

# EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

(Publicado en Dogmática y ley penal: libro homenaje a Enrique Bacigalupo, Vol. 1, ISBN 84-9768-100-2, año 2004)

José Antonio Choclán Montalvo  
Magistrado. Doctor en derecho  
Letrado del CGPJ

Me produce profunda satisfacción contribuir a esta obra homenaje a mi admirado maestro Enrique Bacigalupo, y lo hago abordando una materia que creo representa una de sus más importantes aportaciones a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cual es la aplicación práctica – y real, no meramente teórica – de las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad penal, fundamentalmente en el papel que juega como fundamento y límite de la pena.

Me voy a referir fundamentalmente al problema de la vinculación del Juez con los valores superiores del ordenamiento jurídico y , en particular, al valor justicia, consagrado en el art. 1,1 CE y que debe regir la interpretación de las normas penales; al problema de la reincidencia y su relación con la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad; al problema de la compensación de la culpabilidad y sus manifestaciones a través de la aplicación de la atenuante analógica; y , por último, estrechamente ligado con lo anterior, al tratamiento del partícipe en el delito especial propio. Todas estas cuestiones tienen como presupuesto la idea conforme a la cual la pena debe ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad, y ello debe tenerse en cuenta en la individualización de la pena.

## I

Cuando decimos que la pena debe ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad nos referimos a la culpabilidad como criterio regulador de la pena (culpabilidad en la individualización) , en función del cual se sienta la premisa básica de que la pena no debe rebasar el marco fijado por la culpabilidad *del hecho* cometido por el autor - función reguladora de la medición de la pena - <sup>1</sup>.

El concepto de culpabilidad obtiene así una mayor significación, en el sentido de no limitar su eficacia a la idea de exclusión de la pena en caso de inculpabilidad, esto es, al rechazo de la mera responsabilidad por el resultado condicionando la aplicación de la pena a que el autor haya obrado con dolo o culpa - la llamada función de subjetivación histórica de la responsabilidad - . La función del principio de culpabilidad en la determinación de la pena ha adquirido verdadera autonomía y como expresa ROXIN no es la misma que la función de aquel principio en su fundamentación <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Sobre ello, cfr. ROXIN, C. “Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal”, en *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal* , Introducción, traducción y notas de Muñoz Conde, Madrid 1981. Y mi libro, *Individualización judicial de la pena ( Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal)*, Madrid, 1997.

<sup>2</sup> ROXIN, C. “ *Culpabilidad, prevención y responsabilidad en Derecho penal* “; ob. cit. pg. 181.

Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se hizo eco de esta moderna función limitadora de la pena que cabe reconocer al principio de culpabilidad. La sentencia de 5 de julio de 1991 ( Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater) declaró en este sentido que “ reducir el principio de culpabilidad a la conocida premisa de «no hay pena sin dolo o culpa», como si éste fuera todo el contenido del mismo, importa una mutilación muy importante de su alcance” , y, por ello, como expone esta resolución, “ este principio no agota su contenido en las exigencias de algunos elementos del concepto dogmático de culpabilidad que es propio de una determinada teoría del hecho punible. El principio de culpabilidad rige, por el contrario, incluso en relación a las teorías del delito que consideran al dolo y a la culpa como pertenecientes a categorías dogmáticas diversas de la culpabilidad, dado que constituye una consecuencia institucional de la prohibición de tratar a las personas como medios y no como fines en sí mismos, es decir, del imperio de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social” .

Con estos presupuestos , la concreción de este principio, conforme al cual la medida de la pena debe estar en función de la *gravedad del hecho cometido* , requería completar la tesis determinando los factores que el Juez penal debe manejar para determinar la mayor gravedad o menor gravedad de un hecho. Y ha sido el profesor Bacigalupo <sup>3</sup> el que ha ofrecido, como punto de partida de la debida reflexión, los factores que deben regir en la llamada individualización judicial stricto sensu. Por tanto, ¿qué debe entenderse por “ gravedad del hecho”, supuesto que este concepto coincide con el de “gravedad de la culpabilidad”, en un sistema penal que afirma el principio de responsabilidad por el hecho?.

Siendo reconocido que no se puede determinar con precisión qué pena se corresponde a la culpabilidad, pues existe un margen de libertad ( *Spielraum* ) , el Juez puede y debe valorar cuándo una pena en su magnitud o naturaleza es tan grave que ya no se siente por él como adecuada a la culpabilidad. En primer lugar, en esa valoración debe descartarse factores que sólo atañen a la personalidad del delincuente. Del concepto de la culpabilidad deberían eliminarse los momentos referidos a la personalidad, hablando, entonces, de una “ pura” culpabilidad por el hecho, conforme a la cual deberían quedar fuera de consideración desde el punto de la vista de la culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter, la actitud del autor, y su comportamiento con posterioridad al hecho <sup>4</sup>. Esta cuestión, de gran trascendencia, por ejemplo, para el tratamiento de la reincidencia, a menudo aparece confusa en la jurisprudencia, la que en ocasiones ha ampliado indebidamente el concepto de culpabilidad *por el hecho*, a pesar de que el hecho sólo puede ser el hecho nuevo, sin que deban incidir factores relativos a hechos pasados o a prognosis de comportamiento en el futuro.

Luego sólo factores que inciden en el injusto o en la culpabilidad en sentido estricto, pueden constituir factores de individualización de la pena en función de la gravedad del hecho. Hechas estas precisiones puede decirse que la gravedad de la culpabilidad dependerá en primer término de la gravedad del injusto <sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> BACIGALUPO, E. “La individualización de la pena en la reforma penal” , *RFDUC*, t. 3 monográfico, 1980.

<sup>4</sup> En este sentido, STRATENWERTH, G. “ Culpabilidad por el hecho y medida de la pena”, en *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* , ob. cit. pg. 48 y 49, 57 y ss, etc. ( pgs. 73 y ss. ).

<sup>5</sup> Recuérdese que la incidencia en la medición de la pena de factores que pertenecen sistemáticamente al injusto y no a la culpabilidad, es lo que llevó a afirmar la autonomía de la culpabilidad como medida de la pena respecto de la culpabilidad como fundamento de la misma.

comprensiva por tanto de la gravedad de la acción <sup>6</sup> como de la gravedad del resultado <sup>7</sup>. El concepto de culpabilidad que se maneja no se limita, pues, a la culpabilidad en sentido estricto sino que comprende la gravedad del injusto en cuanto el hecho puede ser más o menos reprochable según sea mayor o menor el desvalor de acción y del resultado <sup>8</sup>. En este sentido, la STS de 20 de marzo de 1986 dice acerca del significado de los términos “gravedad del hecho” que “equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción”, englobando tanto la referencia a la acción como a la lesión del bien jurídico producida <sup>9</sup>. Así, debe atenderse, en cuanto a la acción, a la *forma de ejecución del delito* ( ejemplo, especial brutalidad ) y a la *voluntad* aplicada al delito ( ejemplo, tenacidad o debilidad de la voluntad ) <sup>10</sup>. En cuanto al desvalor del resultado serán de importancia circunstancias tales como la magnitud del *daño causado* o *grado de la puesta en peligro* del objeto protegido de la acción en los delitos de peligro y en la tentativa <sup>11</sup>.

Además de la medida de lo injusto, la gravedad de la culpabilidad *stricto sensu* depende del valor o disvalor ético de los motivos que impulsaron al autor <sup>12</sup>. Así, una motivación éticamente positiva determinará una menor culpabilidad. Así se ha considerado que el autor culpable de un hecho ilícito puede ser más o menos responsable del mismo dependiendo de los procesos de motivación que le hayan llevado a actuar: el dato de que las circunstancias de motivación del autor no hayan sido absolutamente anormales no significa que no hayan podido ser *relativamente* anormales <sup>13</sup>. Y que la deficiencia en la actitud interna respecto al Derecho - objeto del juicio de culpabilidad - <sup>14</sup> puede darse en mayor o menor medida, dependiendo del mayor o menor valor de los motivos de la formación de voluntad y de las *metas* del reo <sup>15</sup>. A tal efecto puede distinguirse entre los *estímulos externos* ( v.g. la penuria económica, la instigación política y la coacción ) y los *móviles internos* ( v.g. el odio, el ánimo de lucro, la codicia, la compasión y la justa cólera ) <sup>16</sup>.

Las SSTS de 24 de junio de 1991, 5 de julio de 1991 y 28 de octubre de 1991, en consonancia con lo expuesto, han aceptado los criterios mencionados como criterios que deben ser tenidos en cuenta para medir la gravedad de la

<sup>6</sup> CÓRDOBA alude al “ desvalor de la conducta integrante de la infracción “. *Vid. Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, pgs. 273- 274.

<sup>7</sup> *Vid.* BACIGALUPO, E. *La individualización de la pena en la reforma penal* “; RFDUC, t. 3 monográfico, 1980, pgs. 55 a 73. Del mismo autor, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires 1974, pg. 92.

<sup>8</sup> Contrariamente LUZÓN PEÑA entiende que este concepto de culpabilidad no es correcto pues injusto y culpabilidad son categorías independientes de modo que la culpabilidad no depende para nada de la magnitud del injusto. Dice por ello que puede haber un injusto muy grave con una culpabilidad disminuida o nula. *Vid.* “ *Antinomias penales y medida de la pena* “, ob. cit. pg. 210, nota 84.

<sup>9</sup> Un comentario de esta sentencia puede verse en GONZALEZ CUSSAC, J.L. “ *Arbitrio judicial y artículo 61. 4 del Código Penal* “ *Revista del Poder Judicial*, n° 4, pgs. 141 y ss

<sup>10</sup> JESCHECK, *Tratado*, ob. cit. pg. 802

<sup>11</sup> *Ibidem*, pg. 801.

<sup>12</sup> BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la teoría del delito*, ob. cit., pgs. 92 y 93.

<sup>13</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, “ El principio de la culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Estudios de Jurisprudencia*, Madrid, 1992, pg. 73.

<sup>14</sup> JESCHECK, *Tratado*, pg. 380. La doctrina reciente considera objeto del juicio de culpabilidad “ el hecho en relación con la *actitud interna jurídicamente deficiente* “ ( censurable actitud interna frente al Derecho ). GALLAS, W, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pgs. 55 y ss. HERREN, *Die Gesinnung i Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte*, 1966, pg. 85 y ss.

<sup>15</sup> JESCHECK, *Tratado*, ob. cit. pg. 384. En este sentido BACIGALUPO, E. *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1966

<sup>16</sup> JESCHECK, *Tratado*, pg. 803. En cuanto a las metas propone este autor algún ejemplo sumamente esclarecedor. No es igual para el contenido de culpabilidad del hecho que un médico suministre a un moribundo una dosis excesiva de morfina para liberarle de sus sufrimientos, o que haga lo mismo un cazador de herencias para impedir que el enfermo altere su testamento antes de morir.

culpabilidad por el hecho. En síntesis se señalan los siguientes : 1) La *gravedad de la ilicitud* cometida; 2) Las circunstancias que permitan juzgar sobre la mayor o menor *exigibilidad* de cumplimiento de la norma. Y 3) El mayor o menor *disvalor ético - social de los motivos* que impulsaron a actuar al autor .

## II

Particular análisis requiere el problema de la *reincidencia* y su vinculación con el principio de culpabilidad.

La STS de 5 julio de 1991 ( ponente Sr. Bacigalupo <sup>17</sup> ), que recoge la doctrina sentada por otras anteriores iniciada por la conocida S. de 6 de abril de 1990 <sup>18</sup>, reconoce la especialidad de la agravación de la pena por virtud de la reincidencia en el sentido de que se fundamenta básicamente por razones de prevención especial - vida del autor anterior al delito - y, por lo tanto, ajenas a la culpabilidad por el hecho - no representa una causa de aumento de culpabilidad-. Dice esta sentencia que “En la medida en que se ha reconocido sin excepciones que la gravedad de la culpabilidad y las necesidades de la prevención especial o general no tienen por qué coincidir (la llamada «antinomía de los fines de la pena»), es preciso, que cuando el Tribunal de los hechos compruebe la posible aplicación del art. 10,15.<sup>a</sup> CP ( hoy art. 22.8º) establezca anticipadamente hasta dónde llega la gravedad de la culpabilidad, pues las necesidades de prevención especial derivadas de la tendencia del autor sólo podrán ser contempladas hasta ese límite, que no tiene por qué agotar la máxima pena prevista en abstracto en la ley”.

Así se debe determinar primeramente el máximo que corresponde a la gravedad de la culpabilidad y luego, establecer hasta dónde es necesaria la pena considerando la reincidencia. De esta manera, en los casos en que la medida de la culpabilidad caiga dentro del grado mínimo- aunque la ley lo excluya para el caso de concurrencia de la agravante - la pena no podrá superar este grado aunque el autor sea *formalmente* reincidente. Por ello, como se lee en la Sentencia de 6 de abril de 1990 “ los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta el límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61. 2º ( art. 66. 3 del nuevo Código ) cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite”. La línea jurisprudencial que comentamos refleja, pues, la idea de que las necesidades de prevención sólo pueden completar el marco penal adecuado a la gravedad de la culpabilidad que siempre operará como límite máximo a las necesidades preventivas <sup>19</sup>. Sólo entendida de esta manera la agravante de reincidencia, un importante sector de la doctrina considera que aprueba el juicio de constitucionalidad <sup>20</sup>, en la medida que se ha entendido que nuestra

<sup>17</sup> RJ 5545/1991.

<sup>18</sup> SS. 6 de abril de 1990 ( RJ 3195 ), 15 de octubre de 1990 ( RJ 8083 ), 7 de noviembre de 1990 ( RJ 8774 ), 13 de noviembre de 1990 ( RJ 8892 ), 5 de diciembre de 1990 ( RJ 9417 ), 28 de diciembre de 1990 ( RJ 10101) y 30 de abril de 1991 ( RJ 3011 ).

<sup>19</sup> Según la resolución comentada “ a la misma conclusión se puede llegar recurriendo al artículo 9, 10.<sup>a</sup> C. P., dado que el resultado especialmente leve del juicio de culpabilidad por el hecho se puede expresar, en su caso en una circunstancia atenuante de análoga significación, compensable con la agravante de reincidencia en la forma prevista en el art. 61.3.<sup>a</sup> C. P “.

<sup>20</sup> La inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia ha sido constantemente postulada por los autores. *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “ Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia”, en *Poder*

Constitución - como se dijo más arriba - contempla el principio jurídico penal de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal ( STC 150/1991, de 4 de julio <sup>21</sup>) y sus consecuencias, entre las que se encuentra la función limitadora de la pena que debe cumplir la culpabilidad .

Con esta interpretación de la agravante de reincidencia, ajustada al espíritu de nuestra Constitución, se pretende evitar que de una forma automática, delitos considerados bagatelas, de escaso contenido de ilicitud y culpabilidad, se vean sancionados con una consecuencia jurídico penal desproporcionada a la gravedad del hecho en atención únicamente a la preexistencia de condenas firmes precedentes, a un juicio sobre la vida delictiva anterior del autor propio de un Derecho penal de autor y no de un Derecho penal basado en la culpabilidad por el hecho .

Esta corriente jurisprudencial, lamentablemente no ha obtenido en el Tribunal Supremo el grado de estabilidad que fuera deseable. Y en resoluciones posteriores se ha abandonado su línea argumental. Y este punto de vista no se reflejó tampoco en la reforma penal de 1995, y se aleja notablemente de las tendencias legislativas actuales, que incluso proponen la reintroducción en nuestro Derecho de la agravación penal por multirreincidencia. Sin embargo, propone ya un amplio sector de doctrina la desaparición de un precepto general sobre la reincidencia que acabe con las dudas de constitucionalidad y evite el automatismo en su aplicación a modo de “suplemento por desobediencia”, como denunciaron en su día los redactores del *Proyecto Alternativo* en Alemania y acabó imponiéndose en el Derecho alemán con la derogación del parágrafo 48 StGB por Ley de 13 de abril de 1986 <sup>22</sup> . Ya con anterioridad el *Tribunal Constitucional alemán* en Sentencia de 16 de enero de 1979 <sup>23</sup> declaró la constitucionalidad del parágrafo 48 siempre que se evitara una presunción de la mayor culpabilidad y se verificara en cada caso si se le podía reprochar al autor reincidente el no haber tomado como *advertencia* las anteriores condenas.

Y es que con mayor intensidad va ganando adeptos la tesis de que la reincidencia sólo es explicable desde el punto de vista de la peligrosidad del autor , y que , en consecuencia, no puede fundamentarse en la culpabilidad, al menos si se parte, como hacemos de un concepto puro de culpabilidad por el hecho. Es cierto que aún parte de la doctrina considera que cabe hallar su fundamento en una *mayor culpabilidad* del autor; esto es, al sujeto se le dirige el mayor reproche por no haber considerado debidamente la importancia de la condena precedente, por no haber tenido en cuenta, o no haberse dejado motivar por la «advertencia formal» que supone la previa condena. Se atiende , desde este punto de vista, a la renovada rebelión del sujeto a una ley cuya eficacia ha experimentado a través del juicio, y mediante la condena el sujeto se hace consciente del mal ocasionado con la acción criminal. Por tanto, la mayor culpabilidad se vincula a un conocimiento más rico y directo de la antijuridicidad, pues con la segunda acción el sujeto revive la contravención de la norma.

---

*Judicial* nº 13, 1989, pgs. 85- 89. GARZÓN REAL, B. y MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. “ *Reincidencia y Constitución* “, ob. cit. JAREÑO LEAL, A “ Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad ( Comentario a la STS de 6 de abril de 1990)”, en *Poder Judicial*, nº 22, 1991, pgs. 245-256.

<sup>21</sup> Ponente Sr. López Guerra. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 1407/1989, 2187/1989, 187/1990 y 188/1990.

<sup>22</sup> *Vid.* JESCHECK, *Tratado*, ob. cit. pg. 811 y 812. Se destacan como razones de la derogación, la excesiva reacción al elevar el mínimo de la pena hasta seis meses, incluso en delitos considerados como bagatelas, las dudas acerca de la reincidencia sea una causa de aumento de culpabilidad, el esquematismo en la admisión del efecto admonitorio de las condenas y ejecuciones precedentes y la inoperancia del parágrafo 48 desde la perspectiva de la prevención especial .En suma “ un precepto que no ha dado resultado en la práctica “..

<sup>23</sup> BVerfGE 50, 125 y ss .

Sin embargo, resultan más convincentes aquellas posiciones que fundamentan la reincidencia, no en la culpabilidad, que no se encuentra modificada por la condena precedente, sino en la *mayor peligrosidad* del autor que se pone de manifiesto por la reiteración de hechos punibles, esto es, en razones de *prevención especial*. La reincidencia supone sólo la objetivación de una cualidad personal. El conocimiento de la antijuridicidad que exige la culpabilidad penal requiere sólo la capacidad de comprensión del significado de la norma, y, si bien, un defecto de ese conocimiento comporta una culpabilidad disminuida, la circunstancia de que la norma penal haya sido especialmente recordada en la sentencia condenatoria no hace que el hecho nuevo se realice con mayor grado de culpabilidad, pues la culpabilidad no es mayor por razón de que se tenga un conocimiento más intenso de la norma. En otro caso, el profesional del derecho siempre realizaría el ilícito penal en condiciones de mayor reprochabilidad. Ni siquiera si prescindiéramos de la teoría del bien jurídico y fundamentásemos el injusto penal en la sola infracción normativa, podría afirmarse mayor injusto en la reincidencia. La infracción de la norma no es más intensa porque se tenga un mayor conocimiento de ella. Se infringe el mandato de no matar de igual forma tanta si se mata por vez primera como si se ha hecho anteriormente. Por tanto, el mayor desprecio y rebeldía que representa la insistencia en el delito a pesar de la admonición que supone la condena precedente no resulta equivalente a una mayor culpabilidad por el hecho cometido, salvo que la culpabilidad sea entendida como culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida. El contenido del injusto y la culpabilidad *stricto sensu* no resultan agravados por la existencia de la condena precedente.

Por todo ello, si mantenemos un concepto apropiado del principio de culpabilidad, sólo es razonable fundamentar la agravación de la pena por la reincidencia en la mayor *peligrosidad* puesta de manifiesto por el autor por la repetida realización del tipo penal. Y en consecuencia, la reincidencia sólo debería constituir un factor de individualización de la pena sólo dentro del marco penal adecuado a la culpabilidad por el hecho. Por el contrario, si prescindiéramos del principio de culpabilidad en la individualización, y estableciéramos como límite de la pena otras magnitudes- como las necesidades de prevención general- probablemente la reincidencia determinaría una mayor necesidad de pena para asegurar el sentimiento mínimo de vigencia de la norma en la Comunidad. Pero, como se ha visto, el Tribunal Constitucional español ya se ha pronunciado acerca de que el principio de la culpabilidad por el hecho rige en la determinación de la magnitud penal.

### III

La idea de la *compensación de la culpabilidad* aparece también recientemente en la jurisprudencia. Correlativamente la atenuante por analogía ha recibido una nueva configuración como vehículo de realización del principio de culpabilidad en la individualización de la pena.

Como explica la STS 08.06.99, con antecedentes en las SSTS 14.12.91; 02.04.93, el derecho positivo reconoce ciertas circunstancias posteriores a la comisión del delito, que al implicar un reconocimiento de la vigencia de la norma realizado por el autor del delito con posterioridad a la comisión del mismo, compensan (al menos en parte) la culpabilidad por el hecho (art. 21, 4ª y 5ª CP.). Teniendo en cuenta que la pena constituye, exteriormente

considerada, una pérdida de derechos fundamentales, se ha considerado por la doctrina más moderna, que las lesiones de derechos fundamentales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso deben ser abonadas en la pena pues tienen también un efecto compensador de la parte de culpabilidad por el hecho extinguida por dicha pérdida de derechos, es decir, una situación que es análoga a la de las circunstancias posteriores a la consumación del delito que prevén los n.ºs. 4 y 5 del art. 21 CP. Este efecto compensador, como lo señala la STS de 2-4-93, también se deduce directamente del art. 1.º CE, dado que, siendo la justicia uno de los valores superiores del orden jurídico, se deben computar en la pena los males injustificados que el acusado haya sufrido a causa de un proceso penal irregular, pues es un imperativo de justicia que el autor no reciba por el delito una pérdida de derechos mayor al equivalente a la gravedad de su culpabilidad. Dicho con otras palabras: la privación de bienes y derechos que produce la pena no debe ser de superior gravedad que la gravedad de la lesión jurídica causada por el autor.

Con la anterior doctrina ya no son de recibo argumentos tales como que la culpabilidad es coetánea al delito, pues se confunde la ausencia o disminución de la culpabilidad al tiempo de la acción con la compensación ulterior de la misma por circunstancias ajenas al hecho. Hechos posteriores pueden fundamentar una atenuación de la responsabilidad penal cuando hayan compensado en parte la culpabilidad por el hecho. Como declaró la STS de 26 de septiembre de 1994, saliendo al paso de las objeciones formuladas, “no se trata, conviene aclarar para evitar la difusión de malos entendidos, de que el hecho cometido resultaría no culpable o menos culpable como consecuencia de un comportamiento posterior, pues nadie duda que la culpabilidad por el hecho, como tal, no puede ser modificada por circunstancias posteriores al mismo. Se trata, por el contrario, de que la culpabilidad, en tanto que deuda contraída por el autor hacia la sociedad como consecuencia del delito cometido, puede ser compensada”. Se trata de nuevo de aclarar el doble contenido del principio de culpabilidad, como categoría dogmática del delito, y como culpabilidad en la individualización, y, en este segundo sentido, la culpabilidad, como magnitud graduable, puede compensarse por hechos posteriores a la acción.

Además, de la anterior doctrina jurisprudencial resulta que, junto a una compensación de *signo constructivo*, porque se trata de un acto del propio autor en el sentido de los valores del orden jurídico, fundamentalmente en los supuestos del art. 21, n.ºs. 4 y 5- reparación del daño y confesión- el legislador también ha reconocido una *compensación destructiva*, acordando eficacia a hechos posteriores que, sin provenir del autor del delito, sin embargo, adelantan una pérdida de derechos que es consecuencia del delito. Es el caso del art. 58 CP., en el que se ordena abonar para el cumplimiento de la pena el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente y del art. 59 CP., en el que se dispone la compensación de la pérdida de derechos ya sufridos por las medidas cautelares mediante su abono en la pena, cuando ésta sea de naturaleza distinta de la pena impuesta.

La aplicación consecuente de esta doctrina requería un instrumento normativo que posibilitara la aplicación concreta del principio de culpabilidad. De este modo hubo que entender que la análoga significación a que se refiere el artículo 21.6º CP puede referirse a cada una de las circunstancias reguladas en los anteriores números del art. 21, o incluso a su sentido, pues, como se ha dicho, lo que la Ley exige no es la semejanza formal de las circunstancias, sino la «análoga significación», es decir, la analogía de efectos sobre la culpabilidad. Este es el sentido del voto particular (Sr. Bacigalupo) formulado a la STS 14 de octubre de 1992, cuando se afirmó que si se exigiera más coincidencia para aplicar esta circunstancia ya no se trataría de una circunstancia análoga, sino de

una circunstancia idéntica. A partir de entonces se asentó en la jurisprudencia la idea de que lo que la Ley exige no es la semejanza formal de las circunstancias, sino la «análoga significación», es decir, la analogía de efectos sobre la culpabilidad, lo que permite fundamentar cualquier solución de atenuación basada en la menor gravedad del hecho (esto es, un menor contenido de injusto o de culpabilidad) constatada por el juez penal. La previsión legal de la cláusula general contenida en el número 6.<sup>a</sup> del art. 21 contiene un mandato al Juez penal para que en cualquier caso individualice la pena de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad. Desde este punto de vista, la llamada «atenuante de análoga significación» constituye una *cláusula general de individualización de la pena* (STS de 22 de febrero de 1988, 12 de marzo de 1991), vinculante para el juez, que tiene el sentido de atenuar la pena, esto es, dejar de aplicar el margen de pena no necesaria, cuando la ausencia de la atenuación llevaría a aplicar una sanción que no resulta ya adecuada a la culpabilidad por el hecho, como cuando se compensó en parte por situaciones equivalentes desde un punto de vista funcional a la pena (así, reparación del daño, dilaciones indebidas, pena natural, etc.).

Con estos antecedentes la jurisprudencia ha aplicado la doctrina de la compensación de la culpabilidad a las siguientes hipótesis:

a) *Dilaciones indebidas*. Como es conocido se ha dado una nueva orientación al criterio de la jurisprudencia en esta materia. Frente al criterio inicial sostenido en el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sesión del 2-10-92, que había establecido que tal reparación no era posible en el marco del Poder Judicial y que la comprobación de dilaciones indebidas sólo debía servir de fundamento para solicitar el indulto y, eventualmente, una indemnización en favor del acusado, en el reciente Pleno del 21-5-99, la Sala de lo Penal ha considerado necesario modificar este punto de vista, sobre la base de que es preciso reconocer que desde un punto de vista institucional los Tribunales del Poder Judicial deben tener la capacidad de reparar la lesión de un derecho fundamental, pues precisamente cuando un Tribunal juzga que se han producido lesiones de derechos, debe hacer ejecutar lo juzgado y ello implica necesariamente que debe establecer cuál es la reparación de la lesión jurídica constatada. Desplazar esta facultad al Ejecutivo, por lo tanto, resulta difícilmente compatible con el art. 117 CE y podría vulnerar el principio de división de poderes en el que se asienta la Constitución. Por ello, la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas es la de *compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la correspondiente circunstancia analógica*, doctrina que se ha recogido entre otras muchas Sentencias de la Sala, como la de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000 y 21 de marzo de 2002, entre otras. Algo similar sucede cuando se trata de adecuar la pena a la gravedad de la culpabilidad; se trata de una tarea irremplazable del Tribunal, quien en su función de juzgar debe satisfacer el valor justicia inherente al principio de culpabilidad.

Los antecedentes de este giro jurisprudencial se encuentran en la STEDH de 15.07.82 (caso Eckle), en la que se estableció que la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental con una atenuación proporcionada de la constituye una forma adecuada de reparación de la infracción del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En dicha sentencia el TEDH se pronunció favorablemente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en la que éste sostuvo que "la duración excesiva de un procedimiento penal puede constituir una circunstancia atenuante especial" (BGHSt 24, 239) y que, por lo tanto, el ámbito en el que debía tener lugar la reparación de la lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no era el del sobreseimiento de la causa, sino el de la *individualización de la pena*.

Igual criterio se ha adoptado recientemente por el TJCE en el caso "Baustahlgewebe", que autoriza la moderación de la indemnización debida como consecuencia del retardo del proceso.

b) *Arrepentimiento espontáneo*. La STS de 26 de septiembre de 1994, en un caso de reparación del daño tras conocer el sujeto la apertura del procedimiento judicial, esto es, sin concurrencia del elemento cronológico que exige el art. 21.4º CP dijo: «... lo cierto es que el acusado ha reparado íntegramente el daño patrimonial causado y que esto implica un *actus contrarius* al delito ya consumado que no puede carecer de toda relevancia en la individualización de la pena. Desde este punto de vista su comportamiento tiene un sentido constructivo, en cuanto niega al menos en parte el hecho punible cometido y manifiesta la actitud del autor en favor de la ratificación de la vigencia de la norma vulnerada. De esta manera, la actitud exteriorizada por el autor importa una contraprestación se su parte que tienen un *significado parcialmente compensador de la culpabilidad en la que incurrió...* la culpabilidad, en tanto deuda contraída por el autor hacia la sociedad como consecuencia del delito cometido, puede ser compensada mediante actos de significado positivo, o dicho en la terminología de la moderna doctrina de la reparación, de significado constructivo».

c) La cuestión estriba ahora en determinar si además de la compensación por reparación del daño – de signo constructivo- , es posible apreciar la compensación de la culpabilidad en otros supuestos como el de la pena natural. A pesar de que la jurisprudencia no ha dado aún solución adecuada al problema de la pena natural ( y buena prueba de ello es la sentencia de 20.04.02) <sup>24</sup>, existen razones suficientes para extender a los supuestos de castigo extrapenal nacido de la propia conducta típica, los efectos de atenuación inherentes a la circunstancia del art. 21.6º CP. Entre las situaciones no contempladas expresamente por el legislador, pero que a nuestro juicio producen un efecto equivalente al que produce la poena forensis se encuentra el caso en que el autor resulta gravado con una *poena naturalis* .Se trata de supuestos en los que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, o en persona con él relacionada estrechamente. Quedan excluidas de este concepto situaciones de autodaño voluntario, pues entonces el mal no deriva del delito sino de una decisión libre del autor ( ejemplo, intento de suicidio posterior al hecho, con secuelas graves). En estas hipótesis puede decirse que el Estado puede renunciar a parte de la pena – mediante un sistema de atenuación – cuando el autor ha sufrido una pena natural, *sin que por ello se resienta la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico*.

#### IV

También se debe a la aportación del profesor Bacigalupo el que se haya establecido un tratamiento penológico adecuado de la participación de extraneus en delitos especiales propios.

En el Tribunal Supremo español se inició una nueva corriente jurisprudencial que ofrecía una solución más justa en sede de individualización de la pena del partícipe no cualificado en delito especial propio, mediante el recurso a la atenuación de la sanción penal por la vía de aplicación analógica del artículo 60

<sup>24</sup> Un comentario de esta sentencia puede verse en mi artículo "La pena natural y sus efectos sobre la culpabilidad del autor", en *Actualidad Penal*, nº46, diciembre 2002.

del CP ( hoy vigente artículo 65) , supliendo con ello la laguna que en nuestro Derecho representa la falta de un precepto expreso como el párrafo 28 I. StGB.

Así, en la sentencia de 12 de febrero de 1992 ( ponente Sr. Bacigalupo Zapater ) puede leerse lo siguiente: " ...En efecto, en la medida en la que M.A. no fue parte del contrato de venta con reserva de dominio, no es posible considerarlo coautor del delito de apropiación indebida, toda vez que carece de la característica típica de autor correspondiente a este delito especial propio, es decir, la vinculación con el titular de los bienes mediante una especial relación de confianza ( depósito, comisión o administración )... Por lo tanto, este recurrente ( el no cualificado ) debió ser condenado como cooperador necesario en el delito realizado por el autor, es decir, la apropiación indebida, según lo previsto en el art. 14. 3 y no en calidad de coautor... Asimismo se debió tomar en cuenta que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad ". Sigue diciendo esta sentencia: "Ciertamente, cuando se trata de las relaciones personales con el ofendido, el Derecho vigente sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que modifican la responsabilidad ( art. 60 del C.P.- hoy art. 65- ). La Ley, no contiene, por el contrario, una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función fundamentadora de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría en los delitos especiales propios para la apropiación indebida. Sin embargo, es un imperativo del principio de proporcionalidad que la individualización de la pena debe adecuarse a la gravedad de lo ilícito y de la culpabilidad y, ésta última, como es comúnmente admitido, es menor cuando menor es la entidad de lo ilícito ... A partir de estos principios se debe aplicar el criterio del art. 60. 1- hoy art. 65- (efecto individual de las relaciones personales ) en forma analógica in bonam partem, dado que la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad, debe tener efectos similares a los de una circunstancia atenuante."

Sigue a esta sentencia otra del mismo ponente de fecha 21 de marzo de 1992 también con relación a un delito de apropiación indebida, que se considera en estas resoluciones como delito especial propio en cuanto la especial relación de confianza es elemento que en el delito de apropiación indebida fundamenta la punibilidad. Dice esta sentencia que " ...las especiales relaciones de confianza, según el art. 60 C.P-actual art. 65- servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellas personas en quienes concurren. De ello surge que la Ley ha omitido regular el tratamiento correspondiente a las circunstancias personales que operan como elementos fundadores de la punibilidad. Consecuentemente, estos elementos, dada la similitud de sus efectos respecto del partícipe, deben ser tratados de una manera análoga... pues el hecho de éste no tiene la misma gravedad que el del cualificado en tanto con su acción no quebranta la especial relación de confianza que fundamenta la punibilidad de la apropiación indebida "

De estas dos sentencias se desprenden claramente dos conclusiones:

- 1) La Ley ha omitido regular el tratamiento correspondiente a las circunstancias personales que operan como elementos fundadores de la punibilidad, pues el art. 65 CP C.P. tan sólo es de aplicación cuando la modifican.

2) Como quiera que el efecto individual de las relaciones personales se estima adecuado para la debida proporcionalidad de la pena y su acomodo a la gravedad del ilícito y culpabilidad cuando no concurren en el partícipe los especiales elementos personales, esto es, cuando no quebranta el deber especial de que se trate, no se ve inconveniente en aplicar analógicamente el art. 65 C.P. en cuanto se hace in bonam partem.

A partir de estas consideraciones el criterio se ha implantado de modo definitivo en la jurisprudencia. Especialmente se ha aplicado este criterio en el *delito fiscal*. De acuerdo con la jurisprudencia la pena correspondiente al extraneus – en este caso , asesor fiscal - debe siempre ser atenuada. El argumento es el siguiente: Si en los delitos especiales impropios hay para todos los extraños una atenuación en cuanto los partícipes no responden por el delito agravado del intraneus, sino por el delito común, parece justo que lo mismo rija para los delitos especiales propios. Pues, el mismo motivo que en los impropios lleva a una atenuación del extraño, a saber, el de que éste no infringe, como lo hace el autor directo intraneus, un deber especial, sigue teniendo plena vigencia en los propios. Por ello, cuando la pena prevista para determinados partícipes es la misma que para el autor (como acontece en nuestro art. 28 del CP) la doctrina más moderna y la jurisprudencia (STS. 12 de febrero y 21 de marzo de 1992, 18 de enero y 2 de febrero de 1994), aunque no se dispone en nuestro derecho de una regla análoga a la del parágrafo 28 I. del StGB alemán, considera necesaria una atenuación de la pena para el extraneus partícipe en un delito especial propio que la jurisprudencia ha asumido mediante la aplicación analógica del art. 65 CP o mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP. Por tanto, si las características personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor no concurren en el partícipe, el castigo de éste deberá atenuarse siempre. Y con este argumento, la jurisprudencia ha considerado que debe atenuarse la pena del asesor fiscal partícipe en el delito fiscal, que es considerado por ella delito de infracción de deber. Entre otras , la STS de 20 de mayo de 1996 ( caso, Beltrán de Caralt) , que ha puesto de manifiesto, además, la falta de fundamento de la idea conforme a la cual no es posible la participación de extraños en un delito especial propio. La falta de infracción del deber especial del autor importa, por regla general, un menor contenido de la ilicitud del partícipe, pero no elimina su cooperación en la infracción del deber del autor y en la lesión del bien jurídico (SSTS 21 .12.1999, 28.03.2001). En el mismo sentido se pronuncia la STS 15.07.2002 – caso Kepro -.

Sin embargo la jurisprudencia sólo ha reconocido la eficacia atenuatoria dentro del marco penal previsto para el autor. Esto es, la jurisprudencia considera que no debe alterarse el marco penal típico, apreciándose tan solo los efectos de una atenuante ordinaria, negando que la atenuante pueda ser estimada como cualificada. Esta posición doctrinal se ha criticado con razón, en cuanto si se toma como presupuesto de la atenuación la naturaleza del delito fiscal como delito de infracción de deber, el marco penal típico en toda su extensión es el marco aplicable al intraneus, por lo que la atenuación real de la responsabilidad por la circunstancia de no haber infringido el deber debe conducir a la rebaja en grado de la pena, esto es, a un marco penal inferior. Así lo establece, por ejemplo el parágrafo 28 del StGB alemán, se remite para estos casos al parágrafo 49, conforme al cual “ se podrá rebajar la pena hasta el límite inferior legal de la pena impuesta o, en su lugar, sustituir la pena privativa de libertad por una multa”. En el Anteproyecto de reforma del Código penal español , el prelegislador ha establecido un tercer apartado en el art. 65, en el sentido de imponer la rebaja de la pena en un grado para el partícipe extraneus en un delito especial, sin que, sin embargo se establezca esa posibilidad como meramente potestativa.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, una nueva corriente doctrinal <sup>25</sup> que niega que todos los delitos especiales sean delitos de infracción de deber, admitiendo *delitos especiales de dominio* <sup>26</sup>. Por tanto, existen delitos que contienen elementos objetivos de autoría que pueden ser realizados por un extraneus en lugar del primeramente obligado cuando ha asumido una posición idéntica a la que éste tenía con relación al bien jurídico. Así, por ejemplo, en el delito fiscal, aunque es un delito especial, el elemento objetivo de la autoría no es personalísimo, y cabe su delegación, el acceso a la posición del obligado tributario con relación al bien jurídico por parte de terceros. Y en estos casos, en los que el asesor ha accedido al dominio típico y debe responder como autor no hay razón para atenuar su responsabilidad penal. En este caso su posición es desde el punto de vista normativo idéntica a la del primariamente obligado tributario. Por ello, la atenuación del extraneus debe quedar relegada a los casos en los que ciertamente no puede considerarse que haya accedido al dominio relativo al cumplimiento del deber.

---

<sup>25</sup> Cfr. mi artículo “Responsabilidad penal del asesor fiscal”, en *Impuestos*, n° 3 febrero 2003.

<sup>26</sup> Así, GARCÍA CAVERO, P., *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona 1999, pg. 164.