

# LA PENALIDAD

Al constatar la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad se puede decir que existe un delito con todos sus elementos. Sin embargo, en ciertos casos para poder castigar un hecho como delito se exige la presencia de elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuricidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político-criminal que tienen asignadas estas categorías.

Es difícil reconducir estos elementos adicionales y excepcionales a una categoría común, dada su diferente función y significado político-criminal. Por ejemplo, entre el previo requerimiento o sanción administrativa en el delito de discriminación laboral y la previa querrela del ofendido en la injuria, solo hay en común que ambos presupuestos condicionan la imposición de la pena sin que sean elementos del tipo, de la antijuricidad o de la culpabilidad. Tampoco hay nada en común entre la impunidad, prevista en el Código Penal Español, Artículo 480,1, para el implicado en un delito de rebelión que lo revela a tiempo de poder evitar sus consecuencias, y la impunidad, prevista en el Artículo 268,1 del mismo Código, para determinados parientes respecto de algunos delitos contra el patrimonio, salvo que, desde luego, tales causas de impunidad no excluyen la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad.

Por lo anterior se impone la elaboración de una sede sistemática en la que se incluyan estos elementos que también condicionan la aplicación de la pena en algunos delitos, pero que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad.

Si se busca un nombre para denominar esta sede sistemática en la que puedan incluirse tales elementos, preferiría utilizar el más neutral de «penalidad», que otros llaman «punibilidad», «merecimiento» o «necesidad de pena». La penalidad o punibilidad es una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos

que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, solo se exigen en algunos delitos concretos.

Existen causas que fundamentan la Penalidad, las llamadas *condiciones objetivas de penalidad*, y causas que la excluyen, llamadas *causas de exclusión o anulación de la penalidad o excusas absolutorias*. Aunque respecto a algunas de ellas se discute si no pueden integrarse en otras categorías, lo más importante es que, al no ser elementos de la tipicidad, no tienen que ser abarcadas por el dolo, siendo por tanto irrelevante el error del sujeto sobre su existencia.

La doctrina española ha destacado la importancia de la penalidad como categoría autónoma dentro de la Teoría General del Delito (véanse, por ejemplo, las obras de Bacigalupo Zapater (1983), Mapelli Caffarena (1990), y Martínez Pérez (1989)). García Pérez le da a la «penalidad» un contenido similar al que aquí se mantiene, considerando que la autonomía de esta categoría, que él denomina «punibilidad», se deriva del principio de subsidiariedad del Derecho penal. Faraldo Cabana, 2000, pp. 177-178, considera que algunos de estos condicionamientos y exenciones de pena, como también algunas atenuaciones que se encuentran en la Parte Especial, no son subsumibles en la punibilidad como categoría autónoma del delito por darse después de realizado el hecho y ser diferentes al mismo; pero no ofrece un nombre o categoría distinta para incluirlos sistemáticamente, por lo que creo que deben incluirse en este apartado. Me parece, en cambio, excesivo el contenido que le da a esta categoría Asúa Batarrita, 1999, pp. 221 y ss., al considerar también como relevantes para la punibilidad problemas de carácter procesal y de anómalo funcionamiento de la Administración de Justicia, como son la prisión preventiva de excesiva duración o la nulidad de las pruebas obtenidas mediante «agente provocador» o torturas que determinan la imposibilidad de una condena en base a ellas, pues, sin negar el fundamento constitucional que tienen dichos óbices para una condena penal, su

incidencia es puramente procesal, sin relación alguna, ni posibilidad de ubicación sistemática en la Teoría del Delito. Como tampoco la tiene el que el autor del delito sea detenido o que comparezca el día del juicio y no pueda ser condenado en rebeldía. Evidentemente, los presupuestos procesales de la actividad probatoria y la posibilidad de la ejecución de las consecuencias jurídicas son también determinantes de la efectividad material de la aplicación del Derecho penal como un todo, pero pertenecen a otras partes distintas de la Teoría del Delito, al Derecho procesal penal y al Derecho de ejecución de las penas principalmente (cfr. también en Hassemer/ Muñoz Conde, Introducción, 1989, pp. 80 y ss.).

**Referencia:**

*Muñoz-García (2010) Derecho Penal parte General. Editorial Tirant Lo Blanch.*

*Recuperado de*

[https://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho\\_Penal\\_Parte\\_General\\_Munoz\\_Conde\\_Mercedes\\_Aran.pdf](https://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf)