilidad, o con construcciones heterodoxas intermedias). En el mismo sentido cfr.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 178 y ss.

no reconducibles a un denominador común” y donde se pretenden estudiar “todas las figuras que no encajan en los restantes elementos básicos de la estructura del delito”⁸⁶. En esta línea de pensamiento se considera que no hay obstáculo alguno a la hora de enmarcar en el seno de una única categoría referida a la *punibilidad* tanto a las “causas de exclusión” como a las “causas de levantamiento” de la pena, siempre que se parta de la consideración de que la punibilidad no es elemento constitutivo de la estructura del delito, sino un compuesto de elementos ajenos al mismo, posteriores a él, más bien imbricados con la *pena*. Ambas causas, preexistentes o posteriores al hecho delictivo, compartirían el efecto común de exclusión de la punibilidad entendida (de manera amplia) como comprensiva de un conjunto de elementos pertenecientes al delito y circunstancias ajenas a éste. Según esta opinión, no sería válido un hipotético contraargumento tendente a configurar las “causas de levantamiento de la pena” como supuestos que son ajenos al hecho delictivo, con objeto de diferenciarlas de las “condiciones objetivas de punibilidad” y de las “causas de exclusión de la pena”, puesto que tampoco éstas constituirían elementos del delito, sino circunstancias ajenas al mismo. Pese a la diferencia existente entre unas y otras causas (por los distintos momentos en que entran en juego) todas ellas compartirían una misma raíz, basada en la ajenidad respecto de los elementos que componen el delito y en el fundamento de carácter político al que responden, que permitiría finalmente encuadrarlas en una misma rúbrica de “punibilidad”⁸⁷.

En tercer y último lugar, existen autores que se inclinan por estudiar las “causas de levantamiento de la pena” más allá de la punibilidad, integrando plenamente a estas figuras en la teoría de la pena, optando por un concepto estricto o restringi-

86 Vid. por todos: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena, cit.*, pp. 162 y ss. En este grupo pueden encuadrarse las opiniones de GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad... cit.*, pp. 111 y ss., 159 y ss., y 380-385, MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 184 y ss., e IGLESIAS RÍO, “Las cláusulas de regularización tributaria...” *cit.* p. 281.

87 MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito, cit.*, pp. 184-187.

do de punibilidad. Las “causas de levantamiento de la pena” se ubicarían así en el seno de una categoría posterior a la punibilidad, categoría que este grupo de autores tiende a denominar “otros presupuestos de la pena ajenos al delito”⁸⁸. Este sector de la doctrina parece argumentar en favor de la creación de una nueva categoría posterior a la propia punibilidad, donde reunir los supuestos de comportamiento posterior y distinto del hecho delictivo⁸⁹. Así por ejemplo, a pesar de que FARALDO CABANA reconozca que un concepto amplio de punibilidad (como categoría que aglutina en su seno todos los presupuestos materiales de la pena que no son susceptibles de ubicarse en el contenido de la antijuridicidad ni de la culpabilidad) permitiría entender que las “causas de levantamiento de la pena” han de ubicarse en esta categoría (como se dijo, junto a las “causas de exclusión de la pena” y las “condiciones objetivas de punibilidad”), no obstante finalmente concluye afirmando que las “causas de levantamiento de la pena” no pueden enmarcarse en una genérica categoría de *punibilidad*. Esta autora sostiene su postura con base en el diferente momento en que concurren las “causas de exclusión de la pena” (por un lado) y las “causas de levantamiento de la pena” (por otro), lo que de por sí justificaría un tratamiento diferenciado de ambas. Opta así la autora por un concepto restringido de punibilidad, con el que las “causas de levantamiento de la pena” finalmente habrían de ubicarse más allá de la punibilidad, en un nivel que viene a denominar “otros presupuestos de la pena”⁹⁰.

88 Vid. por todos: FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 173 y ss. En este grupo de autores puede encuadrarse a la propia autora (pp. 177-178) y además a: LUZÓN PEÑA, D. M.: *prólogo a* De Vicente Remesal, J.: *El comportamiento postdelictivo*, Ed. Universidad de León, León, 1985, pp. 25 y ss., DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, cit., p. 344, Y El Mismo, “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño”, en Silva Sánchez, J. M. (ed.), VV. AA., *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 203.

89 En este sentido vid.: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., p. 183.

90 FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 177-178.

A nuestro modo de ver, la punibilidad debe ser entendida en un sentido holgado, como categoría omnicomprendiva de todos los presupuestos materiales de la pena adicionales al delito, que ya existe. Como se ha visto, los defensores de un concepto restringido de punibilidad advierten que la concepción amplia no distingue entre aquellas circunstancias que se relacionan con el hecho delictivo, porque concurren ya en su ejecución (esto es: las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la pena), y aquellas otras que son posteriores al mismo (esto es: las causas de levantamiento de la pena). Sin embargo, no creemos que la premisa anterior sea cierta. Si se parte, como hacemos nosotros, de la idea de que la punibilidad no es un elemento integrado en la estructura del delito, sino que acontece con posterioridad a éste, y que en todo caso está imbricado a la teoría de la pena, entonces no hay contrariedad o impedimento alguno para adoptar un concepto amplio de punibilidad, que englobe todos los supuestos que finalmente, y *de facto*, la excluyen, sean éstos anteriores o posteriores a la ejecución delictiva⁹¹.

La punibilidad debe ser comprensiva de una vertiente positiva, integrada por las “condiciones objetivas de punibilidad”, y de una vertiente negativa, compuesta tanto por las “causas de exclusión de pena” como por las “causas de levantamiento de pena”. Pese a que cada una de estas categorías tiene sus particularidades, es decir, pese a que son figuras heterogéneas, todas ellas conforman la punibilidad y la dotan de contenido. Es lógico que entre las mismas existan ciertas diferencias, pero ello no es razón para mutilar el nivel de la punibilidad y disociarlo en distintas categorías. También, por ejemplo, en la categoría de la culpabilidad coexisten figuras e instituciones muy diversas, apoyadas en razones heterogéneas y diferentes entre sí, más no por ello se segrega a las mismas en distintos niveles. El hecho de que las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión de la pena concurren ya en el momento de ejecución del

91 En el mismo sentido: MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., p. 184.

delito no significa que estén relacionadas con el hecho delictivo, pues éstas, al igual que ocurre con las causas de levantamiento de la pena, comparten un mismo fundamento basado en ciertas razones político—criminales o político— jurídicas, o de necesidad de pena, ajenas al hecho delictivo, a su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo que, pese a sus evidentes diferencias y matices, permite agruparlas bajo una misma rúbrica de “punibilidad”. No es necesario por tanto concebir una categoría más allá de la punibilidad, que algunos autores denominan “otros presupuestos de la pena”, para englobar a las causas de levantamiento de la pena, pues éstas pueden encuadrarse sin problema en el nivel de la punibilidad.

Relación de bibliografía

- ALCÁCER GUIRAO, R.: “La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 23,5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación”, en *Revista del Poder Judicial*, tercera época, nº 63, tercer trimestre de 2001
- ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “La naturaleza jurídica de la ‘*exceptio veritatis*’ en el delito de calumnia”, en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Gómez Pavón, P.; et. al. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ASÚA BATARRITA, A.: “Causas de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico constitucional”, en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R.F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C. M.; (edits.), VV. AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- BACIGALUPO, E.: *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983.
- BACIGALUPO, E.: “El error sobre las excusas absolutorias”, en *Cuadernos de Política Criminal*, año 1978, pp. 3 y ss.

- BACIGALUPO, E.: en Bacigalupo Zapater, E. / López Barja de Quiroga, J.: *Contestaciones al programa de Derecho Penal, parte general, para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2002.
- BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal, parte general*, Ed. Akal, 5ª edición, Madrid, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.; HORMAZÁBAL MALAREE, H.: *Manual de Derecho penal, parte general*, Ed. PPU, 4ª edición, Barcelona, 1994.
- BUSTOS RUBIO, M.: “La nueva regulación del aborto: la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, en Gómez Pavón, P.: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Ed. Bosch, 3ª edición, Barcelona, 2013.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: en CALDERÓN CERESO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *Manual de Derecho Penal I, parte general. Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, Ed. Deusto, Madrid, 2005.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A.: “La excusa absolutoria de regularización tributaria”, en *Actualidad y Derecho*, nº. 38, año 1995.
- COBO DEL ROSAL, M.: “La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho penal español”, en VV. AA., *Estudios penales y criminológicos. Tomo VI*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, 1983.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª edición corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho Penal español, parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, Ed. Dykinson, 3ª edición, Madrid, 2002.
- DE VICENTE REMESAL, J.: *El comportamiento postdelictivo, cit.*, Ed. Universidad de León, León, 1985.

- DE VICENTE REMESAL, J.: “La consideración de la víctima a través de la reparación del daño”, en Silva Sánchez, J. M. (ed.), *VV. AA., Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: “Punibilidad y proceso penal”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 10, año 2008.
- GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 2009.
- GÓMEZ PAVÓN, P.: “La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social”, en Álvarez García, F. J.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Gómez Pavón, P.; et. al. (coords.), *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ RIVERO, M. C. (coord.); MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I.; NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general (adaptado al EEES)*, Ed. Tecnos, 2ª edición revisada y puesta al día conforme a la LO 5/2010, Madrid, 2010.
- HIGUERA GUIMERA, J. P.: *Las excusas absolutorias*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1993.
- HIGUERA GUIMERÁ, J. P.: “Las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias”, en Cerezo Mir, J.; Suárez Montes, R. F.; Beristain Ipiña, A.; Romeo Casabona, C. M.; (edits.), *VV. AA., El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
- IGLESIAS RÍO, M. A.: *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria (un análisis de la “autode-*

- nuncia”. Art. 305,4 CP), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- IGLESIAS RÍO, M. A.: “Las cláusulas de regularización tributaria y relativas a las subvenciones de los arts. 305,4 y 308,4 del Código Penal” en Octavio de Toledo y Ubieto E. (dir. y coord.), *Delitos e infracciones contra la Hacienda Pública*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- JAKOBS, G.: *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad.: Cuellos Contreras, J.; Serrano González de Murillo, J. L.), Ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 1997.
- JESCHECK, H. H. (trad.: Manzanares Samaniego): *Tratado de Derecho penal, parte general*, Ed. Comares, Granada, 1993.
- JESCHECK, H. H. / WEIGEND, T. (trad.: Olmedo Cardenete, M.): *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Comares, 5ª edición, corregida y ampliada, Granada, 2002.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Ed. Aranzadi, Thomsom Reuters, Navarra, 2010.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “La punibilidad”, en Díez Ripollés, J. L.; Romeo Casabona, C. M.; Gracia Martín, L.; Higuera Guimerá, J. F.; (edits.), VV. AA., *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002.
- LUZÓN PEÑA, D. M.: *prólogo a* De Vicente Remesal, J.: *El comportamiento postdelictivo*, Ed. Universidad de León, León, 1985.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.: *Las excusas absolutorias en Derecho español. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MAPELLI CAFFARENA, B.: *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

- MARTÍNEZ PÉREZ, C.: *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Ed. Edersa, Madrid, 1989.
- MENDES DE CARVALHO, E.: *Punibilidad y delito*, Ed. Reus, Madrid, 2007.
- MIR PUIG, S.: *Derecho penal parte general*, Ed. Reppertor, 9ª edición, Barcelona, 2011.
- MIRAT HERNÁNDEZ, P.: *Detenciones ilegales (artículo 163 del Código Penal)*, Ed. Edersa, Madrid, 2001.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R.: *El error sobre la punibilidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, 4ª edición, Valencia, 2007.
- MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal, parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª edición, revisada y puesta al día, Valencia, 2010.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal parte general. Teoría jurídica del delito*, Ed. Rafael Castellanos, 2ª edición, Madrid, 1986.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: “Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LXI, año 2008, pp. 199-236.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: *La prescripción de los delitos y de las faltas. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M.: “La punibilidad”, en Quintero Olivares, G.; Carbonell Mateu, J. C.; Morales Prats, F.; García Rivas, N.; Álvarez García, F. J.; (dirs.); Manjón-Cabeza Olmeda, A.; Ventura Püschel, A.; (coords.), *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Tomo XIX*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª edición corregida y adaptada a la LO. 5/2010, de 22 de junio, Valencia, 2010.
- POZUELO PÉREZ, L.: *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español, parte especial*, Ed. Atelier, 6ª edición, Barcelona, 2010.

- ROXIN, C.: *Derecho penal parte general Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, (Luzón Peña, D.M; Díaz y García Conlledo, M.; De Vicente Remesal, J.; trad. y notas), Ed. Thomsom Civitas, 2ª edición, tercera reimpresión, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, V.: *El delito de fraude de subvenciones en el nuevo Código Penal*, Ed. Colex, Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: en Rodríguez Ramos, L.; Cobos Gómez de Linares, M. A.; Sánchez Tomás, J. M.: *Derecho Penal, parte especial III. Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (I), Delitos contra la Hacienda Pública, derechos de los trabajadores, medio ambiente y patrimonio cultural. Delitos contra la seguridad colectiva*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª edición, Buenos Aires, 2010.
- SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, parte segunda, Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, 2ª Edición, Madrid, 1903.