

LA CATEGORÍA DE LA PUNIBILIDAD EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS*

1. INTRODUCCIÓN

El trabajo que aquí presento no procede a un análisis comprensivo del debate sobre la procedencia de la categoría de la punibilidad en la teoría jurídica del delito ni de su eventual contenido. Se trata más bien de formular una propuesta clara, acabada y lo más coherente posible del papel que a mi juicio debe en efecto desempeñar la punibilidad como última categoría del delito, y de fundamentar los elementos que la componen. Mi exposición, por tanto, deja un buen número de asuntos sin tratar, a veces sin siquiera enunciarlos, y la doctrina que considera, de modo no exhaustivo, es especialmente la española.

Me empecé a preocupar por los componentes utilitarios del juicio de responsabilidad penal hace ya algún tiempo, con motivo de un trabajo relacionado con el aborto, y entré más a fondo en el tema al estudiar con algún detenimiento la categoría de la antijuricidad. Sin embargo, fue con motivo de la elaboración de mi *Manual de derecho penal. Parte general* cuando creí haber entendido de un modo satisfactorio el lugar que las consideraciones de utilidad deben ocupar en la teoría jurídica del delito¹. Lo que sigue es una profundización, todavía insuficiente, en esa dirección. La significativa contribución que a este asunto, como a tantos otros, ha realizado Santiago Mir Puig justifica la elección del tema para este volumen.

2. AUTONOMÍA

2.1. La estructura de la exigencia de responsabilidad criminal

Una adecuada consideración del papel que juega la categoría de la punibilidad en el juicio de responsabilidad penal obliga a elevar la vista hacia la completa estructura del sistema de exigencia de responsabilidad criminal².

Así, la exigencia de responsabilidad penal implica un *juicio de responsabilidad* de una persona por la realización de un comportamiento: Esa persona será *merecedora* de un

* Catedrático de derecho penal. Universidad de Málaga.

¹ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, "El art. 417 bis del Código Penal y su naturaleza jurídica", en Díez Ripollés (coord.), *La reforma del delito de aborto*, t. IX *Comentarios a la legislación penal*, 1989, pp. 69 y ss.; *La categoría de la antijuricidad en derecho penal*, 2ª ed., 2011, pp.125 y ss.; *Derecho penal español. Parte general*, 4ª ed., 2016, pp. 115-116, 541 y ss., 827 y ss.

² En lo que sigue no vamos a considerar el juicio de peligrosidad criminal, cuya formulación puede dar lugar a la imposición y ejecución de medidas de seguridad, ni el juicio de peligrosidad objetiva que puede originar la imposición y ejecución de las llamadas consecuencias accesorias.

juicio de responsabilidad criminal si en el comportamiento analizado concurren ciertos elementos que lo identifican como una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, y se necesitará ese juicio de responsabilidad si se dan en el comportamiento elementos que permiten calificarlo como punible.

La persona que merecida y necesariamente es juzgada penalmente responsable de ese comportamiento queda sometida a la *imposición* de una o varias penas. La reacción penal impuesta debe estar configurada de modo que resulte *merecida*, lo que se determina según los principios de humanidad y de proporcionalidad de las penas, y *necesaria*, lo que sucederá si con ella se persiguen adecuadamente algunos de los efectos socio-personales de la pena considerados legítimos. Todo ello debe poderse explicar a través de las reglas de determinación legal y judicial de la reacción penal.

El juicio de responsabilidad criminal y la consecuente decisión de imponer una pena deben formularse en el marco de un *procedimiento judicial penal*. La mayoría de los elementos constituyentes de ese proceso penal establecen las *condiciones de verificación* de la responsabilidad y la reacción penales, pero ciertos elementos procesales fundamentan o excluyen de forma específica la *necesidad de verificar* esa responsabilidad y reacción penales.

La persona declarada criminalmente responsable y condenada a una pena queda sometida a la *ejecución* de la reacción o reacciones penales impuestas. Su cumplimiento se acomodará a los elementos que establecen las *condiciones de ejecución* de la pena, siempre que no concurren elementos que priven de *necesidad* a la ejecución penal o fundamenten la necesidad de una ejecución distinta. Todo ello se plasma en las reglas penales y penitenciarias relativas a la ejecución penal³.

2.2. La punibilidad dentro del juicio de responsabilidad criminal

Dentro de esa estructura, y concretamente dentro del juicio de responsabilidad penal, la punibilidad constituye la última categoría de la infracción penal, a verificar una vez se ha comprobado la concurrencia de las categorías precedentes. En ese sentido, es una categoría más de la infracción penal, de rango similar a las restantes, con un contenido propio y diferenciado.

Desde luego, no constituye un corolario de la concurrencia del conjunto de categorías previas constitutivas de la infracción penal, de modo que se limite a expresar que, presente una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, el comportamiento realizado ya permitiría imponer una pena a su autor, es decir, sería *punible*. Eso supondría en el fondo una tautología, pues las categorías constituyentes de la infracción penal pretenden justamente determinar los presupuestos de responsabilidad por un

³ No podemos ahora ocuparnos con más atención del contraste entre los conceptos de merecimiento y necesidad en el sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Baste expresar dos ideas:

La primera es que estamos hablando de normas secundarias, o de reglas del sistema secundario, pues se trata de pautas dirigidas a los órganos jurídicos de aplicación del derecho. En ese contexto, las reglas de merecimiento aludirán predominantemente a valores últimos, valores de corrección, mientras que las reglas de necesidad se referirán de forma predominante a valores utilitarios, y estarán por ello atentas a las consecuencias que producen. Véase sobre estos conceptos, ATIENZA/RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 1996, pp. 1-25, 136-141, 178-181.

La segunda es que la sucinta descripción del sistema de exigencia de responsabilidad criminal acabada de hacer no pretende entrar en el debate sobre el sistema integral del derecho penal (WOLTER/FREUND [eds.], *El sistema integral del derecho penal*, 2004), aunque ciertamente el desarrollo de lo aquí expuesto podría suponer una modesta aportación desde una perspectiva que pretende salvaguardar la estructura clásica propia del sistema.

comportamiento que abren la puerta a la imposición de una reacción penal. La punibilidad sería bajo este punto de vista criticado algo así como la etiqueta final a adherir al comportamiento, mero resultante de la averiguación precedente⁴.

Admitido que el concepto de punibilidad ha de tener elementos propios, relevantes en la estructura de exigencia de la responsabilidad criminal, otra forma de cuestionar su autonomía es considerar que los elementos a él atribuidos pertenecen en realidad a otra categoría del delito, a los criterios de imposición de pena, o a uno u otro lugar, según los casos⁵. Sin embargo, como ya he apuntado en algún párrafo anterior y espero demostrar en las páginas siguientes, los elementos de la punibilidad expresan un componente específico del juicio de responsabilidad que no es reconducible a categorías anteriores de la infracción penal. Es más, a semejanza de algunas de esas categorías, esos elementos se estructuran de modo que en ocasiones fundamentan esa categoría, otras la excluyen y a veces la gradúan⁶. Por el mismo motivo tampoco puede aceptarse que la punibilidad esté compuesta de elementos que determinan la imposición de pena o, si se quiere, pertenecientes a la penalidad o teoría de la pena. Como ya hemos visto, esa fase de la exigencia de responsabilidad criminal tiene lugar una vez que la infracción penal está constituida y se puede formular un juicio de responsabilidad. La inserción de esos elementos entre los criterios de imposición de pena implicaría reconocer que los componentes habitualmente atribuidos a la punibilidad no aportan contenido alguno al juicio de responsabilidad, lo que descartaré más adelante.

Finalmente alguna opinión doctrinal, sin negar que la punibilidad es una categoría de la infracción penal, le atribuye un carácter no esencial, secundario, a diferencia de lo que sucede con las otras categorías. La razón de ello residiría en que los elementos específicos que ella aporta sólo se tienen en cuenta en contadas ocasiones: en la gran mayoría de los casos la concurrencia de la categoría se presupone sin necesidad de incorporar elementos adicionales en ella específicamente contenidos⁷. Sin embargo,

⁴ Criticaron ya esta interpretación de la punibilidad, MAYER, M. E., *Derecho penal. Parte general*, 2007, trad. Politoff/Guzmán Dalbora, p. 16; MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. I, 1935, p. 164. CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, 2008, pp. 313-314, que también rechaza esta interpretación, enumera una serie de autores españoles que, a su juicio, caen en esa tautología.

⁵ Las tomas de postura en la doctrina española son abundantes sobre este asunto. Valga citar, entre los representantes del primer punto de vista, a CUELLO CONTRERAS, *El derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., 2002, pp. 359-361; del segundo punto de vista, a COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 1999, pp. 260-262, 431; y del tercer punto de vista a RODRÍGUEZ MUÑOZ, en comentarios a MEZGER, *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 164-169, y MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2ª reimpr., 2016, pp. 153-155.

Recientemente se ha propuesto mantener la autonomía del concepto de punibilidad, pero inserto en algún lugar intermedio entre la teoría del delito y la teoría de la pena, aunque mucho más cercano a esta última (MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, 2007, pp. 53-57, 465-504; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en derecho español*, 2014, pp. 17 y ss.; BUSTOS RUBIO, "Más allá del injusto culpable: Los presupuestos de la punibilidad", *Estudios penales y criminológicos*, 2015, pp. 189-200).

⁶ Basten como ejemplo ahora la previa declaración judicial de concurso o el incumplimiento regular de obligaciones exigibles en el delito de insolvencia punible del art. 259 CP, entre los elementos fundadores; la inviolabilidad del jefe del Estado o de los parlamentarios de los arts. 56 p. 3 y 71.1 CE, entre los elementos excluyentes; y la atenuante de reparación del daño del art. 21.5ª CP entre los elementos graduadores.

⁷ Es la opinión de CEREZO MIR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 315; MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, 1989, p. 116; MAPELLI CAFFARENA, *Estudio juridicodogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Centro de Publicaciones, Ministerio de justicia, 1990, pp. 53-54, entre otros.

aunque ello fuera así, entiendo que esta categoría no se diferenciaría significativamente de la categoría de la antijuridicidad, o de los componentes de imputabilidad o exigibilidad presentes en la categoría de la culpabilidad, cuya existencia se afirma en gran medida a partir de la ausencia de las causas excepcionales que las niegan. Además, como se podrá apreciar en la enumeración parcial que haremos más adelante, los elementos de la punibilidad han de ser considerados en el juicio de responsabilidad con relativa frecuencia, tanto de manera general para cualquier figura delictiva como en particulares figuras de delito.

3. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

Como ya hemos expresado, las categorías anteriores a la de la punibilidad se ocupan sustancialmente de precisar si el sujeto, en razón de su comportamiento, es merecedor de un juicio de responsabilidad penal, lo que se ha materializado en los sucesivos juicios de valor que dan lugar al injusto culpable. Por el contrario, la punibilidad se ocupa de determinar si es necesario formular al sujeto un juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado. Este juicio de necesidad, dada la configuración analítica de la infracción penal y la relación lógico-necesaria que se da entre las diversas categorías, se formula una vez comprobada la concurrencia del merecimiento de responsabilidad.

La necesidad de formular un juicio de responsabilidad al sujeto por el comportamiento realizado se funda en la utilidad que tal juicio reporta. Mientras que las categorías precedentes han explicitado una secuencia de valores últimos sobre los que fundamentar un juicio de responsabilidad, la punibilidad aporta a la responsabilidad penal una dimensión nueva asentada en valores utilitarios. Ello no quiere decir que las categorías anteriores estén desprovistas en todo momento de consideraciones de utilidad. Éstas se integran ocasionalmente en la formulación y operación de las categorías precedentes, pero, a diferencia de lo que sucede en la punibilidad, tienen un papel limitado⁸.

A mi juicio, la categoría de la punibilidad se plantea si y en qué medida la formulación de un juicio de responsabilidad en el caso concreto sirve a los objetivos perseguidos por la intervención penal, más en concreto por la exigencia de responsabilidad criminal. En ese sentido sale del ámbito conceptual propio del merecimiento de responsabilidad y atiende a si el juicio de responsabilidad cumple fines insertos en otros lugares del sistema de exigencia de responsabilidad, o incluso fuera de él. La satisfacción de esos fines hará necesario el juicio de responsabilidad y su insatisfacción lo cuestionará, al mismo tiempo que el nivel de satisfacción susceptible de alcanzarse graduará la necesidad del juicio de responsabilidad.

⁸ Véanse, por ejemplo, los por mí denominados *intereses sociales instrumentales* presentes en determinadas causas de justificación específicas, en DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría*, cit., pp. 132-134, y en estos momentos apreciables, entre otros lugares, en el estado de necesidad o ejercicio legítimo de profesión médica relativos al aborto de los arts. 13 a 15 LO 2/2010. Sin embargo, no faltan autores que consideren que las reflexiones de utilidad tienen un lugar propio en todas las categorías del delito: Véanse por todos MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 155; LUZÓN PEÑA, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en Luzón Peña/Mir Puig (coords.), *Causas de justificación y atipicidad en derecho penal*, 1995, pp. 208-213. Me mostré precavido respecto a la generalizada introducción de tales elementos en las categorías del injusto culpable, aunque no tanto como ahora, en ídem, pp. 134-143. Rechaza cualquier inclusión de contenidos político-criminales en las categorías del injusto culpable. GRACIA MARTÍN, *Nota preliminar*, en MENDES DE CARVALHO, *Punibilidad y delito*, cit., pp. 9-16.

En consecuencia, la categoría de la punibilidad se estructura en torno a tres valores de utilidad, que se explicitan como sigue: El juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado debe ser *efectivo*, lo que significa que su formulación sirve al objetivo de cumplimiento de la norma correspondiente o de su aplicación coactiva en caso necesario. El juicio de responsabilidad debe ser *eficaz*, esto es, contribuye a la obtención de los objetivos perseguidos con la intervención penal, en especial la tutela de ciertos bienes o intereses, pero también los límites asignados a la responsabilidad penal y a las reacciones penales. Por último, el juicio de responsabilidad debe ser *eficiente*, lo que ocurre si los intereses satisfechos por ese juicio de responsabilidad están por encima de los intereses que la formulación de ese juicio deja de lado⁹.

De este modo, la punibilidad introduce en el juicio de responsabilidad un componente pragmático¹⁰ que, sin embargo, debe diferenciarse de otros contenidos semejantes atendidos en lugares distintos del sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Así, tanto la imposición de una reacción penal como su ejecución deben estar condicionadas y moduladas por una valoración de su utilidad, la cual, de todos modos, poseerá contenidos diversos de la valoración de utilidad propia del juicio de responsabilidad. Y lo mismo sucede con el proceso de verificación de la responsabilidad penal y de la eventual reacción penal a imponer, cuya activación y configuración deberá atender a consideraciones pragmáticas que no coinciden con las empleadas en los casos anteriores¹¹.

La doctrina jurídico-penal española, empero, fundamenta la categoría de la punibilidad a partir de puntos de vista sólo parcialmente coincidentes.

Un amplio sector doctrinal considera que la punibilidad abarca contenidos político-criminales o político-jurídicos. Mientras para unos sus elementos dan respuesta a razones de utilidad, oportunidad o conveniencia político-criminales, para otros estamos ante componentes de más amplio espectro, de política-jurídica, que se expresan generalmente como intereses procedentes de otros sectores jurídicos como el derecho constitucional, el derecho de familia, el derecho internacional público, etc. No faltan quienes incluyen tanto unos como otros elementos¹².

A mi entender, hablar de contenidos de política jurídica, diferenciados de los de política criminal, no presta atención al hecho de que cualesquiera intereses que por su relevancia se incorporan al derecho penal pasan a ser entonces intereses político-criminales o, si se prefiere, penales, al margen de su procedencia¹³. En cualquier caso, vincu-

⁹ Se ha adherido a mi concepción de la punibilidad MELENDO PARDOS, "Lección 25ª", en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez coauts. *Curso de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 2015, pp. 681-685.

¹⁰ Sobre el contenido e importancia de la racionalidad pragmática en la creación de las leyes penales, y su relevancia a la hora de fijar los contenidos de tutela, el ámbito de la responsabilidad y las sanciones a imponer, véase Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, pp. 91-96.

¹¹ Véanse *infra* referencias a componentes de utilidad que se integran en estos otros ámbitos del sistema de exigencia de responsabilidad.

¹² Véase una exposición de las posturas existentes en GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, 1997, pp. 46-48.

¹³ Véase ya Díez Ripollés, *La categoría*, p. 130. En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 89-91; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., pp. 48-49, 312-314, LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., 2016, p. 555, entre otros.

Una observación similar es pertinente en relación con los derechos y deberes extrapenales que se terminan incorporando al ámbito de la causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho del art. 20.7º CP. Véase Díez Ripollés *Derecho penal*, cit., pp. 275-276, 307.

lar el contenido de una categoría específica del delito al concepto de política criminal supone escoger una referencia con escasísima capacidad explicativa y discriminatoria en el contexto en el que nos movemos: La política criminal no es sólo punto de referencia de todo el sistema de exigencia de responsabilidad criminal, sino que propiamente marca los contornos de todo el derecho penal¹⁴. Ciertamente, la mención a que esos elementos de política criminal van referidos a razones de utilidad, conveniencia u oportunidad atenúa algo la crítica anterior, pero en la medida en que no se producen mayores precisiones de su contenido ni se los intenta integrar de forma coherente en el juicio de responsabilidad, resulta una guía insuficiente para fundar y determinar los elementos incluidos o por incluir en la categoría de la punibilidad.

Otro sector doctrinal entiende que la categoría de la punibilidad abarca elementos expresivos de la necesidad de pena, en complemento de los elementos de merecimiento de pena. Así, considera que el merecimiento de pena es un juicio global de desvalor que se plasma en las categorías que han dado lugar al injusto culpable, mientras que la necesidad de pena se refiere a un juicio de utilidad o conveniencia en el que predominan reflexiones sobre los fines de la pena, la idoneidad de ésta o el principio de subsidiariedad¹⁵.

Desde mi punto de vista, la elección de la pena como punto de referencia del juicio de valor de necesidad, al igual que del juicio de valor de merecimiento, resulta improcedente en la configuración del juicio de responsabilidad. Como hemos señalado brevemente al inicio de este trabajo, el juicio de responsabilidad penal precede al de imposición de pena, y en ambos coexisten razones de merecimiento y de necesidad. La indudable importancia del segundo de los juicios no debe llevar a su confusión con el primero, privando a éste de su autonomía y prioridad conceptuales. En suma, una categoría de la infracción penal, como es la punibilidad, no puede fundarse en la necesidad que se pueda tener o no para la imposición de la pena, juicio que es posterior y que atiende a objetivos distintos a los vinculados al juicio de responsabilidad¹⁶. Por otra parte, el propio concepto de necesidad, como el de merecimiento de pena se suelen

¹⁴ En sentido cercano, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., p. 49, 311-312; MELENDO PARDOS, "Lección 25ª", cit., p. 681.

Yo mismo abusé en algunas ocasiones, equivocadamente, de la expresión "contenidos político-criminales" para identificar elementos utilitarios insertos en diversas categorías de la infracción penal. Véase, por ejemplo, DíEZ RIPOLLÉS, *La categoría*, pp. 521 y ss.

¹⁵ Los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y el lugar que han de ocupar en el sistema de exigencia de responsabilidad penal han sido objeto de un significativo debate en la dogmática jurídico-penal (véanse en España por todos, y con abundantes referencias también al debate alemán, DíEZ RIPOLLÉS, *La categoría*, cit, pp. 127-143; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, 1997, pp. 49-57, 315-331; LUZÓN PEÑA, "La relación", cit., pp. 199-213).

En línea con la distinción apuntada en el texto, MARTÍNEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 108 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, "Tema 21", en Zugaldia Espinar (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 2010, pp. 359-361; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *Las excusas absolutorias en derecho español*, cit., pp. 31-32; entre otros. Amplia referencia a la doctrina alemana en este sentido, en GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., p. 53.

¹⁶ Soy consciente de la trascendencia de mi afirmación, en cuanto plantea el papel a desempeñar por la teoría de la pena en la fundamentación de la teoría del delito y en la legitimación del derecho penal en su conjunto, por citar sólo un par de asuntos afectados. Sin embargo, no dispongo aquí de espacio para detenerme algo más en este tema. Mi punto de vista ha sido expresado, entre otros lugares, en DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad*, pp. 116 y ss., 140-143; *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 2ª ed., 2007, pp. 280-281.

formular en términos muy generales, con poca capacidad explicativa o discriminatoria. Si se les prestara más atención estarían en condiciones de multiplicar sus aportaciones a la teoría de la pena, y de evitar su confusión con las valoraciones presentes en el juicio de responsabilidad¹⁷. De todos modos, la crítica precedente no excluye la posibilidad de que determinados elementos de la punibilidad valoren la utilidad de formular un juicio de responsabilidad a partir de las consecuencias que de ello se van a derivar en el juicio de imposición de la reacción penal. Pero siempre se atenderá a las consecuencias que la formulación del juicio de responsabilidad en sí mismo puede tener sobre el juicio de merecimiento y necesidad de imposición de la reacción penal, sin atraer elementos aislados relacionados con el juicio de imposición de pena a esa u otras categorías de la infracción penal.

Alguna opinión doctrinal prefiere identificar el contenido de la categoría de la punibilidad con el principio de subsidiariedad. Este principio es entendido como un juicio utilitario de eficiencia, que determina la admisibilidad de la intervención penal en función de que la relación coste-beneficio sea favorable a ella. A tales efectos hay que tomar en consideración, por un lado, si hay medios menos lesivos que permitan lograr de una manera equivalente o superior el fin de la intervención penal, para lo que hay que escudriñar tanto otras instancias de control social formal disponibles –el derecho civil, el derecho administrativo...–, como las instancias de control social informal. Por otro lado, hay que ponderar los costes adicionales que la intervención penal entraña para otros intereses dignos de tutela. Para esta opinión, el principio de subsidiariedad resulta imprescindible desde cualquier fundamentación del derecho penal que atienda a los fines preventivos de la pena, es decir, que no se limite a asignar a la pena la función de reafirmar la justicia sino que pretenda evitar la delincuencia futura. En suma, el principio de subsidiariedad permite responder a la pregunta de si el recurso a la pena resulta, pese a la infracción de la norma, superfluo, lo que obliga a incluirlo en el sistema de la teoría jurídica del delito. Como el injusto y la culpabilidad responden a contenidos diversos, y resulta incoherente relegar el principio a la teoría de determinación de la pena o al derecho procesal, su lugar es la categoría de la punibilidad¹⁸.

La tesis expuesta tiene el significativo mérito de haber introducido en la punibilidad el valor utilitario de la eficiencia, yendo más allá de las referencias genéricas a componentes de conveniencia, oportunidad o utilidad, o a la necesidad de pena. La eficiencia sí posee un contenido propio desde el que fundar e interpretar diversas previsiones legales. El propio autor defensor de esta tesis se encarga de demostrarlo, como veremos más adelante. No comparto, sin embargo, la pretensión de reducir la punibilidad a consideraciones de eficiencia. Como ya he expuesto más arriba, esta categoría de la infracción penal incluye de hecho, y es correcto que incluya, otros elementos utilitarios que se vinculan más bien a los valores de utilidad de la efectividad y eficacia de la formulación del juicio de responsabilidad. Sólo una interpretación amplia de lo que contiene el principio de subsidiariedad permitiría acercar posiciones en

¹⁷ Véase ya críticamente sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena, DÍEZ RIPOLLÉS, *La categoría*, pp. 134 y ss. Ampliamente, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., pp. 324-331.

Más adelante se apuntan ciertos elementos que deberían integrarse en el juicio de necesidad de imposición de pena.

¹⁸ Así GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., pp. 336-385.

este punto. Por otra parte, discrepo de la actitud, que también adopta la opinión que estamos considerando, de atribuir a la categoría de la punibilidad la función de alojar elementos propios del juicio de necesidad de imposición de pena, o de la teoría de la pena, si se quiere. Ya he expuesto las razones de ello líneas más arriba. Reiteraré que ni es coherente con el sistema de exigencia de responsabilidad criminal, ni es preciso para entender cabalmente los elementos a incluir en la punibilidad. Y todo ello sin perjuicio de los argumentos dados sobre una limitada introducción de componentes utilitarios en las diversas categorías del delito.

4. ELEMENTOS DE LA PUNIBILIDAD

Una vez aceptada la categoría de la punibilidad entre las propias de la infracción penal, la determinación de los elementos concretos que pertenecen a ella es algo discutido doctrinalmente. El debate no sólo reside en identificar aquellos elementos que no deben integrarse en las categorías del injusto culpable, sino que se extiende también a si, aclarada su no pertenencia al injusto culpable, deben incluirse en la categoría de la punibilidad, o integrarse mejor entre los elementos de la penalidad, sea imposición o ejecución de pena, o entre los elementos de procedibilidad. Vamos a ocuparnos primero de las pautas clasificatorias a utilizar en la categoría de la punibilidad, para luego incluir un significativo número de previsiones legales esparcidas por nuestro código en la clasificación por nosotros escogida. En otro apartado aludiremos a los elementos utilitarios que deben insertarse, a nuestro juicio, en otras sedes del sistema de exigencia de responsabilidad criminal.

4.1. Criterios clasificatorios

La clasificación habitual de los elementos de la punibilidad distingue entre condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias.

Las primeras se formulan en términos positivos, quiero decir que su concurrencia en el comportamiento enjuiciado o en el contexto en que se realiza es precisa para que pueda hablarse de punibilidad. Se suele distinguir entre condiciones objetivas de punibilidad y de mayor punibilidad: Si en el primer caso su concurrencia permite que se pueda cumplir la última categoría del delito y por tanto el juicio de responsabilidad, en el segundo su presencia hace que la punibilidad sea mayor, siendo uno más de los elementos que en nuestro ordenamiento gradúan el juicio de responsabilidad, en este caso a través de la punibilidad¹⁹.

¹⁹ A mi juicio, también cabe, no ya imaginar, sino identificar condiciones objetivas de menor punibilidad, usando por el momento esta terminología. Es el caso del último inciso del art. 171.3, relativo al delito de chantaje. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, en Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), *Comentarios a la Parte especial*, I, 1997, pp. 812-814.

De origen alemán es la distinción entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias (véanse por todos JESCHKECK/WELGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl, Duncker und Humblot, 1996, pp. 554-558). Las segundas serían en realidad elementos fundadores o agravadores del injusto que se quieren sustraer a las exigencias de la imputación objetiva y/o subjetiva. Han aceptado en España esta distinción conceptual, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO/HUERTA TOCILDA, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1986, pp. 389-394; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 182-183; MARTINEZ PÉREZ, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, cit., pp. 108-118; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, 2000, pp. 74-75. Con todo, los autores de las dos primeras citas, aunque asumen la distinción, privan de legitimidad a las condiciones impropias. A mi juicio, estamos ante una distinción incoherente sistemáticamente, que debe ser rechazada.

Las segundas son entendidas como causas excluyentes de la punibilidad y, por tanto, son expresadas en términos negativos: Su concurrencia elimina la punibilidad. Se acostumbra a diferenciar entre excusas absolutorias en sentido estricto y excusas absolutorias sobrevinientes. De este modo, las primeras concurren al tiempo de realización del injusto culpable, mientras que las segundas aparecen tras la ejecución de éste²⁰.

Siendo ésta la opinión más extendida, García Pérez ha propuesto una nueva clasificación basada en la fundamentación de la punibilidad en la idea de eficiencia²¹. A su tenor, hace una distribución prácticamente exhaustiva de los elementos atribuibles a la categoría de la punibilidad de acuerdo a seis criterios de eficiencia: El conflicto derivado de la infracción de la norma se resuelve por las partes directamente, ese conflicto se resuelve mejor o igual por instancias de control social informal o por otras instancias de control social jurídico, la propia conducta del autor permite renunciar total o parcialmente a la pena, la pena incorpora costes excesivos sobre otros intereses dignos de protección, o, finalmente, concurren otros criterios de eficiencia²².

En mi opinión, la clasificación tradicional se funda básicamente en la distinta estructura formal asertiva o negativa de los elementos incluidos en la punibilidad, con referencias ocasionales a aspectos sistemáticos diversos en cada grupo. En cualquier caso, no se guía por el componente sustancial de cada uno de los elementos abarcados. Por su parte, García Pérez agrupa los elementos bajo criterios materiales bien explícitos, al margen de que se puedan compartir o no, pero descuida la configuración formal y sistemática de ellos dentro de la categoría. Mi opción sería la de intentar estructurar los elementos constituyentes de esta categoría del modo más semejante posible a como se procede en las categorías que dan lugar al injusto y a la culpabilidad, atendiendo a aspectos formales y materiales.

De este modo, considero que todos los elementos de la categoría en estudio pueden ordenarse formalmente según sean componentes *fundamentadores*, *excluyentes* o *graduadores* de la punibilidad. Además, creo que todos los elementos de la punibilidad son fácilmente reconducibles a los tres criterios materiales de necesidad del juicio de responsabilidad antes referidos, a saber, la *efectividad*, la *eficacia* y la *eficiencia* de ese juicio de responsabilidad. Y, por último, debe diferenciarse entre los elementos de la punibilidad que son aplicables a todas las figuras de delito y aquellos que sólo deben tomarse

²⁰ De nuevo la distinción tiene su origen en Alemania, donde se suele distinguir entre causas de exclusión de la pena y causas de anulación o levantamiento de la pena (véanse por todos, LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl, C.H. Beck, 2014, pp. 639-641). Con todo, en ese país la procedencia de la distinción se cuestiona por muchos autores al considerarla dogmáticamente irrelevante (por todos, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl, 1991, p. 341). La distinción ha servido en España para que ciertos autores excluyan a las segundas de su pertenencia a cualquier categoría del delito, incluida la punibilidad, en la medida en que constituyen un comportamiento posdelictivo (véanse DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, 1985, pp. 315-385; FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, cit., pp. 147-178, entre otros). Pienso, sin embargo, que la realización del injusto —la consumación o la imperfecta ejecución— no tiene por qué ser la referencia temporal para la posible aparición de todas las restantes categorías del delito. Ciertamente lo es para la culpabilidad, pues ésta es culpabilidad por el injusto, pero no tiene por qué serlo respecto a la punibilidad. Véase Díez Ripollés, *Derecho penal español*, cit., p. 548; García Pérez, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., pp. 44-45.

²¹ Véase más arriba.

²² Véase García Pérez, *La punibilidad en el derecho penal*, cit., pp. 295-299.

en consideración en supuestos delictivos específicos, es decir, hay que distinguir entre elementos *genéricos* y *específicos*²³.

4.2. Distribución de los elementos de la punibilidad²⁴

4.2.1. La efectividad

Si empezamos con los elementos que pretenden asegurar la efectividad del juicio de responsabilidad, observamos que no existen elementos genéricos que fundamenten o excluyan la punibilidad desde esa perspectiva utilitaria. Sin embargo, parece razonable atribuir tal objetivo a la atenuante genérica de confesión de la infracción del art. 21.4^a CP²⁵, y a las agravantes genéricas de aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros, y a la de disfraz, del art. 22.2^a CP siempre que las veamos desde la variante de facilitación de la impunidad. En el primer caso la efectividad del juicio de responsabilidad se facilita por la conducta posterior al hecho delictivo del propio autor de la infracción, quien asegura con su confesión la aplicación de la norma y aligera la tarea de la administración de justicia. Por el contrario, en las agravantes indicadas la efectividad del juicio de responsabilidad se dificulta en la medida en que el autor de la infracción interpone circunstancias o medios que hacen más difícil el descubrimiento del hecho o la identificación del infractor, condiciones para la aplicación de la norma²⁶.

Entre los elementos específicos podemos mencionar la eximente de denuncia del cohecho por sujeto activo particular del art. 426 CP. También la atenuante de abandono de actividades delictivas, confesión y colaboración activa, contenida en diferente medida en los delitos contra la salud pública, malversación, terrorismo y organización o grupos criminales de los arts. 376 p. 1; 434 inc. 2^o; 579 bis 3 y 570 quáter 4 CP, así como la atenuante de denuncia de chantaje en relación con revelación o denuncia de delito castigado con pena de prisión superior a dos años, del art. 171.3 inciso último, CP. La eximente del art. 426 hace innecesaria la formulación del juicio de responsabilidad sobre el particular en la medida en que así se asegura la efectiva identificación del funcionario corruptor y la consecuente aplicación de la norma prohibitiva del cohecho a quien tiene una especial capacidad lesiva. La atenuante mencionada en primer lugar aminora el juicio de responsabilidad en tanto en cuanto el sujeto responsable facilita el cumplimiento de las normas implicadas o su aplicación coactiva, en suma, su efectividad, a través de su renuncia a proseguir con la actividad delictiva, su ayuda para impedir futuros delitos, su confesión, o el auxilio que presta para identificar o capturar a otros responsables²⁷. Por otra parte,

²³ En el mismo sentido, MELENDO PARDOS, "Lección 25^a", pp. 682-685.

²⁴ La exposición que sigue hará continua referencia al fundamento utilitario de los diferentes elementos mencionados, pero no supone que yo comparta en todos los casos la decisión política-criminal del legislador de introducir tales elementos en nuestra legislación.

²⁵ Formulación equivalente tiene la atenuante referida a la responsabilidad de las personas jurídicas del art. 31 quater a).

²⁶ Cabe asimismo incluir aquí las atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas del art. 31 quater, letras b) y d). En ambas la intensidad del juicio de responsabilidad puede aminorarse en la medida en que el cumplimiento y aplicación de la norma incrementan su efectividad actual o futura gracias al sujeto responsable, quien, bien colabora en la determinación de responsabilidades con la aportación de nuevas pruebas decisivas, bien adopta medidas que van a impedir que vuelva a incumplirse la norma o, eventualmente, van a reducir sus dificultades de aplicación.

²⁷ La formulación de la atenuante no es la misma en todos los casos, por lo que destaco los elementos básicos y no me detengo tampoco en la interrelación entre las diversas exigencias.

el juicio de responsabilidad por el delito sometido a chantaje no precisa ser tan intenso si a cambio se asegura una efectiva aplicación al chantajista de la norma que está violando²⁸.

4.2.2. La eficacia

Entre los elementos que atienden a la eficacia del juicio de responsabilidad tenemos un elemento genérico, la atenuante de reparación o disminución del daño del art. 21.5^a CP²⁹. En este caso se hace innecesario un juicio de responsabilidad de intensidad plena en tanto que la conducta posterior del autor logra salvaguardar parcial o totalmente el interés que quiere proteger la norma. Esa eficacia en la protección del bien tutelado es, de todos modos, limitada, pues el comportamiento delictivo no ha respetado la incolumidad del bien, y ésta se ha de recuperar, plena o parcialmente, posteriormente.

Hay abundantes elementos específicos excluyentes o graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad en razón de la eficacia ya lograda en la obtención de los objetivos perseguidos por la intervención penal. Entre los elementos específicos excluyentes cabe citar la regularización de cantidades defraudadas o reintegro de subvenciones obtenidas fraudulentamente, en los delitos contra la hacienda pública de los arts. 305.4, 307.3 y 308.5 CP; la rectificación de la declaración incompleta o mendaz de bienes o patrimonio en un procedimiento ejecutivo, del art. 258.3 CP; la revelación de los delitos de rebelión o sedición a tiempo de evitar sus consecuencias, de los arts. 480.1 y 549 CP; la retractación oportuna de falso testimonio en causa criminal, de art. 462 primer inciso, CP; la convalidación de matrimonio inicialmente inválido de art. 218.2 CP. En los dos primeros grupos de supuestos se estima que la tardía aportación de las cantidades defraudadas o declaración de los bienes ocultados satisface suficientemente los objetivos perseguidos por la intervención penal y hace innecesario el juicio de responsabilidad, en los siguientes casos ese juicio es innecesario dado que el comportamiento posterior del autor intenta prevenir mayores daños al interés ya lesionado o daños a otro, y en el último caso se considera lograda la eficacia de la intervención penal dada la recuperación posterior de la incolumidad del interés protegido aun sin la intervención del autor.

Entre los elementos específicos graduadores de la necesidad del juicio de responsabilidad destacan un conjunto de atenuantes que resaltan la eficacia parcial ya obtenida en la consecución de los objetivos de la intervención penal. La atenuante de reparación aplicable a todos los delitos relativos a ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente, del art. 340 CP, la atenuante de reparación en delitos de malversación, del art. 434 inciso primero CP, y la atenuante de retractación en los delitos de injuria y calumnia, del art. 214 p. 1 cp, responden al mismo fundamento utilitario que el atribuido a la atenuante genérica de reparación o disminución del daño del art. 21.5^a CP. La atenuante de restitución o depósito de menor o discapacitado no presentado a titulares de guarda o inducido a abandonar el domicilio familiar, del art. 225 CP, la atenuante de retractación de falso testimonio en causa criminal con previa privación de libertad, del art. 462 segundo inciso CP, y la atenuante de deposición de armas, disolución o sometimiento a la autoridad de rebeldes y sediciosos,

²⁸ En la medida en que la efectividad va referida a otro delito, se podría hablar también de una razón de eficiencia en lugar de una de efectividad.

²⁹ A la misma idea responde la atenuante del juicio de responsabilidad de personas jurídicas del art. 31 CP.

de los arts. 480.2 y 549 CP, aminoran la necesidad del juicio de responsabilidad en la medida en que el comportamiento posterior del autor previene mayores daños al interés ya lesionado o daños a otro³⁰.

4.2.3. La eficiencia

Elementos genéricos que se ocupan de la eficiencia del juicio de responsabilidad son aquellos que establecen la no necesidad de formular un juicio de responsabilidad por la realización en el ejercicio de sus funciones de cualquier comportamiento injusto y culpable a personas que detentan, o han detentado, ciertos cargos. Me refiero a las eximentes de inviolabilidad referidas, entre otros supuestos, al jefe del Estado, los parlamentarios, los magistrados del tribunal constitucional, el defensor del pueblo y el personal diplomático y consular³¹. En un cálculo de eficiencia, el interés en que se aplique o se cumpla la norma penal mediante la formulación de un juicio de responsabilidad cede ante otros intereses, diversos, vinculados al ejercicio del cargo. Estos pueden ser los de mantener al jefe del Estado fuera de la contienda política, asegurar la libre formación de la voluntad parlamentaria, garantizar el libre ejercicio de altas funciones de control jurisdiccional o administrativo, o representar adecuadamente al Estado acreditante. Incluso la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP en su aplicación como atenuante se puede pensar que reduce la intensidad del juicio de responsabilidad por razones de eficiencia semejantes a las que expondremos más abajo respecto al art. 268 CP³².

Entre los elementos específicos que introducen un criterio de eficiencia destaca el art. 259.4 CP, el cual fundamenta la necesidad del juicio de responsabilidad en que el autor del injusto culpable haya llegado ya a una situación de insolvencia persistente o, en su defecto, se haya producido una declaración de concurso, ya que, en caso contrario, todavía el interés en superar la crisis económica, con los efectos beneficiosos que ello reportaría a acreedores y terceros, predomina sobre el interés en aplicar la norma penal. Por su parte, la eximente por razón de parentesco en determinados delitos contra el patrimonio, siempre que no haya concurrido violencia, intimidación o abuso de vulnerabilidad, del art. 268 CP, expresa que el interés en formular el juicio de responsabilidad al autor del delito no compensa los perjuicios que ello causará a otros intereses familiares y sociales. También la atenuante de falta de reciprocidad referida a delitos contra el derecho de gentes, del art. 606.2 CP, considera que el interés en formular al autor un juicio agravado de responsabilidad por el injusto culpable realizado decae si en el derecho del país de la persona ofendida no se considera agravado ese mismo injusto culpable.

³⁰ La medida en que las eximentes de los arts. 480.1, 549 y 462 inciso primero CP, así como las atenuantes de los arts. 480.2, 549, 225 en relación con el 223, y 462 inciso segundo CP, pueden calificarse como supuestos peculiares de desistimiento referido al agotamiento del delito no puede analizarse aquí. En cualquier caso esa naturaleza jurídica no sería obstáculo para clasificarlas en este lugar sistemático. Véase respecto a alguno de estos supuestos, DIEZ RIPOLLÉS, *Comentarios al código penal. Parte especial*, II, 2004, pp. 1186-1187.

³¹ Las previsiones legales están contenidas en los arts. 56.3 y 71.1 CE, art. 22 LO 2/1979, art. 6.2º y 4º de LO 3/1981, arts. 31.1 y 39.2, inciso final, de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, y arts. 43.1 y 53.4 de Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963.

³² Véase una posible interpretación en ese sentido en DIEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal*, p. 500.

5. OTROS ELEMENTOS UTILITARIOS EN LA ESTRUCTURA DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

No es objeto de este trabajo seguir la pista a los restantes elementos utilitarios que se distribuyen por otros lugares del sistema de exigencia de responsabilidad penal. Sin embargo, a efectos de consolidar la implantación de la perspectiva utilitaria en toda la estructura de demanda de responsabilidad criminal, al igual que para marcar diferencias con otros elementos ya vistos pertenecientes al juicio de responsabilidad, vamos a proceder a unas consideraciones adicionales.

5.1. Los elementos utilitarios de la penalidad

Los elementos que tanto en la imposición como en la ejecución de la reacción penal atienden de modo predominante a la necesidad de esa imposición y ejecución son muy numerosos, y su estudio es propio de la teoría de la pena. Se encuentran distribuidos entre las reglas de determinación legal y judicial de la pena así como entre las reglas penales y penitenciarias de ejecución penal.

Entre los preceptos que atienden a la necesidad de *imposición* de la pena podríamos citar algunos ejemplos, ni siquiera los más relevantes. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, del art. 53 CP, se suele fundar en el principio de inderogabilidad de la pena, una forma de decir que hay que asegurar la *efectividad* de la imposición de la pena consecuencia del juicio de responsabilidad formulado. La previsión del art. 71.2 CP de sustituir la pena de prisión resultante inferior a tres meses por otro tipo de pena está claramente influida por la *ineficacia* de esa pena de prisión corta para resocializar, o al menos no desocializar, al delincuente. La norma, del art. 89.1 CP, que sustituye la pena de prisión superior a un año y no superior a cinco años impuesta a un extranjero por la medida de expulsión del territorio nacional, considera en la mayoría de los casos más *eficiente* aprovechar el juicio de responsabilidad penal del que se ha hecho acreedor el extranjero para asegurar una política migratoria restrictiva que para lograr determinados efectos socio-personales de la pena.

Lo mismo puede hacerse con las previsiones o instituciones legales que atienden de modo predominante a la necesidad de la *ejecución* de la reacción penal. Es el caso de las diversas modalidades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, de los arts. 80 a 87 CP, o de la suspensión de la ejecución del fallo, anulación, sustitución o reducción de medidas durante la ejecución, o modificación del lugar de ejecución de esas medidas, de los arts. 14, 40 y 51 de LO. 5/2000 de responsabilidad penal de los menores, trufadas todas ellas de consideraciones sobre la *efectividad, eficacia y eficiencia* de la ejecución de esas penas o medidas.

En este lugar resulta oportuno destacar que una buena parte de las denominadas causas de extinción de la responsabilidad criminal, enumeradas y reguladas en los arts. 130 y ss. CP, fundan su existencia en gran medida en razones de necesidad de ejecución de la pena: El indulto del art. 130.1.4º CP se funda en razones que tienen que ver con la pérdida o disminución de la *eficacia* de la ejecución de la pena impuesta debidas a la sobrevenida ausencia de necesidades preventivas o, por el contrario, a la salvaguarda de otras, o con la mayor *eficiencia* de la no ejecución de la pena, junto a algún otro fundamento no utilitario. La prescripción de la pena, del art. 130.1.7º CP, se funda en que el plazo de tiempo transcurrido hace que la ejecución de la pena ya no es *eficaz*, o es poco eficaz, para obtener los fines preventivos perseguidos. La remisión definitiva de la pena suspendida de prisión, del art. 130.1.3º CP, expresa que la satisfacción por el suspenso de las condiciones impuestas, con sus efectos preventivos anejos, ha sustituido con éxito a la eficacia que se podría lograr con la ejecución de la pena de prisión suspen-

sa. Y, ciertamente, si el delincuente condenado muere, variante de art. 130.1.1º CP, ya no resulta *efectiva* la ejecución de la pena impuesta o que le quedaba por cumplir³³.

5.2. Los elementos utilitarios de procedibilidad

Al momento de la verificación de la responsabilidad y reacción penales nos encontramos, junto a reglas que determinan la corrección del procedimiento penal, con otras que atienden a si es necesario llevar a término, o en qué condiciones, el procedimiento penal. Vamos aquí a recuperar la distinción entre elementos genéricos, aplicables en cualquier procedimiento penal, y elementos específicos, que afectan al enjuiciamiento de determinadas conductas delictivas.

Entre los primeros puede considerarse que atienden a la *efectividad* de la persecución penal la responsabilidad escalonada en delitos cometidos por medios de comunicación social, del art. 30 CP, en la medida en que asegura que el procedimiento se va a dirigir contra alguien, y la causa de extinción de la responsabilidad por muerte del delincuente sin condena firme, variante del art. 130.1.1º CP, que refleja la ineffectividad que afronta el procedimiento. En la causa de extinción de la responsabilidad por prescripción del delito, del art. 130.6º CP, y en la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6ª CP la tardía verificación de la responsabilidad y de la sanción hace que los objetivos perseguidos e intereses a respetar por la potestad jurisdiccional y, por tanto, su *eficacia* queden en entredicho, al margen de razones complementarias ligadas a la necesidad de imposición de pena. Las inmunidades del jefe del Estado, de los parlamentarios, de jueces y magistrados, del defensor del pueblo, de personal diplomático y consular, entre otros, establecen limitaciones a la persecución penal claramente inspiradas en razones de *eficiencia*, dada la presencia de otros intereses ligados al cargo dignos de consideración³⁴. La no persecución de oficio, sino mediante denuncia o querrela, de determinados delitos presta también atención a otros intereses, singularmente de la víctima, que se estima que pueden primar sobre los de la persecución penal³⁵, y algo similar ocurre con la causa de extinción de la responsabilidad del perdón del ofendido, del art. 130.1.5º en los delitos para los que rige. Por su parte, el desistimiento por la fiscalía de la incoación de expediente, o su sobreseimiento, en delitos cometidos por menores, de arts. 18 y 19 LO 5/2000, atiende a la no necesidad de iniciar o concluir el procedimiento, sea porque la actuación posterior del menor ha salvaguardado de manera suficiente el interés protegido por la norma, sea porque los objetivos perseguidos sobre el menor susceptible de ser declarado responsable se satisfacen mejor o adecuadamente sin que medie esa declaración.

³³ No es éste el lugar para profundizar en el fundamento y naturaleza de las causas de extinción. Baste decir que, a mi juicio, como ya he expuesto y argumentado en otro lugar (DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho penal*, pp. 829 y ss.), constituyen predominantemente, según los casos, bien elementos que excluyen la necesidad de ejecución de la pena, bien elementos que excluyen la necesidad de verificar la responsabilidad y reacción penales.

³⁴ Véanse arts. 56.3, 57.5 y 71.2 CE, 11 a 14 de Regl. Congreso de 1982, 22 de Regl. Senado de 1994, arts. 398 y ss. LOPJ, art. 6.3º de LO 3/1981, art. 39.2 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961, y arts. 41.1 y 2 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963.

³⁵ Así, entre otros, en determinados delitos contra la integridad corporal, contra la libertad sexual, contra el honor, contra la seguridad de menores, contra la intimidad -arts. 147.4, 191.1, 215.1, 228, 201.1 CP, respectivamente-.

Más brevemente, podemos citar como elementos específicos la exigencia de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento o archivo firmes para proceder de oficio contra el denunciante o acusador falsos, del art. 456.2 CP, inspirada en el aseguramiento de la *efectividad* del procedimiento. La certificación de haber celebrado o intentado celebrar acto previo de conciliación para poder presentar querrela por delitos de injuria o calumnia, del art. 804 LECrim, fundada en la constatación de que no se pueden lograr *eficazmente* los objetivos de la norma penal prescindiendo de la verificación de la responsabilidad del autor. Razones de *eficiencia* están tras la potestad de renunciar a la persecución del delito objeto de chantaje a cambio de la denuncia y consecuente persecución de éste, de art. 171.3 primer inciso CP, la previa licencia de juez o tribunal para perseguir calumnia o injuria vertida en juicio por él conocido, de art. 215.2 CP, o el posible ejercicio de la acción penal por el ministerio fiscal mediante querrela o denuncia, según los casos, en delitos en principio no perseguibles de oficio, de los arts. 191.1, 201.1 inciso 2, 228, 267 p. 2, 287.1 inciso 2 CP, entre otros.

6. RECAPITULACIÓN

He procurado demostrar que el concepto de necesidad, distinto al de merecimiento, está presente en todas las fases del sistema de exigencia de responsabilidad criminal. Por consiguiente, no sólo al momento de formular el juicio de responsabilidad, sino también en los juicios de imposición o ejecución de la reacción penal, así como en el juicio de verificación de la responsabilidad y de la reacción penales.

He intentado además dotar de contenido material a ese juicio de necesidad, lo que he hecho a partir de los conceptos pragmáticos de efectividad, eficacia y eficiencia, conceptos los tres que pueden desenvolver sus prestaciones en los cuatro juicios del sistema de exigencia de responsabilidad criminal reseñados, por más que acomodados al contexto valorativo del juicio correspondiente en el que en cada caso se insertan.

Por lo que se refiere al primero de los juicios, el de responsabilidad criminal, la idea de necesidad encuentra cobijo, salvo limitadas excepciones, en la categoría del delito de la punibilidad. Esta categoría ha de entenderse como una categoría autónoma del concepto de delito, al mismo nivel que las restantes, y dotada de un rico contenido.

A lo largo de este estudio me he centrado en mostrar cómo los conceptos utilitarios de efectividad, eficacia y eficiencia explican convincentemente la existencia de numerosos elementos que fundamentan, excluyen o gradúan la punibilidad, dentro del juicio de responsabilidad. También he mostrado cómo esos conceptos pragmáticos justifican abundantes elementos de los juicios de imposición y ejecución de la reacción penal, y del juicio de verificación de la responsabilidad y reacción penales.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ - JOAN JOSEP QUERALT JIMÉNEZ
MIRENTXU CORCOY BIDASOLO - M^a TERESA CASTIÑEIRA PALOU

Coordinadores

ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

Homenaje al profesor
SANTIAGO MIR PUIG

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2017

Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-745-33-9

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (00598) 2916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en España en el mes de diciembre de 2017 por:

Elece Industria Gráfica, S.L.

Pol. Industrial El Nogal, C/Rio Tietar, 24-26

28110 Algete (Madrid)