

# La terminación del delito

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Penal. Universitat de València

**SUMARIO:** I. Justificación y planteamiento. A) Justificación. B) Planteamiento.—II. La terminación del delito: Cuestiones preliminares. A) Introducción. B) La cuestión terminológica. C) Sustantividad y autonomía de la categoría de la terminación. 1) Teorías positivas. 2) Teorías negativas. 3) Teorías positivas limitadas. 4) Toma de posición.—III. La terminación del delito: delimitación conceptual y estructura. A) Delimitación conceptual. 1) Criterios subjetivos. 2) Criterios objetivos. a) Criterios objetivo-materiales. b) Criterios objetivo-formales. c) Criterios objetivo-teleológicos. 3) Criterios mixtos. 4) Toma de posición. B) La fase de la terminación del delito en las diferentes estructuras típicas. 1) Delitos de consumación anticipada. a) Delitos de intención. b) Delitos de peligro. c) Delitos de empresa. d) Delitos de consumación anticipada en sentido estricto. 2) Delitos con estructura iterativa. a) Delito permanente. b) Otras estructuras iterativas semejantes al delito.—IV. La terminación del delito: consecuencias jurídicas. A) Autoría y participación. B) Circunstancias modificativas. C) Legítima defensa. D) Concurso de delitos. E) El agente provocador. F) Prescripción del delito. Indulto. Otros.

## I. JUSTIFICACIÓN Y PLANTEAMIENTO

### A) Justificación

El delito, dice MANTOVANI (1), como toda cosa humana, nace, vive y muere. Desde el punto de vista jurídico-penal, a ese proceso en virtud del cual transcurre la vida del delito, desde el nacimiento de la

---

(1) MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*. 2.<sup>a</sup> Edic. Padova, 1988; p. 404 «...El delito, como toda cosa humana, nace, vive y muere. Por eso se ha considerado desde el punto de vista dinámico que en su concreto devenir se realiza por regla general atravesando varias fases que constituyen el denominado *iter criminis*...».

mera idea delictiva hasta la conclusión real del proyecto criminal, se le denomina *iter criminis*. Dicho proceso finaliza, por regla general, en la fase de la consumación, que representa el momento en el que se reúnen todos los elementos que conforman el sustrato material requerido por los diferentes términos típicos de la correspondiente figura delictiva de la Parte Especial. En otras palabras, se produce la consumación cuando se satisfacen todos los presupuestos exigidos por el concreto tipo penal, de tal forma que la conducta realizada en el específico supuesto de hecho coincide con la representación abstracta que el legislador ha establecido previamente en el respectivo precepto legal (2).

(2) Sobre el concepto de consumación en la teoría del delito no existen grandes controversias, y se puede decir que hay una cierta unanimidad en cuanto a su determinación en términos similares a los expuestos en el texto. Las divergencias surgen fundamentalmente en dos puntos: a) En cuanto a si se requiere necesariamente la lesión del bien jurídico para que se pueda entender que el delito se ha consumado; y b) respecto de la determinación de la necesidad de que tengan lugar las condiciones objetivas de punibilidad o no a los mismos efectos (es decir, para que el delito se entienda consumado). Sin embargo, examinada la consumación como un momento del *iter criminis*, existe actualmente cierta unanimidad en cuanto a la determinación de su contenido esencial.

Así en la doctrina española COBO DEL ROSAL, Manuel-VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Derecho Penal. Parte General*. 3.<sup>a</sup> edic. Valencia, 1990; p. 558. FARRE TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, 1986; p. 234. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*. 3.<sup>a</sup> Edic. Barcelona, 1990; p. 374. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte General*. 13.<sup>a</sup> edic. puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Madrid, 1990; p. 782. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3.<sup>a</sup> edic. Barcelona, 1989; p. 277. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho Penal. Parte General*. 2.<sup>a</sup> edic. Barcelona, 1989; p. 573. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*. 2.<sup>a</sup> edic. Valencia, 1989; p. 162. ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*. 2.<sup>a</sup> edic. puesta al día por HERNÁNDEZ GUJARRO, José Julián y BENEYTEZ MERINO, Luis. Madrid, 1986; p. 452. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 8.<sup>a</sup> Edic., Barcelona, 1990, p. 799. PUIG PEÑA, Francisco, *Delito consumado*, en Nueva Enciclopedia Jurídica (NEJ). Tomo VI (1954); p. 439.

En la doctrina italiana, a título de ejemplo, ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11.<sup>a</sup> edic. puesta al día por CONTI, Luigi. Milano, 1989; p. 411. MANTOVANI, ... *Diritto Penale... cit.*; p. 404 (aunque el autor denomina a la consumación con el vocablo de perfección y reserva aquél para nominar a la fase de la terminación). PAGLIARO, Mario, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*. 3.<sup>a</sup> edic. Milano, 1987; p. 510 (el autor denomina realización a la auténtica consumación y guarda este término para designar la conclusión de la misma o terminación). FIANDACA, Giovanni-MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale*. Bologna, 1989; p. 333. PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale*. Milano, 1990; p. 334. BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale. Parte Generale*. 11.<sup>a</sup> edic. Padova, 1982; p. 547.

En la doctrina alemana se pueden señalar, entre otros, los siguientes: LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 19.<sup>a</sup> edic. puesta al día por DREHER, Eduard y MAASEN, Hermann. München, 1991; p. 146. ESER, Albin en *Strafgesetzbuch kommentar*, por SCHÖNKE-SCHRÖDER. 24.<sup>a</sup> edic. München, 1991; p. 334, núm. 4. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4.<sup>a</sup> edic. Berlín, 1988; p. 465. RUDOLPHI, Hans-Joachim, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil*. (§§ 179 b). Tomo 1. 5.<sup>a</sup> edic. Neuwied-Krieffelt, 1991. Vor § 22 núm. 7. VOGLER, Theo en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Tomo 1. 10.<sup>a</sup> edic. coordinada por JESCHECK, Hans-Heinrich, RUPP, Wolfgang y WILLMS, Günther. Berlín-New York, 1985. Vor § 22 núm. 20; p. 10. WESSELS, Johannes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe*. 21.<sup>a</sup> edic. Heidelberg, 1991, p. 77. WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. 11.<sup>a</sup> Edic. Berlín, 1969; p. 188.

Una vez producida la consumación del delito, se puede decir que se han satisfecho el mínimo de condiciones necesarias para que la norma preceptiva dé paso a las consecuencias jurídicas subsiguientes, y que en el ámbito del Derecho Penal vienen representadas fundamentalmente en el marco de la punibilidad (3).

En principio, cualquier conducta ulterior a la consumación del delito será irrelevante jurídicamente para el enjuiciamiento de ese hecho penal, aun cuando pueda dar lugar, en su caso, a la aplicación de otro precepto penal o extrapenal. Así, en el delito de homicidio del art. 407 del Código penal español, éste se consuma con la muerte de una persona. Para el enjuiciamiento de ese delito, todas las actividades que sean presupuesto para la entrada de la punibilidad, han de tomar como punto de referencia el momento consumativo del hecho penal, que en este caso viene determinado por el punto temporal en el que se produce el cambio de ser humano a cadáver. La ulterior conducta del sujeto activo o de un tercero, salvo el supuesto del encubrimiento, será ya irrelevante desde un punto de vista jurídicopenal para la determinación del presupuesto de la punibilidad de *ese concreto delito de homicidio*. Así, las causas de justificación y exculpación, la participación, la aplicación de agravantes o atenuantes y otras tantas categorías de la teoría del delito han de tomar como punto de referencia el momento de la consumación u otro anterior al mismo.

Pero este esquema, que parece claro y lógico, presenta algunos problemas cuando se trata del examen de algunas figuras delictivas que están dotadas de ciertas peculiaridades, bien en la especial forma en que se lleva a cabo la consumación, bien en la propia estructura del tipo de injusto. Algunos ejemplos pueden ilustrar en cierta medida la problemática que aquí se quiere exponer.

A, Cónyuge de B, abandona el domicilio familiar desatendiendo sus obligaciones mínimas tanto respecto de su pareja como de sus hijos. Diez años más tarde, B presenta denuncia contra A por delito de abandono de familia. A incendia la casa de B. Mientras ésta todavía arde, C obstaculiza las labores desarrolladas por los vecinos para apagar el incendio. B, que se encuentra encerrado por A en un habitáculo, emplea violencia contra su secuestrador diez días después de producirse el encierro para conseguir su libertad.

En estos supuestos que a título de ejemplo se acaban de exponer, se puede observar, respectivamente, que en el primero de ellos se plantea el problema de establecer el momento a partir del cual comienza el plazo de la prescripción para determinar si el delito todavía es objeto de posible enjuiciamiento; en el segundo, la duda que se presenta reside en es-

---

(3) Evidentemente, aunque el delito no llega al estadio de realización de la consumación, la ejecución parcial del tipo de injusto puede provocar consecuencias jurídicas, si bien estas toman como punto de referencia en la ley la perfección del hecho punible (al igual que ocurre en los supuestos de participación respecto de los de autoría).

tablecer si la conducta de C ulterior a la consumación de la acción incendiaria de A es todavía constitutiva de alguna de las formas de participación, y, finalmente; en el tercero se cuestiona si transcurridos diez días después de la actividad criminal que priva la libertad de B aún es posible que éste tenga la posibilidad de justificar su conducta violenta bajo los presupuestos de la legítima defensa. Y precisamente el elemento de controversia surge porque la actuación objeto de la misma aparece con posterioridad a la consumación, poniéndose en tela de juicio la afirmación generalizadora de que ésta sea la última fase del recorrido de la actividad delictiva.

Curiosamente, el método para resolver este tipo de problemas ha sido muy distinto según cual sea el país en el que se ha tratado de establecer un modelo teórico de respuesta a los mismos.

Así, en Italia, se ha recurrido casi exclusivamente a la categoría del delito permanente para determinar la fundamentación de la respuesta sobre la posible calificación de las conductas que se producen tras el primer momento de la consumación. La problemática se lleva al ámbito de las clases de tipos penales, estableciéndose una categoría especial en relación a la duración de la conducta punible (delitos permanentes frente a los delitos instantáneos) que se caracterizan por el hecho de que en ellos la consumación se prolonga a lo largo de un espacio temporal, durante el cual se crea y se mantiene por parte del autor un estado antijurídico que hipotéticamente depende de su voluntad y que se halla dentro del tipo (4). De aquí se deduce que si un delito es calificado como permanente, viene revestido con ciertas particularidades que determinan importantes consecuencias jurídicas. De ellas se pueden destacar, por ejemplo, que la participación es posible mientras dura el estado antijurídico, que es posible la aparición de circunstancias de agravación mientras perdura el mismo o que el plazo de la prescripción no comienza a transcurrir hasta que no cesa el mentado estado antijurídico. La teoría del delito permanente ha sido muy desarrollada en el país latino (5).

---

(4) En cuanto a la viabilidad de este concepto de delito permanente, se examinará detenidamente más adelante, así como algunos aspectos concretos de gran importancia, entre los que se encuentra éste que determina si la consumación se prolonga a lo largo del tiempo o por el contrario la consumación sólo establece la causación del estado antijurídico que sería el que realmente se extiende en el ámbito temporal de la realización del tipo.

(5) La literatura italiana sobre este tema es muy abundante. Aparte de las referencias que se encuentran en los manuales y tratados de la Parte General del Derecho Penal (que son bastante extensas), se pueden destacar, entre muchos otros, los siguientes trabajos que serán considerados (junto a algún otro) en la presente investigación. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente*. Padova, 1988. RAMPIONI, Roberto, *Reato permanente*. Enciclopedia del Diritto. Tomo XXXVIII (1987); pp. 856 y ss. GIULIANI, Ubaldo, *La struttura del reato permanente*. Padova, 1967. PERCORARO-ALBANI, Antonio, *Del reati permanente*. Rivista italiana di diritto e procedura penale (1960); pp. 394 y ss. RAGNO, Giuseppe, *Il reato permanente*. Milano, 1960. SINISCALCO, Marco, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*. Riv. it. dir. proc. pen. (1960), pp. 1093 y ss. DALL'ORA, Alberto, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*. Milano, 1950. LEONE, Giovanni, *Del reato abituale, continuato e permanente*. Napoli, 1933. CAMPUS, *Studio sul reato permanente*. Sassari, 1902.

Como ejemplo más característico se suele citar el delito de detenciones ilegales y asimilados (secuestro bajo petición de rescate, raptó, etc.).

En Alemania la problemática que aquí se ha presentado se plantea desde otra perspectiva. La solución a la cuestión relativa a la calificación de ciertas conductas del sujeto agente o de un tercero que se llevan a cabo tras el primer momento consumativo, se ha buscado dentro de la teoría general del delito, en el estadio del *íter críminis*. Por tanto, no se recurre, como en Italia, a un tipo específico de delito (el delito permanente y los que le rodean en este sistema conceptual, como el delito de estado y el delito instantáneo) para resolver las cuestiones que aparecen con motivo de buscar la subsunción de actividades que se desarrollan después de haberse producido la mínima realización del tipo.

Se suele acudir, bajo estos presupuestos, a la teoría de la *terminación, o consumación material*, que se presenta como una categoría paralela a la consumación en ciertos delitos. De esta forma, se señala que en determinadas clases de tipos penales (delitos de consumación anticipada, de estructura iterativa, de formación casual de la acción, supuestos de unidad natural de acción y de delito continuado, empleando la clásica clasificación de JESCHECK para enumerar los supuestos en los que no coinciden consumación y terminación) existe, tras la consumación, una «zona ulterior» o «postzona» (según se quiera traducir el vocablo germánico *Nachzone*), en la que tienen cabida cierto tipo de actuaciones con posterioridad al momento de la perfección del delito y que determinan, como en el delito permanente, consecuencias jurídicas de gran transcendencia (posibilidad de participación y de justificación entre consumación y terminación, impunidad del agente provocador hasta el momento de la terminación, el plazo de la prescripción del delito, amnistía e indulto comienza con la terminación y no con la consumación, etc.) (6). El delito permanente, en este contexto, constituye tan solo uno de los supuestos en los que se puede diferenciar dos puntos temporales distintos, consumación y terminación. Los trabajos realizados en Alemania sobre la terminación del delito son muy numerosos (7).

---

(6) La terminación representaría en esta doctrina el momento en que se produce la total lesión del bien jurídico protegido por la norma, (de ahí que también se le denomine consumación material), o el punto donde se produce el logro del fin pretendido por el autor, según se opte por una tesis objetiva o subjetiva. No obstante, en este apartado introductorio no se pretende entrar en la determinación exacta del concepto de terminación del delito, dado que existe un epígrafe dedicado exclusivamente a establecer el contenido y límites del mismo.

(7) Como botón de muestra se señalan los siguientes: BITZILEKIS, Nikolaos, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*. ZStW n.º 99 (1987); pp. 723 y ss. JESCHECK, Hans Heinrich, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Straftat* en Festschrift für HANS WELZEL zum 70 Geburtstag. Berlín-New York, 1974; pp. 683 y ss. HAU, Helmut, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*. Berlín, 1974. KUHLE, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*. Diss. Berlín, 1974. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*, Diss. Munster, 1971. HRUSCHKA, Joachim, *Die Dogmatik der Dauerstraf-*

En nuestro país, sin embargo, no se ha seguido ninguna de las dos líneas marcadas por los modelos italiano y alemán. Más bien se puede decir que no existe una elaboración dogmática de la teoría de la terminación del delito o del delito permanente. Las referencias son muy escasas y se suelen limitar bastante en su enunciado. De otra parte, el empleo de los términos en el ámbito de la teoría de la terminación no encuentra un punto común de partida ni en la doctrina (8), ni en la jurisprudencia (9).

Una razón (no definitiva, desde luego) que justifique esta disparidad de tratamiento de una problemática jurídica común en tres países diferentes (Italia, Alemania y España) puede encontrarse en la respectiva Ley penal de cada uno de ellos.

En efecto, el art. 158 del Código penal italiano (Cp it. en adelante) dispone que «para el delito permanente o continuado» el término de la prescripción comienza «el día que ha cesado la permanencia o la continuación». Y el derogado art. 39 del antiguo Código de procedimiento penal italiano en su última reforma por Ley n.º 534 de 1977, en su párrafo tercero determinaba la competencia territorial en el siguiente sentido: «Si se trata de delito permanente, la competencia corresponde al juez del lugar en el que se inició la consumación». «Si se trata de delito continuado es competente el juez del lugar en el que fue cometido el delito más grave o en caso de igual gravedad, el primer delito». Tras el Decreto Presidencial de 22 de septiembre de 1988, el nuevo Código de procedimiento penal vuelve a mencionar al delito permanente, y de esta forma,

---

*ten und das Problem der Tatbeendigung*. GA (1968); pp. 193 y ss. WINKLER, Gunther, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen*. Diss. München, 1965. HEGERL, Friedrich, *Die juristische Vollendung und faktische Beendigung von Straftaten*. Diss. Würzburg, 1959. KÖNIG, Herbet, *Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung*. Diss. Köln, 1938.

(8) Así, la mayoría de los autores denominan a la terminación del delito *agotamiento*, y con este vocablo se suele designar la consecución de la meta pretendida por el autor: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal... cit.*; p. 277. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español... cit.*; p. 782. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General... cit.*; pp. 799 y 800. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General... cit.*; p. 528. PUIG PEÑA, *Delito consumado... cit.*; p. 441 (si bien este último autor niega la relevancia jurídica del agotamiento del delito). MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General... cit.*; p. 375) identifica terminación con agotamiento. Y, finalmente, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN (*Derecho Penal. Parte General... cit.*; p. 558) distinguen entre *terminación del delito* (que representa el punto donde finaliza la consumación cuando ésta se prolonga en el tiempo) y *agotamiento del delito* (que vendría a designar el momento en el que se ha llevado a cabo la actividad que el autor pretendía conseguir con la perpetración del delito, y que los autores estiman también irrelevante).

(9) En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español es desconocida la expresión *terminación del delito*, siendo utilizada mucho más esta otra de *agotamiento del delito* en el sentido expresado líneas atrás y especialmente en el ámbito de los delitos contra el patrimonio. A este respecto, se pueden señalar las siguientes sentencias: SSTTS de 7 marzo de 1980 (RA n.º 1.030), 10 de marzo de 1978 (RA n.º 929), 15 de junio de 1976 (RA n.º 3.077), 25 de junio de 1974 (RA n.º 2.947), 17 de mayo de 1973 (RA n.º 2.160) y 2 de abril de 1954 (RA n.º 1.745).

en su art. 8 n.º 3 establece: «Si se trata de delito permanente es competente el juez del lugar en el que se ha iniciado la consumación, aunque del hecho se haya derivado la muerte de una o más personas».

En estos dos preceptos dedicados, uno, a la determinación de los criterios a tener en cuenta para el cómputo del plazo de la prescripción; y, otro, al establecimiento de la competencia territorial para el enjuiciamiento de delitos, se hacen sendas referencias al delito permanente. Por eso no resulta extraño que la doctrina italiana se haya ocupado de determinar el contenido de esta categoría jurídica, pues el propio Legislador italiano en dos importantes preceptos establece, sin determinación ulterior, una especie delictiva concreta que denomina delito permanente. Sin embargo, no hay ninguna referencia a la terminación del delito en ninguno de los dos textos jurídicos.

En el Código penal alemán (StGB en adelante), en un precepto destinado también a la determinación del cómputo del término de la prescripción, se hace referencia, aun mínima, a la terminación del delito. En efecto, en el Capítulo quinto de la Parte General del mentado texto legal (dedicado a la persecución penal), en su Título primero, que regula el tema de la prescripción, se encuentra el § 78 a, el cual establece lo siguiente: «*Comienzo*. La prescripción comienza en cuanto el hecho ha terminado. En el caso de que con posterioridad se produzca un resultado que pertenezca al tipo, la prescripción comenzará a partir de este momento».

En lo que aquí interesa, el StGB no utiliza el vocablo *vollendet*, que es el participio que designa el concepto referido a la consumación, sino que recurre al de *beendet*, que es el participio propio para designar la categoría de la terminación. Y viceversa, en la Ley penal alemana no existe referencia alguna al delito permanente, como ocurre en el texto italiano.

En nuestro país, por el contrario, no existe mención legal alguna al delito permanente o a la terminación del delito. Y, de forma paralela, apenas existen trabajos dedicados especialmente a alguno de los dos puntos señalados (10). Esto nos incita a pensar que la existencia o no existencia de una terminología específica en la ley ha sido de tremenda

---

(10) El tema ha sido tratado mínimamente en los manuales y tratados de la Parte General del Derecho Penal. De igual forma, las investigaciones específicas sobre el delito permanente o la terminación del delito no han sido muy abundantes. Junto a las aportaciones que hace PUIG PEÑA (*delito consumado*. NEJ Tomo VI, especialmente pp. 442 y ss.) en materia de agotamiento del delito; cabe destacar los dos trabajos de QUINTANO: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Delito instantáneo* NEJ T. VI (1954); pp. 590-591 y *Delito permanente*. NEJ T. VI (1954); pp. 602 y ss. Recientemente la monografía de CANTARERO BANDRÉS (Rocío, *Problemas penales y procesales del delito continuado*. Barcelona, 1991) ha aportado algún nuevo aspecto en esta temática, si bien es cierto que sus conclusiones fundamentales se han centrado en el delito continuado.

El tema ha sido tratado también en algunos estudios de la Parte Especial, particularmente los que se han realizado en torno al delito de detenciones ilegales, que se examinarán en su lugar oportuno.

importancia en la determinación de la investigación (por parte de la doctrina científica) tanto del delito permanente como de la categoría de la terminación del delito. También puede expresarse la idea totalmente inversa, en el sentido de que el legislador ha tomado en consideración sólo la terminología que venía siendo utilizada por los juristas en su concreta tradición jurídica.

Sin embargo, aún cuando legalmente no se menciona ni a uno ni a otro ello no implica que los mismos problemas (o quizás mayores, por la falta de determinación) no se planteen en el ordenamiento jurídico español. Por el contrario, los casos señalados a título de ejemplo se han planteado en los Tribunales españoles y para poder dar una solución coherente y lógica, tanto desde el punto de vista dogmático como de política criminal, éstos han tenido que recurrir a uno de los dos institutos señalados con anterioridad (11).

De lo expuesto anteriormente se deduce que falta en el Derecho Penal español una teoría general sobre el delito permanente y sobre la (apenas mencionada) categoría de la terminación del delito. Y no sólo porque no existe una elaboración dogmática de su concepto, contenido y estructura; sino porque desde el punto de vista práctico es necesario que exista una base teórica consistente para que se pueda dar respuesta a una serie de cuestiones que se presentan como consecuencia jurídica de la extensión de la actividad criminal más allá del primer momento consumativo. La escasez de trabajos sobre esta específica temática en nuestro idioma constituye una prueba más de la necesidad de una investigación en este ámbito.

## B) Planteamiento

Como se acaba de señalar, para tratar los puntos oscuros que se presentan con motivo de la perpetración de conductas que tienen lugar después del primer momento en el que se lleva a cabo la realización del tipo, se puede optar por el estudio del delito permanente (siguiendo el ejemplo de la doctrina italiana) o por el análisis de la fase de la terminación como una más del recorrido del camino criminal (línea seguida por la doctrina alemana). Ahora bien, los supuestos que pueden ser contem-

---

(11) Abundantes son las resoluciones del Tribunal Supremo en materia de abandono de familia. En efecto, el problema se ha planteado en tema de prescripción, pues en los supuestos de abandonos definitivos o de larga duración surgía el problema de si el delito había ya prescrito o no (ejemplo, STS de 30 de mayo de 1978 —RA n.º 2.048—). Los mismos problemas se han planteado para el delito de bigamia (ejemplo: SSTS de 11 junio 1976 —RA n.º 3.033— y 10 junio 1970 —RA n.º 2774—). Solo recurriendo a la naturaleza de cada uno de los delitos (delito permanente, de un lado; delito de estado, de otro) el Tribunal Supremo ha podido dar una solución fundamentada teniendo en cuenta los parámetros señalados en el texto.

plados bajo la perspectiva del delito permanente, también se pueden estudiar bajo el punto de vista de la teoría de la terminación (pues en todo delito permanente es posible distinguir el momento de la consumación del momento de la terminación). Mientras que el supuesto inverso parece más difícil, es decir, que no todos los supuestos en los que existe esa «postzona» tras la consumación son necesariamente delitos permanentes (por ejemplo, supuestos de consumación anticipada). Esta consideración obliga a que se tenga que partir del concepto más amplio para descender con posterioridad a las concreciones del mismo. Por tanto, el primer paso en la investigación que aquí se presenta debe comenzar por el estudio de la terminación del delito.

Uno de los enigmas que aquí se pretende resolver es éste que cuestiona si tiene sentido, dentro de la teoría del delito, introducir una categoría nueva (al menos en nuestro país) e independiente del concepto de consumación. Con la pretensión de llegar a alcanzar una respuesta convincente a la duda planteada, habrá que examinar si a este nuevo concepto se le pueden asignar funciones y consecuencias distintas que no sean atribuidas a la consumación del delito y que a su vez denoten cierta capacidad para resolver problemas con independencia de aquélla.

Si la respuesta es negativa, habrá que iniciar directamente el estudio del delito permanente. Si, por el contrario, es positiva, es necesario establecer seguidamente el concepto de terminación y como se estructura en los delitos en que se manifiesta. Aquí el delito permanente puede aparecer como una de las estructuras más importantes en las que se produce el fenómeno de la terminación, mereciendo en todo caso un estudio pormenorizado.

También se tienen que examinar los límites en los que se desenvuelve esta categoría, pues en la República Federal de Alemania se han planteado propuestas (aceptadas incluso por el Tribunal Supremo alemán —BGH en adelante—) de admitir este instituto con todas sus repercusiones, incluso fuera de la tipicidad. Se debe de analizar si esto es posible en nuestro derecho positivo.

En último lugar, se estudiarán todas las consecuencias jurídicas derivadas de las formaciones conceptuales que toman por base la terminación del delito o el delito permanente (en su caso), intentado dar respuesta a su vez a todos los problemas de índole práctico que se plantean (que son muchos).

Pero es momento ya de abandonar conjeturas e hipótesis y de pasar al concreto examen de cada uno de los puntos mencionados líneas atrás.

## II. LA TERMINACION DEL DELITO: CUESTIONES PRELIMINARES

### A) Introducción

Se ha señalado con anterioridad que toda perpetración dolosa de un delito transcurre de forma dinámica a lo largo del tiempo hasta su con-

clusión definitiva. Desde que el autor tiene en mente el proyecto criminal, hasta que consigue su propósito delictivo (o la frustración del mismo, según se desarrollen las circunstancias) la vida del hecho punible recorre un camino que, como se ha señalado con anterioridad, suele ser denominado universalmente como *iter críminis*.

No todos los momentos que atraviesa el delito son relevantes desde el punto de vista del Derecho. Queda claro, por ejemplo, que la mera idea criminal sin manifestación exterior alguna, que establece el primer momento del desarrollo real del hecho criminal, es impune y no tiene trascendencia alguna en el mundo jurídico aún cuando pueda tenerla en otros ámbitos (desde el punto de vista religioso o moral).

Tampoco los meros actos preparatorios son relevantes a la hora de sancionar la conducta con una pena, salvo que constituyan alguna de las formas recogidas especialmente por la Ley penal (proposición, conspiración, provocación). La relevancia jurídicopenal de la conducta adquiere su propia naturaleza con la ejecución parcial del plan delictivo, entrando en juego ya la protección penal aun cuando no se produzca totalmente la actividad o el resultado exigido por la concreta figura punible, haya realizado o no el culpable todos los actos que debiesen producir como resultado el delito (frustración y tentativa).

El momento en el que, en principio, el delito produce todas las consecuencias jurídicas previstas por la Ley penal, es el momento en el que el hecho realizado por el autor coincide con la descripción típica descrita de forma abstracta en el respectivo precepto penal, es decir, en la consumación del delito.

De esta breve exposición, se puede deducir que el tipo de injusto sólo contempla una parte del proceso dinámico por el que transcurre la actividad criminal. Esta, como todo proceso humano, tiene un principio y un final. El principio de dicha actividad delictiva, como se acaba de señalar, no se identifica con el primer momento a partir del cual el tipo de injusto atribuye ciertas repercusiones jurídicas. Y, de igual forma, puede ocurrir que el final del acontecimiento criminal tampoco coincida con el último momento que es tenido en cuenta por la Ley para establecer determinadas consecuencias en el ámbito del Derecho Penal.

En la doctrina penal se han planteado, desde esta perspectiva, algunos problemas fundamentales en relación a la determinación de la barrera a partir de la cual la conducta del sujeto pasa, de ser irrelevante jurídicamente, a tener consecuencias en el orden penal. Y viceversa; esto es, se ha querido establecer la delimitación entre el marco en el que la actividad del agente todavía origina consecuencias jurídicas y el ámbito en el que la acción o la omisión posterior del autor o de un tercero queda ayuna de valoración jurídica alguna.

El primer grupo de cuestiones se sitúa en el estadio teórico que persigue el establecimiento de la línea divisoria entre la tentativa y la frustración, de un lado (o en su caso, los actos preparatorios punibles en nuestro Derecho positivo, esto es, la proposición, conspiración o provo-

cación para delinquir); y, de otro lado, los meros actos que, dirigidos mentalmente a la posterior ejecución del hecho penal, todavía son irrelevantes penalmente porque aún no suponen puesta en peligro alguna del bien jurídico protegido por la norma incriminadora. Esta temática no va a ser examinada en este trabajo.

La segunda cuestión básica enunciada se dirige a la determinación de la zona que, con posterioridad al primer momento consumativo, todavía es susceptible de valoración jurídicopenal hasta un punto traspasado el cual quedan estériles de consecuencias jurídicopenales las acciones y omisiones del infractor o de un tercero. Ese punto se denomina (eventualmente) terminación del delito y va a constituir el objeto de estudio de la primera parte de la presente investigación.

## B) La cuestión terminológica

Se considera necesario, antes de entrar a estudiar o establecer el sistema conceptual requerido para poder examinar la estructura de la teoría de la conclusión del delito, fijar mínimamente el término adecuado al concepto que se quiere examinar. Cierto es que se tendrá que hacer referencia, en un estadio anterior, a términos y definiciones que tendrán que ser precisadas o incluso revisados ulteriormente, pero esta mínima circularidad es insalvable siempre que se trata de realizar un apartado, necesario, dedicado a la cuestión terminológica.

El vocablo utilizado por la doctrina y jurisprudencia para designar el momento a partir del cual el delito «muere» en sentido jurídicopenal, es decir, en el que cesa su actividad jurídica; es diferente según cuál sea el ordenamiento jurídico y el autor de referencia.

En el Derecho alemán, existe unanimidad al respecto y se le denomina con el sustantivo *Beendigung*, el cual se puede traducir al castellano como *terminación* (12). Se ha puesto ya de manifiesto en el apartado introductorio del presente trabajo, que el Derecho positivo alemán ha influido mucho en el empleo del término *Beendigung* en la medida en que en el § 78 a. del StGB hace una ligera mención al *hecho terminado*. El notable desarrollo teórico de esta categoría ha colaborado al afianzamiento del sustantivo, siendo éste de corriente utilización dentro de la teoría general del delito en este país.

---

(12) *Vid. supra* nota 7, donde ya en el título de las obras citadas se puede observar que el empleo del vocablo mencionado es común. De otra parte, la jurisprudencia alemana, siempre en consonancia con la doctrina, emplea este término constantemente.

JIMÉNEZ DE ASUA (JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. El delito y su exteriorización. Buenos Aires, 1970; p. 981) traduce el término *Beendigung* como *acabamiento*. Aunque desde el punto de vista literal sea correcta esta traducción, parece más correcto tanto semántica como jurídicamente la utilización del término *terminación*.

La distinción consumación-terminación también se ha denominado en algún momento en el país germánico consumación formal-consumación material (13). A esta diferenciación se le ha opuesto el argumento de que puede dar a entender el que sólo la consumación formal tiene consecuencias jurídicas, mientras que la consumación material o terminación fáctica parecería como un concepto extraño al mundo del Derecho, sin repercusiones en este ámbito (14).

En Italia, por el contrario, la panorámica es bien distinta. La teoría de la terminación es casi totalmente ignorada y trasladada al ámbito del delito permanente. Sin embargo, excepcionalmente, algún autor intenta introducir la distinción entre consumación y terminación del delito, si bien cambiando los sustantivos que sirven de definición (básicamente) a cada uno de los conceptos señalados. De esta forma, PAGLIARO (15) establece un sistema conceptual en el que varía notablemente los términos atribuidos por la doctrina tradicional pero no los conceptos que toman por base. Así, la expresión que el mentado autor emplea para designar lo que casi universalmente viene reconocido por la doctrina española, italiana y alemana como *consumación*; es el de *realización del tipo*, y atribuye el término tradicional de *consumación* para expresar el concepto acuñado por la doctrina germánica de *terminación* (o al menos, en una formulación muy similar, si bien referida más al hecho penal concreto que a la conclusión del tipo) (16). Similar a la *realización del tipo* es, según el autor, la *perfección del delito*, que vendría a constituir

(13) WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*. 11.<sup>a</sup> edic. Berlín, 1969; p. 188. El autor distingue entre consumación formal («cuando se realiza un delito según el tipo criminal») y consumación material («...que tiene lugar con el logro de la intención criminal»), define esta última bajo un cariz eminentemente subjetivo que se asimila bastante al concepto de agotamiento empleado por la doctrina italiana (*vid infra*, \*nota 19 y ss). Siguen esta terminología, sin abandonar el concepto de terminación ESER, Albin en *Strafgesetzbuch kommentar*, por SCHÖNKE-SCHRÖEDER... *cit.*; p. 334, núm. 4. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4.<sup>a</sup> edic. Berlín, 1988; p. 465. Utilizan una terminología muy similar, en la que se tilda a la consumación como «formal» o «jurídica» y a la terminación como «fáctica» o «material»: FURTNER, Georg, *Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat*. J R (1966); pp. 169 y 170. KÖNIG, Herbet, *Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung*. Diss. Köln, 1938. HEGERL, Friedrich, *Die juristische Vollendung und faktische Beendigung von Straftaten*. Diss. Würzburg, 1959. SCHEUFEL: *Formelle Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*. Diss. Munster, 1971.

(14) En sentido parecido al señalado en el texto, KUHLE, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*. Diss. Berlín, 1974; p. 17.

(15) PAGLIARO, Mario, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale*, *cit.*; p. 510.

(16) «Es necesario, por consiguiente, distinguir entre realización del tipo delictivo previsto en la parte especial y consumación del delito. La primera se verifica cuando se ha cumplido el mínimo de los requisitos necesarios señalados en el tipo. La consumación, por el contrario, indica el momento en el cual la misma realización reúne, en su contenido concreto, la mayor gravedad». PAGLIARO, *ibidem*.

el mínimo de los requisitos exigidos por la ley para que una conducta provoque la reacción del ordenamiento jurídico (17).

La *comisión del delito*, en este contexto, es el concepto que se refiere a la ejecución del delito, al momento en el que se realiza la conducta exterior requerida para la subsistencia del delito. A su vez, según la estructura del delito que se trate, la consumación puede coincidir con la perfección e incluso con la comisión del delito (18).

Por último, este autor se refiere, siguiendo a la doctrina clásica italiana, al *agotamiento del delito* (*esaurimento del reato*) para señalar el momento en el que el delito ha producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente, de tal forma que éste ya no puede intervenir para impedir semejantes efectos. Es esta la definición clásica que tiene su origen en CARRARA (19). Dicha categoría fue acogida en un primer momento por la doctrina clásica italiana (20). Sin embargo, pronto surgió una fuerte crítica por parte de algunos autores negando cualquier relevancia jurídica, tanto desde el punto técnico como sistemático a la categoría del delito agotado (21).

No obstante, con posterioridad, otro sector doctrinal dota de una diferente significación al vocablo *agotamiento* y muestran su conformidad con la legitimidad técnica del término mencionado. En este sentido, al-

(17) De esta forma, el delito tentado, en la medida en que provoca la reacción del ordenamiento jurídico determinando una consecuencia jurídica, es un delito perfecto bajo esta perspectiva. PAGLIARO, *cit.*; pág. 512.

(18) PAGLIARO, *ibidem*.

(19) PAGLIARO, *cit.*; pp. 512 y 513. La definición clásica del delito agotado parte de Carrara, quien en su sexta edición del *Programma di Diritto Criminale*, introdujo un nuevo párrafo dedicado al tema de la consumación. Sin embargo el origen de este concepto no está todavía claramente determinado (*Vid infra* \*nota 20). Nuestra cita procede de la obra de CARRARA, Francesco, *Programma del corso di Diritto Criminale dettato nella Università di Pisa. Parte Generale*. Vol. I. 11.<sup>a</sup> edic. Lucca, 1871; p. 81 (§ 49 bis). En el sistema de este autor, el delito se divide en perfecto e imperfecto. El perfecto se subdivide en perfecto simple (que vendría a coincidir con la consumación del delito) y perfecto agotado. El imperfecto se subdivide a su vez en delito frustrado y delito tentado.

(20) El origen de la teoría del delito agotado se suele atribuir a BARSANTI, quien dedicó varias monografías al tema (*Del pentimento nel reato e suoi effetti giuridice*. Macerata, 1885. *id. del delitto esaurito*. Macerata, 1890, son las más destacadas). JIMÉNEZ DE ASUA atribuye el origen a FARANDA y TOLOMEI, con posterior aceptación de FERRI (*Tratado de Derecho Penal...cit.*; p. 978). No obstante la definición más extendida parte de CARRARA como se ha podido apreciar en la nota anterior. Con posterioridad sigue al Profesor de Pissa FLORIAN, Eugenio, *Trattato di Diritto Penale. Parte Generale*. Vol. I. 4.<sup>a</sup> edic. Milano, 1930; p. 638 n.º 522.

(21) A partir de este momento, las dudas y el rechazo a la categoría del delito agotado se suceden constantemente en el país latino. Así, es particularmente interesante la temprana crítica de ROCCO, Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino, 1909; p. 328 y nota 113. Esta crítica ha sido formulada ulteriormente por muchos autores italianos, destacándose BATTAGLINI, Giulio, *Diritto Penale. Parte Generale*. Bologna, 1937; p. 186. RANIERI, Silvio, *Diritto Penale. Parte Generale*. Milano, 1945; p. 292 y MUSOTTO, Giovanni, *Corso di Diritto Penale. I. Parte Generale*; Palermo, 1960; p. 280.

gún autor limita el concepto de *delito agotado* a los supuestos de delito permanente (22), de tal forma que el hecho se consumaría con la mínima realización del tipo y se agotaría con el cese de la permanencia. También ha habido autores que han querido extender el concepto de *agotamiento* más allá de las estrictas fronteras del delito permanente, examinando el concepto en su vertiente objetiva, esto es, con independencia de que se haya producido (o no) el resultado pretendido por el agente (23). Por último, hay quien ha mantenido la posible legitimidad hipotética del *delito agotado*, pero se rechaza de hecho cualquier viabilidad práctica de la distinción que no pueda ser absorbida por el concepto de delito consumado (24).

Después de esta prolífica evolución conceptual, se puede decir que en la actualidad la doctrina del agotamiento ha sido ya olvidada en Italia (25).

De otra parte, recientemente MANTOVANI ha seguido los pasos de PAGLIARO, si bien limitando su esquema conceptual, y distingue entre perfección y consumación: «Hay perfección del delito cuando se han verificado todos los requisitos requeridos por el singular tipo legal (conducta, resultado, ofensa, nexo de causalidad, elementos subjetivos) en el contenido mínimo que es necesario y suficiente para la existencia del delito... Se produce la consumación cuando el delito perfecto ha alcanzado su máxima gravedad concreta (26)...». De nuevo, el vocablo utilizado por el autor de *perfección* coincide con el concepto general de consumación y lo que el autor denomina como *consumación* se acopla

(22) Así, es MANZINI uno de los autores que considera el concepto de cierta utilidad en el delito permanente, tomando por excesiva la crítica de ROCCO. MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale italiano*. Vol. II. 5.<sup>a</sup> edic. puesta al día por PISAPIA, Gian Domenico. Torino, 1981; pp. 465 y 466 (nota 5). VANNINI, Ottorino, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. Firenze, 1948; p. 187 y en *Il problema giuridico del tentativo*. (Art. 56 del Codice penale). Milano, 1952; pp. 9 y 10, postula de igual forma en favor de aprovechar el concepto de agotamiento para el delito permanente.

(23) ADORNATO se muestra partidario de ampliar el concepto de agotamiento del delito más allá de las estrictas fronteras del delito permanente. ADORNATO, Carlo, *Il momento consumativo del reato*. Milano, 1966; pp. 24 y 25. También aceptaba ya esta configuración más extensa del delito agotado PANNAIN, quien entendía que el agotamiento no sólo debe presentarse como momento posterior a la consumación, sino que se puede referir a él como momento en el que el delito cesa en todos sus efectos, sea tentado, consumado, permanente o continuado, si bien el autor piensa que son meras consecuencias que no interesan a la economía del delito. PANNAIN, Remo, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 4.<sup>a</sup> edic. Torino, 1937; p. 606.

(24) En este sentido se expresa CAVALLO, que niega relevancia jurídica al repetido concepto incluso en el delito permanente o en el delito continuado. CAVALLO, Vincenzo, *Diritto Penale. Parte Generale*. Vol. II. L'oggetto del Diritto Penale. Napoli, 1955; p. 728.

(25) ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11.<sup>a</sup> edic. puesta al día por CONTI, Luigi. Milano, 1989; pp. 413, siguiendo la crítica de ROCCO. En el mismo sentido, BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale. Parte Generale*. 11.<sup>a</sup> edición. Padova, 1982; pp. 553.

Los autores más modernos, simplemente, ignoran el repetido vocablo: FIANDACA, Giovanni-MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale... cit.*; pp. 333 y 334. PADOVANI, Tullio, *Diritto Penale... cit.*; pp. 339 y ss.

(26) MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale... cit.*, p. 405.

bastante (en su momento se examinarán las divergencias) con lo que en la doctrina alemana se entiende por *terminación*. No obstante, esta distinción tampoco termina de cuajar en la teoría del *iter criminis* y ha sido también objeto de duras críticas (27).

En la literatura jurídica española, se dijo, apenas ha sido estudiada la fase ulterior a la consumación. En el ámbito terminológico, el vocablo más empleado, por influencia de la doctrina italiana, es el de *agotamiento* (28). Sin embargo, como señaló JIMENEZ DE ASUA, el criterio al respecto es adverso (29). Los términos de consumación material y terminación también han sido utilizados esporádicamente (30). La juris-

(27) Por su meridiana claridad, transcribimos literalmente la crítica de FIANDACA-MUSCO a MANTOVANI, «Parte de la doctrina (Mantovani 405), distingue entre perfección y consumación.. Mientras que el primer concepto alude a la verificación de todos los requisitos requeridos por el singular tipo legal, el segundo expresa la idea de que un delito ya perfecto ha reunido su máxima gravedad concreta, (esto es, en el caso de lesiones corporales, el delito se perfecciona con el primer golpe, se consuma con el último). Sin embargo, en la pretendida diferenciación de los dos susodichos conceptos se anida un equívoco, se confunde aquéllo que la ley describe por integración de la norma con aquello que representa la valoración, juicio que en este caso es relevante en sede de determinación de la pena ex art. 131». FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit.; p. 333, nota a pie de página.

(28) *Vid. infra*, \*nota 8, los autores allí citados utilizan el vocablo agotamiento pero también, como en Italia, con diferentes sentidos.

(29) JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal... cit.*; p. 981. Si bien es cierto que algún autor aceptó el término agotamiento (Así, DEL ROSAL, Juan, *Tratado de Derecho Penal español. (Parte General)*. Vol. II. Madrid, 1972; pp. 328 y 329), también es verdad que hubo una crítica temprana al concepto: «lo que los clásicos denominaban delito *agotado*, y algunos consideraban como un grado ulterior de perfección, es un alarde de sutileza jurídica que puede interesar a veces sóla mente al penalista a los efectos de responsabilidad civil», QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código penal*. Vol. I. Madrid, 1946; pp. 37 y 38.

(30) Ya se ha visto con anterioridad que MIR PUIG equipara la terminación al agotamiento, y que COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN distinguen entre ambos vocablos (agotamiento, como consecución de la pretensión que buscaba el autor con la perpetración del delito; terminación, con el punto en el que culmina la consumación cuando esta se prolonga en el tiempo), *vid supra*, \*nota 8. QUINTANO RIPOLLÉS (*ibidem*) equipara (aunque no admite) consumación material con agotamiento. También RODRÍGUEZ MOURULLO (en CÓRDOBA RODA, Juan-RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo-CASABO RUIZ, José Ramón, *Comentarios al Código penal*. Tomo I. (Arts. 1-22). Barcelona, 1972 [comentario al párrafo 1.º del Art. 3.º]; p. 71) identifica *consumación material* con *agotamiento* («la consumación material es la representada por la consecución de la finalidad delictiva que ha guiado al agente») y éste a su vez con *terminación* («Otros autores prefieren utilizar para referirse a esta última hipótesis, la expresión de «agotamiento» [*Beendigung*]). El vocablo alemán *Beendigung* también ha sido traducido en la teoría del *iter criminis* como *agotamiento* por CÓRDOBA RODA (MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas al Derecho español por CÓRDOBA RODA, Juan. Tomo II. Barcelona, 1962; pp. 165 y 166).

Finalmente, MUÑOZ CONDE identifica *consumación material* con *terminación*, pero, cuando define este último concepto, expresa el contenido propio que la doctrina italiana designaba al vocablo *agotamiento* («Distinta de la consumación formal es la *consumación material* o *terminación del delito*, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer intenciones que perseguía: hereda al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc.»), MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito... cit.*; p. 162).

prudencia del Tribunal Supremo ha seguido también la categoría del agotamiento del delito (31).

Después de esta exposición, se tiene que establecer cuál es el término más adecuado al concepto que aquí se pretende investigar. Ciertamente que no todos los vocablos que se han señalado tienen un mismo contenido, y que la elección de la expresión más adecuada va a depender en cierta medida del objeto y del sentido que se le da a la misma, pero, aun cuando se tenga que anticipar algún elemento del posterior estudio conceptual del tema, es necesario decidir, desde un principio, la opción terminológica sobre la que se asienta la ulterior elaboración teórica.

El término agotamiento, que es el más utilizado tanto por nuestra doctrina como por nuestra jurisprudencia, plantea muchos problemas de diversa índole. Así, en la medida en que el mismo ha sido tomado de la doctrina italiana, su significado no está claramente delimitado porque en el país latino, como se ha visto líneas atrás, el sustantivo mencionado ha sufrido importantes variaciones en su evolución. De otra parte, en la mayoría de las ocasiones, esta palabra se utiliza para hacer referencia al momento en el que la actividad desarrollada por el infractor alcanza los fines que éste se había propuesto con la perpetración del delito; y el que tenga lugar o no el verdadero resultado buscado por el autor con la ejecución del hecho punible, salvo en contadas disposiciones (32), no tiene

Como se afirma en el texto, se ha considerado preferible realizar una aclaración en este laberinto terminológico y distinguir (dentro de lo posible) las diferentes expresiones con contenidos distintos, según los casos.

(31) Así, éste ha entendido el agotamiento del delito también en su acepción subjetiva (en alguna ocasión habla de consumación subjetiva), esto es, representando el momento en el que se produce el logro de la finalidad delictiva que el culpable se había propuesto. En la mayoría de las ocasiones, ha utilizado este concepto en los delitos contra la propiedad. Se pueden citar, a este respecto, las siguientes SSTs: 7 de marzo de 1980 (RA n.º 1.030) —robo—, 10 de marzo de 1978 (RA n.º 929) —hurto—, 15 de junio de 1976 (RA n.º 3077) —abusos deshonestos—, 25 de junio de 1974 (RA n.º 2947) —robo—, 17 de mayo de 1973 (RA n.º 2.160) —estafa—, 26 de enero de 1970 (RA n.º 451) —robo—, 2 de abril de 1964 (RA n.º 1.745) —usura— y 12 de noviembre de 1962 (RA n.º 4.145) —abusos deshonestos—.

(32) Así, se puede señalar a título de ejemplo, el art. 480 párrafo 3.º del Código penal español (Cp en adelante), que establece una atenuación para el delito de detenciones ilegales en los supuestos en que «... el culpable diere libertad al encerrado o detenido dentro de los tres días de su detención, *sin haber logrado el objeto que se propusiere* (se refiere al autor) ni haber comenzado el procedimiento...». De igual forma, el art. 493 que castiga al que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, divide la gravedad del delito de amenazas en su número primero según se «... hubiere hecho la amenaza exigiendo dinero o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea lícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito...» o, por el contrario «no lo hubiere conseguido» (el subrayado es nuestro). También en materia de atenuación de la pena puede tener alguna relevancia el hecho de que el delito esté o no agotado. Si el culpable no llega a las últimas consecuencias que había previsto tras la consumación del delito, podrá beneficiarse de la aplicación de la atenuante 9.º del art. 9 del Cp, de arrepentimiento espontáneo, en la medida en que éste haya procedido «...antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo a reparar o disminuir los efectos del delito...».

relevancia desde el punto de vista del Derecho Penal. En todo caso la podrá tener para determinar la responsabilidad civil en los delitos patrimoniales (33), o incluso puede tener importancia a efectos de dotar de contenido ciertas disposiciones del Derecho de Familia (34), pero estas consecuencias están fuera de la dogmática penal. En conclusión, el concepto de agotamiento del delito debe ser rechazado a los efectos que aquí se proponen.

Tampoco la última tendencia terminológica en Italia, propuesta por PAGLIARO y MANTOVANI, de distinguir entre perfección y consumación puede ser aceptada, al menos, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo y nuestra tradición jurídica. Cuando en el Código penal español se hace referencia a que el delito ha llegado al estadio de realización mínima descrito en la respectiva figura delictiva de la Parte Especial, se utiliza la expresión *delito consumado* (35), que en el sistema conceptual de los autores citados es denominado como *perfección del delito*, proposición desconocida en nuestro Código penal que, de otra parte, también se puede predicar de la tentativa y de la frustración (36). Y de igual forma, lo que los autores denominan *consumación* (realización de la concreta figura delictiva en su contenido de mayor gravedad) no viene designado en nuestro ordenamiento jurídico con ninguna expresión.

(33) En los delitos contra la propiedad de desplazamiento patrimonial (hurto, robo, estafa, apropiación indebida, por ejemplo), si el autor consigue realizar su ánimo de lucro, deberá establecerse en la pieza de responsabilidad civil (por no haber sido recuperada) la cantidad del valor del dinero o la cosa objeto material del delito. En los delitos de menoscabo patrimonial (incendios, daños) si se ha conseguido destruir totalmente el objeto patrimonial, será determinante también a efectos de la concreción de dicha responsabilidad civil.

(34) Así, será impedimento para contraer matrimonio tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Canónico, el que la muerte anterior del cónyuge de uno de los que pretenden contraer matrimonio se haya perpetrado con la finalidad de eliminar un gran obstáculo para la celebración de aquél. Aunque expresamente no señale esta consecuencia el Código civil (Cc en adelante), cualquier otro motivo que no estuviese en esta relación de causalidad no tendría mucho fundamento. A este respecto, el mentado texto legal establece en su art. 47: «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí... 3.º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos».

(35) El art. 3 del Cp en su párrafo primero establece que son punibles el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir. De otra parte, el art. 49 del mismo texto legal se expresa de la siguiente forma: «A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hubiere señalado por la Ley. Siempre que la Ley señalare generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada».

(36) En efecto, si se parte de que la tentativa y la frustración no son meras fases de realización de un mismo delito, sino tipos de injusto independientes del delito consumado, entonces no tiene porque ser éste *perfecto* y aquellos *imperfectos*, sino que, por el contrario, en la medida en que en cada uno de los tipos mencionados se satisfagan los elementos que exige la Ley para que entre en juego la punibilidad, se podrá afirmar, por ejemplo, que nos encontramos ante una *tentativa perfecta*. A este respecto, *vid supra* \*nota 17 y el texto correspondiente.

De ahí que se tenga que rechazar esta propuesta. Primero, por la confusión que se produce frente a nuestro Derecho positivo. Segundo; porque tampoco corresponde con nuestra tradición jurídica y ni tan siquiera con la tradición jurídica italiana (37). Y, finalmente; porque la partícula gramatical *perfección* también puede ser aplicada a la tentativa y a la frustración.

También se utiliza la expresión consumación material para expresar la representación del punto temporal en el que el hecho en concreto ha llegado a su máxima gravedad con posterioridad a la primera realización completa del tipo. Pero, a pesar de que la locución se ha extendido bastante en su utilización por parte de la doctrina, aceptar dicha expresión presenta dos tipos de inconvenientes.

El primero de ellos reside en la confusión que puede dar lugar el admitir desde el punto de vista nominativo la existencia de un espacio que este fuera de la atadura formal que supone el tipo de injusto, en la medida en que se hable de una consumación *material*. Se vuelve de nuevo a utilizar una distinción paralela en su contenido literal y semántico a la antigua diferenciación entre *antijuridicidad formal* y *antijuridicidad material*; diferenciación que debe ser rechazada por las mismas razones por las que la Dogmática penal excluyó ésta en su día de su terminología, utilizándose tan sólo como ejemplo didáctico que refleja dos aspectos de un mismo instituto.

El segundo inconveniente se encuentra, tal y como señala KÜHL (38), en el hecho de que atribuir el calificativo de *material* al momento último del delito frente a la primera consumación *formal*, puede dar lugar a malentendidos en el sentido de que se le pueden negar a ésta última (por esa ausencia de forma) consecuencias jurídicas relevantes en el ámbito penal.

Por las razones señaladas, también se tienen que rechazar los términos empleados de consumación formal y consumación material.

Por último, queda por examinar el vocablo que aquí se ha traducido como terminación. En su momento ya se vió que en las primeras aportaciones en la doctrina alemana de MERKEL, WELZEL Y SCHÖNKE-SCHRÖDER, el término recibió un contenido subjetivo, similar al que se le dió en Italia en una primera etapa al vocablo agotamiento. Sin embargo, aun desde el principio no se abandono el realizar una mínima referencia al ámbito objetivo que representa la lesión final del bien jurídico (39). En este

(37) Así, el Código toscano de 1853 en su art. 42 introdujo la definición de consumación del delito (excepcionalmente, pues los textos punitivos no suelen contener este tipo de definiciones), en el cual se establecía «el delito está consumado cuando todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho delictivo de que se trata».

(38) *Vid. supra* \*nota 14.

(39) De esta forma SCHÖNKE-SCHRÖDER admiten que junto a la realización de la intención del sujeto, el concepto de terminación o consumación material implica también la completa lesión del bien jurídico protegido. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar... cit.*; p. 334.

sentido, la terminación del delito en Alemania se estudia generalmente junto a la consumación, como el punto en el que finaliza la violación del interés jurídicamente protegido tras la realización mínima del tipo que representa aquélla. Esto se corresponde bastante, en principio, con el fenómeno que aquí se ha propuesto estudiar, en particular, la estructura de la zona que se extiende más allá de la consumación (en los delitos que no son de consumación instantánea) junto con las consecuencias jurídicas que la (todavía no admitida) definición de terminación pueda traer consigo. De otra parte, desde el punto de vista lingüístico, el sustantivo terminación no ofrece ningún problema para ser empleado sin violar su sentido común (40).

De todo lo expuesto se deduce que, a efectos del empleo del vocablo adecuado, se halla elegido como más apropiado el de terminación. Ello no impide que en alguna ocasión se haga referencia como sinónimo a alguno de los términos que se han señalado anteriormente, por mera cuestión de estilo y para evitar sucesivas repeticiones que ya de por sí son bastante frecuentes.

### C) Sustantividad y autonomía de la categoría de la terminación

A lo largo de la exposición se ha podido observar que el concepto de agotamiento en Italia, salvo en sus primeros momentos, como categoría independiente de la consumación, no gozó de una aceptación general. Otros términos parejos no han sido acogidos en este país con mucho convencimiento.

En Alemania la situación es totalmente inversa. La teoría de la terminación tuvo desde un principio seguidores que introdujeron esta categoría en el vocabulario de la Ciencia del Derecho Penal de tal forma que hoy se puede decir que el mentado concepto se halla presente en la teoría jurídica del delito. Sin embargo, pese a ser ésta la regla general, su afirmación no es unánime. Dos importantísimos trabajos de HRUSCHKA (41) y BITZILEKIS (42) han puesto en tela de juicio la sustantividad propia y autonomía del concepto terminación frente a otros conceptos ya existentes en la dogmática penal. Esta posición, aunque minoritaria, obliga a que se tenga que plantear la conveniencia de introducir una categoría (prácticamente inexistente en el Derecho español),

---

(40) Una de las acepciones que ofrece el Diccionario sobre el sustantivo terminación es «conclusión o parte final de una cosa». Evidentemente, este concepto es bastante adecuado al objeto de estudio que se desarrolla en el presente trabajo. A este respecto, el vocablo se utilizará para la designación de la conclusión o parte final de determinados delitos.

(41) HRUSCHKA, Joachim, *Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung*. GA (1968); pp. 193 y ss.

(42) BITZILEKIS, Nikolaos, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*. ZStW nr. 99 (1987); pp. 723 y ss.

cuando quizás existan ya otras mucho más estudiadas y con una mayor tradición jurídica que podrían cumplir las mismas funciones que aquella.

Es necesario, en definitiva, examinar la cuestión de la sustantividad y autonomía de la terminación del delito. A este respecto, se van a clasificar las diferentes posturas sobre este tema en varias teorías: teorías positivas (que afirman la sustantividad y autonomía del concepto de forma general), teorías negativas (que niegan cualquier relevancia jurídica del mismo) y teorías positivas limitadas (las cuales afirman cierta capacidad funcional del término terminación, pero sólo bajo ciertos presupuestos). Por último, se tiene que tomar en consideración la posición que aquí se defiende.

### 1) *Teorías positivas*

Estas tesis parten de la idea de que el delito, en su aspecto ontológico, transcurre por diversas fases que también tienen un significado valorativo. Este significado valorativo para el Derecho Penal no terminaría con la consumación formal del delito, esto es, con la identidad entre la actividad desplegada por el sujeto y el supuesto de hecho abstracto que contempla el precepto penal. Por el contrario, las acciones del sujeto posteriores a esa primera realización del tipo también tendrían relevancia jurídicopenal siempre que su perpetración constituyese una continuación del menoscabo del bien jurídico protegido por la norma en cuestión. Bajo esta perspectiva, el tipo de injusto no contemplaría el total desvalor del delito, sino que éste se extendería más allá de su mera perfección formal (43).

De esta forma, hoy es aceptado en Alemania casi unánimemente el punto de vista según el cual, con posterioridad a la consumación en ciertos tipos penales, existiría una «segunda zona» o «postzona» (*Nachzone*) que se extendería hasta la total consumación material del hecho delictivo (terminación) y que va a tener todavía una gran relevancia jurídicopenal (44). Se produce así una prolongación de la acción típica a la que se le atribuyen determinadas consecuencias, entre las que se han

---

(43) Una de las primeras formulaciones en el sentido expresado en el texto parte de HÄLSCHNER, en su trabajo *Die Beurteilung fortgesetzter und fortdauernder Verbrechen bei einem während ihrer Verübung erfolgten Wechsel in der Gesetzgebung*. GA (1860); pp. 461 y ss.

(44) Esta «segunda zona» fue ya caracterizada por BELING como el ámbito posterior que sigue el delito en el camino hacia su conclusión (BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906; p. 246), y, como señala BITZILEKIS, (*Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat... cit.*; p. 724 y nota 5), es reconocida hoy por muchos autores alemanes como un instituto independiente de la Parte General, que al mismo tiempo marca el comienzo y el final sobre el periodo posterior a la consumación en el que se producen determinadas consecuencias señaladas en el texto.

destacado la posibilidad de que en este espacio temporal aparezca una sucesiva autoría o participación, que sea posible todavía la aplicación de circunstancias cualificativas o que se pueda tener en cuenta una causa de justificación; por citar algunas de las más destacadas.

Esta formulación de la teoría de la terminación es hoy la que predomina en el país germánico (45), si bien es cierto que goza cada vez menos del apoyo que tuvo en su origen.

En cuanto al límite de *hasta cuando* es posible dotar a las acciones ulteriores del sujeto activo o de un tercero de relevancia jurídica, las posiciones han variado según los autores dentro de esta concepción afirmativa de la categoría de la terminación.

Un sector doctrinal exige que la conducta que se desarrolla en la «segunda zona» sea una conducta típica, es decir, que pertenezca al ámbito de la prohibición expresada por el legislador en la figura legal, si bien esta exigencia es requerida con bastante debilidad. Pero ello no implica necesariamente que la conducta ulterior esté representada fielmente en el tenor literal del tipo. Así, de esta forma, la fijación a la tipicidad se puede establecer, según esta opinión, mediante la interpretación teleológica (46), o, como ha señalado JESCHECK, deduciendo la atadura legal mediante el examen del sentido inherente a la prohibición que emana de la norma penal (47). En el marco de las teorías positivas en sentido estricto, esta corriente de opinión sería la más formalista (a pesar de que no exigen, como se ha puesto de manifiesto, una estricta fijación al tipo).

(45) Algunos autores que representan esta opinión son: ESER en *Strafgesetzbuch Kommentar... cit.*; p. 332. JESCHECK, Hans Heinrich, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat* en Festschrift für HANS WELZEL zum 70 Geburtstag, Berlín-New York, 1974; p. 691. Del mismo: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 4.<sup>a</sup> edic. Berlín, 1988; pp. 465 y ss. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*. 19.<sup>a</sup> edic. puesta al día por DREHER, Eduard y MAASEN, Hermann. München, 1991; p. 146 (si bien el autor duda de la capacidad del concepto terminación para resolver todos los problemas que normalmente se le asignan). SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2.<sup>a</sup> edic. Tübingen, 1984; p. 126, nr. 140. STRATENWERTH, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 3.<sup>a</sup> edic. Köln-Berlín-Bonn-München; 1981, pp. 243 nr. 870 (también en n.º 646). WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht... cit.*; pp. 188 y WESSELS, Johannes, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe*. 21.<sup>a</sup> edic. Heidelberg, 1991, p. 177.

(46) Así, para WINKLER es fundamental que la zona que se desarrolla desde la consumación hasta la terminación sea una zona abarcada por el tipo de injusto. Pero ello no implica, según el autor, que la determinación de esta inclusión en el tipo tenga que decidirse tan sólo mediante la interpretación literal de los términos descritos por la Ley. La interpretación teleológica puede establecer cuándo un acontecimiento lesivo al bien jurídico se halla dentro de la *circunscripción típica* o fuera de ésta; siendo la última la vía inadmisibles. WINKLER, G. *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechens*. Diss. München, 1965, p. 37.

(47) A este respecto señala JESCHECK, «... Por el contrario, la fase de la terminación no tiene porqué ser descrita en absoluto formalmente mediante el tipo. Esta es comprendida sólo materialmente mediante el sentido de la prohibición inherente a él... Por consiguiente, no se pueden exigir del tenor literal algo que esta fuera del fin de la disposición». JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat* en Festschrift für HANS WELZEL ... cit.; p. 691.

Sin embargo, otros autores ni siquiera establecen como requisito necesario para la afirmación de la "segunda zona" el que el acontecimiento ulterior a la consumación se encuentre dentro de la descripción de la figura delictiva. En este sentido LACKNER señala que, para la doctrina dominante, la terminación del delito se produce cuando se realizan las circunstancias ulteriores a dicha descripción de la figura delictiva, que, aunque continúan acuñando la ofensa al bien jurídico, no se puede decir ya que pertenezcan al tipo de injusto (48).

La posición más radical en este punto la ocupa, sin duda alguna, HAU. El autor parte de la premisa de que en ciertos tipos legales el menoscabo al bien jurídico no termina con la realización del tipo, sino que dicho menoscabo continúa de forma paralela después de este momento. Sin embargo, se reconoce al mismo tiempo que esas acciones no pertenecen ya a la descripción típica de la figura legal (49). Esta zona fuera del tipo es denominada por el autor *perpetración del delito* y las consecuencias jurídicas a las que dá origen se pueden fundamentar, siempre según el autor citado, por una lícita interpretación teleológica del hecho punible (50). Tal interpretación, que correspondería con el sentido y fin de la norma, conduce sin embargo a que se incluyan dentro del ámbito de la punibilidad hechos que se hayan fuera del tenor literal que describe la Ley. Claro es, pues, que semejante postulado obligue a que se tenga que poner en duda el acomodo de esta tesis con el principio de legalidad penal que en Alemania se encuentra constitucionalmente reconocido en el art. 103 párrafo segundo de la Ley Fundamental de Bonn (GG en adelante) (51).

El siguiente paso se sitúa en la fundamentación de esta extensión de la punibilidad. En este sentido, se señala que en la doctrina y jurisprudencia alemana se ha creado la categoría de la terminación a través de la costumbre (52), y que la misma vendría a constituir uno más de los con-

(48) LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 146.

(49) HAU, Helmut, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen*. Berlín, 1974, p. 48.

(50) HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen...* cit.; p. 49.

(51) En dicho precepto se establece el principio de legalidad penal en términos semejantes a los que señala nuestro art. 23 del Código penal, esto es, prohibiendo la imposición de penas a acciones y omisiones que no estén determinadas previamente por la Ley.

(52) El autor señala que las resoluciones de los tribunales superiores son la fuente más importante de creación de la costumbre jurídica. A este respecto aduce que ya el Tribunal del Reich en el delito de contrabando establecía que la infracción no concluía hasta que la mercancía ilegal llegase a su destino, mientras que el delito ya había sido consumado con anterioridad desde el momento en que los objetos traspasaban la frontera en cuestión. De otra parte, el autor afirma que esta costumbre se refuerza con ulteriores sentencias del BGH en materia de hurto y robo (el delito se consuma cuando se toma la cosa, se termina cuando el autor pone a resguardo el botín obtenido ilícitamente) en donde siempre ha aplicado esta figura conceptual y con el apoyo de la mayoría de la doctrina. Se darían, pues, los dos elementos conformadores de la costumbre jurídica: la aplicación reiterada y el convencimiento general de su aceptación como regla jurídica obligatoria. HAU, *Die Beendigung der Straftat...* pp. 51 y 52.

ceptos que se han creado en la Parte General del Derecho Penal, lo que justificaría incluso el acomodo de la dudosa extensión de la punibilidad con el principio determinado en el art. 103 II de la GG (53).

Todas estas teorías, que aquí se han denominado positivas, tienen como punto común, aparte de esta afirmación general de la figura jurídica de la terminación del delito, ciertas consecuencias jurídicas a las que se han aludido a lo largo de la presente exposición. Dichas consecuencias, que serán examinadas detenidamente en su lugar oportuno, vienen determinadas en su ámbito y conformación por el límite que se haya impuesto teóricamente a la extensión de la zona que se desarrolla tras el momento consumativo.

Un punto común, se decía, que mantienen todas las tesis afirmativas, se produce en el ámbito de la consumación en los delitos contra la propiedad, especialmente en los delitos de robo y hurto.

En efecto, la fase de la terminación es una fase del desarrollo del delito que tan sólo se presenta en ciertas estructuras típicas. Una de estas estructuras típicas viene representada por los delitos de intención. Aquí el legislador ha ligado la entrada en juego de la consumación a una acción, que tan sólo formaría el primer estadio de las circunstancias que fundamentan el contenido del injusto, el tomar la cosa ajena con ánimo de lucro, mientras que el segundo estadio en el que culminaría la lesión al bien jurídico vendría representado por la realización efectiva de ese ánimo de lucro del autor, es decir, por la satisfacción de su pretensión lucrativa. De esta forma, en el delito de hurto el momento consumativo, según parte de la doctrina y jurisprudencia alemana, tendría lugar con la apropiación de la cosa (54), mientras que el completo contenido del in-

---

(53) «... queda por examinar si se trata de una costumbre lícita o si contradice el principio *nullum crimen sine lege scripta*. Se ha reconocido que en forma de costumbre no se puede crear nuevos tipos penales e introducir agravaciones. A pesar de ello, la nueva formación de conceptos en Derecho Penal por medio de la costumbre no tiene porqué jugar un papel irrelevante en el mismo. Sobre todo en el ámbito de la Parte General del Código penal se han desarrollado muchas teorías en base a la costumbre. Con ello se admite que en este ámbito también se pueda formar una costumbre fundamentadora de la pena o con efectos agravatorios. Conceptos como causalidad, dolo, imprudencia, autoría mediata y delito de omisión impropia se han subordinado usualmente a la costumbre. De ahí que sólo sea consecuente el añadir a estas formaciones conceptuales en base a la costumbre el (concepto) de la terminación del hecho». HAU, *Die Beendigung der Straftat...* cit.; p. 53.

(54) En Alemania, existe desde hace mucho tiempo una línea de pensamiento bastante común según la cual en materia de consumación de delitos contra la propiedad se entiende que el hecho se consuma con la apropiación inmediata de la cosa por parte del sujeto agente (teoría de la aprehensión), sin que sea necesario, como en España, que el sujeto llegue a tener a su disposición (aunque sea potencialmente) las cosas muebles objeto de la sustracción. Respecto de la consumación del delito de hurto en relación también con el momento de la terminación, se puede señalar el trabajo de GÖSSEL, Karl Heinz, *Über der Vollendung des Diebstahls*. ZStW nr. 85 (1973); p. 592.

justo se produciría cuando el ladrón dispusiese de lo apropiado como si se tratase del verdadero propietario (55). Pero, de otra parte, las actuaciones posteriores al apoderamiento de los objetos sustraídos no vienen recojidas en la figura delictiva correspondiente y sin embargo esta línea de pensamiento les atribuye todavía relevancia jurídica. A este respecto, por ejemplo, el plazo de la prescripción del delito comenzaría a partir de este segundo momento y no cuando se produjo la consumación formal del tipo, o, en esta misma línea, las actuaciones de un tercero de auxilio para vender las piezas del botín no constituirían encubrimiento (pues el delito todavía no ha terminado) sino participación. Estas serían algunas de las consecuencias más acordes con las teorías positivas de la terminación del delito frente a las teorías negativas o positivas limitadas.

## 2) *Teorías negativas*

Estas tesis se caracterizan porque niegan la categoría de la terminación como concepto independiente de la consumación en la Parte General del Derecho Penal, bien porque las funciones que se le asignan a aquella categoría son absorbidas por esta última, bien porque existe otra figura delictiva que cumple esas mismas funciones.

Tras la consolidación de la doctrina de la terminación en Alemania, uno de los primeros trabajos que niega abiertamente cualquier relevancia jurídica a la terminación del delito es el que en 1968 publicó HRUSCHKA (56).

El citado autor analiza el concepto de terminación a través de las definiciones que ofrece tanto la doctrina alemana como el propio BGH y llega a la conclusión de que no es necesario recurrir a esta teoría de la terminación para llegar a fundamentar las consecuencias jurídicas que normalmente se le asignan (57). Por el contrario, las funciones que se le atribuyen son absorbidas por la figura del delito permanente. De ahí que, según el autor, o el intérprete trabaja con el esquema conceptual del delito permanente y sus complementarios (hecho permanente, delito instantáneo, hecho instantáneo, delito de estado, en su caso...) o utiliza la categoría más reciente de la terminación del delito (58), puesto que ambos institutos son incompatibles entre sí en un mismo sistema conceptual.

Debido a que la categoría del delito permanente se vería desnaturalizada si se aceptase esta otra de la terminación; y a causa de la sólida

(55) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat...* cit.; pp. 685 y 686, y en general, los autores citados en nota 43.

(56) *Die Dogmatik der Dauerstraftaten und das Problem der Tatbeendigung*. GA (1968); pp. 193 y ss.

(57) HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstraftaten...* cit.; p. 203.

(58) HRUSCHKA, cit.; p. 204.

posición que ocupa aquél concepto tradicional en la dogmática jurídico-penal; se considera que la figura de la terminación no tiene sitio en la teoría jurídica del delito, por estar ocupado este espacio por el delito permanente y las definiciones paralelas al mismo (59).

Durante mucho tiempo, la tesis de HRUSCHKA ha representado una posición aislada dentro de la panorámica general y afirmativa de la teoría de la terminación en Alemania. Sin embargo, recientemente BITZILEKIS ha vuelto a poner en tela de juicio las posibilidades reales de sustantividad y autonomía del concepto de terminación respecto a este otro ya sólidamente fijado de la consumación del delito.

El autor griego se pregunta si las consecuencias jurídicas que se le suelen asignar a la categoría de la terminación del delito han de ser atribuidas realmente a ésta o dichas consecuencias jurídicas derivan más bien directamente del concepto de consumación. En otras palabras, se pregunta si la terminación del delito representa una fructífera figura en la Dogmática del Derecho Penal o por el contrario su aceptación añade confusión y resta utilidad como categoría independiente de la teoría del delito contemplado en su aspecto dinámico (60).

Para responder a las cuestiones planteadas, analiza las diferentes constelaciones de casos en los que, según la doctrina tradicional en este tema instaurada por JESCHECK, se puede diferenciar un momento de la terminación distinto al de la consumación. Después de examinar estos grupos delictivos, llega a una primera conclusión según la cual las consecuencias derivadas de acciones ulteriores a la consumación inicial del hecho no se extraen de la teoría de la terminación sino que surgen de la propia estructura de los tipos estudiados (61). En definitiva, se plantea así la perspectiva en orden a la alternativa de si las acciones posteriores a la primera realización del tipo merecen una valoración independiente, y de hasta qué extensión deben ser incluidas dentro del ámbito de la relevancia jurídica de la figura delictiva.

El autor examina las diferentes definiciones aportadas por la doctrina y observa que apenas existe un criterio común acerca de la situación del punto donde finaliza la propia fase de la terminación. Esta discordancia de conceptos es lógica, según el autor, puesto que la pluralidad de estructuras típicas que derivan de las diferentes normas penales implica la existencia de dificultades para encontrar un punto común para la determinación de la conclusión del delito (62).

---

(59) HRUSCHKA, *cit.*; pp. 205 y 206. El autor ha mantenido más tarde su rechazo a la teoría de la terminación. HRUSCHKA, Joachim, *Zum Beisichführen einer Schußwaffe beim Raub*. JZ (1983); p. 218.

(60) BITZILEKIS, Nikolaos, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*. ZStW nr. 99 (1987); pp. 724 y 725.

(61) BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat... cit.*; p. 729.

(62) «Esta divergencia de opiniones no es casual, más bien se muestra como el forzoso resultado de las acciones correspondientes con la plural normativización legal,

BITZILEKIS, después de este análisis, llega a la conclusión de que la figura de la terminación es una innovación jurídica desafortunada. Sería una innovación desafortunada porque en aquellos delitos en los que la acción se desarrolla temporalmente más allá de la consumación del delito, la conclusión de la misma no quiere decir nada. En este mismo sentido, las eventuales consecuencias jurídicopenales no supondrían en este ámbito ninguna repercusión de una teoría de la terminación, sino que se pueden deducir de la estructura lógica o típica del respectivo tipo de delito. En otro grupo de estructuras delictivas, por el contrario, esa teoría menoscabaría una de las funciones del tipo en un sistema jurídicopenal, en el que aquélla considera como «pertenecientes al tipo» una serie de acciones que transcurren más allá de la consumación del delito en el camino hacia la conclusión del mismo, cuando en realidad dichas acciones estarían claramente fuera de la descripción típica (63). En palabras del propio autor: «De todo ello hay que tomar como resultado que la terminación, como instituto de la Parte General del Derecho Penal, no puede ser legitimada. La doctrina mayoritaria no ha logrado fijar a ésta como grado del delito y de forma paralela, al mismo tiempo, para establecer una zona previa y una postzona del delito con específicas consecuencias jurídicopenales. Por el contrario, los puntos críticos expresados nos permiten constatar con HRUSCHKA, que con el tiempo la doctrina se ha de despedir de un concepto independiente de terminación (64)».

De todo lo expuesto, se deduce que las teorías negativas postulan por la desaparición del concepto de terminación del delito de la terminología de la Parte General del Derecho Penal. Las razones que se alegan son de distinta índole, pero fundamentalmente se basan en las siguientes consideraciones:

a) Las funciones que se le atribuyen a la terminación del delito son propias de otros institutos de la teoría general del delito, bien de la propia fase de la consumación, bien derivada de la estructura del tipo en el que dicha consumación no es instantánea (delito permanente, supuestos de unidad natural de acción, delito continuado, etc).

b) En conexión inmediata con lo anterior, estos conceptos de la teoría jurídica del delito están consolidados en el Derecho Penal y gozan

---

que establecen cada una de las fases de la terminación. Todo intento de determinar a ésta conduce a inseguridades que no se pueden ligar con el mandato de legalidad y taxatividad del art. 103 de la GG». BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche... cit.*; p. 730.

(63) Sería el caso, por ejemplo, de los supuestos de auxilio al autor por parte de un tercero (sin dolo precedente o coetáneo al apoderamiento) para que éste asegure el botín y se beneficie del mismo, que según la teoría de la terminación constituiría participación (o incluso coautoría) en un delito de hurto o robo. Pero, en realidad, esta consecuencia extendería el tipo más allá del tenor literal de la Ley, que exigiría para considerar al auxiliador como cómplice el que éste coopere en la apropiación de la cosa mueble, y no en actos ulteriores a dicha apropiación (si se es coherente con la teoría de la consumación del delito de hurto que hoy se sigue en Alemania, que es la de la aprehensión), que integrarían más bien el instituto del encubrimiento.

(64) BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche... cit.*; pp. 749 y 750.

de una tradición que les sitúa en una sólida posición en la dogmática jurídicopenal; afirmación que no se puede predicar de la categoría de la terminación del delito.

c) También en íntima relación con esto que se acaba de expresar, otra objeción viene impuesta por el hecho de que en la doctrina no hay ningún acuerdo sobre la determinación del punto en el que se considera que el delito ha finalizado, por tanto, sobre el momento en que éste cesa en su actividad jurídica. Esta imprecisión del punto temporal que va a ser la base de ciertas repercusiones jurídicas (inicio del cómputo del término de la prescripción, final de la actualidad del ataque en la legítima defensa, etc.) conduce a inseguridades que abonan una aplicación desigual de la ley penal, en la mayoría de los casos en contra del reo.

d) La prueba más difícil de superar por esta nueva categoría se encuentra, sin duda alguna, en su dudosa armonización con los principios fundamentales del Derecho Penal, en especial, con el principio de legalidad. Las teorías positivas *stricto sensu* parecen admitir (aunque alguno de sus autores afirme que se trata de un problema de interpretación) que la «segunda zona» que se extiende tras la consumación puede quedar fuera del tipo de injusto. Esto implica una extensión de la punibilidad bien directa, bien indirectamente, fuera de los límites de la descripción típica, y por ende, de las garantías que se derivan del principio *nulla poena sine lege*, pilar básico del moderno Derecho Penal.

Para corregir algunas de las deficiencias que adolece la teoría de la terminación en su formulación más radical, surgen las teorías positivas limitadas (65).

### 3) Teorías positivas limitadas

Las teorías positivas limitadas afirman, con carácter general, la existencia de una fase ulterior a la consumación del hecho penal en la que pueden tener lugar determinadas actividades con relevancia jurídicopenal hasta cierto punto temporal que suelen denominar terminación. Esa afirmación nace de la necesidad de reconocer la realidad de cierta tradición jurídica tanto en la jurisprudencia como en la doctrina alemana, que a su vez ha servido para resolver específicos problemas que se producen en la práctica (66). Se admiten de esta forma las premisas básicas de la

---

(65) Así como en Alemania las tesis negativas son muy minoritarias, en Italia por el contrario, tras el abandono del concepto de agotamiento del delito, los autores más modernos, salvo MANTOVANI, no incluyen o rechazan expresamente cualquier fase del desarrollo del delito posterior a la consumación. A este respecto, *vid supra* notas 25 a 27 y el texto correspondiente.

(66) Esta necesidad de mantener el concepto por razones de índole práctico ha sido defendida abiertamente por KÜHL, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*. Diss. Berlín, 1974; p. 78. También aboga por el mantenimiento del concepto de terminación por razones teóricas y prácticas SCHEUFELE, Hans Jürgen, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*, Diss. Münster, 1971, p. 82.

doctrina que distingue entre la consumación formal y material del delito. En este sentido, se considera que más allá de la realización inicial del tipo, la conducta del autor puede traspasar la barrera del peligro al bien jurídico y llegar al menoscabo del mismo, o aumentar el daño derivado de la conducta del agente progresivamente para el caso de que se trate de un delito de lesión. Esta actividad posterior a la consumación del delito, concebida en un entendimiento material, puede tener consecuencias jurídicopenales en el ámbito de la participación, de la prescripción o de la imputación de circunstancias cualificativas agravantes en los términos en los que se expresan en las teorías positivas (67).

Luego, en ciertas estructuras típicas, la consumación formal y la terminación material no coinciden. La explicación que fundamentaría esta discordancia que implica una extensión de la actividad delictiva, a pesar de que se han satisfecho todos los presupuestos típicos de la correspondiente figura legal, se apoya fundamentalmente en razones de política criminal. El legislador, para fortalecer la protección del bien jurídico, ha anticipado la total punibilidad a un momento anterior a la lesión de ese bien jurídico, esto es, considera que se ha realizado el tipo de injusto en el previo estadio de la puesta en peligro del interés protegido por el Derecho. De ahí que se tilde de *formal* la consumación del delito contemplada bajo los parámetros establecidos por la ley penal; mientras que se habla de terminación *material* cuando se quiere reflejar el total menoscabo del objeto jurídico del delito producido por la conducta del autor tras el primer momento consumativo (68). Esta tesis vendría reflejada principalmente en los delitos de consumación anticipada y en los delitos en los que la acción o acciones se extienden a lo largo de un determinado período temporal (delito permanente y delito continuado).

Respectivamente, y en los términos señalados con anterioridad, la prescripción del delito comenzaría en el momento en que se entiende que este concluye (terminación), siendo todavía posible que en esta segunda zona se produzca, en y después de la consumación, actos de participación o coautoría, legítima defensa (u otra causa de justificación) o

---

(67) RUDOLPHI, Hans Joachim, *Die zeitlichen Grenzen der zukessiven Beihilfe*. Festschrift für Hans Heinrich JESCHECK zum 70 Geburtstag. Tomo 1. Berlín, 1985; p. 561.

(68) RUDOLPHI, Hans-Joachim, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. (§§ 1-79 b)*. Tomo 1. 5.<sup>a</sup> edic. Neuwied-Krieffet, 1991. Vor § 22 núms. 7 y ss. p. 3. VOGLER, Theo, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Tomo 1. 10.<sup>a</sup> edic. coordinada por JESCHECK, Hans-Heinrich, RÜß, Wolfgang y WILLMS, Günther. Berlín-New York, 1985. Vor § 22. p. 10, núm. 24. En este punto no hay discrepancia con las teorías positivas. El problema que encuentran ambas doctrinas es el criterio que se elige para determinar cuál es el momento en el que finaliza esta extensión material del injusto. En la mayoría de las ocasiones, y por influencia de SCHÖNKE-SCHRÖDER, se recurre a la representación de los fines que tenía el autor, poniendo como límite la meta conseguida por éste («... en la extensión querida por el autor...»). Como se pondrá de relieve en su momento oportuno, el criterio subjetivo de delimitación es insuficiente e irrelevante en la mayoría de los casos.

la imputación al autor de específicas circunstancias de agravación del delito.

Hasta aquí no se presenta ninguna diferencia sustancial con la exposición de la doctrina de la terminación que realizan los autores que en este trabajo se han agrupado bajo la denominación de teorías positivas o afirmativas de la terminación. Las divergencias surgen fundamentalmente cuando se trata de adecuar la teoría de la terminación con los principios constitucionales que informan al Derecho Penal, especialmente el que hace referencia al de legalidad en conexión con los criterios técnicos que se derivan del mismo (tipicidad y taxatividad de la conducta).

En efecto, la terminación en su formulación más ortodoxa, representa el momento en el que el injusto ha encontrado su conclusión material, esto es, el momento en el que se produce la efectiva lesión del bien jurídico protegido por la norma penal. Pero la calificación de *material* frente a *formal*, en íntima conexión con lo dicho líneas atrás, denota aquí que, la exigencia de que la conducta ulterior a la consumación sea típica, desaparece o no se expresa con mucha rotundidad.

Precisamente, por la falta de garantías que supone el desligar el acontecimiento postconsumativo del marco de la realización típica, se rechaza el concepto amplio de terminación que se postula por los partidarios de las teorías afirmativas. En consecuencia, las teorías positivas limitadas sostienen el criterio que confirma la necesidad de considerar una zona ulterior a la consumación en la cual van a tener repercusiones jurídicas las actividades que todavía se despliegan en la misma. Ahora bien, por razones de garantía constitucional reflejadas en el principio de legalidad penal y de seguridad jurídica, se limita esta última fase del desarrollo del delito a la esfera de la tipicidad (69).

---

(69) El principio de legalidad penal se encuentra constitucionalmente reconocido en la Ley Fundamental de Bonn (GG) en el art. 103 párrafo II. («Un hecho sólo puede ser castigado cuando la punibilidad se ha determinado legalmente antes de que se haya perpetrado ese hecho»). Para evitar, entonces, que la doctrina de la terminación del delito atribuya consecuencias penales a hechos, conductas o comportamientos que caen fuera de la descripción del tipo, los autores que se agrupan bajo las teorías positivas limitadas exigen la subsunción de esos hechos, conductas o comportamientos bajo el ámbito de la norma penal correspondiente. En este sentido se pueden citar los siguientes: KÜHL, Christian, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts...* cit.; p. 43. KÜPER, Wilfried, *Kurzfragen der Unfallflucht*. JZ (1981), p. 252. MAURACH, Reinhart-GÖSEL, Karl Heinz-ZIPF, Heinz: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 11. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen*. 7.<sup>a</sup> edición. Heidelberg, 1987; p. 10 núm. 40. OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. 3.<sup>a</sup> edic. Berlín-New York, 1988; p. 50, del mismo autor: *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn*. Festschrift für Karl Lackner zum 70 Geburtstag. Berlín-New York, 1987; p. 717. RUDOLPHI, Hans Joachim, *Die zeitlichen Grenzen der zukessiven Beihilfe...* cit.; p. 561. Del mismo: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Vor § 22...* cit.; p. 7, núm. 9. SCHEUFLE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 82 y VOGLER en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Vor § 22...*, p. 13 núm. 34.

Esta tesis limitada de la terminación también es afirmada de forma indirecta por algunos autores en el ámbito de las consecuencias jurídicas que se le asignan. En un principio, para la doctrina más ortodoxa, uno de los clásicos ejemplos en el que se podía observar una distinción entre consumación y terminación se encontraba en la estructura típica representada por los delitos de intención. En ellos, especialmente en los supuestos de hurto y de robo, el hecho punible se entendía consumado cuando el autor aprehendía materialmente el objeto mueble, mientras que, se decía, el delito terminaba cuando el sujeto agente disponía de la cosa como si se tratase del verdadero propietario (70). Como resultado de esta formulación, se afirmaba la posible existencia de participación entre ambos momentos (apropiación y disposición) o la licencia otorgada al propietario eventualmente desposeído para que pudiese utilizar la violencia en la recuperación de la cosa sustraída (legítima defensa).

Pues bien, los partidarios de la tesis limitada de la terminación no van a admitir este supuesto como representativo de la aplicación de aquélla. El auxilio al autor, v. g., para que éste pueda esconder en un sitio seguro el botín obtenido ilícita y subrepticamente, no constituiría, como afirman los primeros autores, participación en el hurto o robo cometido por el agente principal, sino que tendría que ser calificada como encubrimiento. Esta conclusión vendría impuesta por el propio respeto al principio de tipicidad, concreción técnica del principio de legalidad, que prohibiría atribuir las mismas consecuencias jurídicas a los actos que vienen descritos por la ley que a aquellos otros que caen fuera de esa descripción típica (71). De ahí que, desde esta concepción, se reduzcan el número de estructuras en las que es posible admitir esa «segunda zona» ulterior a la consumación (delitos de empresa, algunos delitos de peligro, delitos permanente y continuado, ciertos supuestos de unidad natural de acción).

De esta forma, las teorías limitadas de la terminación tratan de conjugar las ventajas que ofrece en ciertas clases de tipos penales la admisión de una fase del desarrollo del delito que supera a la consumación, con la necesidad de respetar el principio de legalidad penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

(70) A título de ejemplo, *vid Supra* nota 63.

(71) En el delito de hurto se ha planteado esta problemática de calificación de conductas que se llevan a cabo después de la consumación del delito. Niegan ya la subsumición bajo la norma que describe el delito contra la propiedad, por entender que la conducta ulterior no se encuentra abarcada por el tipo: GÖSSEL, Karl Heinz, *Über die Vollendung des Diebstahls*. ZStW nr. 85 (1973); pp. 646 y 647, núm. 3. ISENBECK, Helmut, *Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl*. NJW (1965); p. 2327. KUPER, Wilfried, «Sukzessive» *Tatbeteiligung von und nach Raubvollendung*. BGH NJW 1985, 814. Juristische Schullung (JuS) 1986; p. 869 y RUDOLPHI, *Die zeitlichen Grenzen der zukünftigen Beihilfe... cit.*; p. 560.

#### 4) Toma de posición

En el presente apartado se han expuesto las diferentes opiniones de la doctrina alemana sobre la afirmación o negación de la necesidad de establecer o mantener en ciertos delitos la figura de la terminación como concepto independiente de la consumación. Como se ha señalado, la descripción de las diferentes concepciones han tomado como punto de referencia el Derecho alemán, pues ha sido en este país donde se ha investigado con mayor profundidad la última fase del desarrollo temporal del delito. Sin embargo, los parámetros que toma por base la literatura y jurisprudencia germánica no pueden ser trasladados íntegramente a un estudio que queda circunscrito al ámbito del Derecho Penal español. De ahí que sea ahora el momento de responder a la cuestión inicialmente planteada, eso sí, teniendo presente, junto a los argumentos examinados, el propio Derecho positivo y la tradición jurídica que integran los pilares básicos de la Ciencia del Derecho penal hispánica.

Tanto HRUSCHKA como BITZILEKIS han negado cualquier relevancia jurídica a la categoría de la terminación del delito. Para el primero, porque ésta es incompatible con el sistema conceptual del delito permanente, y, puestos a elegir, éste goza de mayor solidez que aquélla en la Dogmática penal. Para el segundo, las funciones que se le atribuyen al mentado concepto pueden ser abarcadas por la consumación en las diferentes estructuras típicas. Ambas objeciones deben ser rechazadas.

En efecto, frente a HRUSCHKA, el concepto de terminación no sólo no es incompatible con el de delito permanente y el sistema de definiciones que éste representa, sino que es necesario para complementar al mismo. El delito permanente, que suele ser definido como aquel delito en el que el autor crea un estado antijurídico que se extiende a lo largo de un determinado periodo temporal, y cuyo mantenimiento depende de la voluntad de ese autor (72), requiere de una referencia obligada a dos

---

(72) Es este el concepto de delito permanente que suele ser utilizado por la doctrina. Las únicas divergencias que aparecen hacen referencia al contenido que se le otorga a cada uno de los elementos de la definición, no sobre la definición en sí misma. No es este el lugar indicado para estudiar toda la problemática que envuelve al delito permanente, especialmente cuando se trata de analizar la naturaleza de ese estado antijurídico. De momento nos limitamos a señalar una breve representación de la doctrina más reciente que mantiene la formulación en los términos señalados en el texto. Así, ANTONISEI, Francesco, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 11.<sup>a</sup> edic. puesta al día por CONTI, Luigi... cit.; pág. 230. CANTARERO BANDRES, Rocio, *Problemas penales y procesales del delito continuado*. Barcelona, 1991; pp. 50 y 51. FIANDACA, Giovanni-MUSCO, Enzo, *Diritto Penale. Parte Generale...* p. 152. JAKOBS, Gunter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2.<sup>a</sup> edic. Berlín-New York, 1991; p. 170. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 329. MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 407. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente*. Padova, 1988; pp. 20 y ss. Del mismo: *Reato permanente. Enciclopedia del Diritto*. Tomo XXXVIII (1987); pp. 859 y 860. SAMSON, Erick, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. (§§ 1-79 b)*. Tomo 1. 5.<sup>a</sup> edic. Neuwied-Krieffet, 1991. Vor § 52, núms. 26 y 27; p. 9 y

momentos distintos: el momento en el que se satisfacen todos los elementos que definen la correspondiente figura legal de la Parte Especial, denominado consumación; y un segundo momento en el que cesan los efectos jurídicopenales, denominado terminación del delito (73).

La terminación, como la consumación, como la tentativa, no es un concepto que mantenga sustantividad en si mismo, sino que, al igual que aquellos, necesita de la referencia a un sustrato material, valorativo y temporal que se encuentra en el desarrollo del tipo. En este sentido, el delito permanente precisa, para delimitar su propia definición, no sólo del concepto de consumación, sino también de este otro denominado terminación. De ahí que ambos sistemas no sean, como dice HRUSCHKA, incompatibles; por el contrario, éstos son complementarios entre sí.

Otra objeción que se le puede señalar a la tesis negativa del autor citado derivaría del hecho de que, en su formulación, se considera que sólo el delito permanente representa una estructura típica en la que se puede hablar de una zona ulterior a la consumación con relevancia jurídica. Existen, sin embargo, otras muchas figuras en las que se presentan los dos momentos, consumación y terminación (74). Piensesé, por ejemplo, en los diferentes tipos de incendios, que se consuman cuando el sujeto prende fuego al objeto material del delito, mientras que terminan, quizás, cuando ese mismo objeto ha sido reducido a cenizas. De igual forma, en los delitos de consumación anticipada siempre existe un ámbito posterior a la perfección del hecho antijurídico con relevancia para el Derecho Penal cuya explicación excede a la que pueda ofrecer aquella.

BITZILEKIS, se ha señalado, rechaza el concepto de terminación porque entiende que aquél no añade ninguna función que no pueda ser absorbida por el concepto de consumación, y por esa razón perdería toda posible utilidad en la teoría del *iter criminis*. Pero tampoco esta consideración puede ser aceptada. La consumación, entendida como el momento en el que el hecho concreto perpetrado por el autor corresponde con la entera descripción típica de la respectiva figura de la Parte Especial, es punto de referencia único de otras instituciones cuando el delito se agota en el mismo instante en el que se produce la perpetración del hecho penal (delitos instantáneos, por ejemplo, el delito de homicidio).

---

STREE, Wolfgang, en *SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.<sup>a</sup> edic. München, 1991; p. 692, núm. 81. 1.

(73) El delito de detenciones ilegales (clásico e indiscutible ejemplo de delito permanente en los ordenamientos occidentales) se consuma con la detención o encierro del sujeto pasivo por un mínimo espacio de tiempo. Ahora bien, el tipo continúa realizándose todo el periodo cronológico en el que la persona se haya privada de libertad (mantenimiento del estado antijurídico). El delito de detenciones ilegales termina cuando cesan los efectos antijurídicos, es decir, en el momento en que la víctima es puesta en libertad. Son dos puntos que, si bien es cierto que en cada hecho de la vida real van a ser diferentes, quedan claramente determinados respecto de la descripción típica.

(74) Crítica puesta ya de manifiesto por HAU, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen... cit.*; p. 42.

Pero, en otra clase de tipos, aun cuando la consumación sigue representando el punto en el que se presentan todos los requisitos para que tenga lugar la total punibilidad en su medida abstracta, esto no implica que el contenido del injusto haya alcanzado su máxima gravedad. En estos supuestos, la realización del tipo se extiende temporalmente más allá de ese primer momento consumativo, desplegando en su desarrollo ulteriores efectos antijurídicos, como sucede, v. g., en el delito permanente. Nos encontramos entonces ante un espacio temporal en el que transcurre el delito ya perfecto cuyo termino inicial denominamos consumación pero que no es suficiente por sí sólo para fijar la base de otras figuras jurídicas de la Parte General. La prescripción, por ejemplo, no comenzará a transcurrir cuando el delito esté inicialmente consumado, sino cuando finalice la realización del tipo, es decir, cuando se produzca la terminación del hecho penal. De ahí que sea necesario, en ciertas estructuras típicas, la referencia a un momento distinto de la consumación, y esté justificado, aunque venga revestido de gran relatividad, la figura de la conclusión del delito (75).

Se acepta, pues, el concepto de terminación dentro de la doctrina del *iter criminis*. El problema no surge por la afirmación de esta categoría, como se ha puesto de manifiesto, dado que representa funciones adicionales a partir de las cuales determinadas consecuencias jurídicas se apoyan en un buen punto de referencia. Por el contrario, el problema tiene su origen en la extensión y en las ulteriores consecuencias que se le otorgan a esa zona típica postconsumativa.

En esta línea, las tesis positivas radicales que afirman la existencia de un injusto material fuera del tipo y que extienden el mismo tratamiento dogmático de la tipicidad a las acciones ulteriores a la subsunción legal, pecan por exceso en su afán de innovación. En efecto, en la medida en que se entiende que acontecimientos sucesivos a la consumación pueden continuar la proyección de menoscabo al bien jurídico, es necesario en esta concepción fundamentar las consecuencias jurídicas que se le atribuyen a estos acontecimientos. Y se ha visto como HAU señala que la extensión de la punibilidad es afirmada en base a la costumbre.

---

(75) No necesariamente tiene que entenderse la consumación como un punto, puede ser concebida, como hace BITZILEKIS, como un periodo en cierta clase de tipos. Sin embargo, aun cuando sea entendida de esta última forma, la terminación sigue teniendo relevancia, designando el momento en el que concluye la consumación. Así lo han entendido en España COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 558). También opta por este concepto de consumación RODRÍGUEZ MOURULLO (en CÓRDOBA RODA, Juan-RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo-CASABO RUIZ, José Ramón, *Comentarios al Código penal*. Tomo I, cit.; p. 79).

Aquí se utiliza preferentemente la expresión de consumación para designar un punto temporal del *iter criminis*, mientras que lo que estos autores entienden como periodo consumativo o consumación prolongada en el tiempo, es contemplado como ulterior realización del tipo. La diferenciación es simplemente terminológica en estructuras como el delito permanente u otras similares, pero tiene su razón de ser en los delitos de consumación anticipada, como se pondrá de manifiesto en la tercera parte de este trabajo.

No hay que realizar un gran esfuerzo argumentativo para llegar a la conclusión de que esta tesis es insostenible en el moderno Derecho Penal. La aceptación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* es tan evidente y universal que no existe hoy por hoy autor que niegue su vigencia. En este sentido, ninguna costumbre puede, en materia de Derecho Penal, establecer la fundamentación de la punibilidad a hechos que caen fuera de la subsunción legal (76).

Han existido intentos de suavizar la inaceptable tesis de HAU, afirmando que la conducta ulterior a la consumación ha de ser abarcada por el tipo, pero sin que esto signifique que la adecuación a la descripción legal tenga que ser expresada formalmente por el tenor literal de dicho tipo, siendo suficiente el que esta subsunción se derive del sentido de la prohibición inherente a la norma punitiva (77). En definitiva, bajo el prisma de esta formulación, se trataría de un problema de interpretación, en el que se tendría que dilucidar si el acontecimiento postconsumativo se haya abarcado por la descripción legal de la figura delictiva o no.

Tampoco se puede aceptar semejante concepción, ni su ofrecido criterio en relación con la determinación de la fase de conclusión del delito. La alusión al «sentido de la prohibición inherente a la norma penal» para establecer si el hecho en cuestión se ha de incluir en el tipo, es demasiado vaga e inexacta para garantizar el cumplimiento de las exigencias del principio de legalidad, y más aún cuando se trata de supuestos en los que se extiende la punibilidad (78). Esa falta de definición de la fórmula señalada conduce también a inseguridades que tienen su reflejo en la difusa distinción entre interpretación y analogía prohibida. No son, en muchas ocasiones, circunstancias del tipo legal las que se interpretan, sino que con ese «sentido de la prohibición inherente a la norma», se sustituyen dichas circunstancias típicas por otras que realmente se hayan fuera de la subsunción legal.

De hecho, las consecuencias a las que se llegan apenas difieren de la formulación de HAU, y como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, ciertas acciones ulteriores a la consumación del hurto (auxilio al ocultamiento del botín) son consideradas como participación o coautoría (y no de encubrimiento). Y sin embargo, queda claro que esas acciones no son abarcadas por el tipo del hurto, a pesar de que se quieran incluir en el sentido de la prohibición inherente al mismo.

---

(76) Esta tesis de HAU ha sido abiertamente rechazada o ignorada en la totalidad de la doctrina alemana. El propio JESCHECK, director de la disertación en la que el mentado autor expone su teoría sobre la terminación, se muestra disconforme con esta concepción en su citado trabajo que es publicado en el mismo año: JESCHECK, Hans Heinrich, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat...* cit.: p. 685.

(77) *Vid supra*, en nota 47, la opinión de JESCHECK.

(78) En este sentido se dirige la extensa crítica de BITZILEKIS, *Über der strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat...* cit.: p. 735.

En consecuencia, es necesario afirmar la existencia de una zona sucesiva a la consumación en la que se pueden desarrollar acciones de las que resultan ciertos efectos jurídicopenales. Pero esa zona postconsumativa que concluye en la terminación del delito debe ser abarcada por la circunscripción del tipo. Claro está, que habrá que acudir a la interpretación y sus reglas para la delimitación del marco definitorio de la figura legal (79).

Esta afirmación no es gratuita. No existe una lesión *material* del bien jurídico que se produzca fuera de los presupuestos definidores del marco abarcado por la norma penal. Mantener la tesis que defiende una protección suprallegal del bien jurídico no sólo atenta a los principios de seguridad jurídica y legalidad, sino que implica una contradicción lógica y valorativa (80). Supondría, en definitiva, olvidar que el Derecho Penal no puede castigar todo menoscabo causal del bien jurídico, sino tan sólo aquéllos que se producen en la forma descrita por el tipo (81).

En conclusión, y en consonancia con las aquí denominadas teorías positivas limitadas, se afirma que en el desarrollo temporal de cierta clase de delitos existe una fase posterior a la consumación que también integra el presupuesto de la punibilidad en la medida en que continúa la progresión peligrosa o lesiva del bien jurídico y es abarcada por el tipo. De igual forma, junto al momento de la consumación, caracterizado por representar el punto temporal en el que se reúnen todos los elementos

(79) En ocasiones la propia interpretación literal será suficiente para determinar la subsunción legal. Pero es posible que dicha interpretación legal no sea por sí sola bastante y haya que recurrir a la teleológica. Así, por ejemplo, el art. 480 del Cp castiga al «particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad». Si tuviese que ser aceptada tan sólo una estricta interpretación literal, la acción de mantenimiento del encierro de la persona no viene expresada en la letra del citado precepto. Sin embargo, una exégesis teleológica y sistemática de la norma penal conduce a la conclusión de que la conducta de vigilancia y obstaculización para evitar que la víctima vuelva a la libertad se haya dentro de la circunscripción del tipo. Esta necesidad de recurrir a la interpretación teleológica ha sido expresada por WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsatzlichen Verbrechen...* cit.; p. 36.

(80) En efecto, si la definición del bien jurídico sólo puede ser considerada en atención a la valoración que emana de la norma, para que el menoscabo producido en el mismo por la acción u omisión del sujeto determine ciertas consecuencias jurídicas, la forma en que se produce el ataque tiene que ser contemplada por esa norma. Desde el punto de vista lógico es contradictorio, pues, mantener que la conducta que se haya fuera del ámbito del precepto penal, es al mismo tiempo susceptible de lesionar el bien jurídico de forma distinta a la establecida en la ley punitiva y paralelamente atribuir a esa acción extermotípica las mismas consecuencias jurídico-penales que se derivan de otras acciones que sí son subsumidas por esa ley penal. Sólo una argumentación análoga en contra de reo podría fundamentar esta forma de aplicación del Derecho.

(81) VOGLER, Theo, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar. Vor § 22...* cit.; pp. 13-34. A este respecto se ha señalado: «... Pero el menoscabo del bien jurídico comprendido por el tipo no se identifica con el menoscabo del bien jurídico comprendido por la norma: sólo en tanto que las circunstancias del menoscabo antinormativo del bien jurídico sean exigidas en la ley penal como presupuestos de la punibilidad, son al mismo tiempo circunstancias de la punibilidad y con ello, del tipo.» MAURACH, Reinhart-GÖSEL, Karl Heinz -ZIPP, Heinz, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 11. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen...* cit.; p. 10, núm. 40.

constitutivos del tipo, se configura el momento de la terminación, que a su vez representa el punto límite a partir del cual desaparece la relevancia jurídicopenal de las acciones u omisiones del sujeto activo. El concepto y los criterios de delimitación de esta categoría serán estudiados en el siguiente apartado.

### III. LA TERMINACIÓN DEL DELITO: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ESTRUCTURA

En los anteriores apartados se ha expuesto la situación actual de la teoría de la terminación en la doctrina de otros ordenamientos jurídicos (sobre todo, en Alemania, por las razones ya apuntadas), especialmente en aquello que hace referencia a la cuestión de su autonomía y propia sustantividad. Aquí se ha llegado a la conclusión preliminar de que se ha de reconocer en ciertas estructuras delictivas una fase posterior a la consumación del hecho punible la cual se extiende hasta un punto temporal denominado terminación, en donde ciertos hechos o comportamientos adquieren relevancia jurídicopenal. Se ha afirmado, en definitiva, la categoría de la terminación del delito como uno más de los institutos que integran el sistema conceptual de la teoría del *iter criminis*.

El siguiente paso se dirige, en primer lugar, a la determinación del criterio en razón del cual se establece el límite de la relevancia jurídica en el ámbito penal de las actividades ulteriores a la perfección del delito, cuestión que influye implícitamente en la delimitación conceptual del término estudiado. En segundo lugar, tras esa primera delimitación conceptual, se tiene que estudiar la relación consumación/terminación en las diferentes estructuras típicas que admiten dicha distinción (delitos de consumación anticipada, delitos con estructura iterativa, delitos de intención, en su caso, etc.). Se analizan, pues, seguida y separadamente, cada uno de los dos aspectos señalados.

#### A) Delimitación conceptual

La doctrina penal ha intentado buscar criterios generales para establecer la delimitación de la fase que media entre la consumación y la terminación del delito. La determinación de dichos criterios es importante, porque en la medida en que se acepte el ulterior desarrollo temporal de las acciones penales con posterioridad a la consumación, e; presupuesto de la punibilidad se extenderá, con todas sus consecuencias, hasta la terminación del delito. Por el contrario, los acontecimientos que se producen más allá de la terminación, carecerán de relevancia jurídico-penal, salvo que la Ley señale lo contrario (como ocurre en los supuestos de encubrimiento).

Como no puede ser de otra forma, las directrices que se utilizan para definir la extensión definitiva de la actividad antijurídica postconsumativa se encuentran en estrecha conexión con la posición adoptada en orden al entendimiento de los mecanismos jurídicos de protección del bien jurídico y los límites de la potestad sancionadora del Estado a través de la ley penal (82). Esta consideración no debe perderse de vista por su importancia en la delimitación del concepto de terminación en relación con la problemática que se plantea en orden a la sistemática adoptada en la dogmática del Derecho Penal.

Con todo, es necesario agrupar los diferentes criterios de delimitación ofrecidos por la doctrina para llegar a una mejor comprensión de la problemática señalada.

### 1) *Criterios subjetivos*

En un primer momento, tanto doctrina como jurisprudencia entendieron que el punto de referencia que marcaba el final «real» del delito se situaba en el momento en el que se producía la realización del fin perseguido por el autor con la perpetración del mismo. En esta línea se desarrolló en la doctrina clásica italiana el concepto de *agotamiento* del delito, prácticamente abandonado hoy en aquel país pero todavía con reminiscencias en nuestra literatura jurídica (83). En este sentido, se dice, si alguien mata a su padre para obtener una herencia, el delito se consu-

---

(82) En no pocas ocasiones, en el fondo de la teoría de la terminación, se haya encubierta una forma de concebir la función del Derecho Penal en relación a la protección del bien jurídico y en relación también a la propia prelación de las fuentes de ese Derecho Penal. Quienes parten de una concepción exacerbada de la defensa de los intereses jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad, van a aceptar un menoscabo material del objeto de tutela de la norma más allá de la realización del tipo de injusto, el cual abarcaría tan sólo una parte de la realidad que supone el total acontecimiento delictivo. La protección otorgada por el Derecho Penal debe, por tanto, extenderse más allá de la estricta barrera formal que representa la subsunción en la figura delictiva descrita por el tenor literal de la Ley, y, en consecuencia, dicha protección alcanzará el estadio «posttípico» hasta el momento en el que se pueda producir la lesión «material» del concreto interés jurídico. En consonancia con esta afirmación, la Ley penal, claro está, no puede representar la única fuente de la que emanan las diferentes consecuencias jurídicas ligadas a esa zona «extermotípica» (dado que la subsunción legal no puede llegar a determinados acontecimientos postconsumativos); y de ahí que se recurra a la costumbre (HAU) o a otras fórmulas que por vía indirecta, y con otros rodeos lingüísticos, lleguen a la misma o parecida conclusión.

Por el contrario, para quienes contemplan la función de protección de bienes jurídicos del Derecho Penal de forma limitada, no hay otro menoscabo del objeto de tutela que el señalado por el tipo legal. La punibilidad puede extenderse más allá de la consumación en ciertas estructuras típicas, pero nunca sobrepasará, en su calidad de consecuencia jurídica, los límites que le marque el injusto típico. Esto es así porque la única fuente del Derecho Penal es la Ley.

(83) Al respecto, *vid. supra* II, B), especialmente notas 19 y 21 (para la doctrina italiana) y 30 (para la doctrina española), así como el correspondiente texto de referencia.

ma con la muerte del ascendiente mientras que se agota cuando el parricida logra la propiedad de los bienes heredados, es decir, cuando se ha conseguido la meta pretendida por el autor con la comisión del delito. No obstante, los pocos autores que todavía mantienen en su vocabulario el término agotamiento bajo esta acepción subjetiva, dejan toda su relevancia jurídica para el ámbito de la responsabilidad civil, salvo algún supuesto puntual señalado en el Código penal (84). Es decir, la teoría del agotamiento del delito o bien es abandonada, o bien se le niega funcionalidad alguna dentro de la dogmática del *iter criminis* por la amplitud ilimitada que supone el criterio delimitador que propone, totalmente desconectado de las categorías representadas en la teoría jurídica del delito.

Las primeras aportaciones en el ámbito de la teoría de la terminación en Alemania, también establecieron como criterio relevante de determinación de la esfera posterior a la consumación, la realización de la intención del sujeto agente. En este sentido, se ha destacado ya, WELZEL distinguía la consumación formal del delito, que según el autor se determinaba por el tipo delictivo, («el delito se consume con la completa satisfacción del tipo»); de la consumación material, que se produciría con el logro de la pretensión criminal del autor (85). Pero, a diferencia del mentado concepto de agotamiento que se postulaba en Italia, a las funciones atribuidas a esta consumación material del hecho penal se les quiere dotar de relevancia jurídico-penal (86). Este esfuerzo por mantener la terminación del delito dentro del ámbito punitivo ya había sido plasmado por BELING a principios de siglo, pues aun cuando el autor determinó la relevancia de ciertas acciones posteriores a la consumación (*Nachhandlungen*), éste limitó considerablemente, si bien se aceptó inicialmente, la dependencia de aquéllas respecto del ánimo del autor (87).

---

(84) Así, SÁINZ CANTERO (*Lecciones de Derecho Penal... cit.*; p. 800), al igual que MUÑOZ CONDE, entiende que, además de la repercusión que tiene el agotamiento en la determinación de la responsabilidad civil emanada del delito, el legislador estructura la consumación de ciertas figuras delictivas en relación a la intención del sujeto agente, como en el delito de amenazas del art. 493, 1.º (donde la pena depende de sí se ha conseguido o no el propósito del culpable) o los delitos de robo y hurto (los cuales se estructuran en torno al elemento subjetivo «ánimo de lucro»).

(85) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht... cit.*; p. 188.

(86) Así, tanto WELZEL (*ibidem*, pp. 188 y 189) como SCHÖNKE-SCHRÖDER (*Strafgesetzbuch Kommentar... cit.*; núm. 4, p. 332) aplican este nuevo concepto en el ámbito de los delitos patrimoniales, especialmente en el delito de estafa, que concluiría con el logro de la ventaja patrimonial pretendido por el autor. En semejantes términos se expresa LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen... cit.*; p. 147.

(87) Señalaba el profesor alemán que no toda intención del autor era decisiva para la delimitación de la esfera de realización ulterior del tipo, sino que tan sólo tenían significación aquellos momentos subjetivos que la Ley había considerado especialmente en la descripción de la figura delictiva (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen... cit.*; p. 248).

Esta concepción subjetiva del momento de la terminación obedece, en el caso de WELZEL, a un planteamiento lógico que es consecuencia de la teoría final de la acción y del concepto personal del injusto, de cuya representación el profesor de Bonn es máximo exponente (88). En efecto, para WELZEL, como para la mayoría de los autores, la función del Derecho Penal también consiste en la protección de bienes jurídicos, pero esta protección se alcanza en la medida en que el Derecho Penal prohíbe acciones dirigidas finalmente a la lesión del valor jurídico (89). De ahí que no se castigue con base en el desvalor del resultado, que encuentra su expresión en la lesión del bien jurídico, sino con base en el desvalor del acto de la acción, que representa el declive de la conciencia jurídica respecto de los valores fundamentales. Consecuentemente, el injusto se concibe de forma subjetiva: «la antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. *Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto "personal"*» (90). Por esta razón, se afirma que todo delito doloso sea, en última instancia, realización de la voluntad (91).

Bajo estos presupuestos, la coherencia lleva al autor a mantener que, con la realización de la voluntad más allá de la consumación, se posterga la perpetración del delito, y con la satisfacción de aquella se llegue, en definitiva, a la conclusión material del hecho doloso. Esta sería la explicación que justificaría, desde la teoría final de la acción, por qué se recurre a la voluntad como criterio decisivo para la delimitación de la terminación del hecho. En su momento oportuno, esto es, en la toma de posición, se realizarán las precisiones oportunas.

## 2) Criterios objetivos

Las teorías subjetivas han tenido escasa acogida en la doctrina de la terminación, si bien es cierto que alguna consecuencia derivada de sus postulados fundamentales, especialmente en el ámbito de los delitos contra la propiedad, ha sido tenida en cuenta por un amplio e importante sector de juristas alemanes. La realización de la intención del agente ha sido rechazado como criterio de determinación del punto temporal de la terminación del delito por representar una fórmula vaga e imprecisa, y que, en definitiva, obliga al intérprete a acudir al sustrato sobre el que se refleja la voluntad del agente. Por esta razón, la mayoría de la doctrina a recurrido a otros elementos distintos de la mera subjetividad del agente

---

(88) HAU, Helmut, *Die Beendigung der Straftat und ihre rechtlichen Wirkungen... cit.*; p. 31.

(89) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht... cit.*; pp. 2 y ss, p. 5.

(90) WELZEL, *cit.*; p. 62 (*täterbezogenes, personales Unrecht*).

(91) WELZEL, *cit.*; p. 187.

para establecer un concepto de terminación independiente de la consumación. Dichos criterios de delimitación han sido agrupados bajo la rúbrica de «objetivos», por residir su fundamento en elementos ajenos a la conciencia del autor.

Sin embargo, dentro de esta concepción objetiva, la determinación del momento de la conclusión de la infracción punible se ha estructurado en torno a razonamientos de índole material, formal o teleológico. De ahí que se tengan que distinguir a su vez tres nuevos criterios: criterios objetivo-materiales, criterios objetivo-formales y criterios objetivo-teleológicos.

#### a) CRITERIOS OBJETIVO-MATERIALES

Hubo una época en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, seguida por alguno de los Tribunales Superiores de los Estados federados, e incluso algún autor, intentó delimitar el concepto de terminación a través de un criterio naturalístico y puramente material (92). La teoría se fundamenta con base en las consideraciones que se examinan seguidamente (93).

Se ha afirmado que todo proceso en la realidad empírica se desarrolla, por regla general, con independencia de la propia existencia del Derecho. Ahora bien, el acontecimiento natural puede ser objeto de consideración por parte del Derecho. Sin embargo, el Derecho no tiene en cuenta todos los momentos del acontecer real, sino que lleva a cabo una selección de los mismos. Así, en el Derecho Penal se extraen las circunstancias del acontecer empírico en la medida en que éstas puedan coincidir con las circunstancias del tipo de un delito. De esta forma, se restringe el campo de actuación del aplicador de la ley, y se crea una imagen que es apropiada para la subsunción bajo los presupuestos del delito en cuestión. El acontecimiento material es unitario en sí mismo, sin fisura alguna; es el intérprete el que lleva a cabo la tarea de distinción en virtud de la cual se escinde mentalmente el hecho, produciéndose así una separación entre lo que es esencial para el Derecho Penal y lo que es irrelevante para aquél.

Trasladado a la problemática de la terminación, la consideración jurídicopenal de la realidad empírica representa tan sólo una parte de ese proceso, el cual es interrumpido en el punto en el que las circunstancias

---

(92) Un ejemplo queda reflejado en la decisión del BGH recogida en GA (1969); pp. 348 y ss. Entre alguna sentencia de los *Länder* la resolución de la OLG de Hamburgo publicada en JZ (1961); pp. 95 y ss.

(93) Una clara exposición de la perspectiva naturalística de la terminación del delito, que es seguida aquí parcialmente, puede encontrarse en WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen... cit.*; pp. 15 y ss. También KÜHL, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts...*, pp. 22 y ss.

esenciales de la Ley son cumplidas. A la Ley le es suficiente con el hecho de que todas sus circunstancias esenciales encuentren una correspondencia en el sector de la realidad empírica que subsume, y no se plantearía problema alguno si los tipos penales del texto punitivo siguiesen siempre la perspectiva natural del tipo individual de delito. De hecho, cuando los tipos penales no siguen esa consideración material, se afirma, es porque el Legislador ha anticipado, por razones de política criminal, la total punibilidad, produciéndose así una discordancia entre la consumación formal y consumación material del delito; anticipación, en definitiva, respecto de ese punto final de contenido natural. Pero esto no sucede siempre de la misma forma. Por el contrario, existen delitos, en los que el Legislador no ha reproducido la total representación de la infracción en la descripción del tipo, sino que se ha contentado con la descripción de uno de los grados previos del total acontecer delictivo. Se pregunta entonces porqué no debería ser apropiada la concepción natural para corregir este desfase.

Así se explicaría si se considera que el suceso continúa en la realidad empírica sin que se tenga en cuenta la cesura jurídica. En este sentido, la ley no podría ser aquí de mayor utilidad; ésta ya habría hecho su parcial juicio de valor. Si se quisiese significar, a pesar de ello, algo sobre el suceso ulterior desde el punto de vista jurídicopenal, habría que recurrir entonces al pensamiento que más o menos señala que hay que encomendarse a la consideración natural. Esto rige precisamente cuando «aquella (la valoración legal) depende del extenso ámbito circunscrito a la perspectiva natural de la vida hasta la terminación material del hecho (94)».

Ya el atributo «material» denota hacia donde se dirige esta concepción. Se pone el acento en el momento final del desarrollo del acontecer fáctico, sin consideración a la escisión ideal que se produce mediante el Derecho. De ahí que la consideración natural sea concebida como un instrumento idóneo. En palabras de BINDING: si se quiere determinar «la conclusión material de la acción delictiva, se tiene que servir entonces de la consideración realística (95)».

Se ha querido determinar más exactamente la clase de instrumento que supone esta perspectiva natural y se habla de una consideración realística para mostrar lo opuesto a la consideración jurídica (96). Sin em-

(94) En este sentido el propio BGH, resolución publicada en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW); p. 1810. Alguna sentencia más se puede encontrar en el trabajo de KÜHL, *cit.*; p. 24.

(95) BINDING, Karl, *Handbuch des Strafrechts*. Leipzig, 1885; p. 582.

(96) Se ha dicho, en oposición a la consideración jurídica, «que en ciertos casos no es posible una ulterior satisfacción del tipo, a pesar de que todavía no ha cesado el fenómeno». FURTNER, Georg, *Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat*. JR (1966); p. 170. El mismo autor, en otro trabajo, mantiene la misma posición: «... porque no es posible una ulterior satisfacción del tipo, aun cuando desde la consideración natural y la forma de exteriorización el hecho todavía no haya conclui-

bargo, la concepción material de la terminación ha encontrado serias dificultades para mostrar una explicación que traduzca fielmente el oscuro significado de la denominada «perspectiva natural». KÖNIG (97) se ha esforzado por establecer la diferenciación entre consumación y terminación en la contraposición entre tipo legal y el «concreto acontecimiento de la vida», sin que tampoco se haya determinado más específicamente el contenido de ese «concreto acontecimiento de la vida». En su momento se harán el resto de consideraciones críticas que han llevado al casi total abandono por parte de doctrina y jurisprudencia de esta tesis en los términos que se han señalado anteriormente.

#### b) CRITERIOS OBJETIVO-FORMALES

Un sector de la doctrina ha intentado delimitar el espacio de la terminación (esto es, la zona que media entre la consumación y la conclusión final del delito) con base en la relación existente entre el hecho penal y la lesión del bien jurídico considerado. En ocasiones, la consumación del delito no representa todavía la total desvalorización de la conducta prohibida por la norma incriminadora, quedando así cubiertos tan sólo parcialmente los presupuestos de aquélla. Con posterioridad a la consumación, pues, existe un espacio en ciertas estructuras típicas en el cual puede continuar todavía la lesión al bien jurídico.

La relación entre el ulterior menoscabo del bien jurídico y la terminación del delito la ha expuesto claramente KÜHL (98). Según señala el mentado autor, esta consideración de la terminación del delito es especialmente seria porque «parte de la esencia del Derecho Penal y en especial, del sentido de los tipos penales». La argumentación se dirige, en este sentido, a determinar la función primordial del Derecho Penal, que según opinión prácticamente unánime consiste, en primer lugar, en la protección de bienes jurídicos que son de esencial interés para los particulares o para la comunidad. El delito, en especial el injusto, se conceptúa en atención a su esencia como lesión de tales bienes jurídicos. Y en la medida en que se concibe el injusto material en la lesión del bien jurídico, se puede deducir que el final de la lesión determina de manera decisiva la consumación material equivalente a la terminación y su momento en el desarrollo temporal del delito (99).

---

do» (*Verhältnis von Beihilfe und Begünstigung*. Monatschrift für deutsches Recht —MDR— (1965); p. 431.

(97) KÖNIG, Herbet, *Die Unterscheidung von juristischer Vollendung und faktischer Beendigung und ihre Bedeutung für Teilnahme und Begünstigung*. Diss. Köln, 1938; p. 6.

(98) KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; pp. 29 y ss.

(99) En este sentido se expresa también WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 27.

Hasta este punto, la concepción puede considerarse formal en la medida en que fundamenta su argumentación con base en criterios que derivan directamente de la norma penal y de su valoración bajo el prisma de la Ciencia del Derecho Penal. Sin embargo, la posición que tiene presente la ulterior lesión del bien jurídico desemboca, según el entendimiento de algunos autores, en un tratamiento material de la problemática de la terminación.

En efecto, algún autor ha mantenido que hasta el momento de la terminación existe injusto material aun cuando el tipo objetivo ya no comprenda el acontecimiento lesivo (100), aunque también es cierto que esta concepción extermotípica no ha tenido muchos partidarios.

En alguna ocasión (101) se ha entendido que la tesis que sitúa el momento de la terminación en la conclusión de la lesión del bien jurídico, es el resultado de una determinada sistemática del Derecho Penal, que pone el acento en el desvalor del resultado, frente a otras sistemáticas que considerarían como relevante el desvalor de la acción. No obstante, como se ha ido manifestando a lo largo del presente trabajo, en realidad la determinación del criterio de definición del momento de la terminación, ha sido consecuencia más bien de posiciones de política criminal, aunque los fundamentos dogmáticos nunca pueden ser despreciados (102).

Pese a que algún autor (103) ha mantenido todavía que el único criterio para la delimitación del punto final del delito es el que hace referencia a la total lesión del bien jurídico, cierto es que la mayoría de la doctrina, aun reconociendo la enorme utilidad que aporta mentada regla, combinan esta directriz formal con otras fórmulas, normalmente de índole subjetiva. Toda la problemática se traslada, en definitiva, al estudio de los criterios mixtos y la propia toma de posición.

(100) Esta ha sido la posición de SCHÖNKE-SCHRÖDER en las primeras ediciones de su *Kommentar* donde tratan el problema de la terminación. «Las acciones del autor, que contribuyen a la producción de la terminación, son todavía perpetración del delito, aun cuando aquéllas ya no satisfagan ningún elemento del tipo». SCHÖNKE, Adolf. SCHRÖDER, Horst: *Strafgesetzbuch Kommentar*. 15.ª Edic. Munchen, 1970; 2, vor § 43. También entiende que la fase de la terminación puede quedar fuera del tipo legal, LACKNER: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 146.

(101) En este sentido, HAU: *Die Beendigung...* p. 32.

(102) En consonancia con HAU, ha declarado WINKLER: «Esta separación entre consumación y conclusión de la lesión del bien jurídico marca una ulterior finalización del delito tras la consumación. Cuando el desvalor del resultado de un hecho (referido al bien jurídico) se realiza completamente después de la consumación, el injusto material sobrevive al momento de esa consumación, dando ello lugar a que se aplique este factor como criterio de la terminación. La ulterior (esto es, más allá de la consumación) lesión del bien jurídico puede señalar el «espacio de la terminación» (esto es, el tiempo entre consumación y terminación), puede fijar la propia terminación en el final de la lesión del bien jurídico. WINKLER... cit.; p. 20.

(103) En palabras de MAYER: «...Por ello tenemos que diferenciar entre consumación y terminación. Se ha producido esta última cuando el bien jurídico protegido se lesiona realmente, y esta lesión ha llegado a su conclusión». MAYER, Helmut: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Stuttgart, 1967. P. 141.

## c) CRITERIOS OBJETIVO-TELEOLÓGICOS

La original posición de HAU adoptada en toda la teoría de la terminación que él mismo formula, se refleja también en el momento de establecer el criterio de determinación de la fase de la terminación.

El punto de partida del autor, se sitúa en el reconocimiento, dentro de los delitos en los que la estructura del tipo permite marcar una discordancia entre consumación y terminación, de que el Legislador, no en todos los casos, ha establecido la pena correspondiente a la consumación en base a que se haya producido el total contenido material de desvalor, sino que se prohíbe la conducta en atención a la fijación de un fin políticsocial en el tipo de injusto, que no representa todavía el punto más grave de la lesión del bien jurídico. De esta confrontación entre la caracterización jurídicopenal del delito y la consideración extrapenal se sigue, que el hecho penal se termina «cuando se realiza el total contenido material de desvalor, que responde al motivo fundamental de la normativización de la ley penal (104)».

Esta afirmación presupone que la forma de consideración extrapenal del delito es precisamente el punto de enlace para la circunscripción del injusto en el tipo. De ahí que se diga que el Legislador quiere prohibir el total de la conducta, y que la anticipación de la punibilidad no debe significar que el acontecimiento posterior, que todavía pertenece a la realización del injusto, quede por ello impune. El ámbito parcial legalmente normativizado del hecho penal no requeriría necesariamente, por tanto, que la punibilidad deba limitarse exclusivamente a esta parte, sino que tiene su razón de ser en el hecho de que tan sólo se marca el punto en el que el Legislador atribuye, por diversas razones, la pena a la consumación del delito, sin que se pronuncie sobre la punibilidad con posterioridad a esa consumación (105).

La posición de HAU en este punto, si bien es cierto que explica con coherencia la relación entre punibilidad y desarrollo temporal de la acción penal, como su tesis en orden a la afirmación de la teoría de la terminación, es minoritaria y con escaso eco en el resto de la doctrina (106). Por la misma razón que hoy en día es rechazada en materia de interpretación la tesis que apunta como criterio rector a la voluntad hipotética del Legislador; tiene que ser negada la fórmula de determinación de la consumación material del delito en base a esa *ultima ratio* que conforma la normativización jurídicopenal. Y tiene que ser rechazado semejante criterio puesto que no es el fin o motivo del Legislador lo que determina la terminación del hecho penal, sino, como se señala más adelante, el

---

(104) HAU: ... cit.; p. 36, siguiendo a SCHMIDHAUSER.

(105) HAU: ... *ibidem*.

(106) Una idea muy semejante en orden a la justificación de la teoría de la terminación puede encontrarse en WESSELS, Johannes: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe*. 21.<sup>a</sup> Edic. Heidelberg, 1991. P. 77.

propio tipo de injusto. De nuevo la forma de argumentación utilizada por el autor acude a cauces que están más cerca de la aplicación analógica del Derecho Penal que del respeto al principio *nullum crimen sine lege*. Como han señalado MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, «no es el trasfondo de la norma lo que decide sobre el menoscabo jurídicopenal del bien jurídico, sino tan sólo la Ley penal (107)» .

### 3) *Criterios mixtos*

Las reglas expresadas en los subapartados anteriores resultan, según cierta opinión, insuficientes por si solas para ofrecer una fórmula apta en la delimitación del espacio de la terminación. De ahí que se haya recurrido a más de un criterio en esa determinación de la fase postconsumativa.

En este sentido, definía ya STRATENWERTH la terminación en base al resultado que se sitúa en la dirección de protección del respectivo tipo en tanto que éste se ha llevado a cabo en correspondencia con la realización del plan del autor (108). El autor recurría, de un lado, a una directriz objetiva y formal (el resultado como realización del tipo) y, de otro lado, a una directriz subjetiva y extrajurídica (como es la realización del plan del autor). Se persigue con esta concepción, sin duda, mantener un criterio material que ofrezca una nota de distinción con el carácter formal que define a la terminación, pero sin abandonar totalmente semejante categoría del tipo, en atención a las garantías que dicho concepto representa.

Con posterioridad, otros autores han recurrido a una doble fundamentación para determinar el concepto de terminación del delito. Así WINKLER señala que la voluntad o dolo que se dirige al resultado situado más allá de la consumación, sea típico o no, solo es relevante en la medida en que aquél se refiere al bien jurídico ya atacado por la consumación y, en este sentido, la voluntad de lesión sucesiva a la consumación correspondería en su caracterización subjetiva con la ulterior lesión del bien jurídico que representaría el lado objetivo (109). En definitiva, el autor traslada los mismos criterios que fundamentan la punibilidad de la tentativa, al ámbito de la terminación: elemento subjetivo correspondiente a la ideación criminal y peligro al objeto de tutela se transforman en realización del plan del autor y final de la lesión del bien jurídico (110).

(107) MAURACH - GÖSSEL - ZIPF: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* cit.; p. 11, núm. 40.

(108) STRATENWERTH, Gunter: *Urteilsanmerkung zu OLG Hamm. JZ (1961)*... pp. 95 y 97.

(109) WINKLER: ... cit.; pp. 23 y 25.

(110) «Cuando la lesión del bien jurídico o el objeto de protección que corresponde con la voluntad sucesiva de lesión, va más allá de la consumación, comienza el estado de la terminación del delito. Por regla general, la terminación del delito se produce

En términos semejantes se define KÜHL. Para este autor, el criterio objetivo que atiende al definitivo menoscabo del interés jurídico protegido por la norma penal, es un buen punto de partida para delimitar el concepto de terminación; pero no suficiente (111). De ahí que sea necesario, si se quiere determinar el último grado del desarrollo temporal del delito, un complemento subjetivo. «El sucesivo menoscabo del bien jurídico sólo puede adquirir relevancia jurídicopenal, pues, cuando dicho menoscabo es abarcado por una voluntad lesiva en consonancia con éste (112)».

#### 4) *Toma de posición*

Tras esta exposición, es necesario realizar una análisis personal de cada una de las teorías presentadas y fundamentar la propia toma de posición.

La tesis subjetiva de determinación de la fase de la terminación, en su versión inicial expresada como «agotamiento», no tiene ninguna repercusión en el ámbito del Derecho Penal, aun cuando en algunos casos pueda tener importancia en la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito.

La tesis subjetiva en su sentido estricto, propugnada por WELZEL, si bien es cierto que intenta limitar su extensión al ámbito del Derecho Penal, sigue siendo insuficiente para ofrecer un criterio válido de delimitación de la teoría de la terminación. Pues, de una lado, la mera referencia a la realización del plan del autor, es demasiado vaga e imprecisa para que pueda quedar en el ámbito jurídicopenal. Y, de otro lado, la fórmula se muestra incompleta en la medida en que la voluntad del agente necesita en su realización de una referencia a elementos objetivos, que muestran una mayor solidez frente a la mera subjetividad.

Dentro de los criterios objetivos, la perspectiva naturalística del acontecimiento, tampoco consigue ofrecer una respuesta adecuada a la cuestión que surge cuando el intérprete pretende buscar el momento en que cesa la actividad delictiva. Y no ofrece respuesta convincente porque, en primer lugar, se reconoce por sus propios partidarios que la consideración material del fenómeno delictivo queda fuera de la circunscripción típica, y con ello, del ámbito jurídico, presupuesto que no se puede aceptar por razones que ya fueron señaladas con anterioridad (113). Pero, en segundo

---

con la conclusión de la total lesión del bien jurídico, tal como ésta ha sido asumida por el autor con su voluntad». WINKLER: ... cit.; p. 28.

(111) En su opinión, la tesis objetiva que atiende a la definitiva lesión del bien jurídico, fracasa cuando se aplica a los delitos de intención. KÜHL: *Die Beendigung des vorsätzlichen...* cit.; p. 31.

(112) KÜHL: *Die Beendigung...* cit.; p. 30.

(113) Cuando aquí se ha afirmado la categoría de la terminación del delito, se han aceptado las tesis positivas limitadas, señalando en consecuencia que no se puede hablar de fase postconsumativa si ésta no viene abarcada por el tipo de injusto. Y desde otra

lugar, tampoco los autores que intentan describir la fase postconsumativa en base a criterios materiales y naturalísticos, determinan con más exactitud en qué consiste esa base realística del hecho penal. Tan sólo se rechaza la consideración jurídica de la terminación, pero no se ofrece una regla que pueda solucionar los problemas que se originan tras el primer momento consumativo del delito.

El criterio que ha gozado de mayor aceptación en la doctrina científica ha sido el que ofrece una fórmula mixta en virtud de la cual el momento de la terminación se determina en base a la definitiva lesión del bien jurídico en la medida en que dicha lesión se corresponde con la realización del ánimo del autor. El ejemplo más claro que se suele señalar lo proporciona el delito de detenciones ilegales, que se consumaría cuando se priva la libertad a una persona por medio de la detención y el encierro, mientras que el delito cesa cuando el autor deja a la víctima en libertad. En este sentido, el punto temporal de la terminación coincide con el momento en el que culmina el menoscabo al bien jurídico protegido por la norma concreta (libertad ambulatoria), que correspondería a su vez con el instante en el que se produce el logro de la intención del autor (toma de decisión de consentir la liberación).

Sin embargo, tampoco se puede admitir esta posición. Es cierto que todo delito cuyo tipo de injusto se extienda más allá del primer momento consumativo va a cesar cuando finalice el ataque al objeto formal del mismo. Pero más dudosa resulta esa afirmación que establece que dicha lesión del bien jurídico debe corresponder con el plan ideado por el autor. En algunos supuestos ocurrirá de esta forma, pero en muchos otros se puede afirmar que el momento de la terminación no coincide con la realización de la intención del sujeto. Siguiendo el ejemplo examinado, la detención ilegal también se puede decir que ha terminado cuando la liberalización de la víctima se ha producido por la intervención de un tercero o porque el secuestrado ha logrado por sí solo escapar de su encierro, y nadie podrá afirmar, sin embargo, que la finalización del injusto coincide con la voluntad del agente (114).

El único elemento definitorio que siempre perdura en la terminación del delito, es el menoscabo del bien jurídico, sea o no reflejo de la pretensión del autor. En consonancia con lo expuesto, se puede comprobar

---

perspectiva, la terminación del delito representa, en última instancia, el límite reflejado en la circunscripción del tipo. Véase, al respecto, *infra*, II, C, d), en relación a nuestra toma de posición.

(114) Se pueden ofrecer muchos supuestos donde se demuestra claramente esta discordancia entre la realización del ánimo del autor y el cese de la actividad antijurídica. En los delitos de incendios, por ejemplo, puede ocurrir que el agente quiera arrasarse con su acción pirómana todo un bosque, y sin embargo, por efecto de cambios atmosféricos tan sólo se queme la mitad o por el contrario se propague el incendio incluso más allá del lugar tomado como objetivo. La terminación del delito no va a depender de la voluntad del sujeto, sino del menoscabo del objeto material del delito, reflejo a su vez del ataque al bien jurídico.

que habrá fase postconsumativa siempre que sea posible la continuación del ataque al bien jurídico, aun cuando ya hayan estado presentes todos los elementos constitutivos del tipo. Se puede decir, entonces, que el momento de la terminación del delito viene representado por el punto temporal en el que cesa esa actividad antijurídica, de tal forma que la conclusión del hecho penal debe imposibilitar una ulterior progresión de la lesión del bien jurídico conforme marca la circunscripción del tipo de injusto.

En definitiva, se opta por un criterio objetivo formal en la determinación del momento de la terminación, cual es el que viene delimitado por el cese de la progresión del contenido del injusto legal (115). La fórmula mixta, que tanto éxito ha tenido en Alemania (116), queda rechazada por ser incompleta en tanto que no es válida para determinar el momento de la terminación en toda figura delictiva cuya estructura típica admite una discordancia temporal y espacial entre consumación y terminación (117).

Para finalizar este apartado, tiene que prestarse una mínima atención a una distinción, que puede ser muy clara a primera vista, si bien es cierto que, con frecuencia, ocasiona muchas confusiones. Dicha distin-

(115) Se ha señalado que algún autor (KÜHL) rechaza el criterio objetivo formal, porque, según su opinión, dicho criterio fracasa en los delitos de intención, en los que la terminación se establece en base a la realización del ánimo del autor. A esta afirmación se le oponen dos órdenes de consideraciones. En primer lugar, reiteramos una vez más, no se puede aceptar en determinados delitos de intención, el que la terminación coincida con el logro de la meta pretendida por el autor, porque este momento se sitúa fuera del tipo de injusto, rechazándose entonces cualquier virtualidad del mismo para asignarle consecuencias jurídicas penales (salvo casos de encubrimiento). Y, en segundo lugar, cuando la satisfacción del elemento subjetivo coincida con el cese de la actividad antijurídica del delito en el límite de la figura legal, su aceptación no depende tanto de que sea realización de la voluntad del agente, como de que la propia Ley penal haya fundamentado el injusto en base a ese factor anímico. Es decir, que en este supuesto se tiene en cuenta el elemento subjetivo, más como un elemento formal del tipo que incide en la lesión del bien jurídico, que como mero componente interno, psicológico y extrajurídico que representa la culminación del plan del autor.

(116) La razón de que el criterio mixto de determinación de la terminación del delito, haya tenido tanto éxito en Alemania, reside en las favorables consecuencias politico-criminales que se derivan de su aplicación en los delitos de intención. En efecto, en la mayoría de los delitos contra la propiedad, el criterio mixto explica con bastante acierto, aparentemente, el momento de la terminación en los tipos de hurto, robo o estafa, ofreciendo posibilidades jurídicas de justificar la conducta violenta del titular de la cosa cuando todavía no ha perdido la propiedad de la misma (posibilidad de la legítima defensa entre consumación y terminación). Pero ya se ha señalado en otras ocasiones que esta tesis viola el propio principio de legalidad al subsumir supuestos que claramente se hayan fuera de la descripción del tipo. Los problemas en el derecho alemán se podrían solucionar con semejantes consecuencias jurídicas y sin violar principio penal alguno, si en tema de consumación de los delitos contra la propiedad de apropiación se abandonase la antigua tesis de la *aprehensión* (prácticamente unánime en ese país), y se adoptase, como ocurre en nuestro derecho, la teoría de la disponibilidad potencial. No obstante, en su momento se harán las precisiones oportunas respecto a la terminación en los delitos de intención.

(117) También se rechaza la tesis teleológica, por los argumentos que se señalaron en la exposición de la misma destacada líneas atrás.

ción se refiere a la diferenciación entre la fase y el momento de la terminación, de un lado; y, de otro lado, aquella otra que separa la terminación del hecho penal de la terminación del delito.

En cuanto a la primera, cuando los autores emplean el término terminación, utilizan indistintamente dos sentidos que actúan en realidades paralelas, que no pueden ni deben ser confundidos. Pues, en ocasiones, se emplea el mentado vocablo para designar la fase del desarrollo temporal del hecho penal con posterioridad a la consumación (118), y en tal caso se está haciendo referencia al *último grado de ejecución del delito*. Por el contrario, se utiliza el mismo sustantivo para designar el punto temporal en el que cesa toda la antijuridicidad penal de ese hecho penal en los términos señalados líneas atrás, y entonces se designa *el momento del delito en el que éste adquiere su máxima gravedad lesiva*, y al mismo tiempo, *el último punto en el que la actividad postconsumativa aún goza de relevancia jurídicopenal*.

En segundo lugar, se debe distinguir entre terminación del hecho penal y terminación del delito. Se parte de la idea de que, aun cuando en muchas ocasiones se puedan utilizar como sinónimos, los conceptos de *hecho penal y delito*, pueden mostrar una connotación diferente.

Siguiendo parcialmente a HRUSCHKA (119), se entiende por «hecho penal» (*Strafttat*) el concreto complejo de factores que constituye el sustrato fáctico subsumido por el tipo de una ley penal. Por el contrario, cuando se hace referencia a delito (*Delikt*), se está aludiendo a una configuración general de hechos penales, separable de los concretos supuestos que designa (a pesar de que pueda realizarse en uno de éstos), que se circunscribe en un tipo legal. Se esta distinguiendo, en fin, entre la materia objeto de la valoración (hecho penal), y la figura legal que es portadora de esa misma valoración (delito) (120).

Trasladado al ámbito de nuestro estudio, se afirma que existen delitos cuya estructura típica admite el binomio consumación-terminación, y otros en los que sólo es posible el primer término de ese binomio. A este respecto, en el delito de detenciones ilegales, la propia consideración como delito permanente determina *siempre* la existencia de esos dos momentos; mien-

---

(118) Sin embargo, en países en los que no se ha introducido la teoría de la terminación con mucho éxito, como España e Italia, algunos autores denominan a esta fase con el término *consumación*. *Vid supra* nota 71.

(119) HRUSCHKA emplea la distinción para desarrollar su sistemática en el ámbito de los delitos permanentes. Sin embargo, la precisa aclaración del autor puede ser utilizada perfectamente en el espacio teórico de la terminación del delito. HRUSCHKA, J.: *Die Dogmatik der Dauerstrafstaten und das Problem der Tatbeendigung...* cit.; p. 195.

(120) Simplemente se trata de explicar, para evitar confusiones, las relaciones del binomio consumación-terminación en dos planos diferentes: de una parte, en el ámbito abstracto, valorativo y general de la figura delictiva (dimensión lógico-valorativa del tipo de injusto); y de otro, en el plano concreto, material y puntual del correspondiente hecho penal (dimensión fáctica del tipo de injusto). Sobre las diferentes dimensiones del tipo de injusto, con meridiana claridad, COBO DEL ROSAL - VIVES ANTON: *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 241 y ss.

tras que, v. g., el delito de injurias, puede quedar consumado en un sólo instante, imposibilitando la existencia de una ulterior fase de terminación del delito. Ahora bien, puede ocurrir que de un delito, del que no se predica necesariamente la existencia en su desenvolvimiento dinámico de una fase postconsumativa (siguiendo el ejemplo, delito de injurias, que puede quedar agotado con una única expresión verbal), en una manifestación concreta del mismo, aparezca dicha fase postconsumativa (por ejemplo, los insultos a una persona constitutivos del delito de injurias que se plasman por escrito y con publicidad en una pared situada en una vía pública transitada). En tal supuesto, nos hallamos ante un hecho penal en el que concurre la categoría de la terminación, aunque el delito del que es concreción no se estructure necesariamente con base en ésta consideración (121). Existirá, por tanto, terminación de un delito, cuando todas las imaginables concreciones del mismo comporten un hecho permanente en el que también se distinga esa terminación. Pero esta afirmación no permite su formulación inversa, es decir, que no necesariamente todo hecho penal con fase postconsumativa procederá de un delito con estructura típica paralela, tal y como se ha demostrado líneas atrás (122). En el siguiente apartado se pondrá de manifiesto la utilidad de esta distinción.

## B) La fase de la terminación del delito en las diferentes estructuras típicas

Tras la delimitación conceptual tanto del momento, como de la fase de la terminación, procede examinar, si bien brevemente, las diferentes estructuras típicas en las que se puede distinguir una fase en el de-

---

(121) Como se ha destacado, esta distinción ha sido propuesta por HRUSCHKA y es utilizada para distinguir el hecho permanente del delito permanente. El ejemplo que se suele señalar parte del delito de lesiones, sobre el que existe unanimidad en cuanto a su configuración como delito no permanente. Sin embargo, pueden existir hechos penales (que no delitos) de lesiones que si gocen de la calificación de permanentes, como sería el caso de las constantes heridas, con el consiguiente continuo menoscabo de la integridad física, que sufre la víctima ocasionadas por unas fuertes ataduras. HRUSCHKA: *Ibidem*.

(122) En muy pocas ocasiones ha tenido presente la doctrina esta clara distinción. Y se ha establecido una definición para la terminación del delito, cuando en realidad se conceptuaba la terminación del hecho penal. En este sentido, cuando MANTOVANI señala que se produce la terminación (aunque el emplea otro vocablo), cuando el delito consumado ha alcanzado su máxima gravedad concreta, está determinando la conclusión del hecho penal, y no del delito. El ejemplo que ofrece es muestra de esta confusión: consumación y terminación pueden coincidir, dice el autor, por ejemplo, en la lesión personal inferida por un sólo golpe de arma; o no, como sucedería en las lesiones producidas por varios golpes, de donde resultaría que el delito se consuma con el primer golpe y termina con el último. MANTOVANI: *Diritto Penale...* cit.; p. 404.

Semejante trasposición de planos se encuentra bastante generalizada en un sector de la doctrina italiana. Prueba de ello es la definición del delito eventualmente permanente, que viene a ser caracterizado como aquél que admite, en ocasiones, que en su concreción se comporte de la misma forma que un delito necesariamente permanente, aun cuando aquél (por ejemplo, lesiones) tiene naturaleza distinta a éste (por ejemplo, detenciones ilegales). Sobre esta crítica volveremos al analizar dicha estructura típica.

sarrollo temporal del delito que se extiende más allá del primer momento consumativo. Para llegar a este punto, es preciso recurrir al criterio objetivo-formal previamente determinado, el cual, se recordará, determinaba la actividad postconsumativa con relevancia juridicopenal con base, exclusivamente, en la ulterior lesión del bien jurídico siempre y cuando dicha lesión viniese abarcada por la circunscripción del tipo. De esta forma, se seleccionan, dentro de la pluralidad y diversidad de delitos atendiendo a su estructura típica, aquéllos que van a mostrar un conjunto de condiciones, ya exigidas conceptualmente en su momento oportuno, que permiten un desarrollo temporal de los mismos más allá de la primera realización constitutiva del tipo. Y esta selección es importante porque, en la medida en que con posterioridad se van a determinar las consecuencias jurídicas derivadas de la distinción entre las categorías de la consumación y la terminación, es necesario proporcionar previamente las diferentes figuras delictivas de las que se pueden derivar tales consecuencias jurídicas. El orden del examen de los diversos contenidos (delimitación conceptual, estructura típica y consecuencias jurídicas), lejos de ser fruto de la casualidad o del arbitrio, guarda una necesaria relación lógica en el desarrollo expositivo.

De igual forma, aquí, por obvias razones, no se puede tener presente la terminación en el hecho penal, como es de suponer, sino tan sólo la terminación en el delito en los términos señalados con anterioridad. Esta opción vendría impuesta por la propia naturaleza del objeto de investigación, pues las formas en que se puede presentar ese hecho penal son de tal diversidad que impediría cualquier tipo de criterio clasificatorio con interés dogmático por imposibilidad de configuración y falta de funcionalidad del propio objeto de investigación (123). Estos inconvenientes no se presentan cuando se trata de la determinación de las diferentes clases de delitos en atención a la realización del tipo con posterioridad a la consumación. Pues semejantes estructuras típicas son limitadas y la acuñación de la fase de la terminación va a tener importantes repercusiones en ciertos puntos juridicopenales; justificándose así su tratamiento.

Para no romper con el esquema clásico marcado por la reciente doctrina de la terminación, seguiremos parcialmente la clasificación establecida por JESCHECK en 1974 (124).

### 1) *Delitos de consumación anticipada*

En la posición de JESCHECK, existen una serie de delitos cuyo contenido del injusto no se agota con la mera realización de todos los

---

(123) HAU acepta la distinción entre hecho penal y delito en los términos expuestos por HRUSCHKA. Sin embargo, entiende el autor que dicha distinción no tiene funcionalidad alguna. HAU, *Die Beendigung... cit.*; pp. 41 y ss.

(124) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat ... cit.*; pp. 685 y ss.

elementos constitutivos de la respectiva figura legal, sino que, por el contrario, la consumación formal representa un estadio previo al total menoscabo del bien jurídico protegido por la norma penal. Si el legislador ha asignado a la conducta la total punibilidad en el marco penal abstracto antes de que se produzca la máxima gravedad del ataque representado por ésta, ello ha sido porque ha adelantado la barrera de protección del bien jurídico atendiendo a determinadas razones de política criminal. Se produciría, en casos específicos, un adelantamiento de la línea de defensa del Estado reflejada en el traslado a un momento anterior de la consumación formal del delito. Desde ese punto, hasta este otro en el que el injusto adquiere su máxima gravedad, queda una postzona (*Nachzone*) que correspondería con la denominada fase de la terminación (125). El autor señala como ejemplos claros de estas categorías los delitos de intención, los delitos de peligro y los delitos de empresa. A ello, y para adecuar la clasificación a nuestra tradición jurídica, habría que añadir los delitos de consumación anticipada *stricto sensu*.

#### a) DELITOS DE INTENCIÓN

Dentro de la categoría de delitos que se estructuran en torno a elementos subjetivos del injusto, se encuentran los denominados delitos de intención. En ellos, el contenido del injusto se fundamenta con base en circunstancias anímicas que concurren en el autor en el momento de perpetrar el hecho, de tal forma que la mera comprobación de la existencia de la intención en la línea de dirección expresada en el tipo, junto con la exteriorización de la conducta, es suficiente para la afirmación de la infracción punible, aun cuando esa intención no llegara a realizarse (126).

La consideración de los delitos de intención como delitos de consumación anticipada, vendría impuesta por el hecho de que el correspondiente tipo legal no exigiría, para alcanzar el estadio de la consumación, que el ánimo ilícito del agente llegase a su realización. La completa punibilidad que representa la consumación se situaría, de esta forma, en

---

(125) JESCHECK, *Ibidem*. Esta idea la repite el autor, si bien de forma mucho más concisa que la expresada en el texto, en *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil...* cit.; p. 465.

(126) La categoría de los delitos de intención fue ya afirmada por BINDING, quien distinguió dentro de este género los delitos mutilados de dos actos y los delitos de resultado cortado. BINDING, Karl, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*. Tomo 1. Nueva reimposición de la 2.<sup>a</sup> edición de Leipzig 1902. Aalen, 1969; pp. 11 y 12. En España, al igual que en Alemania, las distintas clases de tipos en atención a los diferentes elementos subjetivos del injusto es aceptada pacíficamente. A título de ejemplo: COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 309 y ss. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 279 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 409 y ss. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 564 y ss.

una fase anterior al total menoscabo del bien jurídico que comportaría la realización de la voluntad del sujeto. Con ese adelantamiento de la punibilidad a un momento anterior, el legislador dotaría de una mayor protección a específicos bienes jurídicos.

En este contexto, la doctrina de la terminación señala que en los delitos de robo y hurto, por ejemplo, la consumación se produce cuando el sujeto se apodera de la cosa mueble ajena con ánimo de lucro, mientras que la conclusión material del hecho llegaría en el momento en que los objetos muebles entran en la esfera patrimonial del agente, el cual actúa como si fuese el auténtico propietario o, finalmente, se entiende que el hurto concluye cuando se llevan a cabo actos dirigidos al aseguramiento del botín (127).

Estructurada en estos términos la teoría de la terminación en los delitos de intención (128), se van a afirmar ciertas consecuencias jurídicas que guardan coherencia con este planteamiento y que adquieren gran relevancia práctica. En este sentido, el propietario puede aplicar medios violentos en la persona del ladrón para recuperar la cosa en tanto y en cuanto el delito no se haya terminado, manteniéndose así todavía presente la exigencia de la actualidad del ataque en la legítima defensa. De igual forma, las actuaciones de terceros que no intervienen en la apropiación de la cosa, pero que tienen lugar con anterioridad a la conclusión del hurto, son calificadas bajo la normativa de la coautoría o participación y no en el encubrimiento. A estas consecuencias se les pueden añadir otras como las que atañen al plazo de prescripción, que comenzaría a transcurrir a partir del momento en que la cosa entrase en la esfera de

(127) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 686. En otro pasaje del mismo trabajo, señala el profesor alemán: «... el hurto se consuma con la apropiación... Por el contrario, el hurto termina generalmente cuando el autor ha realizado el ánimo de lucro mediante una situación de dominio exteriorizadora del poder de señoría equiparable a la que goza el mismo propietario...» (pp. 692 y 693). En semejante sentido se manifiestan HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 104 («el delito termina cuando el autor realiza su ánimo de lucro») WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufgabe...* cit.; p. 178. LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 147. ESER, Albin en *Strafgesetzbuch kommentar*, por SCHÖNKE-SCHRÖDER. 24.<sup>a</sup> Edic... cit.; p. 332, núm. 5. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán también mantiene esta tesis en las resoluciones BGHSt 20, 194 y BGHSt 4, 132.

(128) La doctrina alemana no sólo ha aludido al supuesto de hurto como delito de intención en el que es posible diferenciar un momento de la terminación independiente de la consumación. Así, para el delito de estafa, se dice que el mismo se consuma cuando se produce el perjuicio del ofendido, mientras que concluye el hecho cuando se realiza el ánimo de lucro, esto es, cuando el agente obtiene la ventaja patrimonial pretendida. De igual forma, en el delito de falsedad documental, se señala, el tipo queda constituido con la realización de la falsedad en dicho documento, mientras que termina el hecho cuando el sujeto introduce en el tráfico jurídico el documento falseado (JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 692). En España, es muy ilustrativa e interesante la referencia jurisprudencial que realiza FARRE TREPAT para los delitos de estafa y hurto (*La tentativa de delito...* cit.; p. 236). Sin embargo, para no complicar demasiado la exposición, centraremos las referencias únicamente en el delito de hurto, aunque las mismas puedan ser trasladadas a estas figuras delictivas sin ningún problema.

disposición del agente; o la provocación del delito, que sería impune hasta ese momento, frente a la doctrina tradicional que mantenía dicho privilegio tan sólo cuando el agente provocador permitía el desarrollo de la acción en una fase anterior a la consumación, y nunca después de ésta (129).

Esta formulación, sin embargo, no puede ser aceptada bajo las coordenadas que marca el derecho positivo español y nuestra tradición jurídica, como seguidamente se podrá observar.

En Alemania, la doctrina mayoritaria mantiene la teoría de la aprehensión (*Apprehensionstheorie*) para determinar cuándo se produce la consumación en el delito de hurto. Y se establece que el delito de hurto se consuma cuando se lleva a cabo la apropiación que es requerida para constituir la custodia sobre la cosa por parte del sujeto agente (130), o lo que es lo mismo, cuando se quiebra el poder de disposición del actual titular de la custodia sobre la cosa y se constituye una nueva (131). A este respecto, se ha definido *custodia* como «una relación material de dominio abarcada por una voluntad de señorío (132)».

En este sentido, la tesis de la aprehensión, se ha dicho, entiende consumada la apropiación con el apoderamiento del objeto, con su aprehensión material. Esto significa, según sus partidarios, que no será suficiente, de un lado, ni el mero contacto con la cosa mueble (*teoría de la contractatio*), ni que, de otro lado, sea necesario afirmar el desplazamiento material de la cosa (*teoría de la ablatio*) o requerir el que se coloque lo sustraído a buen recaudo (*teoría de la illatio*) (133). Con todo, los criterios establecidos en el país germánico se han considerado insuficientes para resolver el problema de la determinación de ese concepto base que gira en torno a la constitución de una nueva custodia, es decir, sobre la cuestión de situar con más exactitud el momento de la consumación en los delitos de hurto y robo. Y por ello se afirma casi con total unanimidad, que para decidir sobre esta cuestión, habrá que acudir a los criterios que ofrece la realidad del tráfico jurídico y la propia experiencia que aporta la vida cotidiana (134).

(129) Esta relación entre la doctrina de la terminación en los delitos contra la propiedad y las ulteriores consecuencias jurídicas derivadas de su aceptación, ha sido explicada con meridiana claridad por OTTO, si bien, como se señala más adelante, desde una perspectiva material y crítica. OTTO, *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn. Festschrift für Karl Lackner...* cit.; p. 717.

(130) En este sentido, ESER en *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; § 242, núm. 37. También, DREHER, Eduard-TRÖNDLE, Herbet, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 45.<sup>a</sup> Edic. München, 1991; p. 1298, § 242, núm. 14.

(131) Siguiendo la tradicional doctrina del BGH, RUB, Wolfgang, en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar...* cit.; § 242, núm. 75.

(132) LACKNER, *Strafgesetzbuch...* cit.; § 242, núm. 3. Sin embargo, sobre la determinación de este concepto existe mayor controversia. En cuanto a las diferentes interpretaciones, puede acudir a SAMSON, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Besonderer Teil...* cit.; § 242, núm. 18.

(133) ESER, *Ibidem*. DREHER-TRÖNDLE, *Ibidem*. RUB, *Leipziger...* cit., núm. 40.

(134) Es este otro punto común que aparece reiteradamente en todos los textos dedicados al tema. A título de ejemplo, pueden señalarse los autores y las obras citados en las notas precedentes.

La gran indeterminación sobre el momento de la realización del tipo, y el recurso a la arcaica regla de la *apprehensio* (135), han llevado tanto al BGH, como a cierto sector doctrinal en Alemania, a buscar una cómoda salida político-criminal que han encontrado en la teoría de la terminación.

En efecto, aun cuando la teoría de la aprehensión en dicho país no llegue en la actualidad a las exageraciones históricas que la situaban cercana a la teoría de la *contractatio*, se afirma que el hurto se consuma cuando el sujeto se apodera (desde el punto de vista jurídico) del objeto, lo que significa que se mantiene esta doctrina entre la mera *contractatio* y la *ablatio*. Como la consumación se sitúa en un punto temporal muy temprano, las posibilidades de calificar la participación o la legítima defensa en estos hechos contra la propiedad, son menores y, en algún caso, se piensa que injustificadamente. Si, por ejemplo, se dice que un robo se ha consumado ya cuando el ladrón transportaba a otro lugar la mercancía recién sustraída, el propietario que descubre en un estadio tan temprano este hecho, no podría aplicar violencia en la persona del autor para recuperar la cosa a efectos de legítima defensa, puesto que el hecho calificado como ya consumado no puede ser entendido como constitutivo de un «ataque actual». Para evitar esta y otras consecuencias de la misma índole, recurre la doctrina alemana a la teoría de la terminación. Y, a pesar de que el delito se estime ya consumado, en tanto no se haya realizado el ánimo de lucro, se entiende que la perpetración del hecho todavía prosigue hasta la terminación, siendo predicable así la actualidad del ataque; y con ello, la posibilidad de aplicación de la legítima defensa por parte del dueño de la cosa, o la afirmación de la participación de un tercero con posterioridad a la apropiación, pero antes del total aseguramiento del botín.

Pero si se reflexiona con detenimiento sobre lo aquí expuesto, se puede llegar a la conclusión de que la doctrina de la terminación en los delitos de robo y hurto, más que buscar la relevancia jurídica de ciertos factores con influencia en la determinación de la pena, pretende la extensión de la protección del Derecho Penal frente a la víctima en estos delitos contra la propiedad (136). Se persigue con ello proporcionar a la víctima mayores facultades para poder recuperar la cosa en peligro de pérdida de la propiedad, y a este respecto, aun cuando se entienda que el delito está consumado, con esta fórmula se justifica jurídicamente me-

---

(135) Sobre las diversas teorías que a lo largo de la historia han intentado fijar el momento de la consumación en los delitos de robo y hurto (*contractatio, ablatio, apprehensio, illatio...*), RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Hurto*. NEJ. Tomo XI (1962); pp. 216 y ss.

(136) OTTO, *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn...* cit.; p. 717. El autor ha revelado, con notable agudeza, ese fin políticocriminal que busca cierto sector de la doctrina alemana, y también una clara línea jurisprudencial, con la creación de la teoría de la terminación en estos delitos.

dian­te la legítima de­fensa el em­pleo de la vio­lencia por parte del titular para re­cuperar la cosa.

Pero ya se­ñalamos en su mo­mento que la de­ri­va­ción de con­se­cuen­cias ju­rí­dicopenales de los he­chos que se re­alicen con po­sterioridad a la con­sumación, re­que­ría ineludible­mente de una subsunción por parte del tipo cor­res­pondiente de deli­to. En este sen­tido, no se acep­taba fase de ter­mi­nación alguna que no fuere abar­cada por la de­scripción de la res­pectiva figura legal. En la medida en que los propios partidarios de la apli­cación de la doct­rina de la ter­mi­nación al hurto y al robo, re­conocen que la zona po­sterior a la con­sumación caería fuera del tipo de injusto (137); se rechaza esta tesis en tanto que viola el prin­cipo de legalidad en los tér­minos que re­iteradamente se han se­ñalado a lo largo de la presente in­ves­ti­gación. En Ale­mania tam­bién se ha re­chazado por un sector de la doct­rina penal la re­levancia ju­rí­dica de la fase de la ter­mi­nación en los deli­tos de robo y hurto por razones de con­sti­tu­cionalidad (se en­tiende que se viola el prin­cipo de deter­minabilidad y legalidad de la con­ducta, sancionado en el art. 103, II de la GG) y de seguridad ju­rí­dica (no se ob­serva ninguna regla general para deter­minar cuando ha con­cluido el deli­to de hurto) (138). No hay que ol­vidar que aquí se ha re­conocido el

---

(137) Así, el propio JESCHECK ha se­ñalado: « El hurto se con­suma con la apro­piación, esto es, según la teoría dominante de la ap­rehensión, con la con­stitución de una, todavía no necesari­amente ase­gurada, custodia. Por el con­trario, el hurto termina fun­damentalmente cuando el autor ha re­alizado el ánimo de lucro a través de una situación de dominio exteriorizadora del poder de señorío equiparable al propietario. *La situación de dominio del poder de señorío sobre la cosa equiparable al propietario ya ha dejado de ser típicamente una apropiación, pues ésta ya ha con­cluido en el momento de la con­sumación.* Sin embargo, aquélla está en estrecha comunicación con la apropiación, que encuentra expresión en una consolidación y ase­guramiento de la custodia de la cosa». JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; pp. 692 y 693. (El subrayado es nuestro). HAU, al respecto, se­ñala: «Tan sólo en los deli­tos permanentes se realiza continuamente el tipo. El deli­to se con­suma de nuevo en cada instante. Sin embargo en otros deli­tos no es este el caso. Así, el § 242 StGB (*que tipifica el deli­to de hurto*) se con­suma con la con­stitución de una nueva custodia, pero no necesari­amente termina ahí, porque no todas las acciones que pertenecen a dicha con­stitución, sirven al ase­guramiento de la misma. *Tras la con­sumación ya no se cumple ningún elemento del tipo.* Pues todo lo que sucede a la con­stitución de la custodia, ya no puede ser, lógicamente, apropiación. La custodia sobre la cosa apropiada sólo puede ser ase­gurada, pero nunca con­stituida ... No se tiene que perder de vista el prin­cipo según el cual *no siempre el hecho penal termina cuando ya no existe una con­ducta que cumple el tipo de una ley penal.* De esta forma, se ven así tam­bién las acciones que tan sólo tienden al ase­guramiento de la custodia, como acciones típicas en el sentido del § 242 del StGB, a pesar de que el tipo del hurto expresamente prohíbe sólo la apro­piación, por tanto, la ru­ptura de una custodia ajena y la con­stitución de una nueva». HAU, *Die Be­en­digung der Straftat...* cit; pp. 46 y 47. (El subrayado es nuestro).

(138) Recordemos algunos autores que niegan la posibilidad de una fase posterior a la con­sumación en los deli­tos de hurto y robo: GÖSSEL, Karl Heinz, *Über die Vollendung des Diebstahls.* ZStW nr. 85 (1973); pp. 646 y 647, núm. 3. HRUSCHKA, Joachim, *Zum Beisichführen einer Schulwaffe beim Raub.* JZ (1983); p. 218. ISENBECK, Helmut, *Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl.* NJW (1965); p. 2327. KUPER, Wilfried, *«Sukzessive» Tatbeteiligung von und nach Raubvollendung.* BGH NJW 1985, 814. Juristische Schullung (JuS) 1986; pp. 869 y RUDOLPHI, *Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Bethilfe...* cit.; p. 560. Sigue esta doct­rina, rompiendo con una continua interpretación en sentido contrario, la

estadio de la terminación siempre y cuando, a pesar de la existencia de la previa consumación delictiva, subsiste posteriormente la conducta dentro del tipo penal (139).

De otra parte, en nuestro país, la problemática de la determinación del momento de la consumación en los delitos de robo y hurto, se ha solucionado con bastante coherencia y uniformidad tanto por parte de la doctrina como por el propio Tribunal Supremo. Se afirma entonces que estos delitos se consuman cuando el sujeto que se apodera de la cosa mueble ajena goza de cierta disponibilidad sobre el objeto de la sustracción, aun cuando esa disponibilidad no se haya llegado a realizar y tan sólo se presente de forma potencial o abstracta (140). Pese a que en ocasiones la jurisprudencia de los tribunales afirme que se sigue la teoría de la *illatio*, en realidad se trata de una tesis intermedia que se sitúa entre la mentada *illatio* y la *ablatio*, pues se exige algo más que el mero desplazamiento fáctico de la cosa sustraída, aunque no se llega al requisito de un acto de plena disponibilidad para estimar que se ha perfeccionado el delito de robo o de hurto.

Como se podrá observar, el momento consumativo en los delitos contra la propiedad de apoderamiento, se sitúa en un estadio temporal posterior en comparación con el postulado por la doctrina y jurisprudencia alemana (que ubicaba la consumación bajo los presupuestos de una tesis intermedia entre las de la *contrectatio* y la *ablatio*, si bien mantene-

rio, la resolución del Tribunal Supremo alemán comentada en el mentado trabajo de HRUSCHKA, de 10 de agosto de 1982 (1SlR 416/82).

(139) En este sentido, MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Strafrecht Allgemeiner Teil...* cit.; p. 10, núm. 41. OTTO, *Grundkurs Strafrechts...* cit.; p. 269. RUDOLPHI, *SK...* cit.; vor § 22, núm. 9. VOGLER, *LK...* cit.; vor § 22, núm. 34.

(140) Esta formulación es hoy mantenida sin discusión por nuestra doctrina: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid, 1987; p. 33, núms. 44 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*. 8.<sup>a</sup> Edic. Valencia, 1990; p. 221. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 13.<sup>a</sup> Edic. puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Madrid, 1990; p. 421. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador en COBO DEL ROSAL, Manuel-VIVES ANTÓN, Tomás Salvador-BOIX REIG, Javier-ORTS BERENGUER, Enrique-CARBONELL MATEU, Juan Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*. 3.<sup>a</sup> Edic. Valencia, 1990; p. 806. Sin embargo, este mismo autor, en la primera Edición de la nueva Parte Especial (Valencia, 1993, con los mismos autores que en la obra citada, salvo COBO DEL ROSAL que es sustituido por GONZÁLEZ CUSSAC), sugiere otra interpretación en esta temática, acercándose a la tesis alemana de la *apprehensio*. («Tal vez sería conveniente revisar una doctrina discutible en teoría y difícil de aplicar en la práctica, y entender el robo y el hurto como delitos de mera actividad, en los que no cabe la frustración...», p. 818; el subrayado es del autor).

El Tribunal Supremo también ha seguido esta doctrina de la disponibilidad potencial o abstracta en numerosas resoluciones. Se mencionan tan sólo una muestra representativa de las sentencias más recientes: SSTS de 25 de enero de 1988 (RA núm. 449), 23 de enero de 1989 (RA núm. 76), 11 de junio de 1989 (RA núm. 5.087), 7 de julio de 1989 (RA núm. 6.129), 11 de julio de 1989 (RA núm. 6.177), 30 de diciembre de 1989 (RA núm. 9.813), 21 de febrero de 1990 (RA núm. 1.591), 25 de febrero de 1991 (RA núm. 1.440) y 12 de julio de 1991 (RA núm. 5.885).

mos las lógicas reservas sobre la determinación exacta de esta tesis, por su alto grado de indefinición). De esta forma, hurtos que en aquel país se pueden entender que se han perpetrado en grado de consumación, aquí se llegan a calificar todavía como frustrados (141). Y, de forma paralela, supuestos que la doctrina germánica entiende que se hallan en la fase de la terminación, en nuestro derecho se conciben como meros hurtos en grado inminente de consumación.

Pero la gran diferencia radica en la circunstancia de que la doctrina hispánica de la disponibilidad potencial o abstracta deriva de una interpretación de los términos típicos «toman» (art. 514) o «se apoderan» (art. 500) en consonancia con los principios emanados del instituto de las formas imperfectas de ejecución (tentativa y frustración). Las consecuencias jurídicas correspondientes se pueden defender sin grandes contradicciones atendiendo a los puntos de vista que ofrece la Política Criminal en esta temática u otros principios de justicia material. Pero todo ello dentro del marco del respeto al principio de legalidad, pues partiendo de la Ley se llega en estos casos al establecimiento de una teoría con notable aceptación desde muy distintos ángulos. En Alemania, por el contrario, se recurre a una doctrina que choca en este caso frontalmente con el principio de legalidad, para salvar determinadas consecuencias jurídicas que se estiman inaceptables desde la óptica de las nuevas corrientes de la Victimología. Quizás la solución se presente en una reinterpretación de las diferentes formas imperfectas de ejecución en los delitos de intención, o, si se estima imprescindible, en una reforma legislativa, pero en ningún caso la respuesta puede encontrarse en una interpretación integradora, fuera de los límites que marca la Ley, y, además, en contra del reo.

En conclusión, en ciertos delitos de intención (robo y hurto), salvo una notable excepción (142), no se puede apreciar la distinción entre consumación y terminación del delito en los términos expresados líneas atrás.

## b) DELITOS DE PELIGRO

Otra subespecie de delitos de consumación anticipada, la configuran los denominados delitos de peligro. Estos se caracterizan porque el

---

(141) La diferenciación en nuestro país entre tentativa y frustración en el art. 3.º del Código penal, posibilita que se pueda mantener la existencia de un hurto frustrado incluso cuando el autor se ha apoderado ya de la cosa mueble ajena. En el StGB no existe esa distinción entre tentativa y frustración en el § 22, y a pesar de que la doctrina distingue entre tentativa acabada e inacabada, ciertamente existen más dificultades para admitir supuestos de aprehensión material como no consumados. Es explicable, entonces, que el momento de la consumación se sitúe en un punto temporal tan temprano en comparación con la ubicación establecida por la doctrina y jurisprudencia española.

(142) Nos referimos al supuesto de consumación anticipada para el delito de robo con lesiones que se haya tipificado en el art. 512 del C p. que se tratará en su momento oportuno.

contenido específico de injusto que conforma su naturaleza de infracción, consiste en una puesta en peligro de un bien jurídico y nunca en la lesión del mismo (pues entonces nos encontraríamos ante un delito de lesión) (143). Los delitos de peligro se dividen a su vez en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto (144). En los delitos de peligro concreto se tiene que demostrar, para que se pueda afirmar la tipicidad, que la acción del sujeto determina una alta probabilidad de menoscabo de bienes jurídicos presentes en el ámbito espacio-temporal en el que se desarrolla la conducta punible (ejemplo, conducción temeraria simple del art. 344 bis a) 2.º, «... y pusiera en concreto peligro la vida y la integridad de las personas»). Es decir, en estos supuestos, el comportamiento típico implica un riesgo específico para el objeto de protección que venga designado explícita o implícitamente en el precepto legal. En los delitos de peligro abstracto, por el contrario, no es necesario esa afirmación del concreto riesgo para el objeto de protección de la norma. Es suficiente la verificación de la conducta en los términos expresados por el tipo penal para establecer el contenido propio del injusto de ese delito (ejemplo, art. 340 bis a) 1.º del Cp «...El que condujere un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas...»). Ciertamente, como señala la propia doctrina, si en el caso puntual, en este segundo supuesto, existe una total ausencia de peligro para el bien jurídico, difícilmente se podrá decir que se cumple el requisito de la tipicidad de la conducta. Como señala MIR PUIG, en los delitos de peligro abstracto la probabilidad de lesión a determinados bienes jurídicos también sigue estando presente, si bien se encuentra en un estadio mucho más lejano (145), considerando, además, a éstos como delitos de actividad y a aquéllos como delitos de resultado. También se podría decir, a este respecto, que el peligro en esta clase de delitos radica, más en la probabilidad de que determinado tipo de conductas se generalicen (cosa que el legislador quiere impedir a toda costa), que en la capacidad potencialmente lesiva que pueda desplegar la acción en el supuesto concreto.

De esta forma, los mecanismos que el legislador ha utilizado en la forma de protección del bien jurídico, se estructuran progresivamente

---

(143) La afirmación de la categoría de los delitos de peligro en los términos expresados en el texto, se encuentra hoy por hoy sólidamente asentada en la Dogmática Penal. A título de ejemplo, pueden citarse COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 254. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts...* cit.; pp. 237 y 238. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; pp. 222 y ss.

(144) Clasificación que es admitida por la generalidad de la doctrina. A este respecto se pueden mencionar los autores y las obras señaladas en la nota anterior y, entre otras, en las interesantes monografías de ESCRIVÁ GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos*. Barcelona, 1976; pp. 69 y ss. (que examina esta y otras clases de delitos de peligro) y GIUSINO, Manfredi Parodi, *Il reato di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Padova, 1990; pp. 217 y ss.

(145) En este sentido, MIR PUIG, *Ibidem*.

desde los tipos de peligro abstracto hasta las figuras delictivas cuya concreción del injusto se plasma en la lesión del objeto de la infracción. Siguiendo esta línea argumentativa, los delitos de peligro se consideran delitos de consumación anticipada en la medida en que el momento de la perfección formal del tipo no corresponde todavía con el daño que implica la ofensa, que se sitúa en un momento posterior.

Los partidarios de la teoría de la terminación señalan que el delito de peligro se consuma cuando se cumplen todos los elementos del correspondiente tipo legal, que suponen una tendencia objetiva a la realización del contenido del injusto. El hecho termina, sin embargo, cuando el riesgo pasa a convertirse en lesión o cuando cesa dicha situación de peligro (146).

A pesar de ser cierta esta aseveración, se puede decir que la categoría de la terminación no juega un papel dogmático independiente en los delitos de peligro.

En efecto, un delito de peligro cesa, bien cuando la situación de riesgo se transforma en lesión, bien cuando desaparece toda probabilidad de futura lesión al bien jurídico protegido por la norma. En el primer caso, por el principio de consunción, el delito de lesión absorberá al delito de peligro, y la terminación no tendrá ninguna función en la medida en que el delito de peligro se torna inexistente (147). En el segundo caso, el delito de peligro se caracteriza porque en él se lleva a cabo el mantenimiento de un estado antijurídico (situación de riesgo) que depende de la voluntad del autor y que cesa merced a un cambio en la dirección de esa misma voluntad o por la intervención de circunstancias ajenas al querer del agente o, finalmente, por la injerencia de un tercero. Pero, si se examina detenidamente la vida del delito de peligro en estos supuestos, tales tipos penales forman tan sólo una subespecie de los delitos permanentes (148).

(146) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 685. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 91. VOGLER, *LK...* cit.; vor § 22, núm. 25. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 29.

(147) Esto es predicable respecto de la mayoría de los delitos de peligro, pero no se puede generalizar. Así, en materia de delitos contra la seguridad del tráfico rodado, el art. 340 bis c) establece que «Cuando de los actos sancionados en los dos artículos anteriores se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más grave». Ciertamente que en algún otro delito de riesgo es dudoso que se pueda aplicar el principio de consunción. En estos casos el momento de la lesión marca la consumación del segundo delito y la terminación del primero. Ambas infracciones se hallarán en relación de concurso. En este supuesto, sin embargo, el delito de peligro, al igual que cuando se produce el cese de la situación de riesgo, a efectos de aplicar la doctrina de la terminación, mantiene sustantividad en tanto que se trata de un delito permanente.

(148) Es muy difícil pensar en un delito de peligro (abstracto o concreto), que no constituya un delito permanente. Así, la tenencia ilícita de armas (art. 254) es una clara muestra de esta tipología, y en este sentido se manifiesta DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, Julio, *El delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. Madrid, 1987, pp. 104 y 105. Otros muchos ejemplos se encuentran en el Código (delitos contra la seguridad del tráfico, determinados delitos contra la salud pública, delitos contra el medio ambiente, etc.). Con

Ello no implica que estas dos categorías deban confundirse, pues existen delitos permanentes de lesión (si bien es cierto que en estos casos suelen afectar a bienes ideales) y delitos de peligro no permanentes. Sin embargo, hay asimismo una zona común en la que confluyen ambas estructuras típicas.

En conclusión, tampoco en los delitos de peligro considerados en sí mismos, juega un papel relevante la categoría de la terminación. Sólo en tanto que delitos permanentes, su estructura presenta una clara configuración de discordancia entre consumación y conclusión del delito. De ahí que sea en el seno de esta clase típica donde se tenga que llevar a cabo las precisiones correspondientes.

### c) DELITOS DE EMPRESA

Otra categoría delictiva que viene enmarcada dentro de los delitos de consumación anticipada, es ésta que la doctrina denomina delitos de emprendimiento o delitos de empresa.

La principal característica de los delitos de empresa reside en la peculiaridad de que, en ellos, el legislador conmina con igual pena la ejecución incompleta del hecho penal (sea en grado de tentativa o frustración), que la realización completa del injusto. De tal suerte que la total punibilidad predicable de la consumación, en el desarrollo temporal del delito, se anticipa a un momento anterior a la plena lesión del bien jurídico (149). Como ejemplos de delito de empresa en nuestro país se pueden citar el que proporciona el art. 142 de nuestro Cp, que castiga con la pena de reclusión mayor en grado máximo al que matare al Jefe del Estado, imponiendo igual penalidad aun cuando el delito hubiese llegado tan sólo al estadio de la tentativa o al de la frustración. De igual forma, el supuesto de cohecho activo del art. 391, que castiga igualmente tanto a los que con dádivas o presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren como a los que intentaren corromper con los mismos medios a los funcionarios públicos.

En estas figuras, la consumación formal entra en juego ya desde que se llevan a cabo los primeros actos de ejecución que ponen en peligro el bien jurídico considerado (tentativa o frustración), mientras que el delito termina cuando se ha producido la efectiva lesión del bien jurídico en su máxima gravedad concreta (cuando se produce la muerte del Jefe del

---

razón señala WINKLER que los delitos de peligro son una especie muy cercana a los delitos permanentes. WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 69. El autor cita en favor de esta tesis alguna resolución del Tribunal del Reich (RGSt) y la opinión del propio VON BURI. En contra de una equiparación entre delitos de peligro y delitos permanentes a estos efectos, HAU, *Ibidem*.

(149) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 336. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit.; p. 474.

Estado o la resolución motivada por un acto de corrupción) (150). Entre estos dos puntos se desarrollará típicamente la fase de la terminación que constituirá el presupuesto para que puedan producirse ulteriormente las consecuencias jurídicas que se han señalado en reiteradas ocasiones. Aquí la teoría de la terminación aporta una nueva función que difícilmente podrían cumplir por sí mismos los conceptos clásicos de consumación o delito permanente (151).

#### d) DELITOS DE CONSUMACIÓN ANTICIPADA EN SENTIDO ESTRICTO

Finalmente, tenemos que examinar una serie de supuestos en los que el legislador establece la plena conminación penal a acciones que tienden a la lesión del bien jurídico considerado en la respectiva norma penal, sin que se exija el efectivo menoscabo de ese bien jurídico. Son supuestos de consumación anticipada que no pueden ser incardinados exactamente en ninguno de los subgrupos anteriores, aun cuando la estructura de los correspondientes tipos penales es similar. Como señalan COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN (152), en ocasiones la razón de la anticipación de la conminación de la pena reside en la propia naturaleza de las cosas, pues, como en el caso de los delitos de rebelión del art. 214 del Cp, si el legislador tuviese que esperar para la imposición de la sanción penal al momento de la efectiva destrucción de la organización

---

(150) En semejantes términos, JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 689. VOGLER, *LK...* cit.; vor § 22, núm. 26.

(151) Salta a la vista que un delito de empresa no es un delito permanente. Algunas diferencias muestran las distintas estructuras que configuran a uno y otro. Así, el delito permanente, como tendremos oportunidad de apreciar en este mismo apartado, afecta a bienes jurídicos *elásticos o comprimibles*, es decir, no susceptibles de destrucción o deterioro irreversible. En los delitos de empresa, por el contrario, la acción puede afectar a bienes materiales susceptibles de destrucción (vida o integridad física). En el delito permanente, la acción se desarrolla uniformemente tras la consumación formal, mientras que en el delito de empresa la conducta despliega sus efectos antijurídicos heterogénea y progresivamente. De ahí que el concepto clásico de delito permanente, en contra de lo señalado por HRUSCHKA, sea insuficiente para comprender todo supuesto típico en el que exista un fase de la terminación posterior a la consumación.

De otra parte, el concepto de período consumativo demuestra también sus deficiencias para explicar el desarrollo del hecho penal en las categorías delictivas de los delitos de consumación anticipada. Pues aunque algún autor ha recurrido al concepto de período consumativo para explicar la extensión temporal de la acción penal en el delito permanente (así, RODRÍGUEZ MOURULLO en *Comentarios al Código penal...* cit.; p. 79), resulta más que dudoso que se pueda hablar de período consumativo en supuestos de progresión heterogénea del desarrollo de la acción penal tras la consumación. En estos casos, el delito no se consuma en cada instante (opción que se puede defender mejor en los supuestos de delito permanente), sino que el tipo continua realizándose tras esa consumación adelantada. De lo dicho se desprende que el recurso a la teoría de la terminación está más que justificado por la insuficiencia que muestran algunos conceptos para explicar supuestos muy distintos.

(152) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Ibidem*.

política del Estado, jamás podría establecerse dicha sanción penal. De ahí que en este caso se castigue ya el mero alzarse públicamente con el fin de eliminar a través de alguno de los medios señalados en ese precepto el poder estatal. En otros casos, el adelantamiento de la punibilidad se justifica en virtud de la naturaleza del propio bien jurídico, de entidad tal que ha llevado al legislador a proteger esos intereses relevantes mediante la pena en un estadio muy incipiente.

La estructura del delito en orden a la terminación es prácticamente idéntica a la estructura que corresponde a los delitos de empresa, de ahí que nos limitemos a una remisión a lo expresado en aquel lugar.

Un peculiar supuesto de consumación anticipada en el Derecho español es éste que en materia de robo con violencia viene tipificado en el art. 512 del Cp (153).

Es éste un supuesto claro de consumación anticipada, porque el legislador establece expresamente que el momento de la consumación en los delitos de robo con lesiones y robo con homicidio, se adelanta ya al punto temporal en el que se produce el resultado lesivo para la integridad física o la vida de la víctima, aun cuando no se haya producido la apropiación de las cosas muebles ajenas. Tiene que existir, como es evidente, un mínimo resultado lesivo para esa integridad corporal del sujeto pasivo, que tras la reforma operada por la LO 3/1989, de 21 de junio, se puede concretar en cualquier tipo de detrimento o menoscabo corporal que necesite, al menos, de una primera asistencia facultativa (154). Claro que, como señala BOIX REIG (155), el legislador sólo soluciona un problema técnico en la determinación del momento de la consumación del delito complejo, quedando sin respuesta la hipótesis inversa, esto es, cómo juega la consumación cuando se perfeccionan los actos contra la propiedad, sin que se llegen a realizar completamente las acciones dolosas que tienden al menoscabo de la integridad física o la vida del ofendido. De ahí que se piense que el fundamento que explica la anticipación de la consumación al momento de la lesión corporal, se oriente fundamentalmente por razones de política criminal, en atención a la frecuencia y gravedad de este tipo de delincuencia patrimonial.

---

(153) El art. 512 del Cp establece: «Los delitos comprendidos en este capítulo quedan consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad propuestos por el culpable».

(154) Pues sólo mediante esta interpretación se puede entender cuándo se produce resultado lesivo para la vida o la integridad de las personas en el sentido del art. 512 del Cp, en conherencia con el art. 582 del mismo texto punitivo que marca el ámbito de la relevancia penal de las lesiones corporales. Sin embargo, algunas resoluciones del TS han mantenido un criterio mucho más amplio, incluyendo como supuestos que deban dar origen a la consumación anticipada, la causación de hematomas o meras erosiones. Una acertada crítica a esta jurisprudencia del TS, realiza VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; pp. 826 y 827.

(155) BOIX REIG, Javier, *La consumación anticipada en el robo con violencia o intimidación*. La reforma penal y penitenciaria. Santiago de compostela, 1980; pp. 560 y ss.

Tras esa consumación anticipada, el delito, claro está, continúa su desarrollo temporal, si con posterioridad al ataque personal persiste el comportamiento contra la propiedad. La realización del tipo se extiende, por tanto, hasta el punto temporal en el que el sujeto agente dispone, aun cuando sólo sea potencialmente, de la cosa sustraída. Esta fase postconsumativa sigue perteneciendo, desde luego, al tipo de injusto y coincide con los presupuestos que aquí se han asignado al estadio de la terminación (156). Las respectivas consecuencias jurídicas que se toman en consideración en el último apartado del presente trabajo, se pueden predicar también respecto de este último estadio.

## 2) *Delitos con estructura iterativa*

Dentro de la clasificación de los delitos en los que se puede distinguir un estadio de la terminación tras la consumación, se encuentran, según JESCHECK (157), los tipos penales con estructura iterativa. En esta categoría delictiva, no se produce una anticipación de la consumación, sino ciertas peculiaridades en el desarrollo temporal de las acciones que determinan una continuación de la conducta típica con posterioridad al primer momento consumativo. La acción o la omisión no agotan, en esta clase de tipos, el contenido del injusto en un instante, sino que la propia estructura de las diferentes figuras legales exige un recorrido temporal (de ahí que se hable de delitos de estructura iterativa) para que se entienda producida la ofensa. Y así como los delitos de consumación anticipada se oponían a los delitos de consumación normal (en los que no se producía ese adelantamiento y disociación de la realización formal del tipo respecto de su agotamiento material), los delitos con estructura iterativa se suelen distinguir de los delitos de consumación instantánea. La descripción a una u otra categoría vendrá impuesta, en ocasiones, por la propia naturaleza del bien jurídico (158), o por la propia estructura del comportamiento típico (159). Si bien ambas exigencias se encuentran íntimamente relacionadas.

---

(156) Una vez más, se demuestra que sólo desde una elaboración dogmática de la teoría de la terminación se puede explicar con coherencia el desarrollo temporal de la acción penal posterior a la consumación formal y anticipada, que quedaría deficientemente fundamentado si se recurriese a los conceptos de período consumativo o delito permanente. Al respecto, *vid supra*, nota 147.

(157) JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; pp. 687 y 688.

(158) Existen bienes jurídicos cuyo menoscabo se puede producir durante un período más o menos largo de tiempo (por ejemplo, la libertad ambulatoria). Otros, en cambio, no admiten, por su propia naturaleza, una lesión continuada o progresiva en el tiempo, sino que la ofensa se realiza en un solo instante, o, como se ha señalado en más de una ocasión, en un «segundo lógico» (así, la vida de una persona).

(159) Así por ejemplo, en el art. 344 del Cp, la conducta típica viene descrita en torno a las expresiones de ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefa-

Dentro de los delitos con estructura iterativa, distingue JESCHECK (160) tres subcategorías, los delitos permanentes, los delitos de dos actos y delitos cuya conducta típica viene estructurada en torno a una pluralidad de actos. Sin embargo, para evitar confusiones y dotar de mayor claridad y fluidez a la exposición, se estudian, si bien brevemente por las razones señaladas, el delito permanente y otros delitos con estructura iterativa semejante al mentado delito permanente (161).

#### a) DELITO PERMANENTE

Dentro de las diferentes clases de tipos penales, la doctrina científica suele incluir una categoría denominada delito permanente. La principal característica de estos tipos penales, marcada en su propia terminología, reside en la extensión temporal de la acción penal (permanencia). Se suele citar, como claros ejemplos de delito permanente, las detenciones ilegales, el allanamiento de morada o la tenencia ilícita de armas (162).

---

cientes o sustancias psicotrópicas o poseerlas con aquellos fines. La propia estructura del comportamiento prohibido en las primeras alternativas determina, en la mayoría de los casos, la extensión temporal de la acción, pues en el ejercicio del cultivo, de la elaboración o del tráfico de semejantes sustancias, se necesitarán varios actos sucesivos en el tiempo. Más claro todavía es el supuesto de las lesiones en riña tumultuaria (art. 424), en la medida en que la participación en la riña exige un acometimiento confuso y tumultuario, incompatible con una realización instantánea del tipo.

(160) JESCHECK, *Ibidem*.

(161) Se ha dicho, y con razón, que el delito permanente es un fiel «caso de escuela» de tipo penal en el que se puede distinguir una fase de la terminación distinta de la consumación (WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 60). De ahí que sea el supuesto más importante de los señalados. Si bien es cierto que en España la doctrina ha dedicado escasa atención a su estudio, en Italia, por el contrario, han sido muchos los artículos y monografías relativos a esta materia (*vid supra* nota 5). En la doctrina alemana, como se ha expuesto reiteradamente, la atención se ha puesto en la terminación del tipo penal, y el delito permanente es estudiado como un supuesto específico de esta teoría. De ahí que el estudio del delito permanente está más que justificado. Ahora bien, se tiene que aclarar que en la presente investigación no se puede abarcar el tratamiento de toda la problemática que plantea dicha estructura típica, pues en última instancia se trata de un supuesto específico en la teoría de la terminación. El delito permanente, por sí sólo, merecería en España un estudio monográfico, que, evidentemente, no puede ser desarrollado en este lugar.

Los delitos de dos actos y los tipos cuya acción se estructura en varios actos, muestran similitudes con los delitos de consumación anticipada, en un caso, y con el propio delito permanente o incluso con el delito continuado, en otro. Por ello se considera más conveniente realizar la clasificación en los términos que se establece en el texto.

(162) HRUSCHKA, J., *Die Dogmatik der Dauerstrafaten und das Problem der Tatbeendigung...* cit.; p. 193. Sin embargo, en la doctrina española el allanamiento de morada no suele ser incluido, erróneamente, entre estos tipos penales. El allanamiento de morada es, sin embargo, un delito permanente. Al respecto, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, *El delito de allanamiento de morada*. Tesis doctoral inédita. Valencia, 1990; pp. 313 y ss.

El concepto de delito permanente se puede definir en atención a una serie de elementos que, conjuntamente, determinan su propia estructura y esencia.

a) Así, en primer lugar, los delitos permanentes vienen caracterizados por el propio contenido del injusto, y en este sentido se afirma que sólo aquellos tipos penales cuyo bien jurídico es de naturaleza comprimible o extensible, pueden ser considerados como delitos permanentes (163). Y, vuelto por pasiva, no podrá ser calificado como delito permanente aquellos hechos penales cuyo contenido del injusto venga determinado por un menoscabo irreversible del respectivo bien jurídico que impida la reintegración de dicho bien jurídico al estado original tras el cese de dicho ataque antijurídico. Esta consideración impone el que se tenga que rechazar como integrantes de esta categoría los delitos de lesión de bienes jurídicos materiales (delitos contra la vida o delitos de menoscabo patrimonial —daños, incendios—).

---

(163) Ha sido la Ciencia Penal griega e italiana, fundamentalmente, quien se ha ocupado con gran rigor de este aspecto del delito permanente. MANOLEDAKIS habla en este sentido de bienes jurídicos *elásticos*, que serían aquéllos susceptibles de recuperar su estado primitivo tras el ataque a los mismos representado por la conducta prohibida (ejemplo, el patrimonio bajo ciertas condiciones o la libertad). Los bienes *inelásticos* se caracterizan, según el autor citado, por su incapacidad para volver a su integridad y determinación después de sufrir el menoscabo propio de la acción penal (por ejemplo, la vida).

También adopta un criterio material en la definición del delito permanente, ANDROULAKIS, quien estima que el fundamento de esta clase de tipo penal se asienta sobre la existencia de una tendencia natural a la anulación del estado antijurídico, de tal forma que ello obliga al autor a la continuación de dicho estado antijurídico para obstaculizar o hacer imposible la restauración de la normalidad jurídica (ejemplo, detenciones ilegales). Sobre el estado de la discusión en Grecia, LIVOS, Nikolaos, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrat, Eine rechtvergleichende Untersuchung zum deutschen und griechischen Recht*. Diss. Pfaffenweiler, 1984; pp. 347 y ss. Este mismo requisito, sin embargo, se ha relativizado por CANTERERO BANDRÉS (*problemas penales y procesales del delito continuado...* cit.; pp. 50 y ss.): «Por ello, otras teorías han tratado de encontrar la naturaleza jurídica en función de los bienes jurídicos a los que afecta, llegando a la conclusión de que en el delito permanente sólo tienen cabida aquellos bienes que no sean susceptibles de disminución o destrucción, sino únicamente de constricción o impedimento en su libre desarrollo. Aun siendo esta una interpretación valiosa, es, por su generalidad, imprecisa, debiendo ponerse en relación con la interpretación típica en estos delitos, que no imposibilita la prolongación futura de los mismos».

En la doctrina italiana también se requiere en el delito permanente la comprimibilidad del bien jurídico y su imposibilidad de destrucción: BETTIOL, Giuseppe, *Diritto Penale. Parte Generale*. 11.<sup>a</sup> Edición. Padova, 1982; p. 551. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 152. RAMPIONI, Roberto, *Reato permanente*. Enciclopedia del Diritto. Tomo XXXVIII (1987); p. 857 («... el legislador, en otros términos, encuentra un límite de naturaleza ontológica en la delineación del delito permanente, reconocido en el carácter de no destructibilidad del objeto de tutela»).

Si bien es cierto que el recurso al criterio material se ha utilizado por los autores griegos para diferenciar el delito permanente del delito de estado (resultando éste insuficiente), no por ello se puede despreciar semejante aportación para la determinación del concepto de aquél, junto al resto de requisitos que se señalan en el texto.

b) En segundo lugar, el delito permanente constituye un supuesto de unidad típica de acción (164). El comportamiento típico guarda, por tanto, cierta uniformidad en su desarrollo temporal y espacial, de tal forma que no se admiten interrupciones sustanciales en esa extensión temporal de la acción penal. Si dichas interrupciones sustanciales se producen, entonces aparecen varias acciones que integran otros tantos tipos penales (165). Es este precisamente uno de los puntos de distinción entre el delito permanente y el delito continuado, pues en el último no se trata de una sola conducta, sino de varias acciones que, desde el punto de vista natural y material, son independientes entre sí espacial y temporalmente, y, sin embargo, dichas acciones u omisiones son reducidas a una unidad a efectos de determinación de la correspondiente pena (166).

---

(164) HAU ha señalado, con acierto, que el delito permanente es un supuesto de unidad típica de acción «... porque con ello se viene a expresar con mayor claridad que sóloamente el tipo une la pluralidad de acciones en una unidad». HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 64. Precisamente, en la mayoría de los comentarios al StGB, los autores alemanes estudian el delito permanente cuando llevan a cabo el análisis del § 52 de dicho texto punitivo, que contempla los supuestos de unidad de hecho. A título de ejemplo, SAMSON, Erick en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil.* (§§ 1-79 b). Tomo I. 5.<sup>a</sup> edic. Neuwied-Krieffet, 1991. Vor § 52, núms. 26 y 27. STREE, Wolfrang en *SCHÖNKE-SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar.* 23.<sup>a</sup> edic. München, 1988; p. 692, núm. 81. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen...* cit.; p. 329.

Sobre la unidad típica de acción, véase las interesantes consideraciones de SANZ MORÁN, Angel José, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa.* Valladolid, 1986; pp. 126 y ss.

(165) Tal vez el fundamento dogmático del delito permanente resida, en última instancia, en su consideración como un supuesto de unidad de acción. Tal inclusión en esta categoría dogmática, implica necesariamente la imposibilidad de que la actividad criminal pueda quedar excindida en una pluralidad de delitos con las respectivas penas independientes. Cuestión diferente es la valoración de esa única actividad criminal que se pueda realizar desde una perspectiva juridicopenal. En la medida en que el estado antijurídico suponga, en su prolongación temporal, una intensificación del contenido del injusto, el legislador puede a su vez incrementar la penalidad (como ocurre en el supuesto del art. 481 del Cp. que agrava la pena en el caso de que la detención ilegal durase más de quince días).

Este fundamento dogmático del delito permanente, que implica ciertas garantías para el reo en tanto que asegura su enjuiciamiento por una y no varias conductas, ha sido resaltado por autores como PECORARO-ALBANI, Antonio, *Del reati permanente.* Rivista italiana di diritto e procedura penale (1960); p. 430 y QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Delito permanente.* Nueva Enciclopedia Jurídica. T. VI (1954); p. 602.

(166) Con muy buen criterio reconoce HRUSCHKA que los hechos permanentes y el delito continuado no se encuentran en el mismo plano, y que un delito continuado puede venir constituido merced a la relación y dolo global de continuación por varios delitos permanentes o instantáneos. HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstraftaten...* cit.; p. 200. De la misma opinión, STREE, Wolfrang en *SCHÖNKE - SCHRÖDER Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; p. 693, núm. 86. En la doctrina italiana, se establece también esta diferencia entre delito permanente y delito continuado en base a la unidad natural de acción (en el primero) y la ficción jurídica de la continuación a efectos de determinación de la pena (en el segundo). Así, RAMPIONI, *Reato permanente.* Riv. it. dir. proc. pen... cit.; p. 864.

Los supuestos de delito continuado, por su naturaleza cercana al concurso de delitos, pues en última instancia se trata de un caso de ficción jurídica establecido en orden a la simplificación de la determinación penal, no forman parte de la tipología de estruc-

Esta unidad de acción también implica, claro está, que la acción (en sentido estricto) o la omisión se extiende más allá del primer momento consumativo, dando lugar a que se pueda distinguir entre ese punto temporal de la consumación y este otro de la terminación.

c) En tercer lugar, a efectos de añadir otra característica conceptual, se señala que en el delito permanente la conducta (activa u omisiva) origina un estado antijurídico cuyo mantenimiento depende, en cierta medida, de la voluntad del autor, y constituye, a su vez, parte integrante del tipo de injusto. El delito de detenciones ilegales, a título de ejemplo, se consuma con el encierro o detención de una persona. Sin embargo, el encierro o la detención mencionados, crean un estado antijurídico que consiste en la privación de libertad (más o menos duradera) del ofendido. El mantenimiento de la situación de secuestro depende, en cierta forma, de la voluntad del agente y se prolonga por un determinado periodo temporal. Esta situación antijurídica, claro está, forma parte del tipo de injusto de las detenciones ilegales (167).

Sin embargo, un sector de la doctrina alemana ha definido el delito permanente con base en una alternativa, bien por la creación del estado antijurídico, bien por la conducta ininterrumpida (que se extiende cronológicamente más allá de la consumación) del sujeto agente (168). También se presentan otras opiniones que determinan el concepto de delito permanente tan sólo con base en la continuidad temporal de la acción y la consiguiente progresión le-

---

turas delictivas con distinción entre consumación y terminación. JESCHECK, no obstante, incluye el delito continuado entre los que constituyen esta categoría, si bien apunta que las consecuencias propias de la teoría de la terminación no son aplicables a este caso concreto. JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 689. Sobre esta consideración independiente del delito continuado: BITZILEKIS, *Über der strafrechtliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat...* cit.; pp. 726 y 727. También, SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 57.

(167) La definición del delito permanente en torno a la existencia de un estado antijurídico que depende de la voluntad del autor, es hoy nota común, con alguna excepción, en la doctrina española, italiana y alemana. A título de ejemplo: ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 229. BITZILEKIS, *Über die Abgrenzung...* cit.; p. 726. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 64. JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 687. KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; p. 186. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 216. PAGLIARO, *Principi di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 517. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Delito permanente...* cit.; pp. 602 y 603. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General...* cit.; p. 421. ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen der Aufbau der Verberchenslehre.* München, 1992; p. 205, núm. 105. SAMSON en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil...* cit. Vor § 52, núms. 26 y 27. WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 59 (este último autor realiza una interesantísima exposición de la evolución del concepto de delito permanente en la doctrina alemana).

(168) Un detenido examen sobre esta definición del delito permanente en HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstraftaten und ...* cit.; p. 193. Otros autores representativos: LACKNER, *Strafgesetzbuch...* cit.; p. 329. STREE, cit.; núm. 86. VOGLER en *Leipziger Kommentar...* cit. Vor § 52, núm. 17.

siva del bien jurídico considerado (169). A pesar de estas discrepancias doctrinales, entre las distintas posiciones, no existen apenas diferencias.

En esta línea es de destacar que en la doctrina italiana, dado que se trabaja tan sólo con la categoría del delito permanente y se ignora la doctrina de la terminación, los límites de aquél se extienden, en principio, a otros supuestos de discordancia entre los momentos de la consumación y terminación. De ahí que la definición se determine (principalmente) con base en la prolongación temporal de la conducta y la sucesiva (y también progresiva) lesión del bien jurídico. Ahora bien, desde un examen estricto de los términos, en los delitos de consumación anticipada también existe extensión continuada e ininterrumpida de la acción después del momento de la consumación del delito, y nadie admite que dichas estructuras típicas sean delitos permanentes. La diferencia fundamental entre unos y otros radica, no en la mera extensión temporal postconsumativa de la actividad penal, o en la progresiva lesión del bien jurídico, (que también se produce en éstos últimos), sino en la *homogeneidad o heterogeneidad de la sucesiva realización del tipo*. Es decir, en los delitos permanentes la actividad postconsumativa se desarrolla homogéneamente, sin que satisfaga elementos nuevos del tipo penal en su progresiva proyección. En los delitos de consumación anticipada, en cambio, tras el momento adelantado de la perfección del delito (causación de lesiones, en el delito de robo violento, en relación con el art. 512), el comportamiento posterior sigue constituyendo otros elementos de la figura delictiva (por ejemplo, si tras las lesiones corporales el ladrón se apodera de la cosa hasta conseguir la disponibilidad plena o potencial sobre la misma).

Si se tiene presente esta distinción, es indiferente que se utilice una u otra expresión, pues esa nota de homogeneidad de la realización postconsumativa del tipo en el delito permanente es lo que dota a la mentada estructura típica su concreta naturaleza específica, se denomine estado antijurídico, extensión temporal de la conducta o progresiva lesión del bien jurídico (170). Aquí se prefiere utilizar la locución «es-

---

(169) Otros autores hablan tan sólo de la continuidad de la conducta, y/o de la progresiva lesión del bien jurídico como elemento definitorio del delito permanente, sin referencia expresa, en el ámbito conceptual, al mentado estado antijurídico, si bien es cierto que en los ulteriores desarrollos, las referencias al mentado elemento nunca desaparecen por completo. Así, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 340. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 152. JAKOBS, Gunter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2.<sup>a</sup> edic, Berlín-New York, 1991; p. 170. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 407. PADOVANI, *Diritto Penale...* cit.; p. 334.

(170) Siguiendo con el ejemplo más clásico de delito permanente, las detenciones ilegales, la sucesiva y progresiva lesión del bien jurídico postconsumativa, puede venir ocasionada indistintamente, bien por la creación de una situación antijurídica temporal (el autor encierra al secuestrado en una habitación cerrada con llave), bien mediante un constante comportamiento positivo por parte de ese autor (el agente, de gran envergadura física, impide permanentemente que el ofendido pueda recobrar su libertad ambulatoria, asíéndole con sus propias manos).

tado antijurídico» para significar esa nota de realización lineal del tipo, aunque el empleo de otra expresión pueda entenderse también como válida.

d) Intimamente relacionado con esto que se acaba de exponer, se encuentra otro requisito derivado de la propia naturaleza del delito permanente, el cual exige cierta perduración del mantenimiento del estado antijurídico para que el hecho pueda ser considerado como consumado. Si no se produce ese mínimo lapso de tiempo, existiría, si acaso, tentativa de delito, pero en ningún caso delito consumado (171).

De otra parte, las dos características anteriores determinan la estructura y naturaleza del delito permanente frente al delito de estado (denominación germánica) o también llamado delito instantáneo con efectos permanentes (expresión derivada de la doctrina italiana) (172).

En este sentido, se ha dicho que el elemento común al delito permanente y al delito de estado (o de consumación instantánea con efectos permanentes) es la creación de una situación antijurídica que se prolonga en el tiempo (173).

En cuanto a las diferencias entre ambas clases de tipos, se puede decir que en el delito permanente, tanto la constitución del estado antijurídico determinada por la consumación, como su mantenimiento, se hayan dentro del tipo de injusto; mientras que en el delito de estado sólo la creación de la situación antijurídica (merced a la realización formal del tipo) adquiere relevancia desde ese señalado punto de vista jurídicopenal, quedando fuera del tipo la prolongación del estado an-

(171) Este requisito ha sido exigido tradicionalmente por la doctrina italiana: LEONE, Giovanni, *Del reato abituale, continuato e permanente*. Napoli, 1933; p. 399. PAGLIARO, *Ibidem*. RAGNO, Giuseppe, *Il reato permanente*. Milano, 1960; p. 313. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente*. Padova, 1988; p. 21. SINISCALCO, Marco, *Tempus commissi delicti, reato permanente e successione di leggi penali*. Riv. it. dir. proc. pen. (1960), p. 1102.

(172) Aunque los conceptos básicos coinciden sustancialmente, de nuevo se observa que la distinción terminológica utilizada por la doctrina italiana y alemana, no es casual. La doctrina germánica, partiendo de la teoría de la terminación, estructuraba el delito permanente fundamentalmente con base en la creación del estado antijurídico, y de ahí que denomine delitos de estado a una tipología delictiva que, desde su perspectiva, también se define por una situación duradera de contradicción con el Derecho, si bien ésta resulta irrelevante para el Derecho Penal. En la doctrina italiana, que condiciona la elaboración dogmática del desarrollo temporal de la acción penal casi exclusivamente a través del delito permanente, el estado antijurídico viene a ser sustituido por la continuidad temporal de la acción y sus efectos en orden a la progresiva lesión del bien jurídico. De ahí que utilicen la locución de delitos instantáneos con efectos permanentes. No obstante, como tendremos oportunidad de ver más adelante, tanto en Italia como en Alemania, en la actualidad se desecha esta categoría y se prefiere aprovechar el concepto de delito instantáneo, el cual resulta más funcional. Se suelen mencionar como delitos de estado, no obstante, la bigamia, las falsedades, los daños o el hurto.

En España, también equipara como idéntica realidad el delito instantáneo con efectos permanentes (denominación italiana) y el delito de estado, SANZ MORÁN, Angel José, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*. cit.; p. 116.

(173) HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Dauerstraftaten...* cit.; p. 193.

tijurídico (174). En consonancia con esta diferencia fundamental, en el delito permanente se produce una intensificación del contenido del injusto en tanto que perdure la situación antijurídica, lo que no ocurre en un delito de estado, cuyo contenido de injusto se agota en el instante de la constitución de dicho estado antijurídico (175). Como consecuencia de estas puntualizaciones, se puede decir, finalmente, que el delito permanente termina con la cesación del estado antijurídico, mientras que el delito de estado se consume y concluye con la propia constitución de esa situación antijurídica (176).

La categoría dogmática de los delitos de estado, si tiene alguna razón de ser, ésta se concreta precisamente en esa función negativa de excluir la calificación de un tipo delictivo como delito permanente, en la medida en que guarda un punto en común cual es el estado antijurídico. Esta consideración impide que a un hecho penal definido bajo los presupuestos de un delito de estado, se le puedan atribuir las consecuencias jurídicas de la teoría de la terminación. Y, por ejemplo, si se determina que la bigamia forma parte de esta clase típica, se tendrá que admitir que el término de la prescripción comienza a transcurrir desde que se celebra el segundo matrimonio ilegal y no en un momento posterior.

Aun reconociendo esta función del delito de estado, desde hace algún tiempo, un sector doctrinal de gran relevancia tanto en Alemania como en Italia, postula por la supresión del señalado delito de estado, como categoría delictiva autónoma, en favor de su absorción por el concepto de delito instantáneo (177).

(174) HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 70. JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 687. LACKNER, *Strafgesetzbuch...* cit.; p. 329. QUINTANO RIPOLLÉS, *Delito permanente*. NEJ... cit.; p. 603. SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; p. 5. STREE en SCHÖNKE - SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit.; vor § 52, núm. 82.

(175) MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 408. LIVOS, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrat...* cit.; p. 344. En contra, WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 67.

(176) JAKOBS, Guntter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre...* cit.; p. 170, núm. 80. LIVOS, *Ibidem*. SAMSON, *LK...* cit.; vor § 52, núm. 27. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 71.

En algún momento se ha intentado diferenciar ambas estructuras típicas en atención a la relación de dependencia del estado antijurídico de la voluntad del agente, de tal forma que en el delito permanente el querer del sujeto representaría el soporte del mantenimiento de la situación antijurídica, mientras que en el delito de estado, la prolongación del período antijurídico no dependería de la voluntad del agente. Si se atiende a esta diferencia, el hurto no podría ser calificado en ningún caso como delito de estado, pues la actuación del ladrón como si fuese propietario afirma siempre su voluntad de mantener ilícitamente en su ámbito patrimonial la cosa sustraída. Los autores, especialmente los alemanes, sin embargo, no están dispuestos a excluir de la mentada categoría al delito de hurto.

(177) A este respecto, se ofrecen tres argumentos. En primer lugar se dice que no sólo los delitos de estado, sino cualquier categoría delictiva, crea una situación antijurídica más o menos duradera (homicidio, lesiones, suplantación de la personalidad, etc.), y por ello el delito de estado no aportaría nada nuevo respecto de los delitos instantáneos. En segundo lugar, en la medida en que, por definición, se admite que la situación

e) Mencionado ya en la diferenciación con el delito de estado, característico del delito permanente es el que la prolongación del estado antijurídico, o, si se quiere, de la conducta postconsumativa, determine a su vez una progresiva intensificación del contenido del injusto específico de la figura delictiva. Es decir, cada segundo transcurrido en la situación antijurídica, supone un aumento en el menoscabo o el peligro al bien jurídico protegido por la norma penal en comparación con el momento anterior.

f) Tanto la constitución como el mantenimiento del estado antijurídico depende, aun hipotéticamente, de la voluntad del agente, de tal forma que éste se halla en condiciones de ocasionar el cese de dicha situación contraria a derecho, o, si se prefiere, de la acción u omisión temporal. A este respecto se ha dicho, y con razón, que la prolongación del comportamiento ilícito no se extiende cronológicamente de forma automática, sino que viene determinado por el querer del agente, bien mediante una constante actuación positiva (por ejemplo, en el delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas), bien a través de una conducta obstaculizadora que impide el retorno del estado antijurídico a la situación anterior e inicial de normalidad (por ejemplo, en el delito de detenciones ilegales, manteniendo cerrada la puerta de la habitación en la que se halla secuestrado el sujeto) (178).

g) Finalmente, se califica como delito permanente aquél cuya realización concreta en el supuesto real supone siempre la existencia de un hecho penal permanente (por ejemplo, detenciones ilegales, abandono de familia, conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas). No será, por tanto, delito permanente el tipo penal que, eventualmente, pueda perpetrarse bien de forma instantánea, bien en un arco temporal (así, el delito de injurias, en el ejemplo tantas veces citado, que puede cometerse instantáneamente, mediante un solo insulto, o de forma permanente, a través de un cartel).

Algunos autores italianos distinguen, sin embargo, entre delitos necesariamente permanentes (primer supuesto) y delitos eventualmente permanentes (segundo supuesto) (179). También en la doctrina alemana

antijurídica se haya fuera del tipo, desaparece toda relevancia jurídicopenal de esta clase típica. Y, finalmente, dentro del mismo delito en su forma de aparición concreta, pueden surgir, o no, ese reiterado estado antijurídico, obstaculizando así cualquier posibilidad de estructurar un criterio general y científico. En esta línea, en cualquiera de las vertientes apuntadas, pero en todo caso, por la supresión de la categoría del delito de estado (o instantáneo con efectos permanentes): ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 413. HRUSCHKA, *Die Dogmatik der Straftaten...* cit.; p. 201. MANTOVANI, *Ibidem*. LIVOS, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen...* cit.; p. 347. WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 68, nota 47.

(178) En términos similares se expresa RAMPIONI, *Reato permanente*. Riv. it. dir. proc. pen... cit.; p. 864.

(179) En este sentido, MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 408 (aunque entiende que los delitos eventualmente permanentes no cumplen función dogmática alguna, puesto que ésta viene derivada del concepto de consuma-

se ha llevado a cabo una distinción similar, pero con planteamientos diferentes (180).

Delito permanente, empleando correctamente los términos, es el denominado delito necesariamente permanente con el significado que le dota la doctrina italiana. No obstante, esto no quiere decir que otras estructuras típicas (delitos eventualmente permanentes, grupo intermedio de delitos, hechos permanentes) no tengan su significado para la doctrina de la terminación, muy al contrario, merecen ser tomados en consideración. Pero su tratamiento no debe situarse en el lugar que ocupan esta clase de infracciones (delitos permanentes en sentido estricto), sino en el ámbito de los delitos similares a éste que se acaba de señalar (181).

Pues bien, cuando se reúnan todos los elementos y características relacionadas anteriormente en una figura delictiva, se puede decir, según nuestra opinión, que nos encontramos ante un delito permanente. De ahí que se pueda definir como delito permanente aquella estructura típica, cuya consumación requiere, además de la realización de todos los elementos constitutivos de la figura legal, una mínima extensión tempo-

---

ción). ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 230. RAGNO, *Il reato permanente...* cit.; pp. 311 y ss. En la doctrina española, adopta esta terminología, SANZ MORÁN, *Ibidem*.

(180) Ya se ha hecho referencia a la posición de HRUSCHKA, (*Die Dogmatik der Dauerstraftaten...* cit.; p. 201) que distingue entre delito y hecho penal, representando uno el tipo penal abstracto y el otro la concreción real de esa figura legal formal. Pues bien, para el autor citado, existe una categoría delictiva que denomina grupo de delitos intermedio (porque se hallan entre los delitos instantáneos y los delitos permanentes), que muestran como principal característica el que sus concreciones puedan derivar tanto en hechos penales permanentes como instantáneos (caso del delito de injurias). Este grupo intermedio, coincide con lo que la doctrina italiana denomina delitos eventualmente permanentes. La mentada distinción es aceptada, parcialmente, por HAU (*Die Beendigung...* cit.; p. 73) en la medida en que diferencia entre delito y hecho penal permanente, si bien no limita, como HRUSCHKA, todos los supuestos de la teoría de la terminación a tales categorías.

En similares términos, JESCHECK, (*Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 688) establece una tercera categoría de tipos penales en los que existe una discordancia entre el momento de la consumación y el momento de la terminación en atención, no ya a la estructura del delito, sino en razón de la concreta realización del tipo. De esta forma, de la formación casual de la acción en el caso concreto, aparecen supuestos en los que la ejecución del hecho penal adquiere similitud con el delito permanente, si bien el delito de base no puede ser calificado como tal, aunque reciben el mismo tratamiento jurídico (se cita el ejemplo del delito de lesiones ocasionado por una paliza, cuyo autor ejecuta la acción continua y reiteradamente mediante una pluralidad de golpes). También JAKOBS se encuentra en esta línea de pensamiento, y junto a los delitos permanentes en sentido estricto, sitúa los delitos permanentes en sentido amplio, que incluyen en su seno aquellos casos de continuación de la acción que se extiende más allá de la consumación (ejemplo, cuando el autor lanza a la víctima a un pozo, de tal forma que le ocasiona menoscabos de cierta entidad material y temporal), sin que la estructura abstracta del tipo que subsume el hecho requiera para todos los casos la extensión temporal de la acción.

De todo lo expuesto, se puede deducir que los planteamientos de la doctrina italiana y alemana difieren tan sólo en una mera cuestión terminológica.

(181) Sobre este punto, se puede recordar lo señalado en la nota 122.

ral de la acción, la cual crea a su vez un estado antijurídico dentro de la circunscripción del tipo, que se prolonga temporalmente merced a la voluntad del autor, y que incide en una progresiva y homogénea intensificación de la lesión o del peligro a un bien jurídico no destructible.

En el ámbito de la teoría de la terminación, el delito permanente presenta una fase en el desarrollo temporal del injusto con posterioridad a la consumación, que cesa cuando culmina el estado antijurídico. Dicha fase postconsumativa, claro está, se encuentra dentro del tipo y el final de aquélla implica necesariamente el cese de éste. En definitiva, el delito permanente se consume cuando se reúnen todos los elementos que configuran la correspondiente figura legal, y termina cuando cesa el estado antijurídico originado en el momento consumativo. Evidentemente, a ese periodo temporal le son asignables todas las consecuencias jurídicas de la teoría de la terminación que serán examinadas en la última parte de la presente investigación.

El contenido de este epígrafe debe finalizar con el examen de las estructuras típicas semejantes a los delitos permanentes, pero no idénticas, por faltar alguno de los elementos que se han designado en la elaboración de su concepto.

En la clasificación de JESCHECK se introduce una categoría en la que se incluyen todos los supuestos en los que la fase de la terminación se encuentra fuera del tipo. Esta categoría se rechaza en la medida en que el concepto de terminación que hemos establecido no admite transgresión alguna de los estrictos límites marcados por el tipo de injusto.

#### b) OTRAS ESTRUCTURAS ITERATIVAS SEMEJANTES AL DELITO PERMANENTE

Además del delito permanente, existen en el Código penal español otros delitos cuya estructura típica exige, necesariamente, una extensión temporal de la acción penal con posterioridad al momento de la consumación. Dichas estructuras típicas tienen muchos elementos en común con el delito permanente, si bien se reúnen algunas características en los mismos que impiden su calificación dentro de esta clase típica.

Así, algunos de los delitos de incendios recogidos en el Capítulo VIII («De los incendios y otros estragos»), del Título XIII («De los delitos contra la propiedad») del Libro II del Código penal, describen la acción con el verbo típico «incendia», dado que la mayoría de las figuras delictivas que se encuentran en esa sección primera del capítulo mencionado, comienzan con la proposición «... Los que incendiaren...». Atendiendo al tenor literal del precepto, se consuman estos delitos con la conducta de incendiar, esto es, según el Diccionario, con la actividad consistente en poner fuego a una cosa para destruirla o dañarla. Tomando como base esta definición u otras similares, la doctrina española es-

tablece que los delitos de incendio, en este sentido, se consuman con la aplicación del fuego al objeto material, siendo necesario que se produzca una mínima combustión y propagación de dicho fuego, si bien no se requiere en este estadio que la cosa quede totalmente destruida o reducida a cenizas (182). Esta consideración, junto al reconocimiento de la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de incendios originada en el principio de la ingerencia (183), son dos datos a tener presente para la admisión de la teoría de la terminación.

En efecto, la perfección del tipo exige tan sólo que el sujeto incendie, esto es, que ponga en marcha mediante la aplicación del fuego sobre la cosa propensa a arder, el proceso natural de combustión destinado a destruir o dañar a la misma. Pero, por su propia naturaleza, ese proceso de combustión que sufre el objeto incendiado, no es instantáneo, por el contrario, transcurre a lo largo de un período temporal más allá del momento en que se ha producido la ígnea acción. Surge entonces la cuestión de si se ha de considerar como típica o atípica la fase de propagación del fuego que se puede desarrollar con independencia de la voluntad del agente. Atendiendo a una estricta interpretación literal de los términos legales, se podrá decir que este ulterior estadio no forma parte del tipo de injusto, en la medida que la referencia normativa sólo se dirige a la acción inicial de incendiar y no al ulterior proceso de combustión (184). Claró está, que si se admitiese una tesis exegética tan estricta, se podría afirmar de igual forma que el mantenimiento de la situación privativa de libertad en el delito de detenciones ilegales tampoco pertenece al tipo de injusto porque este sólo expresa como acciones típicas las de «detener o encerrar», y no las de continuar ese encierro o detención; y cierto es que esta consecuencia no es aceptada por ningún autor.

Y no podía ser de otra forma si se tiene en cuenta que el criterio interpretativo gramatical y literal es uno, pero no el único, de los posibles a utilizar en la determinación de la subsunción de una conducta en la norma correspondiente. La interpretación sistemática y teleológica, no la estrictamente gramatical, como plasmación de las reglas de la lógica aplicables al fenómeno jurídico, lleva al convencimiento del jurista la

---

(182) En términos similares, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos...* cit.; p. 360, núm. 14. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; p. 367. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*. T. IV. Infracciones contra la comunidad social. Madrid, 1967; p. 181. ORTS BERENGUER, Enrique, en *Derecho Penal. Parte Especial...* cit.; p. 991. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial...* cit.; p. 393.

(183) BAJO FERNÁNDEZ, Op. cit.; núm. 15. MUÑOZ CONDE, Op. cit.; p. 368. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal...* cit.; p. 183.

(184) Algunos autores en la doctrina alemana (o que escriben en dicha lengua) han entendido que el resultado de la acción incendiaria (la reducción a cenizas de la materia en cuestión), queda fuera del tipo legal. Así, BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche Abgrenzung...* cit.; p. 730. RUDOLPHI, SK... cit.; vor § 22; pp. 3 y 4. VOGLER, LK... cit.; vor § 22, núm. 30. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts...* cit.; p. 465.

aceptación de que, por ejemplo, también el mantenimiento de la situación de privación de libertad pertenece al tipo de injusto del delito de detenciones ilegales. Y esto es así porque la interpretación estrictamente formal y literal de los términos típicos no se puede confundir con una interpretación con sentido, admisible, de las diferentes posibilidades de configuración del tipo de injusto. Aquélla va dirigida a la determinación del primer momento consumativo, y aparece como filtro de las conductas jurídicopenalmente relevantes con máximo rigor. Esta otra se presenta en la determinación de la fase de realización del tipo postconsumativa (terminación) y está orientada por criterios teleológicos, y todavía formales, emanados de la peculiar consideración del bien jurídico. Recurriendo a esta distinción, diremos que quien introduce a una persona sin su consentimiento en una habitación y cierra la puerta de la misma por un lapso considerable de tiempo, su conducta coincide con los términos legales de «encerrar» y «privar de libertad»; y en este sentido *consume* el delito de detenciones ilegales (interpretación literal, momento consumativo). Pero si cuatro días más tarde, el sujeto agente continúa impidiendo que la víctima recobre su libertad, aun cuando su comportamiento no venga descrito exactamente por ningún vocablo del texto legal que regula los delitos de detenciones ilegales (no se señala la conducta de «impedir la liberación del secuestrado»), nadie podrá negar que se continúa realizando el tipo penal del art. 480 del Cp (interpretación teleológica y sistemática, fase de la terminación).

Siguiendo esta línea argumentativa, se entiende que circunstancias típicas que configuran la acción penal correspondiente, sólo reflejan el primer momento consumativo de la conducta delictiva, como es el caso de las mentadas «encerrar o detener» (art. 480), «incendiar» (arts. 547 y ss) o «causar daño» (arts. 557 y ss). De ahí que no sea necesario en la fase de la terminación una fijación gramaticalmente estricta a los vocablos de la figura delictiva, sino, por el contrario, es suficiente la demostración de una relación de continuidad de la conducta enjuiciada con uno de los elementos del tipo que han sido realizados literalmente en la consumación; además de la subsiguiente lesión al correspondiente bien jurídico protegido (185).

Aplicado esto al delito de incendios, si se siguiese a la doctrina clásica en esta materia, se podría decir que el delito se agota con el hecho de «incendiar», quedando fuera del tipo las conductas de «mantener el

---

(185) Ha sido WINKLER quien ha establecido con mayor claridad la intervención de los distintos criterios de interpretación según la fase de realización del tipo que tenga lugar. Refiriéndose a la terminación del delito, ha señalado: «El «como» de esta continuación está limitado en cierta forma por medio de la circunscripción típica, no, sin embargo, por el tenor literal formal de una circunstancia típica, sino a través de las fronteras del medio de ataque que resulta de la interpretación teleológica del total del tipo». WINKLER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechen...* cit.; p. 37. En el ámbito de los delitos de incendio llega a la misma conclusión, pero aduciendo razones de tipo literal y material, KUPER, Wilfried, *Grenzfragen der Unfallsflucht*. JZ (1981); p. 252.

incendio» o «ampliar el fuego», por no venir éstas descritas formalmente en el texto de la norma de referencia (186). Pero, desde el punto de vista que aquí se defiende, se tiene que llevar a cabo una distinción. Para la consumación, entendida como la realización de todos los elementos que constituyen el tipo, es suficiente con la conducta de aplicación del fuego al objeto material correspondiente, con cierta propagación del proceso de combustión, es decir, basta con que el sujeto «incendie» la cosa. Pero la continuación del hecho incendiario no necesariamente tiene porqué coincidir exacta y formalmente con los términos típicos de las respectivas figuras delictivas. Sin embargo, en la medida en que la interpretación sistemática y teleológica, orientada fundamentalmente por la ulterior lesión del bien jurídico, establezcan las bases suficientes para la posible incardinación de la actividad postconsumativa en la circunscripción del tipo, se puede admitir, sin violar el principio de legalidad, que dicha actividad postconsumativa continúa siendo típica. Y esto responde al criterio, que aquí ha sido reiteradamente expuesto, según el cual el espacio temporal de la terminación no se caracteriza, o no necesariamente, por la permanente consumación del delito (187). A esta conclusión conduce, en definitiva, la distinción entre consumación y realización del tipo, que llega a identificarse en los delitos instantáneos, pero que no se puede confundir en los delitos con una fase diferenciada de terminación.

Los delitos de incendios, por tanto, se consuman cuando el agente pone en marcha el proceso de combustión mediante la aplicación del fuego a la cosa, con una mínima propagación del mismo; termina, por el contrario, cuando concluye este proceso de combustión, es decir, cuando el objeto material del delito deja de arder, bien porque se apaga la cosa de forma natural o por intervención de un tercero, bien porque esta queda reducida a cenizas y existe una imposibilidad química para que continúe ardiendo. Es, por tanto, una estructura típica que muestra, junto al momento de la consumación, este otro del momento de la terminación (188).

---

(186) Este mismo ejemplo de dificultad subsuntiva en el delito de incendio es señalado por KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; p. 20. Sin embargo, el citado autor, siguiendo a WINKLER, entiende que la circunscripción del tipo abarca desde otra perspectiva a esas conductas postconsumativas (p. 105). En favor de la subsunción típica se mostró ya en 1961 STRATENWERTH, Günter, *Urteilsanmerkung zu OLG Hamm. JZ* (1961); p. 97.

(187) En este sentido, WINKLER, Op. cit.; p. 73.

(188) No es esta una opinión innovadora, si bien es cierto que pocos autores se han preocupado por el estudio de esta cuestión. QUINTANO muestra, en cierta medida, que en nuestro derecho positivo se puede defender la tipicidad de la fase de propagación del fuego con posterioridad a la conducta incendiaria: «... en lo que asiste razón a la jurisprudencia española, pues la tesis que aquí se propugna es la de un resultado típico, que es el del incendio mismo. Tampoco puede decirse que sea punto de vista revolucionario y modernista germanizante, pues GROIZARD en la antigua doctrina española (T. VIII, p. 33) y CUELLO CALÓN en la moderna (T. II, p. 860) estimaron ser elemento ejecutivo estimativo precisamente el de la posibilidad de propagación, sin llegar, claro está, a la exigencia alemana del incremento del fuego hasta no ser dominado, que es seguramente excesiva, y desde luego inadecuada a nuestra dogmática.». QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal...* cit.; p. 182.

De otra parte, es claro que los delitos de incendios no son delitos permanentes. Tienen en común la extensión temporal de la acción penal, que supera el momento marcado por la realización formal de todos los elementos del tipo (consumación).

Sin embargo, dos son las diferencias que presentan ambas estructuras delictivas. De una parte, el propio bien jurídico, que en el delito permanente nunca puede ser destructible, merced a esa condición de elasticidad que posibilita la recuperación del mismo a la situación original anterior al ataque; mientras que en los delitos de incendios el bien jurídico tiene, nunca mejor dicho, una naturaleza crematística, en virtud de la cual el objeto de protección sufre un menoscabo reflejado en un deterioro material de su propia consistencia estructural. De otra parte, la extensión temporal de la acción penal y la correspondiente intensificación del contenido del injusto en el delito permanente, necesitan de la actuación del agente, que con su voluntad coadyuva a la progresión del estado antijurídico u obstaculiza la actividad opuesta al mantenimiento del mismo. En los delitos de incendios, por el contrario, por el propio proceso natural de cremación, el desarrollo del fuego subsiguiente a la acción incendiaria del sujeto agente, puede tener lugar con independencia de la actividad del pirómano, y en ocasiones, incluso con independencia de su propio querer.

En fin, nos encontramos ante un delito, que en el desarrollo temporal de la acción presenta una fase de la terminación distinta de la propia consumación, y que no se identifica con el delito permanente. Una vez más se tiene que resaltar la necesidad de introducir en la dogmática de la Parte General del Derecho Penal el concepto de terminación, pues, ni la categoría de la consumación (frente a BITZILEKIS), ni el tipo penal del delito permanente (frente a HRUSCHKA y la mayoría de la doctrina italiana) son suficientes para ofrecer una explicación en orden a la satisfacción de determinadas funciones, en ciertas estructuras delictivas como es ésta de los delitos de incendios.

Dentro de los tipos penales con estructura iterativa semejante a los delitos permanentes, se tienen que mencionar, aun muy brevemente, una serie de infracciones que, aun cuando no siempre presentan una fase de terminación en su realización a través del correspondiente hecho penal, en determinadas concreciones, sin embargo, aparecen como estructuras impuras o híbridas periodo, que muestran elementos configuradores de hechos permanentes, continuados y similares.

Así, los denominados por la doctrina italiana delitos eventualmente permanentes, o como aquí se ha mencionado, siguiendo la propuesta de HRUSCHKA, hechos penales permanentes, como concreciones reales de ciertas figuras legales que en puridad no son delitos permanentes, constituyen diferentes supuestos de estructuras típicas con una fase de la terminación distinta de la consumación. En este sentido, unas lesiones se pueden producir de forma instantánea (un solo golpe), o a lo largo de un periodo temporal (varios golpes que no producen un menoscabo irre-

versible). En este segundo caso, si el daño corporal es susceptible de curación total, el delito se consuma con el primer acto de agresión (en el supuesto de que éste tuviese por sí sólo la suficiente entidad para requerir una primera asistencia facultativa y ulterior tratamiento médico o quirúrgico) y termina con el último golpe de la agresión corporal.

Al igual que existen estructuras iterativas semejantes al delito permanente (hemos visto el supuesto del delito de incendios), también existen determinados tipos penales cuyas concreciones, es decir, cuyos hechos penales, pueden presentar, en la específica realización del tipo penal, una forma en el desarrollo temporal de la acción penal similar a aquéllos. Y bajo estos presupuestos, en los delitos de daños, que se pueden producir por un solo acto violento (lanzar el valioso jarrón al suelo) o a través de una pluralidad de actos que constituyen una sola acción (por ejemplo, derribando toda la casa golpe a golpe), también se muestra la necesidad de acudir a la teoría de la conclusión del delito. En este segundo caso, nos encontramos ante hechos penales que, sin ser hechos penales permanentes (por ausencia del requisito de elasticidad del bien jurídico), se caracterizan por la separación de momentos entre consumación y terminación. En el ejemplo citado, la casa puede quedar destruida cuando el sujeto ha privado de su funcionalidad a la misma mediante la acción de menoscabo material (consumación del delito), pero la conducta puede proseguir hasta que la vivienda quede reducida totalmente a escombros.

No obstante, esta última categoría de hechos penales, es menos importante que las anteriores respecto de la aplicación de la teoría de la terminación, por depender la formación de las diferentes fases de la ejecución del delito más de la conformación casual de la acción en la peculiar forma de aparición del hecho penal en el caso concreto, que de la propia estructura típica de la figura legal que toma por base.

Con el examen de los hechos penales cuasi-permanentes, termina esta tercera parte de la investigación dedicada a la determinación del concepto de terminación y a su configuración en las diferentes estructuras típicas. Queda por examinar, en último lugar, las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan de la distinción entre las categorías de la consumación y terminación, que constituyen el resultado evidente de la elaboración teórica realizada con anterioridad.

#### IV. LA TERMINACIÓN DEL DELITO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS

Una de las primeras conclusiones vertidas en la presente investigación, destacaba la necesidad de introducir dentro de los conceptos de la Parte General del Derecho Penal, éste de la terminación del delito, pues a él se le podían asignar ciertas funciones que eran incapaz de cumplir

otras categorías de la teoría jurídica del delito, como la consumación o el delito permanente. Con posterioridad, se estableció el contenido que, desde nuestro punto de vista, tenía que dibujar la propia definición y los límites de la terminación del delito, adoptándose al respecto un criterio objetivo (ulterior menoscabo del bien jurídico) y formal (la fase de la terminación debe circunscribirse al ámbito del tipo de injusto, aun cuando no sea necesario para ello una interpretación estrictamente literal) que pudiese aunar la necesidad de protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal con el propio principio de legalidad. Seguidamente, se estudiaron las diferentes clases de tipos cuya estructura típica exigía ya en el desarrollo temporal del delito un momento de la terminación diferente al de la consumación, estableciéndose la relación entre esos dos momentos y la peculiar conformación del respectivo tipo de injusto (delitos con consumación anticipada, delitos permanentes y cuasi-permanentes).

Tras este proceso de investigación teórica de la terminación del delito, se tienen que examinar, aun brevemente, las repercusiones jurídico-penales que se derivan de las acciones punibles que trascienden al momento de la consumación. Las consecuencias jurídicas de la terminación del delito, por tanto, representan el resultado de una elaboración dogmática que incide en la resolución de muchas cuestiones relacionadas con la teoría general del delito, e incluso, del Derecho Penal. Y es que no se puede olvidar que el concepto de terminación, como todo concepto dogmático, para que pueda ser una categoría plena de sentido, debe cumplir alguna función en la solución de las distintas cuestiones jurídicas. Por obvias razones, no podemos examinar todos los problemas que representan las diversas instituciones que van a incidir en este apartado (autoría y participación, legítima defensa, prescripción, etc.), quedando el análisis reducido a los aspectos que se relacionan con el ámbito postconsumativo de cada una de aquéllas.

Pasamos, pues, al estudio de algunas de las más importantes repercusiones jurídicas derivadas de la doctrina de la terminación.

### A) Autoría y participación

La fase de la terminación del delito, se ha dicho líneas atrás, viene determinada por una postzona típica en la que la acción penal se extiende más allá del momento de la consumación, incidiendo en un incremento del peligro o en una intensificación de la lesión del bien jurídico correspondiente. La terminación del delito, en determinadas estructuras típicas, constituye un sector del desarrollo temporal del delito. La terminación del delito, en definitiva, forma parte del presupuesto de la punibilidad (189), y en este sentido va a repercutir en uno de los elementos que la determinan: la responsabilidad penal.

---

(189) En similares términos se expresa JESCHECK, *Wesen und rechtliche Bedeutung...* cit.; p. 696.

A este respecto, hay que tener presente que el art. 14 del Cp establece la consideración de autor a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», a los que «fuerzan o inducen a otros directamente a ejecutarlo» o a los que «cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere ejecutado». Como partícipes no autores, según el art. 16, se califican a los que «no hallándose comprendidos en el art. 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

Cierto es que en la mayoría de los casos, los supuestos de coautoría o participación se van a centrar casi exclusivamente en hechos cuya intervención del coautor o partícipe comienza en la consumación del delito o incluso en un momento anterior. Sin embargo, la cuestión nace respecto de los supuestos en los que la contribución del coautor o del cooperador al delito se produce con posterioridad a la consumación y a la intervención del autor principal, pero sin que el injusto típico haya llegado al momento de la terminación. Se trata así de determinar los límites de la responsabilidad criminal del coautor y partícipe sucesiva a la conducta del autor principal y a la propia consumación del delito.

Las estructuras típicas que admiten una fase de la terminación representan, como se ha señalado en varias ocasiones, supuestos de unidad típica de acción. La valoración del tipo de injusto es, a estos efectos, única (190) y no puede escindirse parcialmente según la aparición temporal de cada uno de los que, de una forma o de otra, contribuyen o auxilian a la realización del delito en cuestión.

De ahí que la referencia legal a la ejecución del hecho se tenga que identificar, necesariamente, con la realización del tipo de injusto (191), no sólo en atención a la consumación del delito, sino comprendiendo también la fase de la terminación (192).

---

(190) En este sentido, JESCHECK, *Ibidem*.

(191) No es este el momento ni el lugar adecuado para delimitar exactamente la naturaleza de la locución legal «ejecución de un hecho». En este apartado, interesa más el período temporal en el que se desarrolla la actividad criminal, que la naturaleza valorativa o meramente fáctica del contenido de los términos empleados. Sobre la relación entre autoría y participación, de una parte, y el significado del término «hecho» en el art. 14 del Cp, véase, desde diversas perspectivas, los siguientes: DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*. Barcelona, 1991; pp. 241 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid, 1966; p. 215. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*. Madrid, 1977; pp. 165 y ss.

De otra parte, PEÑARANDA RAMOS (*La participación en el delito y el principio de accesoriidad*. Madrid, 1990; pp. 243 y ss) excluye del principio de accesoriidad, con acierto, el tiempo de comisión del delito; cuestión que no debe confundirse con el desarrollo temporal del injusto, que es la tratada aquí.

(192) Esta afirmación es consecuente con nuestro concepto en materia de terminación. Sin embargo, en la doctrina española se suele interpretar la locución «ejecución del hecho», a estos efectos, como contribución a la consumación del delito. En estos términos, RODRÍGUEZ MOURULLO establece la definición de coautoría sucesiva «cuando una persona toma parte en un hecho cuya «ejecución se inició» en régimen de autoría única por otro su-

Como consecuencia de todo lo dicho, se desprende la siguiente conclusión: se predica la posibilidad de aparición de coautoría o participación con posterioridad a la consumación del delito, siempre y cuando éste continúe en la realización del injusto hasta el momento de la terminación (193).

Problema diferente, que debe ser resuelto en el caso concreto, es el que determina la calificación de coautor o de partícipe según la mayor o menor intervención temporal en el hecho. A estos efectos, y aun cuando pueda existir cierta relación entre ambas categorías, se ha de señalar que

---

jeto, a fin de, ensamblando su actuación con la de éste, lograr la consumación» (*Comentarios al Código penal...* cit.; p. 837). Sin embargo, nuestra discrepancia es más terminológica que material, pues el propio autor establece que la posibilidad de una coautoría sucesiva cesa, conforme al art. 14, 1.º, cuando se ha concluido ya por el primer sujeto la ejecución del hecho típico (*ibidem*); esto es, traducido según nuestra posición, cuando ha terminado el delito.

Más clara es la posición de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, quienes mantienen expresamente que en los supuestos de coautoría sucesiva el acuerdo delictivo se puede producir entre la consumación y la terminación del delito (o, como ellos la denominan, hasta la terminación de la ejecución). COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 577.

(193) BITZILEKIS (*Über die strafrechtliche Abgrenzung...* cit.; pp. 732 y 733), niega la posibilidad de autoría y participación en la fase de la terminación. Las críticas del autor van dirigidas a aquellas tesis que postulan por el entendimiento de esta fase incluso en supuestos que caen fuera del tipo. En este punto, el autor lleva razón puesto que extender la responsabilidad criminal a los niveles de autor o cómplice a quien no ha intervenido en un hecho típico, viola a todas luces el principio de legalidad. La crítica no es original, pues ya GALLAS en 1937 señalaba que la «complicidad es participación en una acción punible, esto es, en una conducta tipificada legalmente... pero no cualquier intervención en la lesión (o en la puesta en peligro) del interés protegido por la respectiva norma penal». GALLAS, Wilhelm, *Urteilsanmerkung zu Reichsgericht 22. 4. 1937 (2D 10/37. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. (1937); p. 439. Otras voces críticas de la doctrina alemana por similares razones que las señaladas por el autor griego, se exponen por RUDOLPHI (*Die zeitlichen Grenzen der zukessiven Beihilfe...* cit.; pp. 561 y ss), que suelen coincidir con los autores que se encuentran en las tesis positivas limitadas o negativas de la terminación. Véase, al respecto, *supra* I, C.a) y b).*

Sin embargo, nuestra posición parte de la consideración de la fase de la terminación bajo la circunscripción del tipo de injusto, de tal forma que la consecuencia señalada en el texto no puede ser objeto de la crítica de BITZILEKIS.

En favor de la tesis señalada en texto, se muestra la mayoría de la doctrina. Así, ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar...* cit. Vor § 22, núm. 11. HAU, *Die Beendigung...* cit.; p. 114. KÜHL, *Die Beendigung...* cit.; pp. 81 y ss. LIVOS, *Grundlagen der Strafbarkeit wegen Hochverrat...* cit.; p. 343. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale...* cit.; p. 408. RAMPIONI, Roberto, *Contributo a la teoría del reato permanente...* cit.; p. 78 (si bien sus conclusiones se obtienen en el ámbito del delito permanente). RUDOLPHI, SK... cit. Vor § 22, núm. 7. (si bien el autor matiza, con acierto, que la coautoría y participación postconsumativa debe de tomar por base el hecho típico). Del mismo autor y con los mismos argumentos: *Die zeitlichen Grenzen...* cit.; p. 577. SCHEUFELE, *Formelle Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten...* cit.; pp. 68 y 71. WINKLER, *Vollendung und Beendigung...* cit.; pp. 123 y ss. WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil...* p. 77.

En el ámbito de la teoría general de la autoría y participación, pueden citarse las amplias referencias bibliográficas (tanto en favor como en contra) de JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts...* cit.; pp. 614 (nota 17) y 627 (nota 36).

lo decisivo no es el elemento cronológico sino la clase y calidad de la conducta del sujeto que toma parte en la realización del injusto (194).

Finalmente, se ha de resaltar que si la contribución se realiza con posterioridad a la terminación del hecho punible, no nos encontraremos ante un supuesto de autoría o participación, sino, en su caso, de encubrimiento en la medida en que se reúnan los requisitos que marca el art. 17 del C. p., o receptación o encubrimiento con ánimo de lucro de los artículos 546 bis a) y ss. (195).

## B) Circunstancias cualificativas

Con posterioridad a la consumación, pero antes de que llegue la terminación del delito, es posible que, en ciertas figuras delictivas, aparezcan determinadas circunstancias específicas de agravación que determinan una mayor sanción para el tipo de injusto de referencia. Es preciso atender en este punto, aun brevemente, a las peculiaridades del derecho positivo español, pues las características en este ámbito del derecho alemán son totalmente distintas y de imposible traslación a nuestra realidad jurídica.

Así, en ocasiones, en la medida en que la fase de la consumación en los delitos permanentes supone una intensificación homogénea del mismo injusto, el legislador puede valorar de forma diferente, a efectos de establecer la punibilidad, la duración del estado antijurídico. De esta forma, en el delito de detenciones ilegales realizadas por particular, la sanción variará según que la privación de libertad haya durado hasta tres días, entre tres y quince días o más de quince días (196). Este mismo cri-

---

(194) Se postula, como se señala en el texto, por la posibilidad de la coautoría o participación sucesiva a la consumación del delito. Ahora bien, esto no significa que el coautor o el partícipe sucesivo responda criminalmente de forma idéntica que el autor principal anterior. De esta forma, respecto de las circunstancias cualificativas y de los tipos agravados o atenuados, se imputarán a quienes concurren los requisitos materiales y personales que requiera el correspondiente precepto, y en ningún caso su aplicación puede ser automática.

(195) El Código penal español es bastante coherente en estos términos en relación con los supuestos de autoría y participación. El art. 17, a estos efectos, determina los supuestos de encubrimiento de forma negativa, es decir, en tanto y en cuanto, aun existiendo conocimiento de la perpetración de un hecho punible, no se ha intervenido en el mismo ni como autores ni como cómplices. Es decir, la intervención del encubridor se realiza cuando el hecho punible ya se ha ejecutado, o, lo que es lo mismo, cuando éste ha superado el momento de la terminación. En los mismos términos se expresan los artículos 546 bis a) y ss. que exigen el aprovechamiento propio o de tercero de los objetos procedentes de un hecho penal contra la propiedad, conducta que debe presuponer el conocimiento del delito de referencia y producirse con posterioridad a la comisión del mismo.

Los términos que emplea la ley de «ejecución», «perpetración» o «comisión», son sinónimos en éste ámbito de aplicación y representan la total realización del tipo de injusto, incluida la fase ulterior al momento consumativo.

(196) El art. 480 del Cp establece, en su primer párrafo, la penalidad para los supuestos normales de detenciones ilegales: «El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión mayor». Sin embargo, cuando la privación de libertad dura menos de tres días y se reúnen determinados re-

terio impera en las detenciones realizadas por funcionario público, dado que la penalidad varía según que la duración de la detención no exceda de tres días, se sitúe entre tres a quince días, quince días a un mes, un mes a un año y, finalmente, en aquéllas detenciones que excedan más de ese tiempo (197). Otro supuesto similar lo proporciona el art. 516 bis del texto punitivo, que establece una distinta penalidad dependiendo de si la utilización ilegítima del vehículo de motor ajeno es inferior o superior a las veinticuatro horas (198).

En otras ocasiones, la circunstancia cualificativa tiene lugar con posterioridad al momento consumativo, pero por razones distintas a la progresión homogénea del contenido del injusto. Así, en el delito de tenencia ilícita de armas, se produce la consumación en el momento que se adquiere la tenencia del arma sin la guía o licencia oportuna (199). La penalidad puede aumentar si el autor realiza alguna circunstancia de las señaladas en el art. 255, por ejemplo, altera o borra la marca de fábrica o el correspondiente número de serie (200). Del texto no se deduce que

quisitos, el mismo precepto, en su párrafo tercero, establece una atenuación: «Si el culpable diere libertad al encerrado o detenido, dentro de los tres días a su detención, sin haber logrado el objeto que se propusiere al haber comenzado el procedimiento, las penas serán de prisión menor y multa de 100.000 a 200.000 pesetas». Cuando el encierro o detención dura más de quince días, el art. 481 en su núm. 2.º establece una agravación: «El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriese el culpable: ... 2.º Si el encierro o detención hubiere durado más de quince días». Por último, algún autor ha entendido que la conducta del art. 483 («El reo de detenciones ilegales que no diere razón del paradero de la persona detenida o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor») se trata de una cualificación respecto del genérico delito de detenciones ilegales en base a que la situación de privación de libertad se prolonga indefinidamente: COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit.; p. 710.

(197) Art. 184 del Cp: «El funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención incurrirá en la pena de suspensión si la detención no hubiere excedido de tres días, en las de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas si, pasando de este tiempo, no hubiere llegado a quince; en la de inhabilitación absoluta si, no habiendo bajado de quince días, no hubiere llegado a un mes; en la de prisión menor, si hubiere pasado de un mes y no hubiere excedido de un año, y en la de prisión mayor, si hubiere pasado de un año».

(198) La conducta base del delito de utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno viene señalada en el primer párrafo del art. 516 bis: «El que, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utilizare un vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas». Pero «cuando, en los casos previstos en los párrafos anteriores, el culpable dejare transcurrir veinticuatro horas sin restituir directa o indirectamente el vehículo, se le impondrá conjuntamente las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas, aplicándose, en su caso, las de los artículos 515 ó 505, respectivamente, cuando sean de mayor gravedad».

(199) El art. 254 del Cp establece: «La tenencia de armas de fuego fuera del propio domicilio, sin poseer la guía y la licencia oportunas, o en el propio domicilio, sin la guía de pertenencia, se castigará con la pena de prisión menor».

(200) El art. 255 reza de la siguiente forma: «El delito definido en el artículo anterior se castigará con prisión mayor cuando concurriere alguna de las circunstancias si-

las mencionadas agravaciones específicas tengan que aparecer con anterioridad al momento en el que se realizan todos los elementos constitutivos del tipo. Es suficiente, por el contrario, con el dato de que éstas tengan lugar antes de que el sujeto sea detenido o se regularice la situación antijurídica, esto es, antes de que se produzca la terminación del delito.

La agravación también se puede producir, en otros supuestos, no por una especial valoración de la homogénea y progresiva intensificación del injusto, como ocurría en el primer supuesto; o por otras circunstancias de política criminal, como en el segundo, sino por la aparición de ciertas condiciones que determinan un radical aumento del peligro al bien jurídico protegido. Es posible, por tanto, que un delito de abandono de familia se consume por el abandono malicioso del domicilio conyugal, dejándose de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio. Si, transcurrido algún tiempo, el autor deja de prestar incluso la asistencia indispensable para el sustento de los sujetos protegidos (por ejemplo, gastando todo el dinero de la única cuenta corriente familiar), se aplicará la agravación del párrafo segundo de ese art. 487 del Cp (201). Es, pues, una muestra más de la aparición de una circunstancia específica de agravación en la fase que media entre consumación y terminación.

Pero no sólo en los delitos permanentes se aprecia esa posibilidad de concurrencia postconsumativa de una circunstancia de agravación específica. En otros delitos con fase de terminación, pero sin que puedan ser calificados como delitos permanentes, se puede observar la presencia de una agravante específica después del momento en el que se reúnen todos los elementos constitutivos del tipo penal. De esta forma, en los delitos de incendios forestales, la infracción se consuma, según establece el art. 553 bis a), cuando se incendian masas forestales o montes. Es suficiente, por tanto, con la conducta de prender fuego a este peculiar objeto material y cierta propagación del proceso de combustión para que se entienda que el tipo ya reúne todos los elementos que determinan la perfección

---

guientes: 1.º Que las armas carecieran de marca de fábrica o de número, o los tuvieren alterados o borrados. 2.º Que fueren extranjeras o hubieren sido introducidas ilegalmente en territorio español; y 3.º Que, aun siendo españolas exportadas, hubieran vuelto a ser introducidas ilegalmente en territorio nacional». En esta agravación no se determina el momento en el que se realiza mentada conducta, por lo que se podrá admitir la agravación tanto si el autor recibe el arma con los números borrados o alterados, como si dicha conducta la realiza el reo con posterioridad a la consumación.

(201) La agravante específica del mentado precepto expresa: «Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores e incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge que se hallaren necesitados, a no ser, respecto al último, que estuvieren separados por culpa del referido cónyuge, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas».

formal del presupuesto de la punibilidad (202). Sin embargo, si tras la consumación del delito, el fuego llega a producir consecuencias devastadoras de las señaladas en el art. 553 bis b) (203), se impondrá una mayor pena conforme al mismo precepto. El desarrollo de la fase de la terminación, pues, da lugar, en ciertas condiciones, a la aplicación de la agravación correspondiente.

Por último, también delitos que normalmente no presentan ninguna fase de terminación, pero en determinadas concreciones puede prolongarse la acción tras la consumación, posibilitan, tras ese momento, la aparición de un elemento agravatorio específico. Nos referimos a los hechos permanentes con fase de terminación, que pueden dar lugar, en supuestos concretos, a una agravante específica, si bien es cierto que no es ésta su fase de aparición (con realización prolongada del tipo) donde con más frecuencia se produzca este evento. Y en ciertos delitos de lesiones, si el agente, tras ocasionar menoscabos corporales susceptibles por sí mismos de provocar una primera asistencia facultativa y ulterior tratamiento médico o quirúrgico, en la continuada acción lesiva, emplea tortura, vera incrementada su responsabilidad criminal (204).

Otros muchos ejemplos se podrían encontrar en el Código penal. No obstante, con los supuestos analizados se considera completada una visión panorámica general en la que se ofrece, resumidamente, pero con meridiana claridad, la relación existente entre determinadas figuras delictivas que presentan una fase ejecutiva de terminación del delito; y la aparición de ciertas circunstancias específicas de agravación en esas figuras delictivas entre los momentos de la consumación y la conclusión del delito.

(202) Si no se produce esta propagación del incendio, no se aplicarán las reglas de la tentativa puesto que el art. 553 bis c) establece una figura especial: «Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 1 a 10 millones de pesetas el que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos...».

(203) Art. 553 bis b): «Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su grado máximo cuando el incendio alcanzare especial gravedad atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Que afecte a una superficie de considerable importancia. 2.º Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos. 3.º Que alteren significativamente las condiciones de vida animal o vegetal. 4.º En todo caso, cuando ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados».

(204) Recordemos que el tipo básico de lesiones se encuentra en el art. 420: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor, siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico». El art. 421 establece algunas circunstancias específicas de agravación, y en su número 3.º establece ésta que señalábamos en el texto: «... Si se hubiere empleado tortura».

### C) Legítima defensa

La teoría de la terminación del delito tiene también repercusiones en el ámbito de la aplicación de algunas eximentes de la responsabilidad criminal. Quizás la más característica de todas ellas, y en la que vamos a centrar nuestras consideraciones, sea la causa de justificación contenida en el núm. 4.º del art. 8.º del Cp (205). El aspecto a analizar reside, como es de imaginar, en el ámbito temporal de aplicación de la circunstancia de legítima defensa. Y en este sentido, la cuestión nace en orden a la determinación del momento cronológico en el que se entiende que todavía subsiste la agresión ilegítima, y por tanto, se pregunta también por el límite temporal que se le impone al defensor para repeler la agresión y seguir obrando «en defensa».

En principio, la acción de legítima defensa requiere, para que tenga virtualidad justificante, la existencia de una previa agresión ilegítima que suponga la puesta en peligro de alguno de los bienes jurídicos individuales del defensor o de un tercero. Pero es evidente que no se puede actuar «en defensa» si el ataque ha llegado a su objetivo, si el bien jurídico ha sido ya lesionado. De ahí que podría pensarse que el límite temporal de actuación del defensor en salvaguardia de un interés jurídico propio o ajeno estuviese situado en un momento anterior a la consumación, pues hasta ese punto temporal existen posibilidades de evitar el resultado de la agresión. Con posterioridad, el autor actuaría, no en legítima defensa, sino por venganza o mediante un ataque reactivo (206).

Estas consecuencias serían totalmente ciertas si el momento de la consumación supusiese, en todos los casos, el cese del riesgo para el bien jurídico protegido. De ahí que las apreciaciones realizadas líneas atrás sean predicables respecto de todos los delitos instantáneos, en los que el punto temporal consumativo coincide con el momento en el que el contenido del injusto alcanza su total y última expresión antijurídica.

---

(205) El art. 8.º en su número 4.º establece lo siguiente: «...4.º El que obre en legítima defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes; en caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor».

(206) En este sentido, señalan COBO-VIVES, «En el primer sentido, en repetidas resoluciones del Tribunal Supremo se ha afirmado que la «necesidad» de la defensa exige la actualidad de la agresión y la persistencia del riesgo para el bien jurídico. Sin embargo, el hecho de que la agresión haya acabado o el de que el riesgo haya desaparecido no determina la falta de «necesidad» de defensa sino, más bien, la falta de defensa: de quien reacciona ante una agresión que ha cesado no decimos que se defiende. No hay defensa sino ante una agresión actual. A falta de agresión actual, cabrá calificar la conducta como un ataque reactivo, pero no como una defensa» (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 387).

Pero precisamente los delitos con fase postconsumativa se caracterizan porque el peligro o la lesión al bien jurídico continúa con posterioridad al momento de la consumación, dado que el tipo de injusto prosigue en su realización hasta el momento de la terminación. La nota que define la agresión ilegítima es, en este sentido, el riesgo actual y no la consumación formal, aun cuando eventualmente ambas categorías puedan coincidir (207).

Por tanto, en la fase de la terminación, todavía es posible que tenga lugar la eximente de legítima defensa en la medida en que hasta el momento de la conclusión del delito subsiste un riesgo de que continúe el menoscabo del bien jurídico que ya ha sido atacado en el momento de la consumación (208). Si, por ejemplo, la víctima atracada es herida, el delito contra la propiedad resulta ya consumado conforme al art. 512 del texto punitivo. Subsiste, sin embargo, el riesgo de pérdida de la propiedad de los objetos muebles del lesionado, y subsiste en favor de éste, o de un tercero, por tanto, la posibilidad de repeler la agresión hasta el momento de la efectiva apropiación, esto es, hasta la terminación del delito. De igual forma, en el tipo penal de detenciones ilegales, pese a que la libertad del secuestrado ya ha sido privada, en tanto que prosigue la detención o encierro, existe riesgo en la continuación de dicha situación de privación de libertad ambulatoria, y con ello, se mantienen hasta el momento de la terminación del delito todos los presupuestos para la aplicación de la eximente contenida en el núm. 4.º del art. 8.º (209).

(207) A este respecto, importantes son las palabras, destacadas ya por COBO-VIVES, de CÓRDOBA RODA en las que se pone de manifiesto la relación entre el riesgo actual y los diferentes elementos de la eximente: «la agresión debe implicar un riesgo; la agresión es actual, subsiste, en tanto ese riesgo permanece; un tal riesgo es el determinante del estado de defensa, de la necesidad de defensa. Los requisitos formalmente separados de «en defensa», «agresión ilegítima» y «necesidad racional del medio» están, pues, íntimamente vinculados en una unidad esencial» (*Comentarios al Código penal*. T. I., cit.; p. 244).

(208) Para LUZÓN PEÑA, la agresión ilegítima se define básicamente con base en la puesta en peligro actual del bien jurídico protegido. Y el autor demuestra que este concepto se puede mantener aun cuando el delito se haya consumado, aun cuando, incluso, haya comenzado la lesión, siempre y cuando el tipo no cese en sus efectos: «Sin embargo sólo cabe considerar que tal lesión sigue siendo agresión en tanto no esté concluida, esto es, en cuanto siga implicando ulterior riesgo o peligro para el bien jurídico protegido, pues de lo contrario habrá cesado la situación de defensa». LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, 1978; pp. 140 y 141. Del mismo: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo (art. 8. 4.º del Cp)*. Comentarios a la legislación penal dirigidos por COBO DEL ROSAL, Manuel y coordinados por BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Tomo V. Vol. II; p. 232 y nota 32.

Esta conclusión se acepta también por el Tribunal Supremo, especialmente en supuestos de delitos permanentes. A estos efectos, se puede ver la obra de MAGALDI, María José, *La legítima defensa en la jurisprudencia española*. Barcelona, 1976; p. 65 y nota 92.

(209) En el derecho alemán, sin embargo, algunas voces críticas se oponen a la aplicación de la legítima defensa en la fase de la terminación de los delitos contra la propiedad, bien porque se entiende que el ataque ya ha cesado, y por tanto, deja de ser actual (BITZLEKIS, *Über der strafrechliche Abgrenzung von Vollendung und Beendigung...* cit.; p. 743); o por razones de política criminal, pues se entiende que la doctrina de la ter-

En definitiva, las posibilidades de actuación en legítima defensa existen no sólo hasta el momento de la consumación del delito, sino también hasta la terminación del mismo, pues este punto temporal representa el límite en el que todavía pueden persistir las posibilidades de un mayor menoscabo del bien jurídico protegido (210). La terminación del delito marca así el límite temporal de la posible vigencia de la legítima defensa; por encima de este punto, desaparecen los presupuestos de aplicación de la causa de justificación.

#### D) Concurso de delitos

A lo largo de la presente investigación se ha ido estudiando la fase que sucede al momento de la consumación y que se caracteriza por la continuación de la realización del mismo tipo de injusto hasta un punto que se denomina terminación. Este estadio en el que se desarrolla finalmente la conducta delictiva, puede constituir el presupuesto material y temporal en el que se lleva a cabo la ejecución de otro delito. Es decir, que bajo las condiciones fácticas y valorativas de un delito con fase post-consumativa (fase de la terminación) se puede perpetrar otra infracción punible, dando lugar a la situación legal del concurso de delitos.

No es difícil imaginar, por tanto, supuestos de concurso delictivo, especialmente cuando se trata de hechos penales con estructura iterativa.

En la mayoría de los casos, la relación entre el hecho base (delito con fase postconsumativa) y la ulterior infracción, constituirán hipótesis de concurso real de delitos, cuya regulación legal se haya en los artículos 69 y 70 del Código penal (211). De esta forma, los delitos que eventualmente se perpetren mientras perviva la situación de privación de

---

minación se mueve dentro de las nuevas corrientes victimológicas que postulan en favor de otorgar a la víctima mayores posibilidades de aplicación de la violencia para recuperar su derecho, estimándose esta consecuencia exagerada y peligrosa (OTTO, *Schadenseintritt und Verjährungsbeginn...* cit.; pp. 718 y 719).

Estas críticas son ciertas en la medida en que se aplican a una fase de la terminación que, como frecuentemente se ha reiterado, se encuentra fuera del tipo de injusto, y fuera de cualquier consideración. Sin embargo, dado que nuestro entendimiento de la terminación del delito es respetuoso con el principio de legalidad y se encuentra dentro del espacio de la tipicidad, estas objeciones no pueden ser trasladadas a los supuestos examinados en el texto.

(210) En similares términos parece expresarse MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 465) cuando señala que la agresión en la legítima defensa tiene que suponer un peligro próximo, y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.

(211) El art. 69 establece: «Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas». Las reglas de cumplimiento de las penas de los supuestos de concurso real en sentido estricto se encuentran en el art. 70.

libertad de la víctima (lesiones, amenazas, agresiones sexuales, etc.) se encontrarán en régimen de concurso real en sentido estricto. Claro está, que estos supuestos de concurso real serán de carácter heterogéneo, pues la unidad típica de acción que suele constituir la estructura de los delitos con fase de terminación, impide o dificulta en gran medida un posible concurso real homogéneo (212).

Frecuentes pueden ser los supuestos de concurso medial, en los que el delito base es tan sólo un medio utilizado por el autor para perpetrar el delito fin que persigue (213). En lo que aquí respecta, la diferencia con el supuesto de concurso real en los términos señalados líneas atrás, radica en la existencia de una finalidad subjetiva de instrumentalización por el agente de ese delito medio, elemento que no se presenta en los supuestos de concurso real en sentido estricto (214).

El concurso de delitos se manifiesta reiteradamente entre los delitos permanentes (215). En nuestro país, ha sido muy frecuente la aplicación del concurso medial en relación con el delito de allanamiento de morada, dado que la entrada ilegítima suele ser utilizada por el culpable como paso necesario para perpetrar otros delitos. Así, durante la vigencia del estado antijurídico en el que se viola la intimidad domiciliaria ajena, se

(212) Esta consideración es manifestada también por SANZ MORÁN, *El concurso de delitos...* cit.: p. 228.

(213) El régimen legal del concurso medial se encuentra en el art. 71 del Cp, en el que se equipara, en cuanto a regulación penológica, al supuesto de concurso ideal: «Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un sólo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro... » (el subrayado es nuestro).

Como ha señalado SANZ MORÁN (*El concurso de delitos...* cit.: p. 217), la razón de la equiparación del régimen punitivo del concurso medial con el concurso ideal se fundamenta en una supervaloración de elementos subjetivos. La voluntad unitaria del agente, determina, a efectos punitivos, que la existencia de dos sustratos fácticos reciban el mismo tratamiento que la primera hipótesis, esto es, como si de un sólo hecho se tratase.

En definitiva, y como señala el autor citado, el art. 71 en su segundo inciso recoge un caso de concurso real de delitos, equiparado penalmente al concurso ideal en atención al fin del agente (*ibidem*). Tesis idéntica en este punto había sido establecida ya por VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*. Valencia, 1981; p. 18.

(214) Requisito fundamental que determina el concurso medial frente al real, como se ha mantenido en la nota anterior. Siguiendo el ejemplo señalado en el texto, si las detenciones ilegales se realizan con la finalidad de lesionar al ofendido, nos encontraremos ante un supuesto del segundo inciso del art. 71, mientras que si dichas lesiones surgen eventualmente, pero sin preordenación antecedente, en el estadio de privación de libertad, la norma a aplicar será la contenida en el art. 69 (concurso real *stricto sensu*). Claro está, que la mera preordenación psíquica de un delito a otro no es por sí misma suficiente para la existencia del concurso medial. Es necesario también, como señala CORDOBA RODA (*Comentarios al Código penal*. Tomo II, cit.: p. 363), un nexo objetivo exigido por el requisito de que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro.

(215) En este punto, puede examinarse la interesante obra de LIPPOLD, Reinen, *Die Konkurrenz bei Dauerdelikten als Prüfstein der Lehre von den Konkurrenzen*, Heidelberg, 1985.

pueden cometer los delitos contra la libertad sexual de violación (216), estupro (217) y abusos deshonestos (218) (hoy agresiones sexuales). De igual forma, el Tribunal Supremo también ha calificado como concurso medial el ingreso ilícito del autor para atacar la integridad física del morador, y en particular, aplica el art. 71 con los delitos de lesiones (219), si bien es cierto que cuando se perpetró algún hecho punible contra la vida, prefirió el Alto Tribunal calificar el supuesto correspondiente con la agravante genérica de ejecutar el hecho en morada del ofendido (art. 10.º núm. 16).

Sin embargo, es muy difícil que un delito con estadio de terminación constituya, junto con otro u otros delitos, un supuesto de concurso ideal de delitos del primer inciso del art. 71 del Código (220), pues la unidad típica que subyace en la mayoría de estos tipos dificulta los presupuestos de unidad de hecho y pluralidad de delitos, determinando en la muchas ocasiones casos de concurso de leyes.

### E) El agente provocador

La doctrina de la terminación ha querido extraer consecuencias en la temática que afecta al agente provocador (221). Cuando se habla de agente provocador, se suele hacer referencia a la conducta del sujeto que provoca a otro a la comisión del delito, de forma completa o incompleta, para asegurarse con facilidad la prueba y conseguir punir al sujeto provocado (222). El agente provocador no persigue, en principio, el resultado dañoso del delito que el mismo provoca, sino que pretende servirse de éste para conseguir la prueba de un delito anterior o la incriminación del sujeto instigado.

Una de las causas de impunidad del agente provocador, venía determinada en atención a la no consideración de éste como inductor, en la medida en que se reconoce que el dolo del mismo debe abarcar la realización del hecho punible. Si esto no ocurre, es decir, si el que determina

(216) SSTS de 5 de noviembre de 1896 (JC núm. 136) y 8 de febrero de 1957 (JC núm. 134).

(217) STS de 10 de octubre de 1911 (JC núm. 55).

(218) STS de 7 de febrero de 1987 (RA núm. 1214).

(219) SSTS de 13 de abril de 1889 (JC núm. 315), 27 de abril de 1896 (JC núm. 307) y 18 de mayo de 1979 (JC núm. 616).

(220) «... Un sólo hecho constituye dos o más delitos...».

(221) No podemos analizar aquí toda la problemática que rodea a la figura del agente provocador. Sobre esta temática, puede examinarse la interesante obra de RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en Derecho Penal*. Madrid, 1982, y en algunos otros aspectos significativos esta otra monografía: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La provocación para cometer el delito en Derecho español*. Madrid, 1986.

(222) En estos términos se expresa, siguiendo a FIORE y MANZINI, GARCÍAS PLANAS, Gabriel, *Consideraciones en torno al agente provocador*. Cuadernos de Política Criminal, n.º 17 (1982); p. 378.

la conducta del sujeto provocado quiere interrumpir el proceso ejecutivo en un estadio anterior a la consumación, el comportamiento del agente provocador es impune dado que no puede ser castigado ni siquiera como inductor, pues falta la intención de consumir el delito en cuestión (223).

En los últimos años, a partir del auge en Alemania de las teorías positivas de la terminación, se ha querido avanzar un paso más en la impunidad o impunitividad (según se empleen los términos) del agente provocador. Y en esta línea, en tanto que en ciertos tipos delictivos la consumación formal del delito se anticipa a la efectiva lesión material del bien jurídico, se extiende la impunidad del sujeto instigador, no hasta el momento de la consumación, como establecía la doctrina clásica, sino hasta el punto temporal de la terminación en aquellos hechos punibles en los que exista esta fase (224). El argumento utilizado es análogo al que se recurre en los supuestos de inducción al delito en fase de tentativa: En la medida en que en ciertos hechos delictivos, el momento de la consumación no se identifica con la lesión del bien jurídico, y teniendo en cuenta que el agente provocador quiere y se halla en condiciones de detener el proceso ejecutivo con posterioridad a la consumación, pero antes de que se llegue al menoscabo del objeto protegido, la conducta del inductor, se dice, sólo ha puesto en peligro dicho objeto de tutela. Pero, continúa el argumento, este riesgo sólo es merecedor de pena cuando sea susceptible de transformarse en lesión, al menos subjetivamente, según la representación y voluntad del inductor. Si falta, pues, esta voluntad de lesión, quiere ello decir que el agente provocador no desea producir un auténtico peligro al bien jurídico cuando según su representación y querer no se desea que el peligro se transforme en lesión. «Este principio conduce a que, en todo hecho penal, tenga que ser decisivo el momento, en lo que respecta al dolo del inductor, en el que se pueda impedir que el peligro al bien jurídico se convierta en lesión. Hasta este grado de ejecución del tipo, que el inductor no quiere dejar superar, se ha de negar aquí el dolo, sin que se pueda hacer depender éste de la consumación formal (225)». En definitiva, el dolo decisivo para castigar la inducción, es el dolo que persigue el menoscabo del bien jurídico, y si este momento coincide con la terminación del delito, en él se debe situar el límite de la relevancia jurídica de la conducta del inductor, y no en la consumación formal. El

---

(223) Opinión mayoritaria en Alemania. Véase, por todos, JESCHECK, *Lehrbuch...* cit.; p. 623 y nota 15, con especial referencia bibliográfica sobre el tema. Sobre la cuestión de la punibilidad del agente provocador para el supuesto de que sólo persiga la tentativa del delito, en los diversos ordenamientos jurídicos (continental, anglosajón, antiguos países socialistas, Japón, etc.), puede examinarse también el trabajo del mismo autor: JESCHECK, Hans Heinrich, *Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat*. ZStW n.º 99 (1987); pp. 134 y ss.

(224) En este sentido, SCHEUFELE, *Vollendung und tatsächliche Beendigung...* cit.; p. 79. Una exposición de la doctrina que argumenta en esta línea en BITZILEKIS, *Über die strafrechtliche Abgrenzung...* cit.; p. 744, nota 67.

(225) SCHEUFELE, *Ibidem*.

agente provocador, por tanto, dado que no quiere producir tal resultado, esto es, la lesión del bien jurídico, no puede ser sancionado si detiene el proceso ejecutivo en un momento anterior a la terminación.

Sin embargo, esta consecuencia que se quiere extraer de la teoría de la terminación, tiene que ser rechazada. Son varias las razones, que, brevemente, exponemos en favor de esta exclusión.

Sin que se pueda negar la sólida fundamentación de la impunidad de la conducta del agente provocador en determinados delitos de consumación anticipada en los terminos expuestos líneas atrás, se olvida por sus partidarios que la doctrina de la terminación también se aplica a aquellos hechos penales en los que el momento de la consumación representa ya una lesión del bien jurídico protegido y la terminación tan sólo refleja el punto en que dicha lesión concluye tras haber alcanzado su máxima gravedad. Si el agente provocador incita a una persona para que secuestre a un determinado sujeto, cosa que ocurre, y tiene en mente liberarla al segundo día de encierro, su conducta es punible ya desde el primer momento en el que se produce la privación de libertad, es decir, desde que ha tenido lugar la consumación formal del delito, y no desde la terminación.

En otros supuestos, la conducta del agente provocador no será punible por circunstancias distintas que nada tienen que ver con la terminación, aunque se ha querido situar en esta categoría la razón de la falta de punibilidad. De esta forma, si se provoca la conducta de falsificación de moneda, y el provocador sabe que ese dinero nunca va a ingresar en el tráfico económico o jurídico, porque él se halla en condiciones de detener el proceso; la ausencia de responsabilidad penal no viene impuesta por la no producción de la terminación del delito, sino por la ausencia de un elemento subjetivo del injusto, inherente a todas las falsedades, que determina la atipicidad de la conducta (226).

En fin, en otras ocasiones, se llega a la conclusión señalada atendiendo a una concepción subjetiva de la terminación, semejante al concepto de agotamiento, que aquí ha sido rechazado y que implica también la negación de sus consecuencias. Porque hay que tener presente que no sólo la voluntad del agente provocador es fundamental para la ulterior determinación de su responsabilidad penal, sino también el grado de intervención de aquél en la realización del hecho.

En conclusión, la extensión de la conducta impune del agente provocador hasta la terminación del delito supone una desmesurada y recusable desprotección del bien jurídico sin cobertura legal, de una parte; o un recurso apoyado en una categoría dogmática que ya viene determina-

---

(226) De forma paralela, en relación a ciertos delitos patrimoniales, señala BRITZ-LEKIS (cit.; p. 746) que en los delitos de intención no es decisivo, en lo que afecta a la no punibilidad del agente provocador, la ausencia de un dolo dirigido a la lesión del bien jurídico, sino la exigencia de un elemento subjetivo de tendencia interna transcendente que tiene que estar presente según la estructura de estos delitos.

do, en cuanto a sus consecuencias, por otros conceptos jurídicos. De ahí que no sea éste uno de los resultados directos derivados de la teoría de la terminación (227).

## F) Prescripción del delito. Indulto. Otros

En lo que hace referencia al problema de la determinación del momento en que debe comenzar el cómputo del plazo de la prescripción del delito, al comienzo de la presente investigación se señaló que en el derecho positivo alemán e italiano existían referencias legales que intentaban resolver los supuestos de extensión temporal de la acción penal tras la consumación del delito (228). Y, veámos, que tanto en el art. 158 del Código penal italiano como en el § 78 a del StGB, se hacían referencias al delito permanente, en el primero, y a la terminación del delito, en el segundo, situando en este punto el comienzo del plazo de la prescripción.

En el Código penal español no existe una previsión semejante, y de ahí que surja la cuestión de cuál es el momento decisivo a efectos de inicio del transcurso del plazo de la prescripción (229). Dicho momento puede establecerse o en la consumación, o en la terminación del delito.

En general, la doctrina española no se pronuncia sobre el dilema planteado, aunque suele partir del principio, siguiendo las indicaciones del Código penal italiano, de que en el delito permanente el plazo de la

(227) Sin embargo, según mantiene RUIZ ANTÓN (*El agente provocador...* cit.; pp. 58 y 59), la ausencia de un contenido volitivo dirigido a producir el desvalor del injusto del delito afectado tiene un gran valor dogmático, no sólo en cuanto determina el dolo relevante del agente provocador, sino porque contribuye en la posible configuración del injusto de la autoría o participación que eventualmente se le pueda atribuir. Parece ser, pues, que para el citado autor pueda ser relevante la dirección del querer cuando ésta no se dirija a la consumación material del delito, aun cuando pueda admitir la consumación formal del mismo.

(228) *Vid. supra* I, A).

(229) En cuanto a la prescripción del delito, el art. 113 establece los correspondientes plazos de prescripción según la gravedad de los delitos atendiendo a su sanción abstracta. El art. 114 determina los términos en los que se tiene que desarrollar el cómputo, y a tal efecto establece: «El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito». Si el delito se comete un día determinado, no existirá problema en la determinación del momento de inicio del término. El dilema aparece cuando el delito se comete en un periodo temporal superior a un día, supuesto que parece haber olvidado nuestro texto punitivo.

Sin embargo, el Anteproyecto de Código Penal de 1992, en el número 1 del artículo 136, siguiendo también la orientación que marca el artículo 158 del Código penal italiano, establece: «Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día que se hubiere cometido la infracción. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita».

prescripción comienza el día que cesa el estado antijurídico, es decir, el día que termina el hecho penal (230).

El comienzo del transcurso del término de la prescripción se tiene que situar en el momento en el que tiene lugar la terminación del delito. Dos tipos de consideraciones apoyan la tesis enunciada.

En primer lugar, atendiendo a la propia literalidad del art. 114, se puede entender que el delito se comete en tanto se realiza el tipo de injusto, con independencia de que se llegue a la consumación o la conducta sobrepase este momento (231). En esta línea de pensamiento, se puede llevar a cabo un argumento comparativo con los supuestos de tentativa y frustración, y en la medida en que la consumación absorbe a aquéllos a todos los efectos jurídicopenales (principio de consunción), la terminación absorbería a su vez a la consumación, entre otros, a efectos de determinación del inicio del término de la prescripción.

En segundo lugar, un argumento lógico impone la solución aquí defendida. Si el plazo de la prescripción se situase en el momento de la consumación formal del delito, se llegaría al absurdo de dejar sin castigo aquellas infracciones cuya realización del injusto excediese temporalmente del plazo establecido para la prescripción. Se llegaría, pues, a la incongruencia de beneficiar las concreciones delictivas más graves frente a aquéllas cuyo contenido del injusto fuese de menor entidad por extenderse en un periodo temporal inferior. Estas insatisfactorias consecuencias se evitan si el inicio del término de la prescripción se sitúa en el momento de la terminación del delito (232).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los delitos permanentes, y en concordancia con la doctrina científica, también ha estimado que el plazo de la prescripción comienza cuando cesa el estado antijurídico. Coherente con esta interpretación, ha aplicado la tesis enunciada especialmente al delito de abandono de familia (233), entre otros. Con buen criterio, en el delito de bigamia, dado que es calificado como delito instantáneo con efectos permanentes (esto es, delito de estado), el Alto

(230) En este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 861. COBO-VIVES, *Derecho Penal. Parte General...* cit.; p. 748. DEL TORO MARZAL, *Comentarios al Código penal*. Tomo II, cit.; p. 685 y ss. MORILLAS CUEVA, LORENZO, *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*. Granada, 1980; p. 61. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*. 2.<sup>a</sup> Edic. Barcelona, 1983; p. 148.

(231) En varios pasajes se ha intentado demostrar que cuando el Código emplea verbos como los de «ejecutar», «perpetrar» o «cometer», hace referencia, en la mayoría de los casos, a la realización del tipo de injusto. Cosa distinta es el grado de realización que en el caso concreto se pueda alcanzar. Se puede «ejecutar», «perpetrar» o «cometer» un delito tentado, frustrado, o consumado, pero también, un delito terminado. Cada uno de los grados de realización absorberá al anterior y lo desplazará como punto de referencia de aplicación de las respectivas consecuencias jurídicas, entre las que se encuentran el cómputo del término de la prescripción.

(232) Argumento utilizado también por RODRÍGUEZ MOURULLO en el ámbito del delito permanente (*Comentarios al Código penal*. Tomo I, cit.; p. 78).

(233) SSTs de de 26 y 30 de mayo de 1978 (RA núms. 2.038 y 2.048), 2 de junio de 1977 (RA núm. 2.694) y 16 de mayo de 1958 (RA núm. 164), entre otras muchas.

Tribunal ha entendido que el transcurso del término de la prescripción comenzaba a contar desde el momento de la consumación (234), salvo en una resolución, que no fue seguida por ninguna ulterior decisión, en la que calificó a la bigamia como delito permanente (235).

En conclusión, en los delitos que presentan una fase postconsumativa, el término de la prescripción no se inicia en el momento en que se produce la consumación formal, sino en este otro en el que cesa la actividad antijurídica denominado terminación.

Las mismas consideraciones son trasladables a los supuestos de indulto y amnistía. Las mentadas medidas de gracia se aplican a aquellos delitos que han cesado en su actividad antijurídica con anterioridad a la fecha que la propia medida establezca. Si, por tanto, el hecho penal ya consumado, no ha llegado al punto de la terminación en el momento en el que la normativa del indulto o la amnistía entran en vigor, los autores de las respectivas infracciones no podrán beneficiarse de estas causas de extinción de la pena (236). A este respecto, fueron importantes instrumentos normativos, en su día, el indulto general establecido por Real Decreto de 17 de marzo de 1977, que alcanzó a ciertos hechos punibles perpetrados hasta el 15 de diciembre de 1976, el cual redujo las penas privativas de libertad por tiempo no inferior a un año y todas las pecuniarias; y el Real Decreto Ley de 30 de julio de 1976 por el que se otorgó amnistía por los delitos de intencionalidad política y de opinión, siempre que no hubieran puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas, alcanzando su vigencia temporal hasta el 29 de julio de 1976. También importante fue el Decreto de 25 de noviembre de 1975, el cual, en su art. 1, concedió indulto total a los delitos que habían sido castigados con pena privativa de libertad o del permiso de conducir inferior a tres años o penas pecuniarias cualquiera que fuera su cuantía (237). Con base en esta y anterior normativa, son numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo que aplicaron la tesis enunciada líneas atrás (238).

---

(234) A título de ejemplo, SSTS de 11 de junio de 1976 (RA núm. 3.033), 18 de febrero de 1960 (RA núm. 305) y 16 de noviembre de 1959 (RA núm. 3.922).

(235) STS de 15 de junio de 1953 (RA núm. 1514).

(236) El art. 112 en sus núms. 3.º y 4.º establece el indulto y la amnistía como causas que extinguen la responsabilidad penal. Claro está, que por exigencias constitucionales, ahora nunca pueden alcanzar carácter general.

(237) Sobre los condicionamientos políticos e históricos que motivaron la normativa mencionada, véase SOBREMONTA MARTÍNEZ, Enrique: *Indultos y amnistía*. Valencia, 1980; pp. 98 y ss.

(238) El Tribunal Supremo ha entendido, sobre todo en los delitos permanentes, que el indulto o la amnistía no alcanza a los mismos cuando la consumación sobrepasa notablemente el ámbito de vigencia de dicha normativa, y en este sentido se expresan las siguientes SSTS (algunas ya citadas): 6 de noviembre de 1980 (RA núm. 4435), 26 de junio de 1980 (RA núm. 3058), 26 de mayo de 1978 (RA núms. 2038 y 2048), 10 de marzo de 1978 (RA núm. 930), 10 de octubre de 1977 (RA núm. 3678), 2 de junio de 1977 (RA núm. 2694), 6 de mayo de 1977 (RA núm. 2198), 15 de noviembre de 1975 (RA núm. 4429) y 2 de agosto de 1935 (RA núm. 1649).

La terminación del delito tiene repercusiones en otros muchos ámbitos, como la posibilidad de desistimiento o la determinación de la competencia territorial del juzgador. Sin embargo, se prefiere no entrar en otras posibles consecuencias jurídicas bien por su alejamiento de la realidad del derecho positivo español, bien por repercutir fundamentalmente en otras disciplinas (especialmente en el Derecho Procesal). Se estima, por tanto, suficiente el tratamiento de las repercusiones jurídico-penales de la teoría de la terminación del delito dentro del marco que se ha establecido en atención a los objetivos y fines marcados con la realización de la presente investigación.

