

Biblioteca de
Derecho Penal

**Política criminal
y nuevo Derecho Penal**
Libro Homenaje a Claus Roxin

J.M. SILVA SÁNCHEZ (ed.)



J. M. BOSCH EDITOR

**POLÍTICA CRIMINAL
Y NUEVO DERECHO PENAL**

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (ed.)

**POLÍTICA CRIMINAL
Y NUEVO DERECHO PENAL**

(Libro Homenaje a Claus Roxin)



JOSÉ MARÍA BOSCH *EDITOR* - BARCELONA

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 1997 Jesús-María Silva Sánchez (ed.)

Para la presente edición:

© 1997 José M.^a Bosch, Editor
Rosellón, 22
08029 BARCELONA

Diseño de cubierta: Luz Bosch

I.S.B.N.: 84-7698-439-1

Depósito legal: B. 16.124-1997

Printed in Spain

Impreso en España

Fotocomposición: *Addenda*, S.C.C.L. Pau Claris, 92. Barcelona

Impresión: Novagràfik. Puigcerdà, 127. Barcelona

Libro-Homenaje a Claus Roxin
con ocasión de su investidura como Doctor *Honoris Causa*
en la Universidad de Barcelona

NOTA PREVIA

En junio de 1994, por iniciativa de Santiago Mir Puig, a la sazón Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, el Prof. Dr. h. c. mult. Claus Roxin fue investido Doctor *Honoris Causa* en la referida Universidad. Con ocasión de tal evento, tuve el honor, en mi condición, por aquel entonces, de Director del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada del Departamento de Justicia de la Generalidad de Cataluña, de coordinar la celebración de un simposio internacional sobre el tema, de tan profundas resonancias roxinianas, de la Política criminal y su relación con el Sistema del Derecho penal. Este libro —cuya edición se beneficia de una ayuda del Centre d'Estudis Jurídics, que debo agradecer públicamente— acoge, con ciertas modificaciones, las ponencias entonces defendidas; asimismo, algunas comunicaciones presentadas. Debe subrayarse que los textos datan de fines de 1994 o principios de 1995. Las referencias al Código penal español tienen, pues, por objeto el texto derogado. No obstante dada la naturaleza general de los trabajos, su interés no se ve en nada afectado por el cambio en nuestro Derecho positivo. La publicación de la obra no habría sido posible sin la labor de traducción de Pablo Sánchez-Ostiz, Guillermo Benloch, Eduardo Onecha, Ramón Ragués y Eduardo Ruiz de Erenchun. Tampoco, sin la asunción de la tarea de corrección de la pruebas por parte de Ricardo Robles y Nuria Pastor. A todos quiero testimoniar mi afecto y mi reconocimiento.

Jesús-María Silva Sánchez

ABREVIATURAS

§	parágrafo
A	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
ACP	Anteproyecto de Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE	Alternativ-Entwurf (Proyecto alternativo)
AK	Alternativkommentar
Arch. pen.	Archivio penale
ap (s).	apartado (s)
ARSP	Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie
art(s).	artículo (s)
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
Aufl.	Auflage (edición)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en materia penal)
BT	Besonderer Teil (Parte Especial)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán)
cap.	capítulo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
cfr.	confrontar
cit (s).	citado (s)
ComLP	Comentarios a la Legislación Penal
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Dem. Dir.	Democrazia e Diritto
DP	Derecho Penal

E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches 1962 (proyecto de Código penal alemán de 1962)
ed.	edición, editor, editado, editorial.
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
<i>et alt.</i>	<i>et alteri</i> (y otros)
FG	Festgabe
For. pen.	(II) Foro penale
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)
Giur. Comp. Cass. Pen.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione (sezioni penali)
GS	Gedächtnisschrift
Hrsg.	Herausgeber (editor); herausgegeben (editado)
<i>ibidem</i>	en el mismo lugar
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Ley de Tribunales de menores)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KrimJ	Kriminologisches Journal
KritV	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L	Ley
La Ley	Revista Jurídica Española La Ley
LECri	Ley de Enjuicimiento Criminal
LH	Libro -Homenaje
LK	Leipziger Kommentar
LO	Ley Orgánica
LPRS	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
n.	nota
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nm.	Número marginal
nº	número
Nss. D. I.	Novissimo Digesto Italiano

NSTZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandsgericht (Tribunal Superior de un Estado federal alemán)
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (obra citada)
OWiG	Gesetz für Ordnungswidrigkeiten (Ley alemana sobre contravenciones)
p (p).	página (s)
<i>passim</i>	en toda la obra
PCP	Proyecto de Código Penal
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PJ	Poder Judicial
RDerC	Revista de Derecho de la Circulación
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial alemán)
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJCat	Revista Jurídica de Catalunya
Riv. it. dir. proc. pen. (=RIDPP)	Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. trim. dir. pen. econ	Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia
Rn.	Randnummer (número marginal)
S (S).	Sentencia (s)
s (s).	siguiente (s)
Sc. pos.	(La) Scuola positiva
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
scil.	<i>scilicet</i> (es decir, o sea)
SK	Systematischer Kommentar
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza procesal penal alemana)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
StV	Strafverteidiger
StVollzG	Strafvollzugsgesetz (Ley General Penitenciaria alemana)
t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
tít.	título
trad.	traducción, traductor

TS	Tribunal Supremo
v.	véase
<i>vid</i>	vide (véase)
vol.	volumen
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VV.AA.	varios autores
WK	Wiener Kommentar
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I
INTRODUCCIÓN

POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra

I. PRELIMINARES

1. Con independencia de ulteriores precisiones, o incluso de discrepancias en cuanto al concreto alcance de su método, la obra de ROXIN suele ser descrita como un intento de construcción del Derecho penal, y en concreto de la teoría jurídica del delito, desde la perspectiva de la Política criminal.¹ Esta orientación, ya apuntada en su escrito de Habilitación *Täterschaft und Tatherrschaft*,² así como, luego, en su contribución al *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch* (1968), acaba plasmándose en su conocida obra programática *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*,³ la cual, veinticinco años después, y pese a las críticas de detalle recibidas, continúa siendo una referencia ineludible en la discusión jurídico-penal moderna, activada por la aparición ya de dos ediciones de su *Strafrecht AT. Band I*.⁴

2. El examen crítico de la capacidad de rendimiento de la propuesta de ROXIN, en parte todavía por explorar,⁵ desbordaría con mucho las posibilidades de un texto de estas características. De ahí que me limite a un único aspecto, que estimo esencial y quizás todavía no suficientemente discutido: el relativo al *significado* del recurso a la Política Criminal como elemento fundamentador del contenido de las categorías del sistema dogmático y a la incidencia o no de *límites* externos (en particular, ontológicos) a tal recurso. Es, a mi juicio,

1. Cfr., por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht, AT, I*, 2.^a ed., Múnich, 1994, § 7, V, N.^o marg. 52: «Die leitenden Zwecksetzungen, die das Strafrechtssystem konstituieren, können nur kriminalpolitischer Art sein».

2. Cuya primera edición data de 1963, existiendo sucesivas reediciones.

3. 1.^a ed., 1970; 2.^a ed., 1973.

4. 1.^a ed., 1992; 2.^a ed., 1994.

5. El propio ROXIN, *AT, I*, 2.^a ed., § 7, III, N.^o marg. 29 reconoce que todavía no se ha construido un sistema completo sobre la base de sus premisas metodológicas.

cio, esta cuestión la que pone de relieve la trascendencia real de las modernas tendencias hacia la «*normativización*» de tales categorías. A la vez, en ella se manifiestan los principales retos que han de afrontar dichas propuestas. Sobre todo cuando se trata de rebatir las frecuentes críticas que les imputan consecuencias de arbitrariedad, decisionismo e inseguridad jurídica.

II. LA «POLÍTICA CRIMINAL» COMO REFERENCIA DEL SISTEMA DOGMÁTICO

1. En la propuesta metodológica de ROXIN late una visión de la dogmática jurídico-penal *ciertamente superadora del modelo positivista*, y orientada a poner de relieve los aspectos creadores de la misma.⁶ Pero también, en principio, claramente *relativista*, en el sentido de limitadamente vinculada por perspectivas ontologicistas. Su entronque con el pensamiento neokantiano no sólo es claro,⁷ sino que ha sido puesto expresamente de relieve por otros autores.⁸ Sin embargo, es lo cierto que, en la actualidad, pocos parecen dispuestos a rechazar la conveniencia de integrar *consideraciones político-criminales* en la construcción del sistema del delito y en la atribución de contenido a sus diversas categorías. Quizá no sea ajeno a ello el hecho de que probablemente en la práctica ese modo de proceder (en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades «prácticas» en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se *declaraba* que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) —esto es, de modo «ciego»—.⁹ Y si

6. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, V, N.^o marg. 69: «... die Rechtsfindung ist, wie wir wissen, wesentlich mehr als die in logischen Schlußverfahren subsumierende Anwendung eines schon im Detail bestimmten Gesetzes. Sie ist vielmehr die Konkretisierung des gesetzlichen Regelungsrahmens, und in der *schöpferischen Ausarbeitung* (d. h. Entwicklung und Systematisierung) der gesetzgeberischen Zielvorstellungen selbst Kriminalpolitik im Gewande der Dogmatik». Alusiones al carácter creador de la obtención del Derecho se hallan ya en R. FISCHER, *Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung*, 1971, p. 5: «*schöpferische Rechtsfindung*». Tal denominación —referida a la dogmática— ha hecho fortuna en España a partir de su uso por MIR PUIG.

7. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, III, N.^o marg. 24: El desarrollo, respecto al modelo neokantiano, vendría representado por la sustitución de la vaga referencia de aquél a valores culturales por un criterio específicamente jurídico-penal de sistematización: «die kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre».

8. SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (introd., trad. y notas de Silva Sánchez), Madrid, 1991, pp. 31 y ss., p. 64. También MOCCIA, en ROXIN, *Política criminal e sistema del Diritto penale* (trad. S. Moccia), Nápoles, 1986. Presentación, pp. 8, 11, 16, quien incluso se remonta a autores del S. XIX.

9. Así, por ejemplo, DREHER, Recensión a la obra de C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1970, *GA*, 1971, pp. 217 y ss., 218, donde afirma que la Política criminal ha estado siempre presente en las consideraciones dogmáticas; así, por ejemplo, en el método de interpretación teleológica orientada al bien jurídico.

ese *modus operandi* se ha dado siempre, es porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal: en concreto, la de hacer posible la convivencia pacífica en sociedad.¹⁰

2. Ahora bien, lo anterior pone de relieve que cualquier profundización en la propuesta de ROXIN debe conducir a dilucidar qué quiere decir *Política criminal*, cómo se accede a sus principios y cómo se orienta el sistema a los mismos. En efecto, el campo semántico de tal expresión admite concreciones en diverso sentido, tan diferentes entre sí que casi carece de sentido su agrupamiento bajo una denominación única. Comúnmente, la orientación político-criminal se ha asociado al *consecuencialismo*, identificándose con una orientación del sistema del Derecho penal a las consecuencias empíricas de su aplicación (*Folgenorientierung*). De hecho, en la obra de ROXIN se dan apuntes en este sentido al indicarse que la construcción del delito debe orientarse a los fines (sociales) de la pena (de prevención general y de prevención especial).¹¹

A este consecuencialismo, que adoptaría como punto de partida una racionalidad exclusivamente instrumental es al que, en Alemania, se alude con el sustantivo *Zweckrationalität* y el adjetivo *zweckrational*, habiéndose traducido entre nosotros con expresiones como «racionalmente final», «teleológico-racional», u otras próximas. Dejando aparte otros problemas de traducción,¹² ya en este punto, sin embargo, convendría indicar que, en alemán, el término *zweckrational* tiene un sentido añadido (como se expresa en la obra de Max WEBER), que podría traducirse (y ha sido traducido) como «racionalidad instrumental deliberada». En particular, porque con la adopción de tal género de racionalidad se excluiría otra forma de teleología: la que entendería —volviendo ahora a nuestro objeto de interés— que el Derecho penal no sólo tiene fines instrumentales de control, sino que asume también como fin propio la realización de determinados valores (y que comprendería lo que en alemán se denomina *Wertrationalität* —racionalidad valorativa—).

10. MOCCIA, *Il Diritto penale tra essere e valore*, Nápoles, 1992, p. 21: «... il diritto penale nasce proprio da esigenze di politica criminale: consentire una pacifica coesistenza tra i consociati. Pertanto, alla politica criminale, ed in particolare alla teoria della pena, non poteva essere negato un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione delle norme...».

11. Cfr. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, III, N.^o marg. 24: donde sostiene la orientación a «die kriminalpolitischen Grundlagen der modernen Strafzwecklehre». Asimismo puede hallarse en su obra, a propósito de su modelo de construcción del sistema, la expresión de que «ein solches System ist also im hohen Maße folgenorientiert» (§ 7, V, N.^o marg. 81).

12. La traducción más extendida en España es reiterativa. En efecto, el término alemán *Zweck* debe traducirse como fin (*telos*, en griego), aunque es cierto que como un tipo muy singular de fin (fin instrumental). Por otro lado, el contenido de «rational» lo integra perfectamente la expresión «-lógico», en su etimología griega (de «logos»). Así pues, *zweckrational* no significa más que teleológico, aunque es cierto que la expresión tiene, en alemán, un claro sesgo relativo a un cierto tipo de teleología, concretamente la instrumental, como se indica en el texto.

Ahora bien, resulta bastante claro que *ningún autor de los que han influido en la construcción moderna de la teoría del delito pretende ignorar el significado de los valores en la teleología del Derecho penal*. Del mismo modo, nadie pretende dejar de lado el *Zweckdenken*. El *modelo teleológico* resultante comprendería, pues, aspectos instrumentales y otros «valorativos».¹³

3. Si esto me parece acogido de modo general, la discrepancia que surge en el seno de los sistemas teleológicos ha de situarse en otros puntos. A mi juicio, éstos son dos: por un lado, el relativo al modo de aproximación a los valores que, junto con las consecuencias empíricas, definen el *telos* del sistema; por el otro, el criterio de articulación de la realización de tales valores y de la obtención de las consecuencias empíricas. A tales valores cabe aproximarse, por una parte, desde perspectivas *principalistas*. Pero esta perspectiva *principalista*, a la que se alude ahora con la expresión *alteeuropäisches Prinzipiendendenken*, se concreta en Derecho penal en la acogida del desarrollo del ius-naturalismo racionalista por la Ilustración.¹⁴ Subrayarlo es importante por dos motivos. En primer lugar porque queda claro —como se indicó más arriba— que tal *principalismo* no excluye una co-fundamentación instrumental del Derecho penal (pues esto era lo propio del utilitarismo ilustrado).¹⁵ Y, en segundo lugar, porque este *principalismo*, cuyo signo fundamental es el *individualismo*, se está debilitando como tal «razonamiento de principios» en algunas de sus modernas reconstrucciones hasta el punto de constituir una pura referencia procedural.

4. En cualquier caso, si los valores se aprehenden desde perspectivas *principalistas*, parece claro que surgirá una tensión entre la realización de los mismos y la obtención de las consecuencias instrumentales. Se trata, en suma, del conflicto que cabe hallar en cualquier intento de conjugar *principalismo* y *consecuencialismo*.¹⁶ La resolución de tal conflicto ha situado al Derecho penal en un contexto de progresiva restricción. El que, a partir de ahí, se llegue al *minimalismo* no deja de ser una derivación relativamente natural de la

13. No en vano —entiendo— cuando ROXIN tiene que referirse a su propio sistema, prescinde de los términos *funktional* o *zweckrational*, en cuyo marco general se había situado previamente, para hablar de los «*Grundlagen eines teleologisch-kriminalpolitischen Systementwurfs*»: ROXIN, *AT*, I, 2.ª ed., § 7, V, N.º marg. 50.

14. Pone de relieve con razón el estrecho vínculo entre el Derecho natural racionalista y la Ilustración, con crítica a la visión de Hassemer, SCHÜNEMANN, «*Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*», *GA*, 1995, pp. 201 y ss., 204.

15. Frente a lo que sucedía en el puro *Prinzipiendendenken*, de base religiosa. Lo subraya SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 218, para indicar el elemento funcionalista que sigue teniendo el *alteeuropäisches Prinzipiendendenken*.

16. El producto es, según SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 218, un «*individualistisch beschränkte(s) Funktionalismus*».

fuerza crítica de los principios de garantía.¹⁷ En todo caso, una pretendida orientación de los valores a los principios *individualistas* de la Ilustración y una concepción *minimalista* del Derecho penal coinciden en nuestro ámbito en algunos de los más significados representantes de la escuela de Frankfurt.

5. Pero, por otra parte, a tales valores cabe aproximarse desde otras perspectivas: por ejemplo, las *funcionalistas*. Según esto, los valores acogidos surgirían como producto de la propia lógica de autoconservación del sistema y el concreto contenido que se les atribuyera sería el derivado de esa lógica.¹⁸ Pero entonces también parece claro que difícilmente cabría hallar en tales «valores» un enfrentamiento con la perspectiva estrictamente consecuencialista; más bien resulta que ésta los va integrando en la medida en que ello responde a la constitución o autocomprensión de la sociedad. Todo indica que una aproximación funcionalista a los valores de referencia nos mantiene, pues, en el ámbito del consecuencialismo. Pues la *Wertrationalität* aparece como función de la *Zweckrationalität* consistente en el mantenimiento del sistema social del que se trate. Pese a todo, sería errado, sin embargo, asociar la funcionalización *per se* a una instrumentalización o anulación del individuo, o, mucho más, a un modelo reaccionario¹⁹ e incluso totalitario.

6. La pregunta es si acaso desde las perspectivas del pensamiento de la Ilustración (o de sus reconstrucciones modernas, discursivas o consensualistas) es posible llegar a conclusiones muy dispares de las propias del funcionalismo en cuanto a la atribución de contenido a los valores. En efecto, rechazada —incluso desde el *principialismo* moderno— una *ontología de los valores*, la divergencia entre la perspectiva funcionalista y la principialista radica en que la primera trata de sostener una *lógica (objetiva) funcionalista de los valores*, en la que éstos tienen su fundamento y proyección en una contribución al mantenimiento del sistema. En cambio, la segunda los fundamenta a partir de la comunicación de los individuos que integran el sistema:

17. LÜDERSSEN, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW*, 107 (1995), pp. 877 y ss., 878.

18. JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW*, 107 (1995), pp. 843 y ss., 853: «Nur auf diese Selbsterhaltungskraft kommt es an». Luego esta propuesta metodológica parte de una premisa normativa: que las sociedades han de organizarse funcionalmente (y que éste ha de ser el principio inspirador de su dinámica) —lo que no siempre sucede—. Si esto tiene lugar, está claro el papel del Derecho penal. El problema surge cuando se trata de definir el papel del Derecho penal en sociedades estructuradas de modo disfuncional.

19. Como indica JAKOBS, *ZStW*, 107 (1995), p. 853: «... die funktionale Sicht ist auf kein bestimmtes Modell festgelegt. Es gibt *funktional organisierte liberale Gesellschaften*, und *dysfunktional organisierte kollektivistische Gesellschaften* zerbrechen...». «Wer nur weiß, daß eine Gesellschaft *funktional organisiert* ist, weiß nichts über ihre konkrete Gestalt, also nichts über die Inhalte der anschlußfähigen Kommunikationen» (la cursiva es mía). De todos modos, SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 203, le imputa a este modelo una «Kapitulation vor der gerade in Gesetzgebung oder Rechtsprechung herrschenden politischen Praxis».

el producto es una *lógica intersubjetiva de los valores*. Constituyen, sin duda, dos modelos de racionalidad directamente contrapuestos.²⁰ Ahora bien, sentada la disparidad metodológica,²¹ se trata de determinar si las derivaciones de uno y otro enfoque también son diversas. Desde luego, podrían no serlo: de hecho, en una sociedad democrática la «constitución de la sociedad», punto de partida de posturas como la de JAKOBS, debería responder al «consenso de los individuos» que la integran.²² Sin embargo, es lo cierto que se está llegando a conclusiones distintas (y opuestas). Así, por poner un único ejemplo, a propósito del *concepto personal* de bien jurídico, sostenido por unos²³ y criticado por los otros,²⁴ cuestión de importantísima trascendencia práctica en el Derecho penal moderno.

7. Procede, pues, determinar el lugar de la propuesta de ROXIN en el marco de esta discusión. De entrada, resulta sencillo, desde luego, alejar a este autor, como antes anticipábamos, de la pura «racionalidad instrumental». En efecto, cuando ROXIN trata lo que denomina «bases de un proyecto sistemático teleológico-políticocriminal», acomete su exposición aludiendo a la concepción de un sistema orientado a valores.²⁵ Su modelo no se define, pues, en

20. Lo expresa con claridad LÜDERSSEN, *ZStW*, 107 (1995), p. 883: en JAKOBS, «die Option für Sinn und personale Kommunikation ist geknüpft an den rollenorientierten Begriff des Subjekts, und daraus ergibt sich dann eine bestimmte „Identität der Gesellschaft“. Sie ist durch und durch normativ, und das Subjekt ist sekundär; por el contrario, para LÜDERSSEN, «Erfahrbarkeit und miteinander streitende Subjekte machen die moderne Gesellschaft aus».

21. Muy claramente por la diferencia LÜDERSSEN, *ZStW*, 107 (1995), p. 891: «Es kann also keine Rede davon sein, da nach Jakobs' Konzept die Aufgabe des Strafrechts ganz abgekoppelt von den Interessen der einzelnen in einer Gesellschaft oder einem in Staat lebenden Menschen zu begreifen ist. Vielmehr geht es nur um den Grad der Verallgemeinerung des Schutzes dieser einzelnen».

22. Cfr. JAKOBS, *ZStW*, 107 (1995), pp. 849-850. Al responder a la crítica de que, en el marco del funcionalismo, se trata sólo de estabilizar la sociedad y ni se plantea la cuestión del sujeto libre, señala que no es así, sino que el sujeto tiene el protagonismo que establece la autocomprensión de la sociedad. «Es ist (scil. *el sujeto*) in dem Maß präsent, in dem es kommunikativ vermittelt wird, also die Selbstbeschreibung der Gesellschaft bestimmt. Kommt eine solche Vermittlung nicht vor, dann ist freilich mit ihm zu Ende; aber es kann auch zentraler Gegenstand der Kommunikation werden, und dann beherrscht es alles andere. Der Ansatz verdrängt also insoweit nichts, sondern verhält sich neutral». A la crítica subsiguiente sobre lo insatisfactorio de un sujeto libre que aparece en escena por «gracia» de la sociedad, que es fundamentado derivativamente (en lugar de constituir principio y fin, contenido esencial, para el Derecho penal), contesta que «Subjektivität entsteht gesellschaftlich vermittelt», esto es, que «Ohne funktionierende Gesellschaft fehlt es an den empirischen Bedingungen von Subjektivität».

23. Al que se refiere LÜDERSSEN, *ZStW*, 107 (1995), p. 899, citando a HASSEMER, y señalando que «sieht Güter der Gesellschaft und des Staates zu Gütern des Individuum in einer Ableitungsbeziehung: erkennt Interessen der Allgemeinheit als berechtigte nur an, insoweit sie personalen Interessen dienen».

24. Radicalmente, SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, pp. 205 y ss. Otro punto de radical confrontación es el constituido por los delitos de peligro abstracto (pp. 210 y ss.).

25. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, V, N.^o marg. 51: «Debe partirse de la tesis de que un sistema moderno del Derecho penal debe estar estructurado teleológicamente, esto es, asentarse sobre *determinaciones valorativas de fines*. Pues si la solución sistemáticamente correcta aparece como resultado de una *valoración pre establecida*, se garantiza de antemano la sintonía entre consecuencia sistemática y pretendida corrección material, cuya ausencia ha traído consigo tantas dificultades» (la cursiva es mía).

terminos exclusivamente consecuencialistas de prevención eficaz del delito (criterios de una Política criminal *empírica*), sino que en su concepto nos hallamos ante una Política criminal *valorativa*, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal.²⁶ Una posible dificultad aparece, sin embargo, cuando se trata de determinar si el método de atribución de contenido a los valores de garantía por parte de ROXIN se aproxima al propio del funcionalismo o, por el contrario, se vincula a un cierto «principalismo».

8. De entrada, no ofrece duda que «el punto de partida debe estar formado por las decisiones político-criminales básicas, que sirven de base al Derecho penal vigente y que están explicitadas puntual y parcialmente en el conjunto de las normas jurídico-positivas».²⁷ Más allá: debe tratarse de tomar como criterio decisorio los principios que *pueden derivarse* del ordenamiento jurídico y en absoluto las personales representaciones valorativas del intérprete;²⁸ aunque se reconozca que hay aspectos en los que se dispone de una amplia libertad.²⁹ Sin embargo, ello raya lo autoevidente —y, por ello, también se comparte sin duda por las otras dos líneas de pensamiento en cuestión—. Las discrepancias se producen cuando, a partir de ahí, deben abordarse problemas con base legal más o menos definida y significativa trascendencia dogmática, tanto en lo relativo a la teoría del delito como en lo que se refiere a la Parte Especial: imputación objetiva, imputación subjetiva, culpabilidad, peligro para el bien jurídico, etcétera. Al respecto, es cierto que, tan pronto como surge la discusión en torno al modelo metodológico de JAKOBS, la pretensión de ROXIN (y también de SCHÜNEMANN) ha sido marcar distancias con respecto al mismo. Ello, sin embargo, sin excluir una comunidad de puntos de partida en cuanto a la funcionalización en clave preventiva de la mayor parte de las cuestiones. La divergencia, pues, más que en el hecho en sí de la funcionalización, aparece cuando se trata de plantear los límites de la misma.³⁰ Tal propuesta limitadora (frente al «*monismo normativista*» de JAKOBS se ofrece un modelo que se denomina *dualista*) no ha venido dada tanto por una adhesión a los elementos del *alteeuropäisches Prinzipiendenken* en la determinación de los contrapuntos valorativos de la funcionalización, cuanto por el reconocimiento de límites externos de base ontológica a la elab-

26. Cfr. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, V, N.^o marg. 68: «... el principio *nullum crimen sine lege* no tiene menos naturaleza de postulado político-criminal que el mandato de combatir eficazmente el delito». «... la limitación jurídica de la violencia punitiva es también en sí misma una importante meta de la Política criminal del Estado de Derecho».

27. SCHÜNEMANN, «La Política criminal y el sistema de Derecho penal» (trad. Martínez Escamilla), *ADPCP*, 1991, pp. 693 y ss., 704.

28. ROXIN, *AT*, I, § 7, V, N.^o marg. 71.

29. ROXIN, *AT*, I, § 7, V, N.^o marg. 72.

30. Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 221.

boración funcionalista. La base de la discrepancia se hallaría, pues, sobre todo en el alcance de la normativización (esto es, de la elaboración estrictamente jurídica de los conceptos). Para JAKOBS, el jurista carece de límites en la elaboración de las reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la «constitución» o la «autocomprepción» del respectivo modelo social.

Hay que suponer que JAKOBS acepte, sin embargo, al menos, un límite ontológico: a saber, el que viene dado por el fenómeno (ciertamente correspondiente a la ontología) de la *circularidad hermenéutica* de los procesos de conocimiento humanos (y, por añadidura, científicos). Esto es, en otras palabras, el que se manifiesta en la fuerza de las *precomprensiones* del científico social (y no sólo del social) cuando éste procede a formular enunciados sobre la realidad.³¹ Ello implicaría que cuando JAKOBS (en su reivindicada condición de «mensajero» de la autocomprepción de una determinada sociedad) formula una determinada regla de imputación se encuentra en ello también *subjetivamente* condicionado por sus propios prejuicios acerca de aquella autocomprepción social. Por tanto, contra lo que quizás pueda desprenderse de alguno de sus textos, su teoría de la imputación no sería capaz de expresar una *fenomenología*³² objetiva y pura de la constitución (autocomprepción) de una sociedad dada, sino que se vería indefectiblemente lastrada por el subjetivismo epistemológico que a todos nos condiciona.³³

Para ROXIN —y también para SCHÜNEMANN— tal construcción normativista³⁴ encuentra, por el contrario, límites externos en la materia previamente dada.³⁵ Expresando lo anterior de otro modo, puede señalarse que la postura

31. Así, como ha afirmado Francisco BALDÓ con vehemencia (en las reuniones del seminario de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), resultaría que JAKOBS no extrae las reglas de imputación de una constitución social dada «tout court», sino de *su visión* acerca de la constitución social de una sociedad dada.

32. Obsérvese la resonancia welzeliana del término.

33. En esta medida, frente a la (probable) pretensión de JAKOBS de formular una teoría de la imputación únicamente vinculada por el relativismo histórico derivado de la «constitución social» propia de cada modelo de sociedad, habría que afirmar el ineludible condicionamiento de tal teoría —al menos, desde luego, en lo que hace a nuestro propio modelo social— por las *precomprensiones* del científico, que aún en sí los roles de «sujeto» y «objeto».

34. Que, además, probablemente por las raíces neokantianas (¡y no welzelianas!) de ROXIN, se manifiesta en éste de un modo de entrada más relativista (subjetivista-individualista) que lo que sucede en JAKOBS con la apelación a la vinculación objetiva de la «constitución social» (sólo históricamente relativa).

35. SCHÜNEMANN, *ADPCP*, 1991, p. 707. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, III, N.^o marg. 27, donde señala, respecto a la concepción de la culpabilidad de JAKOBS: «Die umstrittenste inhaltliche Besonderheit seiner Verbrechenslehre besteht darin, daß er die Schuld in Übereinstimmung mit seiner Strafzwecktheorie gänzlich im Begriff der Generalprävention aufgehen läßt, also nicht als etwas objektiv Gegebenes ansieht, sondern sie nach dem Maßstab dessen, was er zur "Einübung in Rechtstreue" erforderlich ist, ohne Rücksicht auf die Fähigkeiten des Täters einfach "zuschreibt"» (la cursiva es mía).

asumida por ROXIN en la normativización (reconstrucción de las categorías en clave político-criminal) halla un límite adicional en la renuncia a la doble funcionalización practicada por JAKOBS. En JAKOBS, ciertamente, las categorías del sistema aparecen, en primer lugar, funcionalizadas desde la perspectiva de los fines del Derecho penal; y éstos, a su vez, aparecen monopolizados por una prevención de integración, entendida en clave estrictamente *funcional-sistémica*. Una observación del planteamiento de ROXIN arroja coincidencias claras en la primera fase; sin embargo, cabe rechazar que llegue a los mismos extremos en la segunda, dada la admisión de límites externos a tal prevención.³⁶ Ello permitiría concluir que los valores político-criminales no se conciben estrictamente en clave exclusivamente funcional, aunque desde luego tampoco puedan restringirse, en absoluto, al monismo individualista de los autores de Frankfurt.³⁷

9. En definitiva, pues, el modelo político-criminal de ROXIN³⁸ no es *minimalista* ni en cuanto a los criterios de lesividad ni en cuanto a los criterios de imputación: además de por lo ya señalado, en esa medida no podría apreciarse su adhesión a ese supuesto «clásico pensamiento de principios europeo». Pero tampoco puede situársele en un funcionalismo en la línea de JAKOBS, en el que lo decisivo sea la constitución social, de modo que se entienda que ésta preside en exclusiva los criterios de imputación. Quizá también por eso estime SCHÜNEMANN que la contraposición de la *Strafrechtehrertagung* de 1995 en Rostock entre *Funktionalismus* y *alteuropäisches Prinzipiendenken* tiene más valor retórico que semántico, lógico y, en definitiva, teórico.³⁹

III. LOS LÍMITES «ONTOLÓGICOS»

1. Lo anterior ha dejado ya planteada la difícil cuestión de cuáles pueden ser (y cómo habrán de operar) los límites de la construcción normativista del sistema, en general y, en lo que aquí interesa, en el planteamiento de ROXIN.⁴⁰

36. Cfr., por lo demás, sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 67 y ss.

37. Basta con leer su exposición y crítica de las recientes posturas sobre el «Derecho penal del riesgo», «Derecho penal de la puesta en peligro», así como sobre la teoría del bien jurídico de los integrantes de la Escuela de Frankfurt, ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 2, VII, N.^o marg. 23-23 e. También las propias de SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, pp. 203 y ss.

38. Sobre él, caracterizándolo en última instancia como «liberal» y «social» a la vez, ROXIN, «Acerca del desarrollo reciente de la Política criminal» (trad. Díaz y García Conilledo/Pérez Manzano), *CPC*, 1992, pp. 795 y ss., 810.

39. SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, pp. 217, 218.

40. DREHER, *GA*, 1971, p. 218, afirmaba, en pretendida oposición a ROXIN, que hay cuestiones en la dogmática que no deben resolverse desde la política criminal, sino desde las estructuras lógico-objetivas; a este respecto, proponía como ejemplos los casos del concepto de dolo e imprudencia.

Respecto a la existencia de límites en la construcción jurídica debe señalarse, de entrada, que pocos problemas suscita la admisión de aquellos que tienen naturaleza inmanente o que responden a razones de coherencia. Pero con tal aceptación no se abandona el espacio del relativismo o, por expresarlo de otro modo, de una evidente «neutralidad». Ello puede percibirse con claridad en JAKOBSS y en la idea «rectora» de la respectiva constitución social.⁴¹ Esta rige (y limita) el modo de construcción del sistema de imputación.⁴² Pero lo hace de modo distinto en las sociedades medievales, totalitarias o modernas occidentales, etcétera. Y no hay modo de seleccionar, de entre ellas, y en términos dogmáticos (funcionalistas) un modelo preferible.⁴³ De manera que, junto a este primer límite, que podríamos caracterizar como cultural (*Zeitgeist*) y que muestra un relativismo espacial y temporal,⁴⁴ se trata de considerar la posibilidad de límites más intensos y más permanentes. En primer lugar vienen a nuestra consideración los límites derivados de las reglas del lenguaje (aunque éste se halla muy vinculado con la idea de cultura y de lo que cabría denominar «reconstrucción social de la realidad») y de la lógica formal. Y, en segundo lugar, los derivados de los conocimientos empíricos aportados por las ciencias sociales y naturales^{45, 46}

2. Con todo, cuando se trata de los límites a la construcción normativa se piensa ante todo en la existencia de una realidad permanente (y previamente dada) que pueda oponerse a una pretendida imputación desde perspectivas funcionales (o político-criminales). Según ello, la elaboración de reglas de imputa-

41. Cfr., con todo, las matizaciones efectuadas *supra* sobre esta cuestión.

42. Cfr. JAKOBSS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. de Cancio Meliá y estudio preliminar de Suárez/Cancio), Madrid, 1996, *passim*, por ejemplo, pp. 93, 94.

43. Cabe imaginar que sí desde la perspectiva de la filosofía moral y política.

44. Así, una de las líneas de pensamiento de RADBRUCH, *“Der Relativismus in der Rechtsphilosophie (1934), en Der Mensch im Recht. Ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundlagen des Rechts”*. Gotinga, 1957, pp. 80 y ss. Este autor enfrenta el iusnaturalismo, como corriente que parte del principio metódico de que «existe una idea clara, susceptible de ser conocida y probada, acerca del Derecho justo», con el relativismo (p. 80). Este último parte de la tesis de que toda concepción de contenido acerca del Derecho justo sólo tiene vigencia en el marco de «una determinada situación de la sociedad y de un determinado sistema de valores» (p. 81). Sólo desde una perspectiva relativista puede acogerse la fuerza vinculante del Derecho positivo (p. 82). Desde dicha perspectiva pretende, por lo demás, fundar la acogida de algunas de las exigencias del Derecho natural clásico (derechos humanos, Estado de derecho, división de poderes, soberanía popular, libertad e igualdad) (p. 87).

45. En ocasiones, es discutible si se está tomando como referencia un saber empírico propio de las ciencias naturales o de las sociales, o una valoración del mismo (obviamente el riesgo de hacer pasar lo segundo por lo primero es más intenso en el caso de las ciencias sociales). Cfr. sobre los límites que conllevaría la «biología cognitiva», KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991; sobre los que habrían de sentar la criminología y la psiquiatría forense, por ejemplo, PRITTWITZ, «*Dolus eventualis und Affekt*», *GA*, 1994, pp. 454 y ss.

46. De ahí todas las reservas que esto suscita. Cfr. PUPPE, «*Naturalismus und Normativismus in der modernen Strafrechtsdogmatik*», *GA*, 1994, pp. 297 y ss., sobre la relación entre lo descriptivo y lo normativo, el carácter incompleto y disponible de todas las descripciones, la necesidad de fundamentar normativamente el recurso a elementos descriptivos en los conceptos normativos y, en fin, sobre la necesidad de investigar las estructuras lógicas subyacentes (316-317)

tación social de responsabilidad encontraría barreras infranqueables en la constitución de la materia (por ejemplo, en la naturaleza del sujeto individual al que se pretende referir la imputación). ROXIN asume hoy explícitamente este planteamiento,⁴⁷ enlazando directamente con el sentido de su —ya clásica— contribución al *Libro en memoria de Radbruch*.⁴⁸ Ahí, tras exponer —probablemente por primera vez— cuáles son las perspectivas normativas que han de presidir la construcción del sistema de la teoría del delito, subraya que tales baremos normativos deben desarrollarse orientados a la materia, pues la naturaleza de las cosas exige soluciones «adecuadas a la materia» (*Rechtsstoff*).⁴⁹

3. A propósito de lo anterior, sin embargo, y sin poder abordar aquí el tema con mayor profundidad, cabe afirmar lo siguiente. En primer lugar, que es innegable que la elaboración jurídica no puede contradecir las estructuras del *ser* (ni las del *deber ser*). De la «materia», o de la naturaleza de las cosas, podrían obtenerse, pues, elementos de limitación de la construcción jurídica. Sin embargo, para que la estructura del *ser* pueda desempeñar su función limitadora, es preciso acceder a ella. Y nuestro acceso nunca es objetivo, sino subjetivo y parcial.⁵⁰

47. ROXIN, *AT*, I, 2.^a ed., § 7, V, N.^o marg. 83, cuando señala que es imposible que el sistema teleológico que propugna construya sus soluciones sin consideración a los datos materiales. En concreto afirma que «Si bien una “lógica de la materia” o una “naturaleza de las cosas” no pueden proporcionar baremo jurídico valorativo alguno, no obstante el resultado concreto no se deriva nunca de los puntos de vista normativos rectores como tales, sino siempre tras su aplicación a las especialidades de estados de cosas divergentes entre sí». Últimamente, también SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, p. 203, ha reiterado su opción por un modelo de razonamiento dualista que integre razón práctica (*praktische Vernunft*) y lógica objetiva (*Sachlogik*), «die das Strafrecht der postmodernen Gesellschaft weder reaktionär noch beliebig, sondern in einer wahrhaft adäquaten Weise aus seinen Zwecken und den ihnen entsprechenden Strukturen der dem Strafrecht vorgegebenen Wirklichkeit zu begründen vermögen». La idea ya se encuentra en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Gotinga, 1971, pp. 36 y ss.

48. ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Gotinga, 1968, pp. 260-267. El trabajo (pp. 260, 261) se inicia mostrando cómo RADBRUCH, integrado en la corriente filosófica neokantiana de la escuela sudoccidental, sin embargo, en su trabajo «Rechtsidee und Rechtsstoff» (1923/24) se muestra atraído por la noción de la *Stoffbestimmtheit der Idee*, que contradice los principios relativistas del neokantismo. Así, el propio RADBRUCH propone una relación de intercambio, dialéctica, entre *Sein* y *Sollen*, *Stoff* y *Form*.

49. Añadiendo, de forma muy significativa (*GS f. Radbruch*, p. 265) que «dabei bedarf es kaum der Befbung, daß auch der “Rechtsstoff” nicht im Sinne einer wertfreien Faktizität, sondern als eine von Sinnbezügen durchformte Gegebenheit zu verstehen ist». Lo que es poco menos que una profesión de fe ontológico.

50. Respecto al tema probablemente más importante de cualquier pretendida vinculación ontológica de la construcción jurídica: la *esencia del hombre*, se ha señalado la imposibilidad de conocerla racionalmente, subrayando que hemos de conformarnos con una «imagen» del mismo (*Menschenbild*) que no es permanente, sino necesariamente histórica, dependiente del medio y del tiempo. Así las cosas, no cabría sino tratar de encontrar cuál es la imagen de hombre propia de nuestra cultura, de nuestro mundo, de nuestro ordenamiento, pero la debida y no la efectivamente vivida. El objetivo sería hallar una propuesta generalizable: *intersubjektives Menschenbild*. Así, KAUFMANN, Arth., «Das Menschenbild im Recht. Rechtsphilosophische Aspekte», *Festschrift für H. Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, 1993, pp. 415-424, 415. Similar, generalizando, en cuanto a la realidad en sí y la obtención de una imagen de la misma, KAUFMANN, Arth., «Die strafrechtlichen Aussagetheorien auf dem Prüfstand der philosophischen Wahrheitstheorien», en *FS. f. Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, pp. 119 y ss., 121.

De modo que ciertamente podría atribuirse valor limitador a la realidad, pero no como «*realidad en sí*», que resulta inaccesible, sino como «*realidad representada*». Ahora bien, no tenemos ninguna garantía de que esa representación de la realidad, con la que pretendíramos limitar los juicios sociales de imputación, no esté contaminada precisamente por nuestra propia percepción acerca de las necesidades de imputación.⁵¹ Al contrario, es más que probable que se produzca aquí un fenómeno de circularidad: 1) El juicio social de imputación se basa en una determinada concepción sobre cómo distribuir las cargas entre individuos (o entre individuo, sociedad y Estado) en el modelo social correspondiente; 2) tal juicio se pretende limitar por la configuración de la realidad; 3) pero la realidad sólo nos es accesible como representación subjetiva (más o menos intersubjetivizada en función del consenso alcanzado); 4) no se puede descartar que en esa representación acerca de cómo *es* la realidad se interfiera un juicio (normativo) acerca de cómo dicha realidad *debería ser* para posibilitar una imputación que se estima necesaria en atención al propio (o general) criterio sobre cómo distribuir las antes aludidas «cargas». Por todo ello, tampoco tenemos ninguna garantía acerca de que la consecución de un cierto nivel de intersubjetividad en esa representación de la realidad no aparezca entrelazada con un consenso sobre las necesidades sociales de imputación. Ese consenso, a su vez, podría ser variable históricamente y no resultar demasiado distinto de lo que en JAKOBS se define como «constitución social». Con lo que de nuevo nos encontraríamos inmersos en un ámbito de relatividad espacio-temporal mayor o menor.⁵²

4. Reinterpretar la *vinculación de las estructuras del ser* en clave de *vinculación por el consenso en la representación de las mismas* nos conduciría, así, a un ontocentrismo débil, que probablemente no se diferencia demasiado del normativismo relativista. De ahí que deba irse más allá, pues no deja de haber buenas razones para entender que existen todavía espacios indisponibles. En otras palabras, que no todo está abierto al consenso y al disenso. Frente a quienes se detienen en teorías consensualistas/procedimentales de lo verdadero o lo justo, parecen plausibles dos afirmaciones: Por un lado, que hay algo que es «la verdad» (empírica) (*adaequatio intellectus et rei*)⁵³ o «lo

51. Más general, GÖSSEL, «Versuch über Sein und Sollen im Strafrecht», en: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 317 y ss., 319: «unser Erkenntnis (besteht) in Vorstellungen über die Welt, wenn dabei auch zunächst noch unentschieden bleibt, ob diese Vorstellungen Abbilder subjektunabhängiger Gegenstände eigener Realität und Struktur darstellen oder aber selbst die wahrnehmbare Welt erzeugen oder ausmachen».

52. Aludiendo al hecho de que el consenso no puede proporcionar una fundamentación última a la verdad, KAUFMANN, Arth., *FS f. Schüler-Springorum*, pp. 420-421. También, *El mismo*, *FS. f. Baumann*, p. 126.

53. Sobre lo irrenunciable —aunque añade que también es insuficiente— de la teoría de la correspondencia, KAUFMANN, Arth., *FS f. Baumann*, p. 128.

correcto» (normativo)⁵⁴ con independencia de la constatación de nuestra limitación epistemológica para acceder a ese algo.⁵⁵ Por otro lado, que los procedimientos discursivos no dejan de ser medios, ciertamente imperfectos pero quizás irrenunciables,⁵⁶ para avanzar en tal sentido. Abonando lo anterior, conviene subrayar que hay realidades empíricas ancladas de modo permanente en el consenso intersubjetivo y (todavía)⁵⁷ no falsadas. Y, asimismo, que hay «realidades» normativas permanentemente instaladas en el consenso intersubjetivo, u otras que han alcanzado dicho consenso recientemente, respecto de las cuales tenemos la convicción de que un eventual disenso futuro carecería de capacidad de alterarlas en su *status* (así lo relativo a los derechos humanos, o al propio concepto-base de la dignidad humana).⁵⁸ Parece obvio que todo ello ha de ejercer una vinculación sobre el Derecho penal,⁵⁹ el cual, sin embargo, como se advierte, tiene un significativo espacio de «libertad» en su elaboración conceptual normativa.⁶⁰ Ahora bien, asimismo sobre la base de lo expuesto, también resulta claro que no siempre es fácil sentar las derivaciones concretas de tales enunciados «pertenecientes a la *realidad* empírica o normativa» y ponerlos en relación crítica con un determinado sistema de imputación. La discusión abierta de este extremo, junto con la explicitación de las *bases materiales de las reglas —normativas— de imputación* objetiva, subjetiva y personal, es, a mi juicio, el reto fundamental de la dogmática jurídico-penal moderna, que tanto debe a Claus ROXIN.

54. Sobre la posibilidad de una «verdad» en el ámbito de lo normativo, KAUFMANN, Arth., *FS f. Baumann*, pp. 123, 124, 127.

55. En un sentido similar, GÖSSEL, *FS f. Miyazawa*, pp. 321-323.

56. Sin entrar ahora en mayores detalles al respecto, no deja de ser cierto que los métodos discursivos, en situaciones de comunicación ideal, pueden ser útiles en la medida en que a través de ellos se haga intersubjetiva la aspiración que late en lo hondo de todas las personas de alcanzar la verdad y la justicia.

57. Obviamente, la verdad científica es siempre provisional: POPPER, *La lógica de la investigación científica* (trad. Sánchez de Zavala), Madrid, 1962, *passim*.

58. Lo cual no excluye ciertamente el disenso respecto a algunas de las implicaciones, por ejemplo del concepto de dignidad humana.

59. A este respecto, nunca ha dejado de sorprenderme que un autor estimado como uno de los más decididos valedores del ontologicismo en Derecho penal, Armin KAUFMANN, acogiera la vinculación de la *Sachlogik* sólo para las estructuras de la teoría del delito, mientras que el ámbito de la Parte Especial y de las penas estaría sujeto, a su juicio, a las valoraciones y los datos empíricos, con la inseguridad derivada del cambio social y de las peculiares necesidades resultantes. Ello es especialmente notable por cuanto, para él, el ámbito axiológico se halla abierto a la argumentación racional desde perspectivas de «plausibilidad», que no dejan de ser, en mayor o menor medida, relativistas. Resulta, en efecto, sorprendente, que la naturaleza de las cosas (y del hombre, en particular) vincule los conceptos jurídico-penales de acción, culpabilidad o autoría y, en cambio, careza de influencia sobre el significado jurídico (y el eventual merecimiento de protección penal, aunque eventualmente pueda faltar la necesidad de tal protección penal) de la vida humana u otros bienes esencialísimos. Sobre todo ello, KAUFMANN, Arm., «Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft», *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio, 1985, pp. 100-111, pp. 108, 109, 110, 111.

60. Reconociéndolo, pese a su postura de entrada antinormativista, GÖSSEL, *FS f. Miyazawa*, p. 330.

LAUDATIO

Santiago MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Barcelona

Magnífico y Excelentísimo Sr. Rector,

Constituye para mí un honor extraordinario el poder presentar al Prof. Claus ROXIN en este acto formal de investidura del mismo como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Barcelona. Se me ocurren, por lo menos, tres motivos para sentir un tal honor. En primer lugar, desde luego, la gran personalidad científica del Prof. ROXIN, que no es preciso poner de manifiesto, pero que intentaré glosar a continuación. En segundo lugar, la abundancia de discípulos y seguidores del profesor de Múnich en tantos países y particularmente en España, que me hace sentir como un privilegio ser entre todos ellos quien tome la palabra en esta ocasión. Y en tercer lugar, el hecho de que sea precisamente esta Universidad de Barcelona la que atiende a mis modestas palabras para acoger en su claustro de doctores al maestro universal, y no sólo porque sea esta universidad mi cuna y mi meca académicas, sino, claro está, porque es la universidad histórica de Cataluña y el símbolo más potente de su presente universitario. Hay muchas otras razones por las que, además de un alto honor, es una sincera satisfacción para mí intervenir en este acto. Pero el sentido del mismo me obliga a reprimir mis emociones y a tratar, aunque sea un vano empeño, de reflejar con cierta brevedad la magnitud de la aportación del Prof. ROXIN a la, tal vez mal llamada, ciencia del Derecho penal.

Quizá sea expresivo de la trascendencia de la obra del Prof. ROXIN el hecho de que no se limita a la ya ardua tarea —que también acomete— de enriquecer infinidad de puntos concretos de la doctrina penal, sino que replantea el sentido global de la misma. Un filósofo alemán ha escrito que un sistema de pensamiento digno de tal nombre ha de poder resumirse en una frase, como el célebre lema «todo lo real es racional y todo lo racional es real», que condensa toda la filosofía de HEGEL. Si hubiese que resumir en una idea el alcance más general del pensamiento de ROXIN, podría hacerse: podría decirse que ha hecho evidente la necesidad de entender de otro modo el cometido y

las relaciones recíprocas de la Política criminal y la Dogmática jurídico-penal. Si antes de ROXIN aparecían estas disciplinas como compartimientos separados y relacionados entre sí sólo de forma externa, desde ROXIN se ha impuesto su concepción como aspectos internamente vinculados: la Dogmática jurídico-penal, y en especial la parte más nuclear y característica de la misma, la teoría del delito, que se había construido a espaldas de la Política criminal, sin atender a sus exigencias, se reconoce hoy, gracias a ROXIN, como necesitada desde sus raíces de una sólida fundamentación político-criminal. Esta es la respuesta de ROXIN, y de toda una fase de la doctrina penal que él inauguró hace más de veinte años, a la búsqueda de una base firme la Dogmática jurídico-penal. Esta búsqueda ha caracterizado a las distintas fases de evolución de la doctrina penal, especialmente desde que el positivismo científico elevó el nivel de exigencia para el reconocimiento del carácter de ciencia. Hoy debe considerarse fracasado el intento de conseguir para la Dogmática jurídica el grado de rigor propio de las ciencias «duras», como las ciencias de la naturaleza o las matemáticas. Pero también se ha impuesto la convicción de que es conveniente esforzarse por dotar a nuestra actividad de la máxima consistencia posible, para lo cual es lógico buscar una sólida fundamentación a la elaboración teórica del Derecho penal. Ahora bien, esta búsqueda no encontró hasta ROXIN el rumbo correcto.

En efecto. El examen de la evolución histórico-dogmática del último siglo pone de manifiesto, por una parte, la incapacidad del método *naturalístico*, al estilo de VON LISZT, y del planteamiento *ontológico*, al modo de WELZEL, para proporcionar una base firme a la doctrina jurídico-penal; pero también pone de relieve, por otra parte, la conveniencia de limitar el *relativismo subjetivista*, típico del neokantismo, si no se quiere renunciar a fundar objetivamente el Derecho penal. Los últimos veinte años se caracterizan por buscar en la *Política criminal*, situada en el terreno de las *necesidades sociales*, un fundamento más flexible que la realidad empírica o la naturaleza de la cosa, pero dotado de mayor objetividad que la perspectiva de la racionalidad individual. Esta orientación encontró una primera formulación sistemática en la conferencia que ROXIN pronunció en 1970 sobre «Política criminal y sistema del Derecho penal»¹ y ha ido ganando adeptos tanto en Alemania como fuera de ella, y no sólo entre los discípulos de aquel autor. En España, por ejemplo, se tradujo tempranamente al castellano aquel librito del maestro alemán y es un lugar común desde los años setenta la necesidad de orientar político-criminalmente la Dogmática jurídico-penal.

1. Cfr., la traducción española publicada por Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, debida a MUÑOZ CONDE, con una introducción de éste.

Pero la Política criminal puede adoptar diversas orientaciones. La opción por una u otra política criminal no puede ser una decisión dotada de validez científica, ni siquiera en el sentido «débil» en que cabe utilizar este concepto en el ámbito de la teoría jurídica. Dicha opción es una elección política. ROXIN optó desde un principio por una política criminal al servicio de la limitación del *Ius puniendi* del Estado y de la protección del ciudadano. Prosigió, pues, la línea de progreso que iniciara BECCARIA doscientos años antes en el contexto de las aspiraciones ilustradas, pero que ha sufrido desde entonces los mismos retrocesos que la libertad en general y aún hoy sigue en parte necesitada de efectiva realización. Por fortuna, tanto ROXIN en Alemania, como los penalistas españoles aquí, han podido alegar en apoyo de una política criminal limitadora del poder estatal y protectora del individuo los principios básicos del ordenamiento jurídico que se encuentran en nuestras actuales Constituciones. Ambas, la alemana que siguió a la segunda Guerra Mundial y la española de 1978, restituyeron y mejoraron sistemas democráticos a partir del modelo del Estado social y democrático de Derecho. En nuestros países, como en la mayoría de los de nuestro ámbito de cultura, la opción político-criminal de ROXIN, aunque sin duda política, no es una pura decisión personal o de grupo, sino el reconocimiento de la decisión de la Constitución. Y, puesto que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico y ha de inspirar a todo éste, partir de la política criminal de la Constitución es partir de la política criminal que ha de orientar al Derecho vigente.

La propuesta fundamental de ROXIN de poner la Dogmática jurídico-penal al servicio de la Política criminal adquiere, entonces, una notable solidez. Al paso que reconoce la inevitable servidumbre política de la dogmática jurídico-penal, abre las puertas a la posibilidad de una fundamentación jurídico-constitucional de todo el conjunto. Permítaseme que manifieste en este punto, con toda modestia, no sólo la satisfacción de haberme esforzado personalmente en esta fundamentación constitucional, sino también la de poder comprobar que la misma se ha generalizado ampliamente en la doctrina penal española. Si me atrevo aquí a aludir a este sentimiento es únicamente porque con ello quiero aprovechar esta importante ocasión para hacer público reconocimiento de la deuda científica que, como tantos penalistas españoles, tengo con el magisterio de ROXIN.

No es aquí posible en modo alguno ni siquiera esbozar todas las demás aportaciones, muchas fundamentales y por lo demás ampliamente conocidas, de la obra de esta gran figura de la ciencia penal. Si tuviera que elegir alguna, mencionaría dos capitales para la teoría del delito y otra vinculada a la reforma del Derecho penal. El desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva y la delimitación del concepto de autor, dos puntos clave de la teoría

del delito, deben a ROXIN mucho más que a ningún otro autor. Es sabido que la extraordinaria difusión internacional de sus aportaciones en estos ámbitos ha llegado incluso hasta el punto de ser alegadas sus tesis sobre la autoría por los más altos tribunales de varios países. Por otra parte, también ha sido crucial la influencia del profesor de Múnich en la reforma del Derecho penal alemán, a través del ya legendario Proyecto Alternativo de Código penal y de otros proyectos alternativos que han seguido a aquél sobre aspectos particulares, el último de los cuales propone un ambicioso modelo de reparación a la víctima que tuvo ocasión de defender hace dos años en esta Universidad con su proverbial e insólita brillantez.

Pero no quiero alargar más mi intervención. Aunque podría seguir glosando muchos otros aspectos de gran trascendencia de la apenas abarcable producción científica de Claus ROXIN, no es poco lo que acabamos de decir de la misma: por una parte, que ha logrado que se imponga desde hace más de dos décadas un nuevo enfoque metodológico de la Dogmática jurídico-penal, con el cual él mismo ha iluminado con nueva y esclarecedora luz las cuestiones más importantes de nuestra disciplina, algunas de las cuales, como la imputación objetiva y la codelincuencia, han sido objeto, como consecuencia de ello, de una verdadera refundación; y, por otra parte, uniendo a ello una lucha comprometida por la mejora del Derecho penal de nuestros días.

Todos los penalistas aquí presentes sabemos todo esto desde hace tiempo: no en vano estamos ante el autor extranjero vivo que ha ejercido mayor influencia entre nosotros. No hace falta, pues, que yo siga hablando, sino para concluir esta *laudatio* con un sincero agradecimiento, que creo poder expresar en nombre de ésta mi Universidad y de todos los estudiosos del Derecho penal de España, a nuestro querido maestro y amigo de Múnich, por aceptar compartir con el máximo honor académico nuestro Claustro de doctores.

CONTESTACIÓN

Claus ROXIN

I

Este día es para mí un día de alegría y de satisfacción. Quiero expresar, de todo corazón, mi agradecimiento a la Universidad de Barcelona y, sobre todo al decano, mi apreciado colega el señor MIR PUIG por el gran honor de recibir el título de Doctor *Honoris Causa*. Soy consciente del extraordinario reconocimiento científico que significa para mí el hecho de que me haya proporcionado una distinción de este tipo una universidad, cuya historia se remonta a más de 500 años y que figura como universidad central, no sólo de Barcelona sino de toda Cataluña, representando una de las universidades más importantes de toda España. Un profesor que ha trabajado durante varios decenios por la ciencia, de manera autocrítica y con todas las dudas que acompañan tales esfuerzos, puede considerar justificada su existencia y mirar con orgullo hacia sí mismo y hacia el mundo, al menos mientras dure este día memorable. Se trata de una alegría como no la hay mayor para un científico.

La concesión del título de Doctor *Honoris Causa* por esta universidad significa para mí más que una distinción científica. Es al mismo tiempo un símbolo de la estrecha y fructuosa colaboración entre la ciencia del derecho penal alemana y la española, sobre todo entre Barcelona y Múnich. Barcelona es una ciudad que aprecio especialmente por su belleza y cultura y se ha convertido para mí casi en una segunda patria científica. Ya no puedo contar las veces que he estado en Barcelona, pero me acuerdo gratamente de haber celebrado conferencias y discusiones con muchas asociaciones científicas de su ciudad. Ya hace más de quince años, en marzo de 1979, participé en el *Seminario hispano-germánico sobre la reforma del Derecho Penal* en la Universidad Autónoma de Barcelona. Me había invitado el señor MIR PUIG quien, en aquel entonces enseñaba en la Universidad Autónoma y ahora en la Universidad Central, y que es responsable de este homenaje. Siento hacia él un profundo agradecimiento. Gracias a aquella visita hablé también en la Universidad Central, invitado por el señor profesor CÓRDOBA RODA, quien había estu-

diado, hace muchos años, con mi precursor, el profesor MAURACH. También con él mantengo una relación estrecha.

Mi siguiente estancia destacable en Barcelona tuvo lugar en el año 1989 cuando celebré, durante una semana, conferencias y seminarios en la Autónoma. Las conferencias han sido publicadas recientemente en lengua española con el título *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política criminal*. Mis anfitriones eran los colegas BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. Pero también me encontré durante aquella visita con todos los colegas de las demás universidades y recuerdo gratamente los intensos intercambios de opiniones científicas y personales en la bella villa antigua de la Autónoma en Sarriá y en los numerosos restaurantes maravillosos que representan una atracción especial de Barcelona.

Mi último viaje a Barcelona fue en el año 1992. En el mes de marzo pronuncié tres disertaciones en su ciudad: en el Colegio de Abogados, en la Universidad Pompeu Fabra, invitado por el señor Profesor SILVA SÁNCHEZ, y finalmente, en la Universidad Central, donde, otra vez, el señor profesor MIR PUIG dirigió el evento. Recuerdo ese día —era el 11 de marzo de 1992— con especial intensidad. Traté sobre la cuestión de cuál debería ser el significado de la reparación de agravios en el sistema de sanciones de un derecho penal moderno. Sobre el mismo tema disertaron también un colega de Madrid y un especialista en Derecho civil de Barcelona, el Profesor PANTALEÓN PRIETO, cuya intervención fue brillante, criticando mis exposiciones de una manera aguda y temperamental. Todo esto originó una discusión apasionada en la que no solamente intervinieron los profesores, sino todos los que estuvieron presentes y que se prolongó durante diez horas hasta finalizar a las ocho de la tarde. Pocas veces he vivido una jornada científica más interesante.

Menciono estos recuerdos de mis estancias en Barcelona con el fin de demostrar que para mí la distinción de que soy objeto hoy no representa solamente una alta distinción académica y el símbolo de una estrecha colaboración española-alemana en el ámbito del Derecho penal, sino que se trata de una tercera cosa, tan importante como las demás: el reconocimiento de la amistad científica y humana con los especialistas en Derecho penal de España y, sobre todo, de Barcelona. Naturalmente no sólo yo he viajado a Barcelona; también los colegas mencionados MIR PUIG, CÓRDOBA RODA, BUSTOS RAMÍREZ, SILVA SÁNCHEZ y muchos otros pronunciaron disertaciones en la Universidad de Múnich y pasaron estancias largas para estudiar en mi instituto. Las relaciones personales que surgieron de esta colaboración científica son los frutos más bellos de mi actividad como profesor.

II

Ustedes, distinguidos señores, querrán saber del nuevo Doctor *Honoris Causa*, cuál es el contenido de los esfuerzos de la ciencia del Derecho penal que unen a españoles y alemanes durante decenios en una cooperación tan estrecha. Sin embargo, les parecerá comprensible que aquello que se convirtió en tema de numerosos libros y disertaciones, no se puede exponer de manera satisfactoria en unos pocos minutos. Así que me tengo que contentar con unas cuantas alusiones. Ya habrán deducido de los títulos que llevan las disertaciones y publicaciones mencionadas que el centro de muchas reflexiones está constituido por el tema «Política criminal y sistema de Derecho penal». ¿A qué tipo de política criminal me refiero y qué es lo que tiene que ver con el sistema de Derecho penal?

Un sistema es, según KANT, «La unidad de diversos conocimientos bajo una sola idea», una «integridad del conocimiento ordenada según principios». La idea principal, a cuya elaboración nos hemos dedicado durante un largo período, se dirige hacia un concepto que no subordine la totalidad de los conocimientos científicos del Derecho penal al dominio de una ideología o de una visión del mundo determinadas, tal como ocurrió tantas veces, ni tampoco se deduzca de una filosofía, teología o moral concretas. Nuestro afán era más bien convertir los principios de la política criminal moderna en el soporte de la formación de una teoría y de un sistema del Derecho penal.

Esta Política criminal plantea como objetivo del Derecho penal la creación de un sistema de reglas que facilite a los ciudadanos una convivencia protegida y el libre desarrollo de su personalidad. Las privaciones de libertad que no sean una condición indispensable para la coexistencia pacífica, se tienen que suprimir. El carácter despreciable, en el sentido moral, de un comportamiento no legitima por lo tanto la penalización, hasta que no vulnere los derechos de alguna persona y, en consecuencia, perturbe la paz social. Solamente se debe emplear el Derecho penal, ya que se trata del medio de reacción jurídica más severo, cuando la paz social no se pueda restablecer con medidas menos incisivas. El Derecho penal es por lo tanto de carácter subsidiario. El sentido del Derecho penal tampoco debe residir en un principio irracional como la venganza, ya que ésta no cambia en nada el delito cometido. La función de la penalización solamente puede ser preventiva, es decir, que tiene la finalidad de prevenir futuros delitos y eliminar el conflicto social provocado por el acto. En este contexto, también, el concepto de la reparación, sobre el que hablé en Barcelona hace dos años, tiene su importancia en el Derecho penal. Por otro lado, la finalidad preventiva de la pena, si no queremos que ésta se desvíe hacia lo que caracteriza un régimen policial o totalitario, debe

limitar la libertad del delincuente solamente en la medida de su culpabilidad. El principio de la culpabilidad tiene que definir la limitación de cualquier sanción penal.

Todos estos temas de los que en este lugar solamente se puede dar una idea general son formas modernas del pensamiento del racionalismo. Pertenecen a los fundamentos de la democracia liberal del Estado de Derecho, en los cuales se basan nuestras Constituciones. El trabajo principal que aporta la ciencia del Derecho penal consiste en convertir estos postulados en la base de decisión para un sinfín de problemas jurídicos individuales para así solucionarlos basándose en los principios fundamentales de la Política criminal, colocándolos en un contexto sistemático.

No dispongo del tiempo suficiente para presentar ejemplos detallados de cómo se realiza este procedimiento en sus detalles. Sin embargo, el simposio que presentará mi colega, el Profesor SILVA SÁNCHEZ en los próximos días en el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, dirigido por él, nos dará muchos ejemplos de este tipo y estoy convencido que nos llevará a nuevos conocimientos. En este simposio participarán alumnos y colegas científicamente vinculados provenientes de España, Italia, Portugal y Alemania una prueba impresionante del espíritu internacional que existe en nuestra ciencia hoy en día. Es para mí motivo de alegría que mi investidura como Doctor *Honoris Causa* haya podido dar lugar a una celebración de este tipo.

Queridos señores, termino mi intervención agradeciéndoles otra vez el gran honor que me tributan. Esta celebración estará siempre entre los recuerdos más bellos de mi vida.

II
LOS FUNDAMENTOS

LA ACTUAL DISCUSIÓN SOBRE LAS FINALIDADES DE LA PENA*

Wilfried BOTTKE

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Augsburgo

A. INTRODUCCIÓN

Quien se propone exponer la actual discusión sobre los fines de la pena, puede tratar con éxito un semejante tema, reuniendo, analizando, sistematizando y refiriendo con algún comentario lo que se ha dicho hasta hoy desde las distintas comprensiones y modos de concebir la finalidad de la pena y del castigar. El día de hoy nos ofrecería ocasión y motivo para rememorar tanto lo pasado como lo presente, y para poner lo uno en relación con lo otro. Todos aquellos cuya *praxis de vita et de professione* ha transcurrido siguiendo la obra de ROXIN y que se hallan en deuda con ella, llevarían a cabo gustosos semejante evocación¹ con especial detenimiento en la teoría de las finalidades de la pena de ROXIN.² Pero resulta bien conocido de todos los participantes en

* Traducción del original alemán *Die heutige Diskussion der Strafzwecke*, a cargo de Guillermo Benlloch Petit, Universidad Pompeu Fabra.

1. ROXIN formula su teoría de la pena como sigue: «la pena sirve a las finalidades de prevención especial y general. Está limitada en su intensidad por la medida de la culpabilidad, pero puede quedar por debajo de este límite, en la medida en que las necesidades de prevención especial lo hagan necesario y no se opongan a ello necesidades de prevención general. Caso de entrar en contradicción ambos fines, la finalidad preventivo-especial de resocialización pasa al primer lugar. Aun teniendo en cuenta esto, la prevención general domina las amenazas penales y justifica por sí sola la pena aun cuando falle o fracase la finalidad de prevención especial. Sin embargo, no podría darse una pena preventivo-especial carente de toda finalidad preventivo-general, a pesar del absoluto dominio del fin de resocialización en la ejecución (ROXIN, «Strafrecht», AT, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., 1994, § 3 I 5 n.º 42).

2. Deben citarse especialmente: ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», JuS, 1966; del mismo, «Strafzweck und Strafrechtsreform», en: BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, 75; del mismo, «Franz v. Listz und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs», ZStW, 81 (1969), 613; del mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, conferencia dictada el 13 de mayo de 1970, 2.ª ed., como epílogo de una edición aumentada, Berlín/Nueva York, 1973 (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft, Berlín, fasc. 39); del mismo, «Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip», *MSchr-Krim*, 56 (1973), 316; del mismo, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien», en: *Festschrift für Henkel*, 1974, 171; del mismo, «Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke», *SchwZStR*, 94 (1977), 463; del mismo, «Prävention und Strafzumessung», en: *Festschrift für Bruns*, 1978, 183; del

este Simposio lo que hasta hoy se ha escrito sobre las finalidades de la pena. De ahí que en lo que sigue no esbozemos el contenido de estos conceptos, ni siquiera de forma fragmentaria. En cambio sí se aludirá a hechos, conceptos y puntos de vista de la penología. Asimismo propugnaremos una «procesalización» del debate sobre los fines de la pena para adecuarlo a la realidad. Finalmente mostraremos cómo la «prevención de asociación» (*Assoziationsprävention*) es aquella finalidad de la pena que mejor se adecúa a una sociedad libre, juridificada conforme al contrato social y a la constitución de un estado de derecho material.³

B. ANÁLISIS DE HECHOS Y CONCEPTOS

I. La organización de contactos sociales es sustrato prejurídico de toda valoración jurídica y por ende también jurídico-penal. Los actos de organización presuponen la existencia de sujetos a quienes corresponde la competencia por la organización. Los actos de organización que son manifestación del sujeto en cuanto persona individual o colectiva, le son imputados a éste como conductas. Competente por los actos de organización efectuados por el portador de una función con capacidad jurídica, puede serlo tanto una persona individual como colectiva. Tanto en un caso como en el otro los actos de organización serán efectuados en forma de procesos de autorregulación del correspondiente responsable organizativo. Este es concebible como «sistema autopoyético»,⁴

mismo, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en: *Festschrift für Bockelmann*, 1979, 279; «zur Problematik des Schuldstrafrechts», *ZStW*, 96 (1984), 641; del mismo, «Was bleibt von der Schuld im Strafrechtbübrig?», *SchwZStR*, 104 (1987), 356; del mismo, «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en: SCHÖCH (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht, Neue Kriminologische Studien*, t. 4, 1987, 37; del mismo, «Schlußbericht», en: ESER/KAISER/MADLENER (ed.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1990, 367; del mismo, «Strafrecht», *AT*, § 3, 1992, 26; del mismo, «Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem», en: *Festschrift für Lerche*, 1993, 301; del mismo, «Das Schuldprinzip im Wandel», en *Festschrift für Kaufmann*, 1993, 519; del mismo, «Strafrecht», *AT*, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., 1994, § 3 I 5 n.º 36 y ss.

3. Lo expongo con más detalle en BOTTKE, *Assoziationsprävention*, 1995 (Duncker & Umblot, schriften zur Rechtstheorie).

4. LUHMANN había concebido en primer lugar un sistema abierto en su delimitación frente a un exterior concebido como medio; por sistema social entiende LUHMANN «un contexto de sentido de las acciones sociales, que remiten las unas a las otras y no permiten delimitar el entorno de las acciones correspondientes», LUHMANN, *Soziologische Aufklärung, Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, t. 1, 1970, p. 115. Más tarde realiza un cambio de paradigma, LUHMANN, *Soziale Systeme, Grundri einer allgemeinen Theorie*, 1984, pp. 15 y ss. En vez de sistemas abiertos al medio (e inmediatamente tributarios del exterior), se trata más bien de sistemas autoreferenciales, autopoyéticos. Éstos no son inmediatamente tributarios del exterior, son tan sólo estimulables mediante impulsos del exterior (a través de una «continua irritación», LUHMANN, *Soziale Systeme, Grundri einer allgemeinen Theorie*, 1984, p. 14) en la construcción de una estructura interna. Tales estímulos pueden tener lugar mediante el «ruido» contra-comunicativo, prestado a través de la intervención jurídico-penal, sobre los competentes de la organización concebidos como sistema.

que se distingue del mundo exterior creando su propia identidad. Cuando tales actos de organización traspasan las fronteras del sistema, y entran en relación con el medio exterior, devienen contactos sociales. Los contactos sociales son susceptibles de ser observados. Los contactos sociales observados son portadores de un contenido comunicativo, ya de infracción de la norma, ya de conformidad con ésta. De la observación de estos contactos sociales puede obtener el espectador o bien un contenido comunicativo de violación de la norma a través de su quebrantamiento presunto o expreso, o bien de confirmación de ésta, a través de su observancia.

Aquel estado de cosas que, en razón de hechos concretos, permite presumir violaciones de la norma punibles, se llama delito. Todo proceso penal tiene un hecho penal como objeto. Y todo delito será enjuiciado en el marco de un proceso penal. También los procesos penales son organizaciones de contactos sociales: son portadores de un contenido contra-comunicativo. Ponen de manifiesto tanto el desvalor que supone la infracción de la norma como el valor y el carácter obligatorio de la norma infringida. La contra-comunicación se da tanto si se dirige contra algo conocido como si se dirige contra algo desconocido. Ésta se produce cuando el proceso penal como proceso penal subjetivo es activado, con todas las consecuencias (*Annexe*) del mismo legalmente posibles, contra alguno de los inculpados por su responsabilidad en el hecho. La contra-comunicación se da igualmente cuando el proceso penal es puesto en marcha como procedimiento penal objetivo.⁵

II. Los delitos cometidos⁶ pueden ser imputados en tanto que actos de organización de sujetos responsables. La apertura de un proceso conlleva también, por lo general, consecuencias anejas (*Annexe*) negativas. Tanto la imposición de estas consecuencias aflictivas del proceso como el tipo de consecuencias por el que se opte requieren una legitimación en los ordenamientos jurídicos dignos de ese nombre y que se sientan vinculados por la justicia. La imposición o no de estas consecuencias enojosas, dependerá de la finalidad de la consecuencia en cuestión, siendo esta finalidad la que determinará la legitimidad o no de la medida. Según esta determinación, la consecuencia podrá ser obligatoria, facultativa o depender del concurso de un tercero, como sucede en el señalamiento de una conciliación entre el autor y la víctima.

En una clasificación fiel a la realidad y en una enumeración *ad rem et*

5. §§ 76 a StGB, 440 StPO.

6. Delito significa la organización típica y antijurídica de un contacto social.

effectum primum, podemos distinguir en el ámbito teórico no dos⁷ sino tres⁸ consecuencias negativas que pueden acompañar el proceso. El primer grupo de estas consecuencias anexas al proceso lo constituyen aquellas de carácter *condictivo** de las ventajas del hecho: retiran a los beneficiados por el delito las ventajas reportadas por el hecho punible. Las consecuencias *condictivas* de las ventajas se ven limitadas en su importe por el *lucrum ex crimen*. El segundo grupo lo constituyen las consecuencias de carácter restitutorio: vienen a reparar los perjuicios causados por el delito. Eliminan, en la medida de lo posible, las consecuencias materiales o inmateriales del hecho. Consisten en la restitución *in natura* de la situación de los bienes lesionados del perjudicado a su pristino estado, en la compensación de los daños materiales o inmateriales, o bien en la reparación. Las consecuencias *condictivas* y restitutivas encuentran su modelo en las consecuencias pre-penales producidas a la víctima con la intrusión en sus bienes jurídicos.⁹ El tercer grupo de consecuencias lo componen las consecuencias consistentes en la producción de costes. Producen éstas al responsable del hecho unas cargas que ya no cabe comparar con las consecuencias pre-penales producidas a la víctima, en forma de pérdida de libertades (e incluso de fortuna). Estas cargas producen costes. Van más allá (por motivos pre-penales, entre otros) del posible enriquecimiento por las ventajas extraídas del delito o del deber de reparación de las consecuencias.

7. En el «sistema de doble vía» (entendido como la dualidad de penas limitadas en su gravedad por la culpabilidad del hecho y medidas curativas y de aseguramiento sujetas a la proporcionalidad) reconoce la doctrina alemana sobre los fines de la pena «el elemento estructural fundamental» de la regulación de las consecuencias jurídicas y del Derecho penal alemán (ROXIN, «*Strafrecht*», AT, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., 1994, § 3 n.º 54 así como § 1, Rdnr. 2-4). sobre la llamada «doble vía» cfr. JESCHECK, «*Strafrecht*», AT, 4.ª ed., 1988, p. 73 con más argumentos.

8. No sólo en el efecto primario de la sanción por el delito, cuestión que no es prejurídico-penal, sino también en el ámbito de la regulación legal de la siguiente terminología y modo de contar es la expresión generalizada «derecho penal», propiamente hablando, «incorrecta» (ROXIN, «*Strafrecht*», AT, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., 1994, § 1, n.º 4). Tampoco debería designarse «de modo más preciso: derecho penal y de medidas (ROXIN, *op. cit.*). Debería llamarse, de modo formalmente más correcto, visto que el código penal alemán incluye penas (§§ 38 y ss. StGB), medidas curativas y de aseguramiento (§§ 61 y ss. StGB) y medidas de caducidad, de confiscación y de inutilización (§§ 73 y ss. StGB): «derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho de medidas de invalidación, de confiscación y de inutilización». Más brevemente y en observancia del § 11 I n.º 8 StGB cabe emplear la consagrada expresión legal de «derecho penal y de medidas de seguridad». Pues para el § 11 I n.º 8 StGB «toda medida curativa y de aseguramiento, y de anulación, la confiscación, y la inutilización es una «medida de seguridad»».

* Los términos *Kondiktion* y *kondiktiv* al carecer de equivalente en castellano, han sido traducidos mediante los neologismos *condición* y *condictivos*, y designan la obligación de devolución de la cosa obtenida ilícitamente (N. del T.)

9. Cfr. §§ 812 I inciso 1.º 2.º supuesto, 818 y ss. BGB (condición del ilícito, que sustrae la cosa obtenida antijurídicamente, cuando no exista un derecho de retención con fundamento jurídico, en favor de aquel que tenga un derecho sobre ésta). Cfr. 823 I, 249 y ss. BGB (sustitución del daño causado de manera imputable por una violación antijurídica y jurídico-civilmente culpable sobre un bien jurídico protegido con carácter absoluto).

Las consecuencias productivas de costes pueden estar determinadas por la culpabilidad del hecho punible. En ese caso son retributivas. Las consecuencias que producen costes retributivos están limitadas en su alcance por la medida de la culpabilidad del hecho. O bien pueden ser limitados por la especial peligrosidad manifestada en el hecho punible. Son entonces preventivos frente a la peligrosidad. Los costes preventivos de la peligrosidad están sujetos al principio de proporcionalidad. En la realidad jurídica pueden darse formas mixtas.

III. Las consecuencias accesorias que permite aplicar el Derecho penal y de medidas vigente en Alemania,¹⁰ son clasificables en alguno de los tipos de consecuencias mencionados. Sin embargo, el Derecho penal alemán general¹¹ distingue, a diferencia de la clasificación aquí propuesta, tan sólo dos grupos de consecuencias: penas y medidas. En efecto, el § 11 párr. 1.º n.º 8 StGB recoge únicamente la distinción entre penas y medidas.

1. En Derecho alemán, las penas están, según el tenor legal, para su imposición al culpable de un hecho, al igual que las consecuencias anejas, ya mencionadas. Puesto que las penas, *de lege domestica*, presuponen la culpabilidad por el hecho punible, tienen siempre el carácter, por su mismo concepto, de costes de producción retributivos. Como costes de producción de carácter retributivo, la determinación de su alcance está sujeta al principio de la medida de la culpabilidad por el hecho para salvar la determinación de la pena orientada a fines.

2. Las medidas a imponer se componen, *de lege domestica*, de las medidas de seguridad y de otras medidas.

a) Las medidas de reforma y aseguramiento son consecuencias del proceso, productoras de costes para castigo de aquel responsable de un hecho punible probado que presente una peligrosidad cualificada, manifestada en este hecho punible. Dado que las medidas *de lege domestica* son independientes de la culpabilidad por el hecho punible y parten de la peligrosidad cualificada, son costes de producción preventivos frente a la peligrosidad. Como costes de producción preventivos de la peligrosidad están sujetos al principio de proporcionalidad.

10. Sobre el concepto de medida de seguridad véase § 11 I n.º 8 StGB.

11. También las consecuencias por delitos previstas en el derecho penal juvenil son clasificables en estas tres categorías: como consecuencias accesorias condictivas, restitutivas y productivas de costes.

b) Las medidas de invalidación, de confiscación y de inutilización son en parte *conductivas* de la ventaja reportada por el delito, en parte productivas de costes. Otras medidas son, por ejemplo, la invalidación de carácter *conductivo* de los *lucra ex crimine* obtenidos, y la confiscación, en su caso, del producto del crimen, también de carácter *conductivo*. La devolución del provecho obtenido a partir del delito viene necesariamente condicionada en su modo y medida por el provecho extraído del hecho y por la ausencia de un motivo fundado en Derecho para poder mantener la nueva situación jurídica. El resto de las medidas lo constituyen la invalidación, también productiva de costes, de las ventajas otorgadas a tercero, la confiscación, igualmente productiva de costes, de los *instrumenta sceleris*, así como la inutilización, productiva de costes también, de determinados medios para la ejecución del hecho y de determinados productos del mismo. Las otras medidas productivas de costes son semejantes a la pena. Cabe, por tanto, exigir como presupuesto de su imposición una culpabilidad también semejante que podría ser más o menos la «culpabilidad por el uso» del propietario, ya sea autor o partícipe, de un medio para la ejecución del hecho, o también podría ser la «culpabilidad del que pone a disposición de otro» la ventaja obtenida por el hecho o el medio de ejecución. Las medidas productivas de costes pueden ser, finalmente, semejantes a las medidas de seguridad. Requieren entonces una peligrosidad cualificada por el producto del hecho punible o por el medio comisivo.

c) Medidas accesorias de carácter restitutorio son, por ejemplo, la imposición de una reparación del daño,¹² o de una conciliación entre el autor y la víctima.¹³ La restitución de los bienes de la víctima, a través de la indemnización del daño, a satisfacer por el responsable del delito, a aquella situación en que se encontrarían de no haberse producido el delito, cabe concebirla como un medio autónomo de represión de carácter preventivo.

3. Las penas y medidas se imponen tan sólo a los responsables del hecho punible definidos jurídicamente (de acuerdo con la construcción jurídica del delito). Responsables por el hecho punible lo son los autores y partícipes de los delitos dolosos, así como los responsables de los hechos imprudentes. Las otras medidas, en cambio, pueden imponerse tanto a los responsables del hecho punible como a terceros o incluso únicamente a estos últimos, ya sean éstos personas naturales o jurídicas. Esto sucede cuando estos sujetos, al obtener una determinada ventaja, al transmitir o hacer propaganda de los productos del hecho punible, están criminológicamente relacionados con la viola-

12. § 56 b II n.º 1 StGB.

13. § 10 I n.º 7 JGG.

ción de la norma por el responsable del delito. Tales terceros pueden llamarse (en el Derecho de medidas) «intervinientes en la violación de la norma».

IV. El poder de organización es, en una sociedad libre y comprometida en favor de una libertad real, condición para que al organizador de un contacto social, ya sea éste fiel al Derecho, ya punible, o al que participa en la violación de una norma, pueda tenérselo por responsable de la organización. Este poder de organización es presupuesto necesario para que el organizador pueda ser responsable de aquello que él, con su libertad de organización, inicia, y de cómo cumple o defrauda el modelo de organización fiel a la norma sociocultural y jurídicamente pretendido.

La culpabilidad es, de hecho, el poder de organización mal empleado por un organizador dotado de capacidad de reacción ante la norma. Dado que los hechos punibles sólo son contactos sociales organizados por hombres, la culpabilidad por el hecho sólo cabe predicarse de aquel poder de organización mal utilizado, encaminado hacia una conducta punible, por persona con capacidad de reacción ante la norma.

V. Debe precisarse, sobre la base del uso que reciben en el lenguaje común y en el lenguaje técnico las expresiones «penal» y «finalidad», lo que significan o pueden significar, de acuerdo con su sustrato, los conceptos expresados a través de ellas, por oposición a los términos «efectos», «funciones», «objetivos», «cometidos» y demás reacciones penales semejantes ante el delito.

1. Por efecto primario de los contactos sociales se entiende aquél de sus efectos que se produce indefectiblemente. Por ejemplo: efecto primario de la violación de una norma es el quebrantamiento de la norma que es observada por otros. El efecto primario de la pena es, por su mismo contenido y de acuerdo con su sustrato, la producción de cargas retributivas que se imponen ineludiblemente como castigo del culpable de un hecho punible. Por efectos secundarios de los contactos sociales se entienden sus resultados más o menos probables (científicamente verificables). Qué efectos secundarios se dan, es una cuestión de experiencia; su número es, en teoría, indefinido: un efecto secundario frecuente de la inculpación que lleva consigo todo proceso y del juicio de culpabilidad que se dirige contra el hecho punible, es la estigmatización dentro del círculo de ciudadanos que se atribuyen recíprocamente la fidelidad al Derecho (v. gr. mediante el contrato social). Una inculpación de carácter procesal penal (por el mero efecto del proceso) constituye *de constitutione domestica* una violación de un derecho fundamental a causa de la

estigmatización desocializadora que produce (art. 2 I GG). Un efecto secundario de la prisión continuada que se da con una frecuencia que no cabe atribuir a la casualidad es la desocialización del sometido a ella dentro y fuera del círculo de los ciudadanos libres (y posiblemente fomentará la reincidencia).

2. Las «funciones» se conciben prejurídicamente como aquellas prestaciones de una institución concebida como sistema. De este modo las funciones son aquellos efectos secundarios relativamente frecuentes del funcionamiento de la institución que son útiles al mundo exterior al sistema, o que aseguran su permanencia. Las «funciones» de las instituciones jurídicas pueden ser entendidas en el discurso jurídico como aquellos efectos más que casualmente frecuentes, a cuya producción no contradice regla normativa alguna.

De hecho, el efecto estigmatizador de una inculpación se produce habitualmente en la realidad. Y, sin embargo, en virtud de una interpretación material de la presunción de inocencia, puede decirse que no es esa su función.

Verdaderamente, se da con demasiada frecuencia ese efecto desocializador de la pena de prisión continuada que fomenta la reincidencia. No es ésta, sin embargo, a la vista de los §§ 2, inciso 1.º StVollzG, la función de la pena privativa de libertad. En cambio, el impedimento o eliminación de los hechos punibles (fuera de los muros de la prisión) sí constituye una función de la ejecución de la pena privativa de libertad (§ 2 inciso 2.º StVollzG).¹⁴

3. «Objetivos» de los actos de organización penal no son los efectos primarios que se dan siempre, y con carácter necesario, a causa del contenido de la definición de los actos de organización. Sólo pueden ser cometidos de los actos de organización los efectos secundarios de consecución más o menos probable, cuya obtención es pretendida con carácter general por la norma, autopropuesta por quien es competente en la organización, o por un tercero. Los «objetivos» son la consecución de los cometidos fijados. El cumplimiento de éstos a veces no se alcanza más que de forma aproximativa.

a) Aquel conjunto de normas, a cuyas prescripciones debe atender el Derecho penal en todo acto de organización jurídico-penal, es la constitución penal. Por constitución penal debe entenderse la reunión de aquellas

14. Quien así lo prefiera puede hablar de 'prevención especial negativa', al referirse al servicio que según el § 2 inciso 2.º StVollzG presta a la comunidad la ejecución de la pena a través de la disminución de los delitos de los reclusos ya fuera de los muros de la prisión.

reglas jurídicas que se dirigen en forma limitadora del poder y con carácter obligatorio, al legislador criminal, penal, de medidas y procesal. Esta constitución penal la forman ante todo las normas y decisiones valorativas de la *constitutio domestica*. En segundo lugar, las normas y decisiones valorativas del Derecho supranacional vinculante para el legislador nacional (esto significa, para los miembros de la Unión Europea, las del Derecho de la Unión Europea). Y, en tercer lugar, como mínimo al mismo nivel, las normas y decisiones valorativas del Derecho internacional convencional, el cual crea la obligación de lealtad del Estado nacional al convenio después de la ratificación de éste.

b) Una teoría de la pena conforme a la constitución penal no opera sin rumbo. Participa de la finalidad del Derecho penal constitucional. Finalidad de las normas constitutivas del Derecho constitucional penal es, por un lado, asegurar la posibilidad de disfrute de libertades para todos, individuales y completas y, por otro, el funcionamiento en libertad de una sociedad preocupada por este disfrute. Esta sociedad procura a su vez el desarrollo favorable de las libertades, así como de los subsistemas favorecedores de la libertad distintos de la sociedad misma (ya se trate de la economía, de la ciencia organizada, o del estado de sus instituciones).

c) El Derecho criminal, penal y de medidas, debe actualmente elaborarse como aplicación de la constitución penal así entendida y con arreglo a sus fines. Debe prestar un servicio a la libertad a través de la protección de los bienes jurídicos de carácter constitucional penal. Los bienes son situaciones valoradas positivamente. Los bienes jurídicos son valoraciones positivas que la constitución penal dirige imperativamente al simple legislador penal. Los bienes jurídicos son, de acuerdo con la constitución penal, aquellas libertades que la propia constitución penal destaca, y las condiciones de función esenciales para la prestación de un servicio a la libertad, sistemas sociales elevados por la constitución penal a la categoría de bienes jurídicos. Los bienes jurídicos son aquellos sistemas que, por la fuerza de la constitución penal, cumplen las disposiciones del individuo y las condiciones esenciales de favorecimiento de la libertad, y que son elevados constitucional-penalmente a la categoría de bienes jurídicos. De acuerdo con la constitución penal, cabe proteger las libertades, instituciones y condiciones de función, convertidas en bienes jurídicos, contra eventuales puestas en peligro antinormativas, en interés de la finalidad de unas libertades para todos, reales, completas e iguales. No pudiéndose lograr la protección de los bienes jurídicos a través de una intervención menos gravosa, surge entonces eventualmente el deber de la reacción jurídico-penal. Las descripciones jurídico-penales de los delitos, que no vengan a tipificar una lesión o puesta en peligro de bienes

jurídicos, son contrarias a la constitución penal. Son inadecuadas a la finalidad de la libertad.¹⁵

Veámoslo con algunos ejemplos: bienes susceptibles de protección penal son en Alemania los derechos básicos a la vida, a la integridad física, a la libertad ambulatoria, al honor y al patrimonio. Bienes jurídicos lo son también los recursos ecológicos¹⁶ (cuya importancia ya quedó subrayada en el artículo 130 r del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea). Bienes jurídicos lo son las condiciones de funcionamiento de una economía social de mercado (como se sigue de la lectura del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y de una lectura global de la Ley Fundamental). Bien jurídico lo es el volumen de tráfico de drogas del Estado señalado por acuerdo entre las naciones. Bien jurídico lo constituye también el conjunto de condiciones de funcionamiento de una ciencia desarrollada en la universidad al servicio de la libertad. De reconocerse que la ciencia del Derecho prepara el terreno para una liberación de la injusticia constatable con carácter general, y que también las otras ciencias prestan *mutatis mutandis* un servicio a la libertad, resulta entonces legitimable, de acuerdo con los bienes jurídicos, *de constitutione iuris criminalis*, la protección penal de aquellos de sus *stimuli positivi* que resultan esenciales para su funcionamiento, incluso a través de la sanción penal por el uso inadecuado de los grados académicos,¹⁷ entre los cuales el de doctor *honoris causa*.

La menor evidencia del daño que producen los hechos punibles que van contra las condiciones de funcionamiento válidas, no es razón alguna, en una actual discusión sobre la finalidad del Derecho criminal, para dudar de la conformidad de los correspondientes tipos penales con la constitución penal. Quien lo pusiera en duda no percibiría el carácter esencial de tales condiciones de funcionamiento para lograr un disfrute real de las libertades.¹⁸

d) En la finalidad de garantizar una libertad real, participan tanto un proceso penal que se ajuste a la constitución penal como la producción de cargas (dispuestas por el Derecho penal o de medidas) y deberes de restitución y de devolución del provecho extraído. A pesar de su carácter represivo no son contrarios a la libertad. Aquellos actos del proceso que no prestaran un adecuado servicio a la libertad o ni siquiera approximativo a esta finalidad, serían contrarios a la constitución penal.

15. La punición de la tentativa inidónea resulta problemática *de lege domestica* en Alemania si se parte, en cuanto al fin de la pena, del axioma de la exclusiva protección de los bienes jurídicos frente a su lesión o puesta en peligro.

16. A este respecto cfr. también art. 20 a GG.

17. Cfr. § 132 a StGB.

18. Esto vale especialmente para el derecho penal económico.

En efecto, es posible, a pesar de la menor probabilidad, alcanzar el efecto secundario que la norma pretende (ya sea meta o función), por medio del acto de organización jurídico-penal. De esta posibilidad se sirve, por ejemplo, el § 2 StVollzG, para determinar la función y el fin de la ejecución de una pena privativa de libertad. Ya que tanto la resocialización del sometido a una pena de prisión, como la protección de la comunidad contra ulteriores delitos extramurales**, son «funciones» de la ejecución (§ 2 incisos 1.º y 2.º StVollzG), en un reconocimiento de su menor probabilidad de éxito, cabe expresar el «exclusivo objetivo de la ejecución» con la siguiente perifrasis: «En¹⁹ la ejecución de la pena privativa de libertad debería²⁰ el recluso llegar a ser capaz de llevar en lo sucesivo una vida en responsabilidad social sin delinquir». La palabra «finalidad de la ejecución» es evitada, con viva conciencia de la realidad.

4. Las finalidades de los actos de organización no son los meros efectos primarios que se dan siempre y con carácter necesario por el mismo contenido del concepto de acto del proceso. En efecto, «finalidades» son algo más que meros objetivos o funciones. Tan sólo pueden ser «finalidades» aquellos efectos secundarios más que casualmente frecuentes, cuya obtención es esperable y cuya pretendida consecución es exigida con carácter general, por la norma, y con carácter individual, por el responsable de la organización o por un tercero. A la hora de hablar de finalidades de la pena y/o de otros actos de organización jurídico-penales unidos al proceso y productores de consecuencias gravosas que se asocian al hecho punible y determinan sus consecuencias negativas, todo ello debe ser entendido poniendo el acento sobre su naturaleza de exigencia normativo-general, en el sentido de la definición arriba indicada. Ello es así porque las consecuencias con un cierto contenido afflictivo suponen agresiones de la libertad. Lo mismo puede decirse de otros actos de organización jurídico-penales que infringen aquellas situaciones protegidas como derechos fundamentales; así, la inculpación o aquellos actos del procedimiento que vulneren derechos fundamentales. En una democracia propia de un Estado constitucional todos los actos de organización están sujetos al mandato de adecuación a la constitución penal. De transgredirse las libertades del afectado, por la fuerza de sus efectos secundarios, debe exigirse que estos actos sean necesarios para la consecución de una finalidad reconocida por la constitución penal. Los actos de organización penal, las penas y medidas, que

** Se refiere aquí el autor a los nuevos delitos cometidos tras la pena privativa de libertad (N. del T.).

19. No: «mediante».

20. No: «tiene que ser capaz» ni «será capaz».

se imponen a los sujetos, sólo son conformes con la constitución penal si las lesiones de la libertad por ellos producidas tienen lugar de modo valorativamente equitativo, ajustado a valor y racional respecto al fin. Deben tener lugar en procedimientos sustanciados con arreglo a la constitución penal. Deben ser conformes con ésta y ser necesarios, adecuados y, por lo demás, proporcionados a la consecución de una finalidad concorde con la mencionada constitución penal.

Una teoría de la pena conforme a la constitución penal no sólo toma en cuenta cómo actúa la pena, como consecuencia negativa del proceso, y, de acuerdo con su efecto primario, como generadora de costes enojosos para el culpable del hecho punible (entendidos según la finalidad de la pena como equivalente a la culpabilidad por el hecho). También pretende saber, como teoría de la finalidad de la pena conforme a la constitución penal de un «Derecho penal final orientado a las consecuencias»,²¹ si efectivamente los costes que se producen son costes retributivos, preventivos, racionales y conformes al fin y en qué medida lo son. Quiere estar segura de que la producción de costes de producción a través de la pena, sobre el empleo y sobre las oportunidades del sometido a ella y los demás riesgos de la pena, reportan más beneficios, como efectos secundarios, que daños. No son obstáculo para defender, aunque sólo sea como hipótesis de trabajo, una posible alternativa ni el hecho de que en todas las democracias de Estados constitucionales existan penas con los efectos secundarios descritos, ni la suposición de que las sociedades formadas libremente no estarían socio-psicológicamente preparadas o no serían capaces de prescindir de semejante pena.²² Quien acepta esta posibilidad, acepta por lo mismo el grueso de la argumentación, en lo que se refiere al empleo de penas productivas de costes y limitadas por la culpabilidad del hecho.²³ Sólo puede de este modo justificar la pena frente a la renuncia a ella, y frente a la sustitución por algo que, siendo conforme con la constitución, fuera a la vez mejor que la pena, mediante la mencionada racionalidad dirigida al fin.

a) No consideramos la teoría del castigo de la culpa como teoría de la finalidad de la pena, y en este punto estamos preparados al rápido juicio de la crítica, porque no responde a ninguna finalidad de las que deben ser per-

21. KAISER, *Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 8.ª ed., 1989, p. 522.

22. Cfr. HAFFKE, *Generalprävention und Tiefenpsychologie*, 1976, E 14.

23. Esto vale no sólo cuando se imputa a la culpabilidad por el hecho exclusivamente la importancia de un principio limitador del alcance de los costes, sino también la de un principio de completa equivalencia de los costes y la culpabilidad por el hecho.

seguidas de acuerdo con la constitución penal, y ello por dos razones: porque hipertrofia el efecto primario de la pena en atención a una finalidad carente de efectos secundarios, y porque habla de «finalidad», en un sentido coloquial, allá donde en realidad quiere referirse a la justicia retributiva.

El rechazo de una teoría de retribución de la culpa, no excluye el preguntarse sobre el carácter justo o no del factor de expiación que se halla en la producción de costes retributivos. Al contrario, toda teoría de la pena, y también una teoría de la pena teleológico-racional se pregunta sobre la cuestión de la justicia. Sólo aquello que en los costes de producción retributivos se corresponda con las representaciones de justicia sobre las que haya consenso (o al menos preponderantemente), o que sean mantenidas, aun frente a un eventual disenso social, por la constitución penal, pueden ser adecuadas desde un punto de vista preventivo. La pena en un Estado democrático de Derecho debe ser final-racional, con una racionalidad dirigida a fines, y justa para el soberano del Derecho, según sus ideas de valor válidamente adoptadas. Se produce un eterno regreso del pensamiento de lo penalmente justo al de la eficiencia final. Este se produciría siempre, lo mismo con la absolutización del factor de justicia que con la del factor preventivo.

b) La dogmática del Derecho penal podría recabar de la criminología, como ciencia empírica e interdisciplinar,²⁴ información sobre cuáles puedan ser los efectos secundarios útiles para los fines de la pena. Y ello porque esta disciplina pretende «el conocimiento empírico de la producción de la criminalidad, y el abarcar las posibilidades y formas de combatirla».²⁵ Entre sus objetos de estudio, el delito,²⁶ el delincuente,²⁷ la

24. Para la caracterización de la Criminología como una ciencia empírica e interdisciplinar, cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 1 n.^o 1 y ss.; GÖPPINGER, *Kriminologie*, 4.^a ed., 1980, p. 1; KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., 1988, § 1 n.^o 14 y ss.

25. MAURACH/ZIPF, «Strafrecht», AT, 7.^a ed., 1987, § 3 n.^o 9.

26. La criminología define sus conceptos con relativa autonomía frente a las creaciones del Derecho penal de cada nación, frutos de la contingencia histórica, cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 1 Rdnr. 12 y ss., con especial insistencia en una puesta en relación de los preconceptos criminológicos con los penales, y, en particular, con el concepto de delito. Por delito entiende la criminología, junto al hecho punible, aquellas conductas socialmente discrepantes, cfr. sobre esta problemática KAISER, *Kriminologie*, 2.^a ed., 1988, § 40 n.^o 2 y ss., 10 y ss. Ello excluye, por ejemplo, al suicida, cfr. KAISER, *op. cit.* n.^o 27 y ss. Hay en ello una estabilización de representaciones morales prepenales. Con el empleo del término «comportamiento» aparece velado el hecho de que a las personas jurídicas cabe imputarles, las más de las veces, organizaciones de contactos sociales contrarias a la norma (cfr. KAISER, *op. cit.*, vor § 44 n.^o 1, p. 406: «no puede, sin embargo, ignorarse que, en todo delito, se trata siempre de un comportamiento humano»).

27. La criminología utiliza las expresiones «delincuente», «autor» o «infractor» casi siempre como sinónimos (cfr. KAISER, *Kriminologie*, 2.^a ed., 1988, §§ 44 y ss.). «Delincuente» significa a este respecto aquél al que le puede ser imputado «el delito» como conducta etiquetada por su carácter negativo, cfr. KAISER, *op. cit.*, §§ 44 y ss.

víctima²⁸ y los actos de criminalización y de prosecución por vía penal,²⁹ deben encontrarse también la imposición de las aquí llamadas consecuencias accesorias *condictivas*, restitutivas y productoras de costes tras el reproche de la violación culpable de una norma y la asociación de esta consecuencia a un responsable del hecho o a un partícipe en la infracción de la norma.³⁰ La penología se esfuerza en intentar medir la eficacia de las penas.³¹ Recuérdese, de entre el abundantísimo material acumulado, «debidamente dosificado», cuatro datos básicos, establecidos por parte de la investigación científico-social sobre la prevención o aceptados como altamente plausibles.

aa) El primer dato básico consiste en que, tanto la organización criminal de contactos sociales, como aquella otra fiel a la legalidad, se aprende a través de la observación y la imitación. Entre las conductas exitosas accesibles al aprendizaje de la organización de los contactos sociales y las actitudes portadoras de beneficio, las hay habitualmente que son significativamente violadoras de la norma y criminógenas. Por consiguiente, se da un peligro de contaminación, que depende de la sensibilidad del que aprende, del acceso por medio de la enseñanza que tenga a este ejemplo educativo suplente, y de la intensidad del acceso³² que se tenga a este último.

bb) El segundo dato básico es el aserto expuesto con pretensión de certe-

28. La llamada victimología se ocupa de la víctima, de las diversas formas que presenta la victimización y del papel de ésta en el proceso de persecución penal, cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 1 n.^o 5; KAISER, *Kriminologie*, 2.^a ed., 1988, § 52, n.^o 10. La victimología ha sido desarrollada en las últimas décadas como una disciplina encuadrable dentro de la criminología (HILLENKAMP, «Zur Einführung: Viktimologie», en: *JuS*, 1987, pp. 940 y ss., 941 y ss.) o autónoma (MENDELSON, «une nouvelle branche de la science biopsychosociale - la victimologie», en: *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, 10, 1956, pp. 95 y ss.), el derecho penal, por su lado, la ha hecho suya al tratarla como «victimodogmática», cfr. ARTZ, «Viktimologie und Strafrecht», en *MschR Krim* 67, 1984, pp. 105 y ss. (crítico); HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981; SCHÜNEMANN, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht», en: *Festschrift für Faller*, 1984, pp. 357 y ss.; SCHÜNEMANN, «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», en: *NSfZ*, 1986, pp. 193 y ss.

29. Cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, §§ 22 y ss.

30. Cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, §§ 32 y ss. EISENBERG no utiliza, claro está, esta terminología. Trata, en una diferenciación especialmente orientada al bien jurídico, de las consecuencias jurídicas que afectan al patrimonio (§ 32: la multa, tributos que afectan al patrimonio, invalidación y decomiso, § 33: pena de multa), las consecuencias jurídicas que afectan a la libertad personal, (§ 34: consecuencias jurídicas distintas de la pena juvenil y de libertad; § 35: pena juvenil; § 36: pena de libertad) así como otras consecuencias, de entre las cuales las de carácter registral (§ 39).

31. Sobre la definición de la penología como una disciplina que se ocupa de la investigación sobre la pena cfr. SCHWIND, *Kriminologie*, 5.^a ed., 1993, § 1 n.^o 14. Una instructiva exposición de la medición de la eficacia de las penas puede hallarse en EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, §§ 40-43.

32. La intensidad del acceso depende de variables como la frecuencia o la intensidad del contacto, así como lo pronto o lo tarde que éste se produzca dentro de una vida. Cfr. las reglas formuladas comparativamente en NEUMANN/SCHROTH, *Neueren Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980, p. 71.

za de que «a través de medidas especialmente represivas o que aumenten la discriminación, más bien se fomentan tendencialmente futuras infracciones de las normas».³³ En concreto, de las penas juveniles y privativas de libertad, no cabe esperar ninguna «función» educativa o preventivo-especial en el sentido de la formación de un «hombre honrado» o de una «resocialización».³⁴ Los pensamientos de la resocialización han entrado en crisis³⁵ no sólo por las dificultades prácticas que encierra la prevención especial educativa debido a la privación de libertad impuesta como pena continuada, sino también por la alta cuota de reincidencia y la duda teórica sobre lo adecuado de una educación, desde la falta de libertad, para un uso de la libertad respetuoso de la norma. El final de dicha crisis no se encontrará probablemente en el efecto curativo de un poder educativo de la pena. La negativa experiencia nos ha llevado a la conclusión de que «nothing works».³⁶ Esto significa, que la actuación jurídico-penal no tiene la capacidad ni puede tenerla, sin una autocatarsis de los afectados, de compensar los déficit de dimensión personal y social favorables, que han estado presentes mucho tiempo antes del hecho punible y/o de la carrera criminal, y se han desarrollado criminógenamente. Aquello que el autor en su autoapreciación de valores y en su capacidad de autorregulación de conformidad con una organización de sus contactos sociales, no ha aprendido o adquirido antes de su delito o de sus delitos, ya no lo va a aprender por la producción de costes retributivos. No va a verse reforzada por el proceso penal o por la penalización su capacidad de autorregulación en forma socialmente adecuada. Se le enfrenta a su responsabilidad. Se ve apartado de los factores de socialización. Pero no es reeducado. A través del proceso penal, de un efectivo enjuiciamiento del hecho, del correcto reproche, y de la imposición de consecuencias que manifiesten ese reproche, se deja claro en todo caso, que él es tomado en serio como organizador accesible a la norma. Se le enseña que debe responder frente a la sociedad mediante la pena por el mal uso de su libertad a pesar de su accesibilidad normativa. Mientras esto se realiza, de modo orientado al hecho, tiene lugar una pequeña parte de su resocialización. No es una resocialización o educación «valedera para toda la vida», de la que pueda augurarse éxito. Incluso la imposición de costes retributivos «entre los cuales la pena de privación de libertad impuesta al sujeto accesible a la norma» tan sólo puede «abrirle» los ojos «ante su mal obrar». Puede ser el impulso para una propia reorientación. No acaba con los proble-

33. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 42 n.^o 1, 571.

34. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 42 n.^o 19.

35. Cfr. BENDER, «Resozialisierung als Verfassungsauftrag», en: *Festschrift für Faller*, 1984, pp. 307 y ss., 317.

36. MARTINSON, *What works? Questions and Answers about Prison Reform*, 1974.

mas que el culpable del hecho tenía en su vida antes y con independencia del hecho punible. Sin un propio esfuerzo del culpable no logrará ser capaz de llevar en el futuro una vida sin delitos.

cc) El tercer dato básico es que, con gran probabilidad, «el tipo de sanción» y el concreto modo en que se produce una «educación» o «tratamiento» tiene «poca incidencia para un posterior comportamiento conforme a Derecho». ³⁷ Cambiado esto en positivo, significa que por encima de un grado de incomodidad importante, las medidas de reproche imponibles tras la infracción constatada de una norma son en buena medida intercambiables, sin que la elección del tipo de sanción sea, en general, relevante para un posterior comportamiento respetuoso con la ley ³⁸ o para la tasa de reincidencia.

dd) Cuarto dato básico es que, a la probabilidad admitida de sanción, entendida como probabilidad de descubrimiento, investigación, enjuiciamiento y sanción del delito, debe concedérse una considerable importancia entre las variables que refuerzan la común disposición a cumplir la norma, ³⁹ por encima de la gravedad misma de la sanción, siempre y cuando esta última alcance aquella gravedad que le permita ser difusamente valorada como suficientemente gravosa.

c) Traducido a la teoría de los fines: la prevención especial positiva no es ninguna finalidad de la pena que pueda ser pretendida. La prevención especial positiva constituye, efectivamente, la misión, el reto de las penas privativas de libertad y juveniles, y a ello «debe» aspirar su ejecución, tal como prevén las normas de ejecución de la JGG ⁴⁰ y StVollzG ⁴¹ pero no cabe esperarlo, sin embargo, como efecto secundario obtenible con una frecuencia más que casual de la producción de costes retributivos. Efectos secundarios de la producción de costes retributivos con una frecuencia más que casual lo son la

37. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.ª ed., 1990, § 42 n.º 19.

38. Sobre la problemática de la medición del efecto de los actos de intervención social cfr. para una perspectiva general PETERMANN, «Die Messung von Veränderungen», en: ROTH (ed.), *Sozialwissenschaftliche Methoden*, 1984, pp. 583 y ss. Sobre la protección legal como criterio de resultado cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 1990, 3.ª ed., § 18 Rdnr. 3, § 42 n.º 4 y ss.; NOLTING, *Freigänger im Jugendstrafvollzug*, *tesis doctoral*, Gotinga, 1985, pp. 150 y ss.; SCHAFFSTEIN, «Rückfallprognose bei jungen Straffälligen», en: *KrimGegr*, 8, 1968, pp. 70 y ss.; RECKLESS, «The Development of a Criminality», en: RECKLESS/NEWMANN (ed.), *Interdisciplinary Problems in Criminology*, 1956 pp. 73 y ss.

39. BAILEY/LOTT, «Crime, Punishment and Personality», en: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 67, 1976, pp. 99 y ss., 111 y ss.; DÖLLING, «Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion», en: *ZStW*, 102, 1990, pp. 1 y ss., 8.

40. § 91 JGG. La formulación de la primera frase del § 2.º del StVollzG es más realista que la formulación del § 91 JGG. A través de la privación de libertad no se fomenta la resocialización. En todo caso, a través de los actos de organización que acompañan a esta privación de libertad, pueden evitarse las consecuencias dañinas de la privación de libertad y procurarse la competencia sobre la vida.

41. § 2 inciso 1 StVollzG.

maculación y la desocialización del penado. Estos efectos han de ser legítimos: no son, sin embargo, a falta de una prescripción normativa en ese sentido, una finalidad de la pena que deba ser perseguida. La disminución o evitación de ulteriores hechos punibles extramurales son propios tan sólo de las penas juveniles y privativas de libertad ejecutadas. El elemento de prevención especial negativa no puede ser la finalidad general de la producción de costes retributivos y de los actos procesales que los preceden. La prevención general negativa o intimidatoria es, como efecto secundario, sostenible especialmente de la descripción jurídico-penal de los delitos y de las consecuencias anejas al proceso. Podría formularse la siguiente tesis: la finalidad de la pena (y de los actos procesales que la preceden) es la conservación de la disposición de la comunidad a la observancia de la norma, es decir, la prevención general positiva.

aa) La consecución de la finalidad depende de variables objetivas y subjetivas. Y también es cierto que la investigación sobre la prevención general reconoce «no haber encontrado hasta ahora ninguna posibilidad de aducir una prueba fundada empíricamente de la eficacia⁴² de la prevención general».⁴³ Esto explica, por qué, en el coro de las opiniones, las voces criminológicas sobre la efectividad preventivo-general de la intervención penal evitan la palabra «saber» y los juicios vacilan. Algunas opiniones empiezan con el resumen: debemos «una vez más dar por sentado» desgraciadamente en modo nada demostrable.⁴⁴ Semejante resignación no cierra la puerta a toda oportunidad de obtener futuros conocimientos. Otros, en cambio, sostienen el balance provisional⁴⁵ de que hasta la fecha «ni la eficacia provisional de la prevención general, ni el proceso de despliegue de su eficacia han sido suficientemente demostrados empíricamente». Semejante situación provisional permite abrigar la esperanza de poder lograr conocer la eficacia preventivo-general de

42. Puede prestarse a confusión el hablar de una «eficacia atribuida a la prevención general» en vez de hablar de «eficacia preventivo-general» (así EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 41 n.^o 2) o de una «influencia de la prevención general» (ROXIN, «Strafrecht», *AT*, vol. I, *Grundlagen*, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.^a ed., 1994, § 3 n.^o 30). Ya que la prevención general es el término genérico (en teoría de la pena cambiante a «objetivo» o «finalidad») para referirse a los efectos secundarios preventivo-generales del esclarecimiento de los indicios que del delito se tienen, de la identificación del hecho, del enjuiciamiento y de las sanciones por el hecho punible.

43. Así, expresamente, EISENBERG, *Kriminologie*, 3.^a ed., 1990, § 41 n.^o 2.

44. K.F. SCHUMANN, *Positive Generalprävention, Ergebnisse und Chancen der Forschung*, 1989, p. 52. Cfr. también SCHUMANN/BERLITZ/GUTH/KAULITZKI, *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, 1987.

45. Cfr. también DÖLLING, «Generalprävention durch Strafrecht, Realität oder Illusion?», en: *ZStW*, 102, 1990, pp. 1 y ss., 19: «Un juicio definitivo y con fundamento científico-experimental sobre el contenido de realidad de la teoría de la pena preventivo-general (...) no es posible hoy por hoy».

la intervención penal.⁴⁶ Otros, por fin, llegan a la conclusión de que la investigación empírica ha «demostrado» que «la función preventivo-general del Derecho penal ha quedado del todo acreditada».⁴⁷ Esta última conclusión la presentan con carácter de certeza.

bb) En vez del saber o no saber, debe sostenerse la plausibilidad. La intervención penal es, partiendo de la experiencia de la vida, del *common sense*,⁴⁸ de la evaluación de la investigación empírica,⁴⁹ de la prevención general,⁵⁰ y del examen científico-social de sus efectos secundarios, apto para, en un nivel lo suficientemente plausible, conservar, con una frecuencia significativa, la disposición común a la observancia de la norma.

En efecto, la intervención penal en los supuestos bastante frecuentes de reacción ante las iniciales sospechas de un comportamiento lesivo para la norma, emite un mensaje contra-comunicativo que viene a confirmar la norma. Ello asocia, cuando se da realmente una suficiente averiguación de estos indicios iniciales, una competencia por el hecho, respectivamente, al autor del hecho y al participante en la violación de la norma. Ello demuestra, si ha habido una averiguación suficiente, la vigencia de la norma que

46. Cfr. EISENBERG, *Kriminologie*, 3.ª ed., 1990, § 41 n.º 2.

47. SCHÖCH, «Empirische Grundlagen der Generalprävention», en: *Festschrift für Jescheck*, t. II, 1985, pp. 1.081 y ss., 1.103 y ss.

48. Estos «factores de aceptación» son sólo heurísticos. Serían citados y no silenciados para posibilitar al menos la crítica. Según la experiencia vital general y el sentido común, las producciones de costes prepenales son protectoras de la norma. Se emplean de modo creciente incluso en Derecho civil para refuerzo y fomento de la fidelidad general a las normas, cfr. §§ 611 a, 823 I en relación con el art. 1 I, 2 I GG. Ello, de acuerdo con la común experiencia vital, habla a favor de que, lo que en Derecho civil es justo (así la producción de costes para la preservación de la norma) también habrá de ser equitativo en Derecho penal.

49. Cfr. a este respecto las indicaciones bibliográficas en BEYLEVELD, *A Bibliography on general Deterrence*, 1980.

50. Las estadísticas oficiales son un medio escasamente fidedigno de control de la efectividad, cfr. DÖLLING, «Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?», en: *ZStW*, 102, 1990, pp. 1 y ss., pp. 4 y ss., pero también 5 y ss. Por consiguiente la investigación criminológica sobre la prevención general emplea también la encuesta como instrumento para su búsqueda, así como los métodos de medición de la opinión, cfr. H.J. ALBRECHT, «Die generalpräventive Effizienz von strafrechtlichen Sanktionen», en: *Forschungsgruppe Kriminologie, Empirische Kriminologie* (ed.), *Ein Jahrzehnt kriminologischer Forschung am Max-Planck-Institut Freiburg i. Br.*, Bestandsaufnahme und Ausblick, 1980, pp. 305 y ss.; BAILEY/LOTT, «Crime, Punishment and Personality», en: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 67, 1976, pp. 99 y ss.; BRELAND, *Lernen und Verlernen von Kriminalität*, 1975; DIEKMANN, *Die Befolgung von Gesetzen*, 1980, especialmente las pp. 144 y ss.; SCHÖCH, «Empirische Grundlagen der Generalprävention», en: *Festschrift für Jescheck*, t. II, 1985, pp. 1.081 y ss., 1.085, 1.086 y ss.; SILBERMANN, «Toward a Theory of Criminal Deterrence», en: *America Sociological Review*, 41, 1976, pp. 422 y ss.; STOOS, *Drogenprävention mittels Strafdrohung bei 16 bis 21 jährigen Jugendlichen. Der strafrechtliche Beitrag*, 1978; TEEVAN Jr., «Subjektive Perception of Deterrence», en: *Journal of Research in Crime and Delinquence*, 13, 1976, pp. 155 y ss.; TITTLE, «Sanction Fear and the Maintenance of Social Order», en: *Social Forces*, 55; 3, 1977, pp. 597 y ss.; UPPER/WHITE, «An Experimental Study of General Deterrence», en: *Nederlands Tijdschrift voor Criminologie*, 18, 1976, pp. 68 y ss.; WALDO/CHIRICOS, «Perceived penal Sanctions and Self-reported Criminality», en: *Social Problems*, 19, 1972, pp. 522 y ss.

establece el hecho punible y la eventual culpabilidad por el delito, así como la realidad histórica y la culpa individual de aquel que, a pesar de su accesibilidad a la norma, se ha hecho culpable del delito mediante un mal uso de su capacidad de organización de contactos sociales.⁵¹ Ello permite pacificar a la víctima y a la comunidad frente a la ruptura de la norma y reconciliarles con el responsable de ésta mediante una frecuencia suficiente en la imposición de molestias en forma de medidas de reproche productoras de costes para el culpable. Permite, si se da con una frecuencia y una incomodidad suficientes, y si se dan medidas de reproche bastante a los miembros de la comunidad jurídica, un aprendizaje sustitutivo, que asegura una disposición común al cumplimiento de la norma. Ello disminuye, si se da la suficiente frecuencia, la tendencia general a la imitación por parte de los organizadores de contactos sociales, a través del envío de eficaces mensajes contra-comunicativos que informan sobre la probabilidad de un esclarecimiento de las sospechas y sobre los consiguientes riesgos de pérdida del provecho obtenido mediante el delito, así como sobre la imposición de cargas restitutivas o la producción de costes harto gravosos. Esta intervención penal transmite a quienes eventualmente pretendieran obtener ventajas del delito el mensaje «*crime does not pay*» (la comisión del delito no vale la pena), a través de la *condición* de las ventajas del hecho. Ello significa, a través de la producción de costes retributivos, el mensaje, dirigido a los accesibles a la norma: «*crime is expensive*». Contrarresta, si se da con la suficiente frecuencia, el atractivo criminógeno de las carreras criminales exitosas, a la vez que, finalmente, las hace fracasar, llevando consigo importantes costes. Fomenta, entre los inclinados a cometer el delito, la preferencia por la comisión oculta del hecho, y, entre los responsables del delito, el ocultar la obtención de la ventaja. Disminuye así el número de los hechos observables, la extracción de ventajas por el hecho, la fama obtenida por su comisión, así como la fuerza criminógena de éstos. Contribuye, mediante el reconocimiento de una eventual motivación fundada prejurídico-penalmente, a una solución del conflicto sin acudir al delito y, con ello, a que pueda con relativa frecuencia predominar la conducta legal sobre la punible y ello pueda ser observado por los organizados de contactos sociales y ello les resulte alegre. Ello, por fin, contribuye a confirmar la disposición general a comportarse sin delito.

51. La culpabilidad, así como también otros elementos de la imputación, es un concepto normativo de adscripción. La imputación se da, sin embargo, sobre la base de un hecho constituido preenalmente de acuerdo con el lenguaje ordinario.

cc) Si contemplamos los resultados de la investigación empírica sobre la prevención general, en particular en el contexto de la teoría del aprendizaje social, puede sostenerse lo que sigue con la pretensión de una plausibilidad suficiente:

En primer lugar, esa función preventivo-general se cumple con una investigación lo bastante frecuente de las sospechas iniciales que de los delitos se tienen, con la identificación del delito cometido, con el enjuiciamiento, la desaprobación del hecho y las medidas portadoras de este reproche, de carácter *condictivo*, restitutivo de la situación de los bienes, y productoras de costes; no sólo con la fuerza del mensaje contra-comunicativo.

También con la seriedad de las medidas anejas al procedimiento de carácter gravoso, se refuerza, de manera simbólica, la vigencia de la norma. En segundo lugar, distribuyen las ventajas y cargas de la conducta adversa a la norma, con la pretensión de una justicia distributiva,⁵² por la cual se refuerce la común experiencia de que la fidelidad al Derecho a la larga es más rentable que la organización de contactos sociales lesiva de la norma. En tercer lugar, se mantiene así la aceptación de la norma por parte de los miembros de la comunidad, accesibles general-normativamente, y dueños de la organización de sus contactos sociales, a través del proceso de competencia por el hecho, y a través de la producción de costes condicionados a la culpabilidad del hecho. En cuarto lugar, inculca a todos los sometidos al Derecho a través de las frecuentes conductas penales, subjetivas y objetivas, la experiencia ajena y adquirida a través de otros, de que las expectativas de organización que la norma contiene vienen garantizadas por la pena, son protegidas frente a los inclinados al delito especialmente peligrosos o frente a los culpablemente responsables del delito, a través de una *condición* de la ventaja del hecho lo bastante frecuente, así como mediante una producción de costes lo bastante gravosa, proporcionada y limitada a la culpabilidad por el hecho. En quinto lugar, estas consecuencias transmiten a los miembros de la comunidad jurídica la experiencia de que las infracciones de la norma no sólo no resultan beneficiosas sino que incluso deben ser pagadas por los competentes del hecho. En sexto lugar, resaltan el costosísimo final que encuentran las careras criminales. Y, en séptimo lugar, hace más difícil la criminógena observación e imitación de unas violaciones de la norma que aporten a la larga una ventaja duradera.

dd) En suma: una contra-comunicación suficientemente frecuente contribuye, a través de un proceso penal esclarecedor de los indicios y que lleve a

52. Con respecto a la *iustitia distributiva* cfr. RESCHER, *Distributive justice. A constructive critique of the utilitarian theory of distribution*, Indianapolis, Ind., 1966.

cabo correctamente el enjuiciamiento del hecho, al mantenimiento de una disposición general a la observancia de la norma. Una *condiccción* de carácter obligatorio del provecho obtenido a través del delito lo bastante frecuente, envía a quienes tienen noticia de ella el mensaje aleccionador de que los hechos punibles y la participación en quebrantamientos de la norma no resultan rentables. La producción de costes lo bastante gravosos enseña, a su vez, que de los hechos punibles y de la participación en ellos debe responderse en los casos en que medie culpabilidad y/o una peligrosidad cualificada de la que sea prueba el hecho punible. La producción de costes lo suficientemente gravosos para castigo del culpable del hecho viene a mostrar que a los que resultan normativamente accesibles, los delitos les cuestan pérdidas de libertad, que van más allá de la pérdida de las ventajas obtenidas por el hecho y/o de la reparación de los daños producidos a los bienes de la víctima. Demuestran estos costes que todo aquel que sea normativamente accesible debe responder por haber organizado un contacto social en forma penalmente punible, y ello en forma limitada a la medida de su culpabilidad. La producción de costes retributivos tras la comisión de un delito, constituye una secuencia de dos males que, de acuerdo con una teoría de la pena conforme con la constitución penal no se justifica por sí misma. De estos dos males, el segundo (la pena) niega el primero (la vulneración de la norma). De acuerdo con una tal teoría de la pena, las producciones de costes retributivos sólo son legítimas como penas limitadas a la medida de la culpabilidad, si son necesarias para el logro de una común disposición a la observancia de la norma y en la medida en que lo sean.

C. CONTINUACIÓN

El tema «la actual discusión de la finalidad de la pena» con un ingenuo atrevimiento, también puede entenderse literalmente. Una interpretación literal permite abordar el tema desde un nuevo enfoque: ello permite o acaso fomenta hacerlo según un modo propio, esto es, seguir la actual discusión de la finalidad de la pena en el umbral del tercer milenio, aquí y ahora, con nueva perspectiva. Una discusión semejante requiere determinar las penas y sus fines mediante la evocación de su evolución histórica ante las necesidades de las sociedades civilizadas y desarrolladas, en consonancia con las grandes sentencias en relación con la constitución penal, y con los datos reales perfilados de un modo orientado al futuro.⁵³ En cuanto al terreno al que nos puede

53. Para la discusión sobre el proceso penal, cfr. WOLTER, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, Munich, 1991; así como HILGER, «Besprechung von Wolter», *GA*, 139 (1992), 138.

llevar una semejante comprensión, está, por expresarlo con los términos ya acuñados, la formulación de una prevención general conforme con la constitución penal, como prevención de asociación, la procesalización de la teoría de la pena y la reforma en un sentido preventivo-integrador de las consecuencias accesorias *condictivas* de la ventaja y productoras de costes.

I. La prevención de asociación es aquella prevención general que, estando acorde con el fin del Derecho y la constitución penal, es adecuada a una sociedad libre, preocupada por un disfrute de unas libertades amplias e iguales para todos y a un Estado que está al servicio de esta posibilidad de disfrute de la libertad. Esta definición tiene, superficialmente, tan sólo valor terminológico. De hecho el concepto de «prevención de asociación» viene a cerrar una cadena que llega hasta la teoría del contrato social, tal como ésta fue encuadrada en la teoría de la finalidad de la pena por BECCARIA y tal como cabe reformularla con metódico apoyo en la teoría de la justicia de RAWLS, con su pretensión de que existe una justicia anterior al derecho positivo.⁵⁴

Mientras que el argumentar con la constitución penal es auto-referencial dentro del sistema jurídico, el discurso basado en el contrato social reclama un acuerdo permanente. No se limita tan sólo a reproducir la esperanza ilustrada de ayer. Impide un pensamiento que razone en puros *topoi* de eficiencia utilitarista, los cuales podrían «en pos de la lucha contra la criminalidad» ignorar o minar la libertad.

I. La argumentación a partir de la teoría del contrato es aconsejable en vista del cambio espectacular del sistema de Derecho positivo. De la comparación de la teoría de la pena de Beccaria con las afirmaciones a las que llega una discusión conforme a la Constitución penal de la finalidad actual de la

54. Sobre la reformulación de la teoría del contrato social, cfr. RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975. De RAWLS se ha publicado en alemán: *Gerechtigkeit als Fairness*, 1977; «Ein Entscheidungsverfahren für die normative Ethik», en: BIRNBACHER/HOERSTER (ed.), *Texte zur Ethik*, 1976, pp. 124 y ss.; «Zwei Regelbegriffe» en: O. HÖFFE (ed.), *Einführung in die utilitaristische Ethik*, 1975, pp. 96 y ss. De las incontables publicaciones en inglés, cfr. aquí tan sólo «Fairness to Goodness», en: *The Philosophical Review*, 84 (1975), pp. 536 y ss. Cfr. asimismo BAUSCH, *Ungleichheit und Gerechtigkeit*, 1993; Brehmer, RAWLS «Original Position» oder Kants «Ursprünglicher Kontrakt», 1980; ENGIN-DENIZ, *Vergleich des Utilitarismus mit der Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls*, 1991; E.W. HALL, «Justice as Fairness. A Modernized Version of the Social Contract», en: *The Journal of Philosophy*, 54 (1957), pp. 662 y ss.; O. HÖFFE, *Über John Rawls Theorie der Gerechtigkeit*, 1977; KOHN, *Soziale Gerechtigkeit als moralphilosophische Forderung*, 1984; LÖBBE, «Die Auferstehung des Sozialvertrages. John Rawls Gerechtigkeitstheorie», en *Rechtstheorie*, 8 (1977), pp. 185 y ss.; ENGISCH, «Über Gerechtigkeit (Literaturbericht)», en: *ZStW*, 93 (1981), pp. 249 y ss.; KOCH/RÜBMANN, *Juristische Begründungslehre*, 1982, pp. 367 y ss.; POGGE, *Realizing Rawls*, 1989; SATTIG, *Kant and Rawls*, 1985; WETTSTEIN, *Über die Ausbaufähigkeit von Rawl's Theorie der Gerechtigkeit*, 1979.

pena, resulta que aquélla es de un valor absolutamente permanente. Ésta subordina la finalidad de la pena a la finalidad del Derecho. Ésta es una finalidad preventiva. La producción de costes, que la pena causa como efecto primario, para gravar al culpable del hecho, es vista en los aspectos de sensibilidad y de «preponderancia del mal». El beneficiarse de una ventaja obtenida por el delito es tenido en cuenta en la determinación del mal. La «levedad de la pena»⁵⁵ anticipa lo que hoy llamaríamos la necesidad racional y la limitación del alcance de la pena a través de la medida de culpabilidad por el hecho. La «infalibilidad de la pena» es, de acuerdo con las circunstancias, traducible como «probabilidad suficiente de sanción». Si BECCARIA no es leído y meditado más a menudo, ello puede deberse a una interpretación reductora del contrato social como si se tratara de un hecho histórico. Sin duda viene ello en perjuicio de la moderna discusión sobre la finalidad de la pena, a la que también importa lo «justo», considerado desde un punto de vista anterior al Derecho positivo, de sus juicios conformes a la constitución penal.

2. Una discusión actual sobre la finalidad de la pena puede tender el puente entre el ayer y el mañana mediante la reformulación de la teoría ilustrada del contrato social en la definición de la prevención de integración como una prevención general adaptada a una sociedad estructurada de acuerdo con el contrato social. La teoría del contrato social es el mínimo común denominador de la filosofía del Derecho del Estado y, por lo mismo, la base idónea de todas las democracias estatales de Derecho de cuño occidental, ya se vea el pueblo a sí mismo en «su responsabilidad ante Dios»⁵⁶ o «como soberano autónomo».⁵⁷ El modelo, constituido por un lado por sujetos de la sociedad que de un modo prudente se obligan, bajo el manto del desconocimiento de su propia situación y relación ante el Derecho, al disfrute de libertades individuales, amplias e iguales, y de un Estado que tiene que estar al servicio de la posibilidad de disfrute de esa libertad, es concebible como una reformulación de la teoría del contrato social. Ello resplandece también en el modelo de persona, de sociedad y de Estado de la actual constitución penal. A la teoría del *contrat social* le son propias algunas implicaciones, entre las cuales, el dere-

55. BECCARIA, *Von Verbrechen und Strafen*, traducido por Bergk, Leipzig, 1798, § 15 pp. 161 y ss.

56. Cfr. el preámbulo de la Constitución Alemana. Sobre el valor jurídico del preámbulo cfr. *BVerfGE* 5, 85, 127; 36, 1, 17.

57. Cfr. el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América: «WE THE PEOPLE OF THE UNITED STATES, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.» citado según KELLY/HARBISON/BELZ, *The American Constitution, Its Origin and Development*, 1983, p. 748.

cho de asociación, el mantenimiento del estatus social alcanzado, una igual capacidad jurídica, y la promesa de una fidelidad mutua al contrato. De ella deben inferirse una serie de consecuencias, entre las que estaría la construcción de un sistema de libertades individuales iguales para todos, lo más amplio posible, la obligación del Estado de asegurar el verdadero disfrute de tales libertades, y la misión del Derecho penal de proteger las libertades contractualmente garantizadas y las condiciones esenciales de funcionamiento de una sociedad establecida con arreglo al contrato, contra puestas en peligro o lesiones intolerables. Como finalidad genérica de la intervención penal, cabe definir la prevención de asociación, de acuerdo con la reformulación de la teoría del contrato social, como aquella prevención general que está vinculada por las decisiones valorativas que se siguen del contrato social (sobre todo en favor de la posibilidad de disfrute de unas libertades que sean para todos iguales, individuales, y lo más amplias posibles), en la medida en que sea adecuado y necesario desde el punto de vista de la prevención de asociación. La equivalencia con la culpabilidad por el hecho no es exigible de acuerdo con una racionalidad final; sólo a través de la medida de la culpabilidad del hecho es legítima una limitación del alcance de los costes.

3. Los procedimientos penales, por tanto, son legítimos, de acuerdo con el contrato social, sólo y en la medida en que se sustancien de un modo preventivamente conforme al contrato social. Esto supone, por un lado, el mandato de que el procedimiento penal no se supedite a un resultado final de justicia, sino que se estructure, partiendo de la consideración de su carácter conflictivo, de un modo tan equitativo de partida, que todo aquél que nada supiera de la víctima o de la agresión del autor pudiera razonablemente mostrarse conforme con el tipo y el modo de contra-comunicación procesal penal empleada y el modo en que ésta tiene lugar. Por otro lado, la intromisión, agravada procesalmente a través de la imputación de sospechas atributivas de la competencia por el hecho, en el derecho del afectado por el proceso al disfrute y al mantenimiento, con la menor perturbación posible, de su integración social, sólo es legítima, si y en la medida en que sean adecuadas al fin de prevención de integración. De haberse visto satisfechos en y a través del proceso todas las necesidades de prevención de integración, resultan legítimos tanto los sobreseimientos por razones de oportunidad como la imposición de consecuencias anejas prescindiendo de la pena.

II. Es objetivo perentorio de una teoría de la pena realista, el ampliarse hasta convertirse en una teoría que incluya en su discusión el Derecho procesal penal y los distintos procesos que se rigen por él. Pues un procedimiento penal lo suficientemente frecuente no sólo asegura aquella probabilidad de

sanción necesaria para la prevención de integración. También, con bastante frecuencia, cumplen con necesidades de prevención de integración, aun sin pronunciamiento de sentencia alguna.

1. La finalidad de un procedimiento penal conforme con la constitución penal es la contra-comunicación. Ésta tiene lugar mediante una averiguación lo bastante frecuente de los indicios de vulneración de una norma, y el descubrimiento de aquel responsable cualificado del hecho punible a quien puede cargarse el delito, así como el del responsable del hecho punible en calidad de partícipe. Una prevención de integración procesal penal a través de contracomunicación, actúa a través de una fijación suficiente de consecuencias lo bastante gravosas. Un proceso penal que persiga la prevención de asociación no consiste desde un principio en el esclarecimiento de todos los delitos eventualmente acaecidos ni tampoco en el castigo de todo culpable del hecho. No es asunto suyo ni el combate de toda criminalidad ni la retribución extendida a todas partes y/o equivalente de toda culpabilidad delictiva. Una tal retribución supondría la sobredimensión de los efectos primarios de la pena, a saber, el producir costes para gravamen del culpable del hecho; la recelosa consideración de todo ámbito vital desde la óptica de una lucha contra la criminalidad que, mediante la búsqueda y retribución de la culpabilidad, no supondría ningún servicio a la libertad, desde el punto de vista de la prevención de integración, sino que resultaría algo digno de un Estado policial. Un proceso penal conforme a la constitución penal presta su servicio preventivo-asociativo a la libertad en la medida en que reacciona, con una frecuencia suficiente, frente a sospechas iniciales que se presentan en forma de hechos concretos, las esclarece, descubre al competente del hecho y determina consecuencias de carácter procesal lo suficientemente gravosas.

Un proceso penal preventivo-asociativo no sólo exige de los otros la fidelidad común al Derecho. También da ejemplo de fidelidad jurídica. Pretende una prevención de integración a través de un palpable *fair-play* procesal. El Derecho procesal penal de un proceso penal preventivo-asociativo refleja la estructura conflictiva de un proceso penal enmarcado en una norma procesal a su vez competitiva. De este modo, el proceso penal preventivo-asociativo prevé el derecho de negación de los hechos, de intervención y de control en favor del procesado. Compensa de modo en principio justo la irrenunciable hegemonía estatal en la persecución del delito con el contrapoder del procesado garantizado jurídicamente. No se pretende con ello la prevención especial positiva. Antes bien, se pretende conseguir unos procesos penales lo más carentes posibles de efectos desocializadores desde el reconocimiento del derecho a la resocialización y al mantenimiento de la socialización alcanzada.

Al mismo tiempo, un proceso penal acorde con la prevención de asociación viene a dar cumplimiento a los derechos del procesado en justa consonancia con la idea del Estado social de Derecho. Permite al procesado el ejercicio de sus derechos. A la idea de un Estado social se corresponde también, el que la eventual víctima de un hecho punible se vea liberada de la carga de la prosecución de un proceso y ésta pase a ser transferida al Estado. Un Derecho penal de un Estado social presta su voz al menos a aquellos que, prejurídicamente eran y/o son demasiado débiles para defenderse contra las infracciones de la libertad punibles. Eleva su voz por aquellos que no pueden hacer valer sus intereses por sí mismos o al menos no mediante la fuerza de un proceso. El Estado social monopoliza una persecución en gran medida preventivo-asociativa de los delitos en el ámbito del Estado. Asegura de este modo la posibilidad real de disfrute de un sistema de libertades individuales, amplias e iguales frente a la organización de contactos sociales infractores de la norma. El Derecho penal preventivo asociativo de un Estado social intercede en favor de la víctima y de la comunidad.

2. La idea rectora de la prevención de asociación incorpora al modelo de contrato social reformulado, los valores del Estado social de Derecho, así como la idea de la prevención de aquellas causaciones de riesgo intolerables, en servicio de la libertad. A diferencia de la teoría de la retribución que sólo se ocupara de una justicia comutativa final, o de una teoría de la paz jurídica que no se fijara en la especial estructura del procedimiento penal, o que no estuviera atenta a todos los tipos de procedimientos judiciales, el pensamiento de la prevención de asociación establece también limitaciones al poder del Estado y fomenta una justicia genuinamente procesal penal en todas las fases del procedimiento penal. La justicia procesal penal es *fair play* procesal penal. Ésta debe definirse «under the veil of ignorance», esto es, haciendo abstracción del carácter de víctima o de autor. La justicia procesal penal se compone de dos elementos. Consiste en primer lugar en el resultado de convertir, de un modo acorde con la constitución penal, la estructura objetivamente conflictiva de un procedimiento penal preventivo-asociativo en una estructura normativa, «competitiva», que contrapesa de modo en principio equilibrado poder y contrapoder, mediante los derechos a la presunción de inocencia, a negar los hechos, a la contradicción y a la intervención del procesado. Es, en segundo lugar, la solicita realización de los derechos del procesado, que asegura en la justa medida el ejercicio procesal de estos derechos. Un proceso justo, conforme a la constitución penal, precisa también de la fijación y observancia de unas prescripciones justas de partida, en materia de obtención de pruebas. Ello conlleva claramente las prohibiciones de empleo de pruebas ilícitamente obtenidas, como medio de protección jurídico-material intraprocesal.

3. El pensamiento rector de la prevención de asociación no es tan sólo la realización de valores. También está empíricamente apoyado en cuatro datos criminológicos. A saber, el aprendizaje social, la influencia de la probabilidad de averiguación y de sanción sobre la disposición a cometer nuevos hechos punibles, el carácter intercambiable de las sanciones por encima de un determinado umbral de incomodidad (en cuyo carácter variable existe acuerdo), y el efecto secundario antes desocializador que (re)socializador de las penas de prisión continuada. Por consiguiente, favorece, al lado del esclarecimiento, libre de arbitrariedad, de todas las sospechas iniciales, una sustanciación del proceso penal con un efecto desocializador reducido y una leve producción de costes.

4. De este modo, un servicio a la libertad prestado así, a través del Derecho criminal y de un proceso penal con el suficiente éxito, no es pura ilusión. La organización criminal de contactos sociales se aprende, como también cualquier otro comportamiento social, a través de la observación y la imitación. Al reaccionar los procedimientos penales con la suficiente frecuencia frente a las primeras sospechas de quebrantamiento de la norma, al realizarse frente al delito diligencias de investigación lo bastante exitosas, y al imponerse consecuencias suficientemente gravosas se reducen, entre los ejemplos de organización observables, los de tipo delictivo. En los procedimientos penales apenas se trata de los déficit criminógenos, en la dimensión personal y social de los potenciales delincuentes. No se pone remedio a estos déficit, de los que adolecieron los hallados responsables del hecho y que les han llevado, como era de esperar, a la producción del hecho.

Los procesos penales velan porque las comisiones de hechos criminales y las obtenciones de ventajas a través de éstos tiendan a caer en una clandestinidad que impida su observación y/o se vea disminuida su virtualidad ejemplar. A la vez, los procesos penales, una vez ha resultado probada la ruptura de la norma y la responsabilidad por el hecho, al privar obligatoriamente del provecho obtenido a través del delito al beneficiario del mismo, persuaden a la comunidad jurídica de que «el crimen no merece la pena». Al introducir la producción de costes necesarios desde el punto de vista preventivo-integrador, una vez ha quedado probada la vulneración de la norma y la responsabilidad por el hecho, inculcan a la comunidad jurídica que los responsables del hecho deben pagar su organización punible de los contactos sociales. Al reaccionar así, mantienen la común disposición al cumplimiento de la norma. Al contribuir de modo reforzado a la restitución de la situación de los bienes de la víctima dañados a su pristino estado, fomentan la reconciliación de la víctima y de los otros miembros de la comunidad jurídica con el responsable del hecho. En la medida en que los procesos penales declaran culpables a los responsa-

bles del hecho punible por malversar su libertad en la organización de contactos sociales, dirigiéndola hacia el delito, a pesar de ser accesibles a la norma, en esta misma medida mantienen la convicción común de que todo aquel que sea accesible normativamente debe permitir que se le impute la organización de su contacto social y, cuando sea el caso, responder de ello mediante la imposición de costes. La afirmación de tales efectos secundarios como «finalidad» preventivo-asociativa no pretende ser sólo una «idea simbólica».⁵⁸ Antes bien, a pesar del carácter controvertido y de la vaguedad de los resultados de la investigación sobre la eficiencia preventivo-general, puede sostenerse que procesos penales lo bastante frecuentes, en los que, además, se den consecuencias del proceso lo bastante gravosas, tienen un efecto más que casualmente frecuente de promoción de la resistencia frente al crimen, que resulta plausible desde el punto de vista de la teoría del aprendizaje y de la psicología profunda. Contradice el *common sense* y la experiencia de la eficacia estabilizadora de la norma que tienen las sanciones pre-jurídico-penales el aceptar que sanciones de tipo penal con un importante contenido afflictivo no han prestado ninguna contribución, generalmente eficaz, con una frecuencia más que casual, a la conservación de la disposición común al cumplimiento de la norma. Los esfuerzos por una prevención de asociación jurídico-penal no es la culminación del intento erróneo de dirigir rígidamente el modelo de sanción a la «finalidad de limitación del riesgo por medio de la prevención».⁵⁹ La producción penal de costes, la *condición* de la ventaja y la eventual restitución no han de ser desacreditadas «como depósito que recoge los casos en que la prevención⁶⁰ ha fracasado». Antes bien, se trata, dicho de modo que resulte claro, de medios en servicio de la libertad, de «levedad» suficiente, y subsidiarios (y, sin embargo, hasta ahora imprescindibles); se trata de un servicio que el Estado tiene que prestar en interés de unas libertades individuales, disfrutables con carácter general, amplias e iguales para todos, del modo menos desocializador posible.

III. Una discusión actual de la finalidad de la pena no puede únicamente ocuparse de modo narcisista de sí misma. Desea salir de una reflexión centrada en la constitución penal de carácter intraesotérica, para alcanzar un discurso que resulte eficaz en el mundo exterior de todos los días. Quiere ser un factor que guíe la praxis y la mejore. No describe tan sólo, en una simplificación positivista, los efectos y funciones de la reacción jurídico-penal ante las vul-

58. P.-A. ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *StV*, 1994, pp. 265 y ss., 266.

59. P.-A. ALBRECHT, «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *StV*, 1994, pp. 265 y ss., 266.

60. GRIMM, «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», *KritV*, 1986, pp. 38, ss., 39.

neraciones de la norma de carácter punible. Tampoco se limita a aportar conocimientos sobre la cuestión de bajo qué condiciones y con miras a qué fines legítimos, tienen lugar en los procesos penales, de modo conforme a la constitución penal, el esclarecimiento de las sospechas, la identificación del hecho, su enjuiciamiento e imposición de consecuencias anejas al proceso de carácter *condictivo*, restitutivo y productivo de costes. Muestra también, mediante ejemplos, qué ventajas puede procurar la prevención de asociación como pensamiento rector de la reacción penal *de lege lata* y *de lege ferenda*. *De lege lata* contribuye a una «reforma interna del Derecho penal» a la vez que precisa la teoría de los bienes jurídicos mediante su recurso a la constitución penal, y se ciñe, en el marco del tenor literal de las descripciones legales de los delitos, a una interpretación de los tipos conforme a la constitución penal. La actual discusión sobre los fines de la pena asigna al proceso penal la misión de asegurar de un modo conforme a la constitución penal una contracommunicación lo bastante frecuente a través del esclarecimiento de los indicios, la delimitación del delito y el enjuiciamiento del mismo, todo ello libre de arbitrariedades, así como mediante la fijación de consecuencias accesorias de carácter *condictivo* de la ventaja, restitutivo y productivo de costes. Es compatible con el cumplimiento valorativo de la finalidad preventivo-asociativa de los procesos penales conformes con la constitución penal, el reflejar la estructura normativa competitiva. Gracias a ésta el indispensable poder del Estado encargado de la persecución del delito se contrapesa mediante un adecuado contrapoder en forma de derechos de negación, de intervención y de control, en la medida en que estos contrapoderes se ejerzan de acuerdo con la necesidad. Para ser conforme con la constitución penal, el proceso penal de carácter preventivo-asociativo exige que los efectos desocializadores se reduzcan lo más posible. La idea rectora de la prevención de asociación reclama asimismo abandonar la actual regulación de la prescripción en favor de una *condición* de la ventaja de carácter obligatorio, que (contra el Derecho vigente) desprovea a todo aquel que se haya enriquecido con un *lucrum ex crimen* de la ventaja obtenida, sin tener en cuenta si otro tiene un derecho sobre esta ventaja. La reparación del daño es integrable, como consecuencia accesoria de carácter restitutivo, en un sistema de sanciones preventivo-asociativo. En la medida en que los presupuestos de la *condición* del provecho obtenido y del deber de restitución se averigüen y determinen correctamente, la víctima, cercenada en sus bienes y mermada en sus libertades, se ve en buena medida liberada de la carga de la conducción del proceso contra los responsables del hecho. Los procedimientos penales de carácter preventivo-asociativo transfieren la carga del impulso del proceso al Estado. Las consecuencias productoras de costes para gravar a los sujetos colectivos a los que no cabe cargar

de otro modo, son, para una teoría de la prevención de integración, legítimas más allá de la medida de lo que hoy es posible de *lege lata*. Cabe articular esto con los pensamientos sistemáticos sobre el delito. Sin embargo, las soluciones que de ello se extraen, como, por ejemplo, el desarrollo de un macroconcepto edificado sobre la organización autoregulada de contactos sociales, son discutibles.

D. PERSPECTIVA GENERAL

El *leitmotiv* de la prevención de asociación consiste en pretender alcanzar una concepción globalizante. Quiere, en efecto, dirigir la interpretación del Derecho penal vigente, del Derecho sancionador y del Derecho procesal penal.

Esconde en sí un potencial utópico que va más allá incluso del día de hoy. Ya que, al menos a medio plazo, no cambiará nada en los datos criminológicos en ella contenidos, ni en los fundamentos jurídico-estatales y filosófico-sociales. Tras todas las experiencias históricas de este siglo es de esperar que esta idea de la prevención de asociación, con raíz en el contrato social, en las democracias estatales de Derecho modernas, enriquecida con los elementos del Estado social, encomendará al Derecho penal del siglo que viene la misión de asegurar el real disfrute de más libertades individuales, amplias e iguales para todos y en servicio de la prestación de libertad del Estado y de los subsistemas diferenciados de la sociedad, y de utilidad para la libertad, contra las puestas en peligro de estas libertades de carácter lesivo de la norma, y de las condiciones esenciales de funcionamiento de la prestación de libertad del Estado y de la sociedad.

La teoría de la pena de la prevención de asociación, en efecto, pone algunas veces el acento sobre aspectos distintos a los de la teoría de la prevención de integración de ROXIN.⁶¹ Así, ésta concede una importancia menor a la prevención especial, ya que no ve en la prevención especial positiva un fin de la pena, sino un objetivo a alcanzar. Por ello no habla del binomio de penas y medidas de seguridad. En vez de eso, habla, siguiendo la terminología legal, del binomio de penas y medidas, así como, en el análisis de los efectos primarios y secundarios de las medidas accesorias jurídico-penales, emplea la tripartición entre *condición* de la ventaja, restitución y producción de costes. Finalmente, esta teoría llega, gracias a la «procesalización» por ella empren-

61. ROXIN, «*Strafrecht*», AT, t. I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.^a ed., 1994, § 3 n.^o 35, 36 y ss.

dida de la teoría de la pena a una determinación distinta de cuál sea el fin y el objetivo del procedimiento penal. Y es que para la prevención de asociación el objetivo del procedimiento penal no es la decisión sobre la punibilidad del inculpado: «1.º materialmente correcta, 2.º alcanzada con arreglo al ordenamiento procesal, y 3.º creadora de la paz jurídica».⁶² El Fin del proceso penal es el aseguramiento de la posibilidad de un general disfrute de unas libertades iguales, amplias e individuales. Finalidad del procedimiento penal es la prevención de asociación. Los procesos penales subjetivos y objetivos son contra-comunicativos. Contribuyen, lo mismo si se siguen contra un imputado que si se dirigen contra un procesado, a la conservación de la disposición común al cumplimiento de la norma, siempre y cuando se dé una frecuencia que no sea meramente casual, siempre que esclarezca, de conformidad con la constitución penal y con la suficiente frecuencia, los indicios en torno al hecho y los posibles competentes del hecho, lo haga de un modo justo, y les imponga consecuencias lo bastante gravosas. No obstante, el concepto total de la prevención de asociación está muy vinculado a la teoría de la finalidad de la pena de ROXIN. Participa de su punto de partida, a saber, que la finalidad de la pena sólo puede ser de carácter preventivo. Se orienta, al igual que la teoría preventiva de integración, con la constitución y a la protección de la libertad individual y de un orden social al servicio de ésta, con un concepto de Constitución que va más allá de la *constitutio domestica* para alcanzar el Derecho supranacional y el Derecho internacional de carácter convencional. Lo cual lleva a interpretar el principio de la medida de la culpabilidad en favor del responsable del hecho normativamente accesible, de modo que sirva como medio para limitar el alcance de los costes impuestos. Esta teoría es, por tanto, tributaria de las enseñanzas y de la persona de ROXIN, sin las cuales nunca me hubiera sido posible el escribirla. Por ello, vaya para él, aquí y ahora, mi agradecimiento.

62. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23.^a ed., 1993, § 1 n.^o 3.

APORTACIONES DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA A LA RESOLUCIÓN DE LAS ANTINOMIAS DE LOS FINES DE LA PENA

Mercedes PÉREZ MANZANO

Profesora Titular de Derecho penal.

Universidad Autónoma de Madrid

INTRODUCCIÓN

I. Sin duda el concepto que mayor interés y debate ha suscitado en la doctrina penalista en el marco de los fines de la pena en los últimos años es el de prevención general positiva.¹ Y sin duda también, es Claus ROXIN uno de los penalistas que más esfuerzos ha dedicado a su caracterización, delimitación y ensamblaje en la teoría del fundamento y fines de la pena. Por ello, en un congreso en su homenaje parece obligado retomar este tema, intentando contribuir, a clarificar las virtudes y defectos, contribuciones y disfunciones de la prevención general positiva.

La introducción en el debate sobre los fines de la pena de la prevención general positiva pretende romper el círculo del esquema clásico sobre este tema. Círculo que se caracteriza por dos notas: la no superación de las críticas que cada una de las teorías sobre los fines de la pena esgrime sobre las otras y la contraposición absoluta entre teorías retributivas y relativas, que se manifiesta en las antinomias de los fines de la pena en el marco de las teorías mixtas.

En primer lugar, la prevención general positiva pretende buscar una salida fuera de los tradicionales fines retributivo, preventivo especial y preventivo

1. Cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990, p. 17, nota 1 y VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989; BERTEL, *Pallin-FS*, 1989, pp. 31 y ss.; ZIPF, *Pallin-FS*, pp. 479 y ss.; MOOS, *Pallin-FS*, pp. 284 y ss.; DÖLLING, *ZStW*, 102 (1990), pp. 1 y ss.; BLATH, en *Durchsetzung und Wirkung von Rechtsentscheidungen*, 1990, pp. 101 y ss.; GREIVE, *Loccumener Protokolle*, 1990, pp. 412 y ss.; KARGL, *KB*, 1990, pp. 105 y ss.; BARATTA, *Pena y Estado*, 1991, pp. 37 y ss.; HASSEMER, *Pena y Estado*, 1991, pp. 23-36; BOCK, *ZStW*, 103 (1991), pp. 636 y ss.; HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag positiver Generalprävention*, 1992; HERMANN, *GA*, 1992, pp. 516 y ss.

general negativo que no han conseguido solventar sus críticas. La crisis de la resocialización y el imposible retorno a la retribución se apuntan como causas que han contribuido decisivamente al auge de la prevención general positiva.² El desaliento de los países que en las décadas precedentes llevaron a la práctica tratamientos resocializadores sin resultados positivos en relación con las tasas de reincidencia, la elevada cifra negra de delitos que pone en tela de juicio el efecto de neutralización del delincuente, y la dificultad de conciliar la ideología del tratamiento con las garantías del Estado de Derecho, han llevado a la doctrina penalista a buscar el fin de la pena por caminos distintos a la prevención especial.³ Por otro lado, la vía de solución no puede encontrarse en la retribución. En primer lugar, porque la evolución del Estado moderno conduce a negar que su función pueda consistir en la realización de fines trascendentes o metafísicos, y, en segundo lugar, porque base de la retribución es la culpabilidad anclada en el poder actuar de otro modo que se considera de imposible verificación empírica.⁴ Si en este marco sólo es posible asignar a la pena y al Derecho penal fines sociales, parece que la única salida posible es la acentuación de la prevención general como fin de la pena.⁵ Sin embargo, las críticas a la intimidación —la no delimitación del *ius puniendi* y, fundamentalmente, la instrumentalización del individuo—⁶ no han sido superadas, de modo que se impone dotar a la prevención general de un nuevo contenido.

En segundo lugar, la prevención general positiva pretende matizar la disyuntiva de imponer una pena *quia peccatum est* o *ne peccetur*, con la que se expresa la contraposición entre teorías absolutas y relativas, que ha marcado los parámetros de la discusión tradicional sobre los fines de la pena. Ello se intenta por dos caminos: por un lado, afirmándose el efecto preventivo general positivo de la pena adecuada a la culpabilidad— que conlleva la negación

2. HASSEMER, en: VV.AA., *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 34 y ss.; ZIPP, *Kriminapolitik*, 2.^a ed., 1980, pp. 84 y ss., trad. 1.^a ed., pp. 73 y ss.; KAUFMANN, Arm., *Die Aufgabe des Strafrechts*, p. 19; EUSEBI, *RIDPP*, 1983, p. 948; BARATTA, *CPC*, 1984, pp. 543, 544; MIR, *Poder y control*, 1986, p. 50, trad. al alemán, ZStW, 1991, p. 915; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 26; BOCK, ZStW, 103 (1991), p. 637.

3. Sobre la crisis de la resocialización cfr. por todos MUÑOZ CONDE, *CPC*, 1979, pp. 93 y ss.; JESCHECK, ZStW, 91 (1979), pp. 139 y ss.

4. Sobre el retroceso de la retribución en relación con el Estado social cfr. ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 12 y ss., trad. pp. 20 y ss.; GARCÍA PABLOS, *Boletín de la Fac. Derecho UNED*, 1982, p. 19; STELLA, en ROMANO/STELLA, *Teoría e prassi*, p. 17; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, 1985, p. 126; MIR, *Poder y control*, 1986, p. 50, trad. ZStW, 1991, p. 915. Sobre las críticas a la culpabilidad por todos ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., 1970, pp. 23 y ss.; GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, pp. 106 y ss., trad. ZStW, 82 (1970), pp. 379 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 93 y ss.

5. Por todos DOLLING, ZStW, 102 (1990), p. 1; ROXIN, *AT*, I, 1992, § 3 Nm 36.

6. Sobre las críticas a la intimidación cfr. por todos ROXIN, *JuS*, 1966, pp. 8 y ss., trad. pp. 12 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 236, nota 79.

—o al menos matización— de la antinomia culpabilidad-prevención general; y, por otro, afirmando que la renuncia a la pena por razones de prevención especial también tiene efectos de prevención general. Con ello se intenta solucionar la cuestión de las antinomias de los fines de la pena que constituye el punto más débil de las teorías mixtas de la pena, mayoritarias en la actualidad.⁷

Como el tiempo asignado para esta exposición no permite un planteamiento global del tema, en esta exposición me voy a centrar en las tesis de nuestro homenajeado, en concreto en la solución de las antinomias entre culpabilidad, prevención general y prevención especial a través de la prevención de integración.

II. Es de sobra conocida la teoría dialéctica de la unión de ROXIN, enunciada en «*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*» y desarrollada en posteriores escritos.⁸ Conforme a ella, misión última del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, que se consigue satisfactoriamente teniendo en cuenta, preferente o conjuntamente, en los distintos momentos del proceso punitivo, tanto la prevención general como la prevención especial y la culpabilidad. En la fase de amenaza legal de pena prima la prevención general, en la de imposición y medición judicial debe tenerse fundamentalmente en cuenta la culpabilidad y los derechos del culpable sin olvidar que sirve a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal y a la intimidación individual, y por último la fase de ejecución de la pena debe estar guiada por las ideas de resocialización y reinserción sociales. Su teoría sobre los fines de la pena se complementa con la tesis de la culpabilidad como límite máximo en la determinación de la pena.

Aunque esta tesis resulta más satisfactoria que otras teorías mixtas, que simplemente suponen la adición de un fin a otro, tampoco es del todo adecuada en cuanto a la solución de las antinomias de los fines de la pena; en primer lugar, porque en la medida en que la prevención general de intimidación puede exigir una pena superior a la culpabilidad, funcionar con la culpabilidad como límite máximo implica una pérdida de eficacia preventiva general; y, en segundo lugar, porque, en tanto la pena puede ser rebajada por debajo del límite mínimo exigido de la culpabilidad, se produce una pérdida de eficacia preventiva general y retributiva en favor de la prevención especial.

7. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 263 y ss.

8. Schultz-FS, 1977, pp. 463 y ss., trad. en MUÑOZ CONDE (ed. a cargo) *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, en *Derecho Penal*, 1981, pp. 93 y ss.; Bruns-FS, 1978, pp. 183 y ss., trad. en *Culpabilidad y prevención*, pp. 115 y ss.; Bockelmann-FS, pp. 279 y ss., trad. en *Culpabilidad y prevención*, pp. 147 y ss.; JA, 1980, pp. 221 y ss.; *Iniciación al Derecho penal hoy*, pp. 23 y ss.; en SCHÖCH (ed. a cargo), *Die Wiedergutmachung*, pp. 37 y ss.; AT, I, § 3 Nm 36 y ss.; Baumann-FS, pp. 243 y ss.

Con el paso del tiempo ROXIN ha introducido el concepto de prevención de integración para ensamblar sin traumatismos los fines de la pena en el marco de su teoría dialéctica de la unión. Prevención de integración es para ROXIN⁹ el efecto de pacificación que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente de manera que el conflicto social se soluciona a pesar de la infracción normativa. Este efecto de pacificación se consigue con la imposición de la pena adecuada a la culpabilidad porque se corresponde con el sentimiento jurídico de la generalidad. En concreto «El sentido de justicia que tiene gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica de la colectividad, exige que nadie pueda ser sancionado con una pena más dura a la que merece; y merecida es sólo una pena que corresponde a la culpabilidad».¹⁰ En consecuencia, que la medida de la culpabilidad sea el límite máximo de la pena no implica una pérdida de eficacia preventivo general, porque la pena adecuada a la culpabilidad produce el efecto integrador. Entre las virtudes de la prevención de integración hay que apuntar que consigue mantener la prevención fuera de la tendencia a la exasperación de la pena de la intimidación. Por otro lado, el límite mínimo de pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajado, incluso hasta la no ejecución de la pena, por razones de prevención especial, sin que sufra merma la prevención de integración en ciertos casos. Ello significa que prevención general y especial no son tan antinómicas¹¹ si entendemos la primera en los términos de la prevención de integración. En los casos en los que la rebaja de la pena por razones de prevención especial suponga una pérdida de confianza en el ordenamiento o que no se tome en serio la sanción, entonces la prevención de integración operará como límite mínimo de pena que no se puede rebajar.¹²

Por último, la prevención de integración le sirve a ROXIN para dar entrada a la reparación del daño en el sistema de reacciones penales al delito sin que ello produzca distorsiones. Pues no se trata sólo de que la reparación del daño tenga efectos resocializadores en el delincuente, sino que también tiene efica-

9. Aunque en anteriores escritos (*JuS*, 1966, p. 18, trad. p. 25) se refiere a efectos preventivo general positivos como la salvaguardia del ordenamiento jurídico, y a la eficacia preventivo general de la pena adecuada a la culpabilidad, (*Schultz-FS*, pp. 466 y ss.), no reconoce haber perfilado el concepto hasta *Bockelmann-FS*, p. 305, trad. pp. 182 y ss. Marcando distancia de otras tesis en *SCHÖCH* (ed. a cargo), *Die Wiedergutmachung*, p. 48; *AT*, I, § 3 Nm 27 y 47. ROXIN pretende diferenciar este efecto del efecto de confianza y del efecto de motivación social-psicológica; *Zippf, Pallin-FS*, p. 483 niega que se pueda diferenciar del efecto de confianza.

10. *AT*, I, § 3 Nm 47.

11. Aunque en el *Schultz-FS*, pp. 470, 472, trad., pp. 101, 103, ya apuntaba la defensa del ordenamiento jurídico como límite mínimo de pena que aún produce efectos preventivo general integradores, no es hasta su *AT*, I, § 3 Nm 40 que queda perfectamente caracterizada.

12. De las relaciones entre prevención de integración y prevención especial me ocuparé en el epígrafe II.

cia preventivo-integradora ya que «presta una significativa contribución a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando el daño se repare, la víctima y la colectividad considerarán suprimidas las molestias sociales originadas por el hecho». ¹³

I. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO MATIZACIÓN DE LA ANTINOMÍA CULPABILIDAD-PREVENCIÓN GENERAL Y LÍMITE DE LA INTIMIDACIÓN

La tesis de la prevención de integración de ROXIN retoma la vieja idea de la eficacia preventiva de la pena adecuada a la culpabilidad.¹⁴ Idea que si a ROXIN le sirve para defender la prevención de integración, es utilizada por los críticos de la prevención general positiva para poner de relieve las presuntas conexiones entre la retribución y la prevención general positiva.

En relación con las conexiones entre prevención general positiva y retribución resulta sorprendente constatar varias cuestiones: en primer lugar, que los autores que se citan ahora como antecedentes más claros de la prevención general positiva han sido tildados siempre de retribucionistas: HEGEL, KOLH-RAUSCH, BINDING, WELZEL, H. MAYER.¹⁵ Y en segundo lugar, sorprende también que esta conexión es argumentada con carácter crítico con muy distintas pretensiones: por un lado, se afirma desde una perspectiva crítica a la retribución que la prevención general positiva no es más que la idea de retribución clásica teñida de un tinte psico-social,¹⁶ pretendiendo contagiar a la prevención general positiva las críticas a la retribución; por otro, parecen encontrar nuevos argumentos en su apoyo quienes defienden la retribución. Así, Art. KAUF-

13. AT, I, § 3 Nm 64. Antes en SCHÖCH (a cargo) *Wiedergutmachung und Strafrecht*, pp. 48 y ss. En el mismo sentido cfr. MOOS, *Pallin-FS*, p. 316.

14. Son muchos los autores que sostuvieron que la pena retributiva era una pena final en cuanto genera satisfacción de la conciencia social al adecuarse a la culpabilidad; en esa medida sería la pena preventivamente más eficaz. MERKEL, H. MAYER (MERKEL, en *Gesammelte Abhandlungen*, II, 1889, pp. 689, 692, 700, 708; el mismo *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 175 y ss., y 187 y ss.; H. MAYER, *Das Strafrecht*, 1936, p. 26) o más modernamente NOLL y NOWAKOWSKI (NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, p. 22; NOWAKOWSKI, *Rittler-FS*, pp. 64 y ss., 84 y ss.) en Alemania y RODRÍGUEZ MOURULLO (RODRÍGUEZ MOURULLO, *RGLJ*, 1965, p. 10) en España han defendido la eficacia preventiva de la pena adecuada a la culpabilidad. Cfr. bibliografía más moderna en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 263, notas 188, 189, 191. Además, ZIPF en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, 1987, pp. 156, 159; el mismo *Pallin-FS*, p. 487; MOOS, *Pallin-FS*, pp. 292 y ss., 310.

15. Cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 28, 29. Ello no significa que entre los partidarios de la prevención general no se hayan defendido estas ideas. Por todos ANTON ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944, p. 97.

16. Cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, p. 36; el mismo en MIR (ed. a cargo), *Derecho penal y Ciencias Sociales*, 1982, pp. 147, 152 y ss., hay traducción al alemán en GA, 1984, pp. 393 y ss.; EUSEBI, *RIDPP*, 1983, p. 1.335; GARCÍA ARAN, *ADPCP*, 1988, pp. 88 y ss.

MANN¹⁷ afirmó «Hoy se habla de estabilización y necesidad de estabilización porque se avergüenzan de la expresión “retribución”. Conscientemente no puede dejar de reconocerse que no todo lo que hoy navega bajo la bandera “prevención general positiva” tiene el sentido de la retribución. Pero su esencia es retribución, o, si se prefiere oír así, “compensación de la culpabilidad”».

Los defensores de la eficacia preventiva de la pena adecuada a la culpabilidad argumentan, sin embargo, de forma distinta que sus dos corrientes críticas y sus antecesores. Distinto de los retribucionistas clásicos porque afirman algo más sobre la pena: la pena no se agota en ser mera retribución del hecho, la pena se justifica por su carácter final, es decir, porque sirve a la obtención de fines sociales. Y distinto de los defensores de la prevención general clásica porque afirman algo menos: el efecto preventivo general de la pena no es la intimidación.

a) Si el principal argumento de las teorías relativas de la pena contra la teoría retribucionista es su absolutividad, es decir, concebir la pena desprovista de fines, el argumento no es válido contra la prevención de integración, porque la pena es para ella una pena final. Esto es absolutamente claro en la tesis de ROXIN, cuyo punto de partida y eje argumentativo es claramente preventivo.¹⁸ A otra conclusión sobre la equiparación entre la prevención general positiva y la retribución podríamos llegar si se argumentara afirmando que el planteamiento retribucionista tomaba en cuenta el efecto psico-social. En este caso no podríamos negar la relación entre retribución y prevención general positiva, pero sí que la retribución implique un planteamiento metafísico. Entonces el error lo habrían cometido los que criticaron y critican la retribución por su carácter metafísico; pues si se incluye el efecto psicosocial de la pena retributiva ya no estamos ante una explicación metafísica de la pena sino ante un tipo de pena con fines sociales.¹⁹

Por otro lado, la prevención de integración se utiliza para limitar la intimidación a través de la culpabilidad, pero ello no significa que se admita la *bilateralidad* del principio de culpabilidad. La retribución como teoría absoluta implica la bilateralidad del principio de culpabilidad, es decir, que la pena *presupone* culpabilidad y que *siempre* que se manifieste la culpabilidad hay que sancionar con una pena. Sin embargo, los defensores de la eficacia preventiva de la pena adecuada a la culpabilidad, y en concreto ROXIN, utilizan la prevención de integración en el marco de las teorías mixtas como *complemento* de su argumentación y no con carácter exclusivo. Ello significa que no

17. H. Kaufmann-FS, 1986, pp. 429, 430.

18. AT, I, § 3 Nm 36 y ss.

19. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 270 y ss., ROXIN, *Baurmann-FS*, p. 249.

siempre que exista culpabilidad se va a imponer una pena, sino que se tomarán en consideración otros criterios finalistas-preventivos.

b) En segundo lugar, la prevención general positiva es una tesis preventivo general distinta de la clásica al no explicar el efecto a través de la intimidación. Con ello se pretende desvincular la prevención general de las críticas éticas tradicionales: la instrumentalización del individuo y la tendencia a la extralimitación y al terror penal.²⁰

El acierto de la tesis de ROXIN, como el de todos los que utilizan el argumento de la eficacia preventiva de la pena adecuada a la culpabilidad, depende de que efectivamente se produzca este efecto. Desde la perspectiva metodológica, utilizar un argumento preventivo general positivo para reclamar el mantenimiento de la culpabilidad tiene sus propias limitaciones, pues implica que su validez depende de la verificación empírica del efecto. Parafraseando a HASSEMER,²¹ si no se consigue fundamentar empíricamente que la culpabilidad tiene ese efecto integrador, la argumentación pierde «su dignidad científica» y «su legitimidad práctico-normativa». Pues bien, entiendo que por el momento ni la prevención general clásica ni los efectos que se incluyen en la prevención general positiva están suficientemente probados.²² Por ello suscribo la afirmación de STRATENWERTH²³ de que «si los conocimientos empíricos sobre la prevención general son insuficientes, no se puede afirmar que la pena adecuada a la culpabilidad sea por lo general la pena preventivo general más eficaz». La consecuencia es que si dudamos sobre el argumento empírico del efecto preventivo integrador de la pena adecuada a la culpabilidad, entonces existen dudas sobre la necesidad de mantener, desde la prevención de integración, la culpabilidad como límite de la pena.²⁴

Sin embargo, las dudas sobre la validez absoluta del argumento no excluyen que la afirmación expresa algo *parcialmente válido*. La validez de la argu-

20. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 27; ZIPF, *Pallin-FS*, p. 481.

21. En VV.AA., *Fortschritte in Strafrecht*, 1983, p. 56. Utiliza el argumento y las expresiones refiriéndose a la fundamentación del Derecho penal en sus consecuencias. En sentido similar BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, p. 201.

22. *Culpabilidad y prevención*, pp. 228 y ss. y 248 y ss. En el mismo sentido ZIPF, *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, p. 156; el mismo *Pallin-FS*, p. 485. Sobre las investigaciones empíricas sobre la prevención general cfr. DÖLLING, *ZStW*, 102 (1990), pp. 1 y ss., 8-9; HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, 1992, p. 51, niega incluso la posibilidad de una valoración empírica metodológicamente aceptable en su versión tradicional. Por el contrario, en su opinión no se puede negar que el Derecho penal cumple la función preventivo general positiva de asegurar la validez de las normas si se concibe la pena como un mecanismo de control social, pues el control social se considera probado. *Op. cit.*, pp. 101 y ss.

23. *Tatschulda und Strafzumessung*, 1972, p. 33, trad. p. 79. En el mismo sentido SEELMANN, *Jura*, 1980, p. 510; DÖLLING, *ZStW*, 102 (1990); pp. 18-19; BOCK, *ZStW*, 103 (1991), pp. 652-653.

24. En sentido similar SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 234-241.

mentación de que la pena adecuada a la culpabilidad produce efectos preventivo general integradores depende de la validez de varias premisas: A. El efecto preventivo general de la pena depende de que la pena sea considerada socialmente justa. B. La pena adecuada a la culpabilidad es la pena considerada socialmente justa.

A. La afirmación de que la eficacia preventivo general de la pena depende de que ésta sea considerada justa se basa en la idea correcta de que el actuar humano se rige por consideraciones valorativas, de manera que el efecto de motivación de conductas que tiene la pena no puede explicarse en términos lineales estímulo-respuesta.²⁵ Ello significa que la valoración ética negativa de una sanción por la sociedad puede convertirla en ineficaz. Pero no significa que la intimidación desprovista de cualquier consideración de justicia sea ineficaz,²⁶ dependerá del grado de temerosidad y rebeldía frente a las injusticias del ciudadano.²⁷

B. Pero aunque la eficacia preventivo general de la pena dependa de que sea considerada justa, para afirmar que la pena adecuada a la culpabilidad tiene eficacia preventivo general hay que demostrar aún que la pena adecuada a la culpabilidad es la pena considerada socialmente justa o, como afirma ROXIN,²⁸ merecida. Aunque ello es en principio cierto,²⁹ no significa ni que la culpabilidad sea el único criterio considerado socialmente como determinante de la justicia de la pena, ni que la idea social de culpabilidad coincida con la culpabilidad jurídico-penal.³⁰

1. La consideración de la justicia de la pena depende, en mi opinión, también de otros factores distintos de la culpabilidad. En primer lugar, de la valoración del bien jurídico y de su necesidad de protección.³¹ De manera que si se considera que no hay un bien jurídico digno de protección la pena se con-

25. En este sentido Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 125; DÖLLING, *ZStW*, 102 (1990), p. 7, afirma que la «obligatoriedad moral de la norma» tiene un gran peso en la eficacia preventivo general de las normas sobre los delitos más graves, cfr. también, p. 10; HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, pp. 110, 111.

26. Afirma ACHENBACH, en SCHÜNEMANN (ed. a cargo), *Grundfragen des modernen Strafrechtsystems*, 1984, p. 143, «sólo la pena sentida como justa [...] puede provocar el proceso motivatorio perseguido».

27. MÍR, *Derecho penal*, PG, 3.^a ed., 1991, pp. 40 y ss. Moos, *Pallin-FS*, p. 305 retoma la idea de NOWAKOWSKI de la intimidación como «segunda línea de defensa» frente a delitos que la sociedad no valora negativamente.

28. AT, I, § 3 NM 47.

29. Cfr. Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 131; HART-HÖNIG, *Gerecht und zweckmässige Strafzumessung*, pp. 105, 106, 128.

30. Cfr. las críticas a la sustitución de la culpabilidad por la imputación social de la misma, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 180-185, 271 y ss.

31. Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 131.

siderará injusta. En segundo lugar, la consideración social de la justicia de la pena se conecta con la existencia y gravedad del resultado material, de modo que en relación con dos conductas dolosas idénticas, la sociedad reclama mayor pena si se consuma el delito que si queda en grado de frustración o si se producen varios resultados en lugar de uno. En tercer lugar, la pena socialmente justa depende de consideraciones preventivo especiales en la ejecución de la pena; en concreto, de tener en cuenta la resocialización y los efectos desocializadores de la pena privativa de libertad, al menos respecto de ciertos colectivos de delincuentes.³²

2. Aunque la consideración social de la justicia de la pena dependa también de la culpabilidad ello no significa que la idea social de culpabilidad coincida con la culpabilidad jurídico-penal. Que la imputación social de culpabilidad depende de mecanismos social-psicológicos irracionales es algo que no podemos olvidar, como tampoco podemos obviar el significativo papel de los medios de comunicación de masas.³³

Por todo ello, aunque la prevención de integración reconduce la labor del juez, a primera vista, a un criterio conocido, la culpabilidad, sin embargo, si lo determinante es el efecto preventivo integrador, la remisión es primariamente una remisión a la opinión pública sobre la justicia de la pena, lo que no puede ser identificado con la culpabilidad jurídico-penal.

Si ni siquiera la prevención general positiva remite directamente a la culpabilidad, no se puede afirmar la identidad prevención general positiva-retribución. Pero esta conclusión, que podría ser satisfactoria para los defensores de la prevención general positiva para deshacerse de esta recurrente crítica, tiene un efecto bumerang y se vuelve contra ellos. Si la prevención general positiva no remite a la culpabilidad, ¿con qué criterio puede el juez medir la pena?, ¿cómo puede limitar la intimidación? Al juez se le pone en la difícil situación de conocer la opinión pública y traducirla en criterios sobre la determinación de la pena. Difícil va a ser garantizar que el juez no decida a su saber y entender.

32. KAUFMANN, Art., *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., 1976, pp. 231 y ss.; el mismo H. Kaufmann-FS, pp. 428 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 129, 130.

33. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 273. Cfr. el intento de Moos, *Pallin-FS*, pp. 308 y ss., de desvincular la prevención de integración de las necesidades irracionales de pena y retribución. En esa línea afirma que una cosa es confirmación de valores jurídicos y otra estabilización de las necesidades sociales de retribución. Cfr. además HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, p. 108.

II. LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA COMO MATIZACIÓN DE LA ANTINOMIA PREVENCIÓN GENERAL-PREVENCIÓN ESPECIAL

ROXIN³⁴ ha defendido que la pena adecuada a la culpabilidad puede ser rebajada incluso hasta su no ejecución siempre que ello no suponga una depreciación del efecto preventivo integrador. Ello significa que la rebaja de la pena adecuada a la culpabilidad motivada por razones preventivo especiales no es incompatible en todo caso con la eficacia preventivo general de la pena si se entiende ésta como prevención de integración. En el límite en el que deja de tener eficacia preventivo general de integración, la defensa del ordenamiento jurídico impediría la rebaja de la pena por razones de prevención especial.

Ello es básicamente una explicación de la regulación de la cláusula de defensa del ordenamiento jurídico en los sustitutivos penales en el StGB. En los §§ 47, 56.3 y 59.3 del Código penal alemán³⁵ aparece el *principio de defensa del ordenamiento jurídico* como cláusula limitativa de la posibilidad de no aplicación de una pena privativa de libertad inferior a seis meses, de su conversión en pena de multa, de la aplicación de la suspensión condicional de las penas de hasta un año de privación de libertad y de la aplicación de la amonestación con reserva de pena para supuestos de pena de multa de hasta ciento ochenta días-multa. Esto supone la limitación de instituciones basadas en criterios preventivo especiales a través de un principio preventivo general positivo.³⁶ A mi modo de ver, estas cláusulas, como plasmación de la idea de que la prevención general positiva debe limitar en algunos casos la prevención especial, son rechazables.³⁷

34. *Bockelmann-FS*, pp. 466, 470, 472, trad. 96 y ss., 101 y 103; *Art. Kaufmann-FS*, pp. 522, 535; AT, I, § 3 Nm 40.

35. Cláusulas similares aparecen en el Código penal portugués en el artículo 48 n.º 2 y 3, donde aparece como límite «satisfacer las necesidades de reprobación o prevención del delito», y en el Código penal austriaco en los §§ 37, 43 y 43 a) donde se incluye como límite «evitar acciones punibles de otros» que ha sido interpretado como prevención general en sentido amplio comprensivo de la prevención general positiva (PALLIN, *WK*, § 37, Nm 12).

36. Una interpretación de la cláusula de defensa del ordenamiento jurídico como prevención general positiva realizan HORSTKOTTE, *JZ*, 1970, p. 127; JESCHECK, *LK*, § 47, Nm 28 y ss., § 56 Nm 45 y ss., § 59 Nm 15 y ss., el mismo AT, 4.ª ed. castellano § 79 I 4b; LACKNER, *StGB*, 20 ed., 1993 § 46, 3 b bb, § 47 Nm 5; ZIPP, *Kriminalpolitik*, p. 84, trad. p. 145; el mismo *Bruns-FS*, pp. 219, 221; el mismo *Pallim-FS*, p. 480; MÜLLER-DIETZ, *Grundfragen*, p. 18; el mismo en: HASSEMER (ed. a cargo) *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 52; ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, p. 74; MAIWALD, *GA*, 1983, pp. 52 y ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, AT, T. II, 7.ª ed., 1989, p. 588; HIRSCH, G. *LK*, 10.ª ED., 1979, § 47 Nm 32; Kaufmann, *Art. H. Kaufmann-FS*, pp. 429-430; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 127 y ss. Una interpretación comprensiva de la prevención de intimidación y de la prevención general positiva hacen SCHRÖDER, *JZ*, 1971, p. 241; SCHÖNKE/SCHRÖDER STREE, *StGB*, 24 ed., 1991, previo a § 38, Nm 20; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 45 ed., 1991, § 46, Nm 6, 6a y § 56, Nm 8; KÖHLER, *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983, p. 21; SCHÜNEMANN, en ESER (ed. a cargo) *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, p. 232.

37. El Tribunal federal alemán en la S. 12.8.1970 (BGH 24, 44), delimitó el contenido de esta cláu-

En primer lugar, el criterio de la defensa del ordenamiento jurídico es un criterio vago de difícil constatación empírica que ha introducido gran inseguridad en la aplicación de estos párrafos.³⁸ No sólo se sabe muy poco sobre cuándo y conforme a qué variables se produce el efecto,³⁹ sino que resulta difícil separarlo de las necesidades sociales de retribución.⁴⁰ Además, como afirma KARGL⁴¹ la defensa del ordenamiento jurídico es un concepto inconcebible al margen de la «semántica simbólica».

Para resolver este problema de la verificación empírica del efecto, se ha acudido al criterio del hombre medio. Según ello el tribunal deberá considerar lo necesario para mantener la confianza y fidelidad en el ordenamiento del ciudadano medio y no la opinión real de la sociedad. Como afirma MAIWALD⁴² «el tribunal se coloca en el papel de un (ficticio) observador razonable para examinar cómo resultaría esta suspensión de la pena privativa de libertad y

sula en los siguientes términos: «Desde la perspectiva positiva hay que partir en la determinación del concepto “Defensa del ordenamiento jurídico”, de que pertenece a la misión de la pena hacer prevalecer el Derecho frente al injusto realizado por el autor, demostrar con ello a la comunidad jurídica la inviolabilidad del ordenamiento jurídico y al mismo tiempo prevenir similares lesiones futuras de bienes jurídicos ante autores potenciales (prevención general especial). Ambas perspectivas se fundamentan en el concepto de defensa del ordenamiento jurídico [...] Se complementan y se limitan a la vez por otro elemento del concepto —[...]— de “fidelidad al derecho del pueblo”... El punto de vista del mantenimiento de la fidelidad al derecho de la población, la defensa de su serio menoscabo. [...] es criterio decisivo —en su función limitadora— para la renuncia a la remisión de la pena [...] Una ejecución de la pena privativa de libertad está permitida por ello sólo si, en otro caso, se temiera un peligro serio en la actitud jurídica del pueblo como consecuencia de la disminución de la confianza en la función de protección jurídica. Tal peligro aparece si el mero pronunciamiento de la condena sin su ejecución pudiera ser entendida por el pueblo... como injusta indulgencia e insegura retirada ante el delito...».

Con esta explicación mezcla el Tribunal federal algunos de los efectos que nosotros (*Culpabilidad y prevención*, pp. 17 y ss.) hemos incluido desde la perspectiva de la norma (prevención del Derecho frente al injusto, inviolabilidad del ordenamiento jurídico) y del destinatario (fidelidad al Derecho y confianza en la inviolabilidad del Derecho), y les otorga una función instrumental respecto de la protección de bienes jurídicos. Se trata, según la explicación del TFA, de que si los ciudadanos sienten como injusta indulgencia o como retirada del Derecho ante el injusto la no ejecución de una pena privativa de libertad, entonces— se socava la confianza y fidelidad al Derecho del pueblo y las futuras lesiones de bienes jurídicos pueden ser atribuidas a esa perdida de fidelidad. Pero puede que la sociedad no considere como injusta indulgencia la no ejecución de una pena privativa de libertad. En consecuencia, la sociedad tolera un cierto grado de no realización del Derecho (de no aplicación de una pena por razones preventivo especiales) sin que sufra merma su confianza y fidelidad al mismo. La cláusula de defensa del ordenamiento jurídico es entonces el límite de admisión por la sociedad de la toma en consideración de las necesidades preventivo especiales, de manera que se da prioridad a las necesidades sociales de pena frente a las preventivo especiales. A favor de esta cláusula modernamente HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, p. 155.

38. ROXIN, *Schultz-FS*, p. 113, nota 42; MÜLLER-DIETZ, en HASSEMER (ed. a cargo) *Sozialwissenschaften im Strafrecht*, p. 47; SCHÖNEBORN, *ZStW*, 88 (1976) p. 361; HIRSCH, G., *LK*, § 48, Nm 31; LACKNER, *StGB*, 20 ed., 1993, § 47 Nm 4; PREISENDANZ, *StGB*, 30 ed., 1978, § 47 5b, p. 277; SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 14.

39. MAIWALD, *GA*, 1983, pp. 69-72; Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 130 apunta que los límites de la tolerancia social de estos efectos son mutables.

40. Cfr. Moos, *Pallin-FS*, p. 310.

41. KB, 1990, p. 108.

42. *GA*, 1983, p. 67.

qué se exigiría para el mantenimiento de la fidelidad al derecho del pueblo». De esta manera se vuelve a escapar la prevención general positiva de su verificación empírica:⁴³ como no podemos averiguar cuál es la opinión real de la sociedad, normativizamos el criterio y pedimos al juez que reflexione sobre qué entiende él que la sociedad considera suficiente para que no se socave la fidelidad al derecho de la sociedad. Al tribunal se le coloca en una difícil situación en la que cuenta con pocos datos para la decisión, de manera que se corre el peligro de que, al final, decida según sus convicciones personales y su experiencia.⁴⁴

Todo ello tiene como consecuencia la falta de certeza en la aplicación de la cláusula, inseguridad que podría quedar justificada en razón de su necesidad dadas las características especiales de los supuestos en los que se ha aplicado. Sin embargo, no es así. La cláusula de defensa del ordenamiento jurídico ha cerrado la posibilidad de aplicación de estas instituciones basadas en la prevención especial en casos de conducción imprudente bajo el efecto de bebidas alcohólicas, lesiones con resultados especialmente graves, delincuencia de cuello blanco y delitos contra el Estado y sus instituciones. En algunos casos se trataba de supuestos en los que la publicidad del proceso convierte al autor en el punto de mira de la sociedad, de forma que la no aplicación de la pena privativa de libertad puede producir, a juicio del tribunal, una pérdida de confianza en la igualdad en la aplicación de la ley.⁴⁵ El argumento no es en absoluto defendible. Por un lado, la pérdida de confianza y, por tanto, el límite de la cláusula de defensa del ordenamiento jurídico sólo entrará en juego en función de la publicidad del proceso, con lo que serán los medios de comunicación de masas los que de hecho decidirán sobre la aplicación de la ley creando climas de opinión a favor o en contra.⁴⁶ Y, por el otro, el concepto de igualdad que se está manejando no es correcto puesto que se alude a la igualdad formal sin tener en cuenta que hay dos datos que fundamentan la diferencia de trato: que el hecho culpable no puede ser muy grave pues en otro caso la pena prevista sería superior a dos años de privación de libertad y que se requiere un pronóstico preventivo especial favorable del autor.

La conclusión es la inidoneidad de la defensa del ordenamiento jurídico y de la prevención de integración en general como criterio limitativo de las

43. Cfr. KARGL, *KB*, 1990, p. 114.

44. Cfr. MAIWALD, *GA*, 1983, p. 72; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 221, trad. p. 294.

45. HORN, *SK*, 3.^a ed., *Lf*, 1988, § 47 Nm 36 y 37, § 56, Nm 25, § 59 Nm 13. Apela también al argumento de la igualdad VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 129.

46. Cfr. BERTEL, *Pallin-FS*, pp. 34, 35 sobre problemas similares en la aplicación de los sustitutivos penales en los tribunales austriacos.

necesidades de prevención especial. Su vaguedad, la falta de conocimientos empíricos que permitan distinguir cuándo se estaría utilizando al delincuente como chivo expiatorio y cuándo no, cuándo y conforme a qué variables se ve atacado el ordenamiento en su calidad de inviolable y en su función de regulación social, determinan un amplio arbitrio judicial en la aplicación del principio o una remisión a las convicciones personales del tribunal. Que con ello se introduzca racionalidad en la teoría de la pena es más que dudos. Esta falta de racionalidad podría resultar tolerable si la necesidad de introducir el criterio fuera indudable. Sin embargo, tampoco vemos la necesidad de introducir el criterio. Como afirmó MAIWALD,⁴⁷ existe una contradicción entre acoger como principio político-criminal de la reforma las necesidades de prevención especial, lo que implica que el legislador lo considera un principio saludable, y establecer una válvula de escape para casos en los que *presuntamente* la sociedad no esté de acuerdo con su aplicación. Si aceptamos con NOWAKOWSKI,⁴⁸ que si la sociedad cree que la prevención especial es un criterio político-criminal adecuado se consigue el efecto preventivo general introduciendo en la legislación penal instituciones que se fundamentan en ella, la conclusión es que el legislador alemán introdujo estas instituciones pensando que en algunos casos la sociedad alemana no estaría de acuerdo con ello.

En los supuestos en los que se da juego al principio de defensa del ordenamiento jurídico, los argumentos preventivo especiales son evidentes: los efectos desocializadores que producen en el delincuente el contacto con la subcultura carcelaria unido a la imposibilidad de realizar un tratamiento resocializador en espacios cortos de tiempo. Si empíricamente se han comprobado estos efectos, ¿cómo se puede dar preferencia a un efecto no suficientemente probado, la prevención general de integración, frente a otro claramente constatado?; ¿cómo se puede dar preferencia a posibles instintos irracionales de la colectividad frente a un criterio racionalmente fundado? Sobre todo hay una razón en virtud de la cual creo que no debe aplicarse la cláusula de defensa del ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, que la prevención especial no debe limitarse por la prevención general positiva: porque grava al reo sin que pueda constatarse el beneficio social paralelo.

47. GA, 1983, p. 65.

48. Rittler-FS, pp. 86, 87.

III. TOMA DE POSTURA⁴⁹

1. Nos encontramos ante un panorama desolador cuando creímos haber encontrado una posible salida al problema de las antinomias de los fines de la pena. Por un lado, no es completamente correcto que la prevención de integración remita a la culpabilidad y, de otro, no es razonable utilizar como criterio limitador de la prevención especial, la prevención general de integración. Sin embargo, es posible llegar a un modelo satisfactorio.

A. El planteamiento sobre las relaciones entre culpabilidad y prevención general no es del todo correcto. La razón principal del mantenimiento de la culpabilidad como límite de la pena no es de tipo empírico-social, su efecto preventivo integrador, sino un argumento de tipo valorativo, deducido de los principios básicos del Estado social de Derecho;⁵⁰ la individualización de la respuesta penal al delito en función de la imputación subjetiva garantiza los derechos del reo y plasma el principio de igualdad real. Sólo como criterio complementario se utiliza un argumento preventivo integrador: el respeto a los derechos individuales y la limitación de la injerencia estatal en esa esfera de derechos son principios arraigados en toda sociedad fundamentada en los pilares del Estado de Derecho. Si la culpabilidad garantiza al individuo y limita al *ius puniendi*, se puede afirmar la vigencia social de la relación culpabilidad y pena. Ello no significa que la culpabilidad se identifique socialmente con la culpabilidad jurídico-penal. Más bien culpabilidad significa contribución individual al hecho; es decir, no significa que la sociedad conozca y acepte las reglas técnicas sobre la imputación subjetiva del delito, sino que le bastaría con saber que estas reglas persiguen individualizar en la mayor medida posible el grado de su responsabilidad subjetiva. Si se puede hablar en este sentido de la vigencia social de la culpabilidad, también podremos afirmar que la pena adecuada a la culpabilidad produce efectos preventivo integradores.

Esta argumentación no es gratuita, al contrario, es útil para salvar parcialmente, y, por tanto, ya no sería tan acuciante, el problema de las antinomias entre prevención general y culpabilidad, ya que la culpabilidad sería un criterio determinante de la consecución del efecto preventivo general. Pero, además, este planteamiento no podría tildarse de retribucionista porque la prevención de integración no remite sólo a la culpabilidad.

B. La antinomia prevención general-prevención especial también queda parcialmente salvada porque ROXIN tiene razón y si se concibe la prevención

49. Cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 274 y ss., 282 y ss., 319 y ss.

50. En sentido similar ZIPF, en *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, p. 159.

general en su aspecto integrador no es incompatible con la prevención especial puesto que la sociedad tolera una cierta renuncia a la pena adecuada a la culpabilidad por razones de prevención especial.⁵¹ Pero allí donde sí sean antinómicos los fines preventivos de la pena no se debe dar prioridad a la prevención general, pues supone una carga para el delincuente sin que se pruebe el beneficio social paralelo; y eso es algo que ni se lo puede permitir un Estado de Derecho, ni lo permite el artículo 25.2 de la Constitución española.⁵²

2. En este marco la prevención de integración cumple dos funciones: por un lado, servir de criterio complementario en la fundamentación de la pena en la medida en que contribuye a matizar las antinomias culpabilidad-prevención general y prevención general-prevención especial; por otro, permite establecer un puente entre una fundamentación valorativa y una fundamentación empírica del poder punitivo del Estado:⁵³

a) Frente a una concepción estrictamente retributiva de las relaciones culpabilidad y pena, admitir la prevención general de integración como criterio complementario de la fundamentación de la pena supone la asunción de la necesidad de romper el binomio culpabilidad-retribución introduciendo las argumentaciones preventivas y, en consecuencia, un distanciamiento de los planteamientos absolutivistas. Metodológicamente implica aceptar que una fundamentación racional del Derecho penal requiere la consideración de los efectos o funciones de la pena en la sociedad y, por tanto, la necesidad de poner en relación el Derecho penal con la realidad social. De ello se deduce que el fin del Derecho penal se sigue concibiendo de forma instrumental: el fin último del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más intolerables. Fin que se consigue manteniendo la culpabilidad en la medida en que produce efectos integradores, resocializando e intimidando colectiva e individualmente.⁵⁴

51. También en este sentido HASSEMER, *Einführung*, p. 326; MOOS, *Pallin-FS*, p. 315; HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, p. 100.

52. Sobre la interpretación de este artículo cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 239 y ss.

53. Cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 326; HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, p. 100.

54. Cfr. PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, pp. 283 y ss. En sentido similar ahora Voss, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 135. Con ello nos distanciamos de las tesis que conciben la prevención general positiva como función simbólica del Derecho penal y niegan cualquier función instrumental debido a la ausencia de eficacia preventivo especial de la pena. Sobre ello cfr. BARATTA, en *Pena y Estado*, 1991, pp. 37 y ss.; HASSEMER, en *Pena y Estado*, 1991, pp. 23 y ss.; MOOS, *Pallin-FS*, p. 317; KARGL, *KB*, 1990, pp. 105 y ss. Y con ello también nos distanciamos de tesis clásicas como la de H. MAYER o WELZEL que relegan a un segundo plano la función de protección de bienes jurídicos. La posibilidad de concebir la prevención general positiva como función instrumental se prueba, además, por su compatibilidad con las teorías sobre la criminalidad, en concreto con las teorías de la anomia. Cfr. HERMANN, *GA*, 1992, pp. 530, 531.

b) Frente a una concepción puramente preventiva del Derecho penal, reducir la prevención general positiva a ser criterio complementario de la fundamentación de la pena, implica asumir que el Derecho penal no puede justificarse exclusivamente en los efectos que su utilización produce en la sociedad, sino que es necesario acudir, además, a criterios valorativos.⁵⁵

c) Como criterio complementario la prevención de integración sólo debe ser utilizada como límite de la utilización del poder punitivo del Estado y en favor del reo. Ello significa que si las argumentaciones culpabilistas o las preventivo especiales conducen a soluciones más favorables al reo, las argumentaciones preventivo generales no deberán ser esgrimidas. Ello es consecuencia de dos argumentos fundamentales:

- Si el Derecho penal sirve a la protección del individuo frente al poder punitivo estatal y de la sociedad frente a los ataques individuales, es necesario intentar un equilibrio entre lo favorable al reo y lo favorable a la sociedad. Este equilibrio que en el ámbito constitucional representa el Estado social y democrático de Derecho, se sostiene en Derecho penal, por un lado, a través del mantenimiento de la culpabilidad y con la consideración de criterios preventivo especiales —plasmación de lo favorable al reo— y, por otro, con la afirmación de la fundamentación preventivo general del Derecho penal —reflejo de lo favorable a la sociedad—.

- Mientras los conocimientos empíricos sobre la eficacia preventivo general de la pena no sean definitivos, es decir, mientras nos veamos abocados a una cierta dosis de irracionalidad en Derecho penal, no podemos cargar sobre el reo el peso de esta irracionalidad. Si en el Estado de Derecho rige el principio *in dubio pro libertate*, cualquier restricción de la libertad debe estar suficientemente fundada y cuando el argumento de la mayor restricción de la libertad —excediéndonos del límite máximo de pena adecuada a la culpabilidad, o no permitiendo la sustitución de la pena corta privativa de libertad— es un dudoso efecto preventivo general, entonces no está suficientemente justificada.⁵⁶

55. Una concepción de la prevención general positiva como teoría que aúna consideraciones de justicia y de adecuación a fin sostiene ahora HART-HÖNIG, *Gerechte und zweckmässige Strafzumessung*, pp. 100 y ss.

56. Una argumentación similar en relación con el efecto de aseguramiento de la validez de la norma es realizada por HART-HÖNIG, pp. 125, 126.

SOBRE LA CRÍTICA A LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA*

Bernd SCHÜNEMANN

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Múnich

I. INTRODUCCIÓN

1. En un tiempo en el que el Derecho penal estatal no se cuenta ya entre las instituciones que resultan evidentes, y en el que no sólo el profano o los criminólogos, sino incluso la propia dogmática penal se declaran partidarios¹ del abolicionismo, la centenaria cuestión sobre el sentido y fin de la pena ha dejado de ser un mero ejercicio filosófico carente valor, para pasar a ser un problema central que afecta a la legitimación misma del Estado moderno. Lo mismo cabe decir en consecuencia sobre la supervivencia de toda un área científica y de quienes en ella trabajan. Las turbulencias y los profundos cambios de dirección, que durante los últimos años han marcado la discusión en este tema, deben calificarse como todavía más graves. En Alemania dominó hasta bien entrados los años sesenta la teoría de la retribución,² mientras que la teoría de la prevención general estaba al mismo tiempo en descrédito. A ésta, entre otras cosas, se le había criticado —ya en 1963, por nuestro homenajeado maestro y mentor Claus ROXIN— que no podía fundamentar el rigor de la pena ni limitar sus consecuencias; que era cuestionable desde el punto de vista político-criminal y que carecía de una firme legitimación en consonan-

* Traducción del original alemán *Zur Kritik an der Theorie der positiven Generalprävention*, a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Universidad Pompeu Fabra.

1. Cfr. sobre este tema las profundas observaciones que recientemente expresa LÜDERSSEN, *Abschaffung des Strafens?*, 1995.

2. Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 2.^a ed., 1958, pp. 46 y ss., 59 y ss.; también, el mismo 4.^a ed., 1971, pp. 76 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 3.^a ed., 1949, pp. 14 y ss.; v. WEBER, *Grundiß des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948, pp. 20 y ss.; SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, pp. 71 y ss.; WEGNER, *Strafrecht AT*, 1951, pp. 23 y ss.; BVerfGE, 22, 125, 132; 39, I, 57; *Begründung zum E 1962*, pp. 96 y 206.

cia con los fundamentos del ordenamiento jurídico.³ Pocos años más tarde se proclamaba el «adiós a KANT y HEGEL»⁴ por los que habían sido autores del Proyecto Alternativo, que tan extraordinariamente influyó en la reforma del Derecho penal; y que permitió a continuación considerar, durante cierto tiempo como verdadero motor de la reforma penal alemana, la tesis de la prevención especial, con las medidas de seguridad de carácter socioterapéutico como su punta de lanza, propuestas por dicho Proyecto y aceptadas de momento por el legislador.⁵ Sin embargo, pocos años más tarde, se declaraba en un amplio frente la crisis de la ideología del tratamiento.⁶ Y se alza ahora con impresionante rapidez, como el ave fénix desde sus cenizas, el concepto de la llamada prevención general positiva.⁷ En 1992 Claus ROXIN la califica en su importante tratado como «casi dominante». En la misma línea del Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*),⁸ ve su fundamento en mantener y robustecer la confianza en la fuerza estabilizadora y prevalente del ordenamiento jurídico;⁹ por consiguiente, en la tarea de mostrar la inquebrantabilidad del mismo ante la comunidad jurídica; y así, en fortalecer la fidelidad de la colectividad al Derecho. En la misma pueden distinguirse —de nuevo según ROXIN—¹⁰ tres finalidades y efectos diversos. A saber: un efecto didáctico (de motivación, socio-pedagógico) en cuanto ejercitamiento de la fidelidad al Derecho, en el sentido de JAKOBS;¹¹ un efecto de confianza, si el ciu-

3. En *Strafrechtliche Grundlageprobleme*, 1973, p. 10.

4. Así el título de la contribución de KLUG, en BAUMANN (ed.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968, p. 36.

5. Cfr. BAUMANN et al., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs*, 2.ª ed. 1969: § 69 con fundamentación; § 65 StGB, según la versión dada por la 2.ª StRG de 4 de julio de 1969, recogido por la Ley de 20 de diciembre de 1984 de modificación de la Ley de ejecución penal (llamada *Vollzugslösung*); también SCHÖCH, et al., *ZRP*, 1982, pp. 207 y ss.; BAUMANN, *MSchrKrim*, 1979, pp. 317 y ss.

6. Cfr. al respecto ESER, *FS für Peters*, 1974, pp. 505 y ss.; HASSEMER, *Kriml*, 1982, pp. 161 y ss.; WEIGEND, *ZStW*, 94 (1982), 801 y ss.; Peter-Alexis ALBRECHT, *ZStW*, 97 (1985), pp. 831 y ss.; el mismo, *KritVj*, 1986 pp. 55 y ss.; para las hipótesis empíricas de la prevención especial, LIPTON/MARTINSON/WILKS, *The effectiveness of Correctional Treatment*, Nueva York, 1975; PALMER, *Crime and Delinquency*, 1991, pp. 330 y ss., como también sintéticamente KAISER/KERNER/SCHÖCH, *Strafvollzug*, 4.ª ed., 1992, pp. 64 y ss.

7. Cfr. ROXIN, *FS für Bockelmann*, 1979, pp. 305 y ss.; STRENG, *ZStW*, 92 (1980), p. 663; el mismo, *ZStW*, 101 (1989), pp. 286 y ss.; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, pp. 295 y ss. (existe trad. española, a cargo de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, *Fundamentos de Derecho penal*, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1984. N. del T.); JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1983, párrafo 1, marginal 4 ss.; MÜLLER-DIETZ, *FS für Jescheck*, t. II, 1985, pp. 813 y ss.; FRISCH, *ZStW*, 99 (1987), pp. 589 y ss.; ZIPF, *FS für Pallin*, 1989, pp. 479 y ss.; DÖLLING, *ZStW*, 102 (1990), pp. 14 y ss.; MIR PUIG, *ZStW*, 102 (1990), pp. 922 y ss.

8. *BVerfGE*, 45, 187, 256.

9. *Strafrecht*, AT, I, 1992, § 3, 26.

10. *Strafrecht*, AT, (nota 9), § 3, 27.

11. *Strafrecht AT*, 2.ª ed., 1991, parágrafo 1, marginal 15 (existe trad. española, a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995); el mismo, *Schuld und Prävention*, 1976, p. 10; el mismo, *ZStW*, 101 (1989), p. 517; el mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 37 (trad. española, a cargo de Manuel Cancio Meliá, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, enero-junio, 1994. N. del T.); el mismo, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 25.

dano ve que el Derecho prevalece; y, finalmente, uno de satisfacción, si con la sanción por el quebrantamiento del Derecho se considera apaciguada la conciencia jurídica general y concluido el conflicto con el autor (lo que podría denominarse también «prevención de integración»).

2. Los condicionamientos empíricos de esta teoría son en la actualidad vivamente discutidos.¹² Quisiera hoy ocuparme no de ellos, sino de una cuestión analítica y de dogmática jurídico-penal: sobre si el concepto de prevención general positiva puede conducir a los resultados de ella esperados, sobre todo al de ser el fundamento último y la legitimación del Derecho penal.

II. LA CRÍTICA DE VON HIRSCH Y HÖRNLE

Con este fin quisiera en primer lugar ocuparme de la detallada crítica que recientemente han llevado a cabo Tatjana HÖRNLE y Andrew von HIRSCH.¹³ Dichos autores agrupan sus críticas en dos corrientes. Por un lado, en el plano de la filosofía moral, ya meras consideraciones de utilidad les llevan a cuestionar la legitimidad de la pena. Y, por otro, en el plano de la sociología, la ponen en duda por la influenciabilidad del sentimiento de justicia de la colectividad a través de medidas adoptadas en función del mismo.

1. Comienzo por el argumento referido en último lugar. El mismo conduce a negar a la prevención general positiva la capacidad de fundamentar el Derecho penal y pone de relieve que se basa en una premisa tomada ocultamente de la teoría de la retribución. ¿Cómo puede influirse positivamente en la confianza de la colectividad en el Derecho a través de la sanción de un individuo, si no damos ya por supuesto que ésta es conforme con el principio de justicia? Más bien sucede al contrario: si la sanción de un delincuente no es en sí misma conforme con el principio de justicia, aunque la colectividad, en virtud de sus arcaicas representaciones, mantenga que lo es, no podrá seguir siendo justo recurrir a las mismas como concepto al servicio de la prevención general positiva. Si así fuera, la justicia penal, conceptualmente ajena a la influencia de prejuicios, fundamentaría la pena —que en realidad pasaría a ser injusta— en unas concepciones sociales superadas. Con ello se abusaría del delincuente como medio para satisfacer anticuados prejuicios, lo cual condu-

12. SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, 1989, pp. 50 y ss.; DÖLLING, *ZStW*, 102 (1990), pp. 18 y ss.; SCHÖCH, *FS für Jescheck*, t. II, 1985, p. 1.103.

13. GA, 1995, pp. 261 y ss.

ciría a una hipocresía; e incluso con esa justificación se impediría cualquier efectividad de la pena.¹⁴

En realidad el intento de fundamentar el Derecho penal en la idea de prevención general conduce a un círculo cerrado. En ningún lugar como en el sistema de Günther JAKOBS se pone ello tan claramente de relieve. Al mismo, como también a su concepto de culpabilidad, cabe dirigir el reproche de terminar en un círculo vicioso.¹⁵ Cuando JAKOBS define¹⁶ la pena como reacción llevada a cabo a expensas del autor por el quebrantamiento de la norma, con el fin de ejercitar a la población en la confianza en el Derecho, no puede así explicar ni la necesidad de pena ni su legitimación frente al afectado. Sobre ello han llamado la atención HÖRNLE y von HIRSCH. De este modo, serían perfectamente imaginables otras formas de reacción, como por ejemplo desarrollar una campaña de prensa, o un minuto de silencio en un programa televisivo —como señalan estos autores—. O bien llevar a cabo simbólicos acuerdos de buenas intenciones por comités,¹⁷ como de hecho han propuesto LÜDERSSEN y otros a propósito de la criminalidad política en la DDR.¹⁸

2. También considero acertado el otro argumento de HÖRNLE y von HIRSCH: la función de la pena, y, por tanto, sus consecuencias sociales no pueden aportar¹⁹ ningún fundamento suficiente de su rectitud moral. Resulta también rotundo este argumento frente a la exhaustividad de la concepción funcionalista de JAKOBS. En cambio, el mismo pierde fuerza frente a la por ROXIN denominada teoría preventiva de la unión.²⁰ Según dicho autor, el sentimiento de justicia —al que otorga gran valor para la estabilización de la conciencia jurídica general— conduce a que nadie pueda ser sancionado más duramente de lo que merece. Y sólo sería «merecida» una pena adecuada a la culpabilidad.²¹ Exige entonces ROXIN, junto a las necesidades preventivas, también una legitimación para las consecuencias del mal que supone la pena frente al autor: la medida de su culpabilidad. Sin embargo, se debilita la fuerza de este principio de legitimación desde el momento en que se muestra partidario de una concepción puramente normativa de la culpabilidad, cuya base ontológi-

14. HÖRNLE/V. HIRSCH, *GA*, 1995, pp. 267 y ss.

15. SCHÜNEMANN, en el mismo (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 170 y ss. (existe trad. española, a cargo de Jesús María Silva Sánchez, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991. N. del T.); el mismo, en HIRSCH/WEIGEND (ed.), *Strafrecht in Japan und Deutschland*, pp. 157 y ss.; el mismo, en *Chegchi Law Review*, vol. 50, 1994, pp. 277 y ss.

16. Cfr. las referencias en la nota 11.

17. *GA*, 1995, p. 266.

18. LÜDERSSEN, *Der Staat geht unter — das Unrecht bleibt? Regierunskriminalität in der ehemaligen DDR*, 1992, pp. 129 y ss.; el mismo, *ZStW*, 104 (1992), pp. 775 y ss.

19. *GA*, 1995, pp. 269 y ss.

20. ROXIN, *Strafrecht AT*, vol. 1, 2.ª ed., 1994, § 3, marginal 36 s.

21. ROXIN, (nota 20), § 3, marginal 47.

ca, o sea, el libre albedrío humano, no sería demostrable ni discutible.²² Así, sin la base ontológica del poder actuar de otro modo, la culpabilidad sería sólo una suposición en el sentimiento de justicia de la colectividad, cuya confianza ciega en una culpa real desencadenaría entonces en la necesidad tan sólo de confirmar una norma a través de la pena. Conduciría en esa medida al concepto de prevención general como fundamentador de la pena.²³ Por ello, tampoco la teoría preventiva de la unión en el sentido de ROXIN me parece aportar una fundamentación concluyente.

3. Pero a la vez me resulta difícil mantener que ello resulte posible en la solución de HÖRNLE y von HIRSCH. Describen la esencia de la pena como una combinación de reproche moral y consecuencias perjudiciales reales. Dicho reproche quedaría legitimado, como el propio von HIRSCH en otros escritos ha expresado,²⁴ por medio de su autorización moral: se legitiman las consecuencias dañinas con base en necesidades preventivas. Esta diferencia, por así decir horizontal, entre reproche y consecuencias perjudiciales, que se encuentra también en los representantes de la filosofía analítica, particularmente en STRAWSON,²⁵ significa, en mi opinión, no obstante, un dudoso desdoblamiento de la legitimación del mal que supone la pena. Por eso prefiero emplear en su lugar no dicha división horizontal, sino la relación de niveles entre objeto del lenguaje y metalenguaje.²⁶ De este modo, la pena como tal mal, en el plano lingüístico se impondría a un culpable a causa de necesidades preventivas para la protección de bienes jurídicos, y frente al mismo resultaría justificada la imposición en virtud de su culpabilidad; y en el plano metalingüístico se concebiría como reproche. El resultado comunicativo en este meta-nivel es entonces provocar consecuencias simbólicas como consecuencia de la condena y con ello efectos de prevención general positiva.

4. Para continuar desde estas reflexiones, me parece que hemos de considerar la prevención general positiva como un *efecto secundario* típico. Al mismo se ha dedicado demasiada importancia en los últimos años por parte de los autores que se han ocupado de la teoría de la pena, entre ellos también por mí.²⁷ Por eso, en la segunda parte de mis reflexiones quisiera intentar determinar su legítima ubicación en una teoría de la pena.

22. ROXIN, (nota 20), § 19, marginal 34 ss.

23. SCHUNEMANN en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, (nota 15), pp. 149 y ss.; el mismo, en *GA*, 1995, 223.

24. V. HIRSCH, *Censure and sanctions*, Oxford, 1993, pp. 9 y ss.

25. STRAWSON, *Freedom and Resentment*, Londres, 1974.

26. CARNAP, *Symbolische Logik*, 2.^a ed., Wien, 1960, pp. 77 y ss.; REICHENBACH, *Elements of Symbolic Logic*, Nueva York, 1947, pp. 9 y ss.; al respecto, STEGMÜLLER, *Haupiströmungen der Gegenwartstaphilosophie*, t. I, 7.^a ed., 1989, p. 415.

27. En ESER/CORNILS (ed.), *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik*, 1987, pp. 219 y ss.

III. LA RELACIÓN ENTRE UTILIDAD Y LEGITIMACIÓN

1. La distinción que hasta ahora he trazado —pero no ulteriormente desarrollado— entre la consideración funcional de la pena criminal y su legitimación frente al afectado nos remite a una cuestión clave: la de su fundamentación moral. Aquí sólo puedo esbozarla someramente. Un utilitarista convencido establecerá la legitimación sólo en razón de la eficiencia en las consecuencias (*per Saldo*), de tal manera que el punto de vista funcional coincidirá para él con la legitimación.²⁸ En teoría sería perfectamente factible una concepción semejante, pero resultaría por entero incompatible con el desarrollo de las concepciones dominantes de la Filosofía moral. Eso lo busca en definitiva todo sistema moral —tan distintos por lo demás en planteamientos y contenidos—, con una combinación de ideas utilitaristas y una legitimación frente a los perjudicados en cada caso. En el pensamiento utilitarista ha tenido lugar a través de la evolución desde el utilitarismo de la acción al de las reglas.²⁹ Pero eso no es nada nuevo con respecto al principio de generalización o de igualdad, que volvemos a encontrar en diferentes versiones, pero en gran medida con el mismo contenido, tanto en la ética aristotélica,³⁰ la regla de oro,³¹ o el imperativo categórico kantiano,³² como en el velo de ignorancia de RAWLS.³³ En los sistemas de Derecho penal con *strict liability* este principio de igualdad es suficiente ya por sí mismo para legitimar la sanción penal. Mientras que en un sistema de radical *défense social* el bien entendido interés propio del autor aporta los motivos de legitimación: sería un paternalista modo de ver —como gusta hoy decirse en la terminología³⁴ angloamericana—. Frente a ello, en el Derecho penal del continente europeo sólo se encuentra una satisfactoria legitimación de la aplicación del mal que encierra la pena en el principio de *culpabilidad*: esto es, en el argumento de que lo injusto del hecho era previsible y evitable para el autor individual, de tal modo

28. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Londres, 1789; MILL, *Utilitarianism*, Londres, 1863; SMARTS/WILLIAMS, *Utilitarianism — For and against*, Cambridge, 1973; HOERSTER, *Utilitaristische Ethik und Verallgemeinerung*, 1971.

29. Cfr. RAWLS, «Two Concepts of Rules», en *Philosophical Review*, 64 (1955), pp. 3 y ss.; FEINBERG, «The Forms and Limits of Utilitarianism», en *Philosophical Review*, 76 (1967), pp. 368 y ss.

30. ARISTOTELES, *Nikomachische Ethik*, libro V; cfr. sobre el particular, FECHNER, *Über den Gerechtigkeitsbegriff des Aristoteles*, 1964 (reimp. de la ed. de Leipzig de 1855), pp. 27 y ss.; HARDIE, *Aristotle's Ethical Theory*, 2.ª ed., Oxford, 1980, pp. 182 y ss.

31. Cfr. al respecto PHILIPPIDIS, Die «Goldene Regel» religionsgeschichtlich untersucht, Leipzig, 1929; DIHLE, *Die Goldene Regel. Eine Einführung in die Geschichte der antiken und frühchristlichen Vulgarethik*, 1962; ROETZ, *Die chinesische Ethik der Achsenzeit*, 1992, pp. 219 y ss.

32. *Grunlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, reimpr. 1965 (ed. de VORLÄNDER), p. 42.

33. RAWLS, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, ed. alemana, 1975, pp. 159 y ss.

34. KLEINIG, *Paternalism*, Towota, N.J., 1983; FEINBERG, *The moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self*, Oxford, 1986, pp. 3 y ss.

que, de haberlo querido, habría podido evitar las consecuencias. Ya me he referido por extenso en otras ocasiones —adonde ahora me remito³⁵— a que si queremos deducir de esta evitabilidad una legitimación de la pena, debe aquélla concebirse no como un concepto normativo, sino que podemos y debemos tomarla como algo ontológico. En este contexto sólo trae consigo como resultado que la evitabilidad individual, y la objetivamente equivalente reprochabilidad individual del hecho, constituyan el fundamento legitimador indispensable del mal que supone la pena; por estas razones han de tenerse en cuenta en el *concepto de pena*. Con la aplicación de la pena únicamente a hechos antijurídicos y reprochables (*vorwerfbaren*) se realiza, sin embargo, *eo ipso* el carácter de censura (*Tadel*) de la pena, pues éste no aporta entonces más que un juicio analítico (*scil.* del plano meta-lingüístico), como ya se ha señalado más arriba.

2. Evidentemente no puede entonces afligirse un mal sólo por este motivo. Aunque pudiera legitimarse frente al afectado, no reportaría todavía finalidad alguna, y con ello ningún fundamento suficiente para la conducta. Por otra parte, está fuera de discusión³⁶ en el presente que el fin de la pena sólo puede ser la protección de bienes jurídicos y, por tanto, la evitación de delitos. En este sentido, si entonces la concreta relación funcional debe o no ser congruente con el llamado tipo de culpabilidad, no se ha dicho con ello todavía por qué camino se alcanzará dicho fin. Un claro ejemplo de esta absolutamente errónea congruencia lo ofrece la prevención especial como fin de la pena: no se funda en la infracción primaria de la norma y su evitabilidad, sino sólo en el consiguiente peligro futuro que procede del infractor de la misma. Y por eso, incluso sitúa a la infracción primaria de la norma por medio del hecho en una paradójica relación de tensión, pues si una intervención preventivo-especial del Estado se funda, no ya en un rechazo social en cuanto tal, sino sólo en la perpetración de un delito primario, es entonces precisamente la comisión del mismo (lo formulo de modo exagerado) algo deseado desde la perspectiva de la necesidad de resocialización. Las restricciones extraídas aquí del principio de culpabilidad son a todas luces, en el contexto de la prevención especial, un cuerpo extraño, perturbador. Esta incongruencia del fin preventivo especial de la pena con el tipo de culpabilidad aumenta todavía más si se contempla la

35. En: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, (nota 15), pp. 163 y ss; *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, (nota 15), pp. 151 y ss.; *Chengchi Law Review*, (nota 15), pp. 280. 284.

36. *LK-Jescheck*, 11.^a ed., § 1, marginal 2 (1992); el mismo, *Strafrecht*, AT, 4.^a ed., 1988, pp. 1 y ss.; *ROXIN, Strafrecht*, AT, (nota 20) § 2, marginal 1, § 3, marginal 1; *STRATENWERTH, Strafrecht*, AT, 3.^a ed., 1981, marginal 5 ss.; *BAUMANN/WEBER, Strafrecht*, AT, 9.^a ed., 1985, p. 9; *RUDOLPHI*, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, (nota 15), p. 71; *BVerfGE*, 39, 1, 57; 45, 187, 253 y ss.; 51, 324, 343.

norma de prohibición como la temporal y real norma jurídico penal primaria, pues el fin de la misma es claramente y por antonomasia el impedir la lesión de bienes jurídicos. De tal manera que, desde esta perspectiva temporal, la resocialización del delincuente carece de lugar. En consecuencia, deberá después diferenciarse, sin embargo, junto a la cuestión de los fines de la pena, si la resocialización se alcanza en el momento de la *cominación* de la pena o en el de su *imposición*. Lo cual conduce a la siguiente cuestión: si puede ser válida en el momento de la imposición de la pena una finalidad por principio o bien parcial, como sucede en el de la cominación.

IV. PREVENCIÓN GENERAL POR LA COMINACIÓN Y PREVENCIÓN GENERAL POR LA IMPOSICIÓN

1. Si se considera seriamente, se percibe enseguida cómo la acostumbrada oposición entre prevención general positiva y negativa³⁷ es tan lógica como deficiente. Lo mismo sucede con la más reciente distinción trazada entre prevención general de cominación y prevención general intimidatoria.³⁸ En lo sucesivo, a la cuestión de los fines de la pena debe responderse, al menos de momento, desde la perspectiva de la norma primaria, o sea, de la prevención general de *cominación*, pues llevar a cabo entonces la determinación de los fines posiblemente sea cuanto menos condicionante de todo lo demás, y no al contrario.

Tan pronto como ambas reglas sean tomadas en consideración, se deshacen por sí mismos muchos problemas y aparentes contradicciones de la discusión hasta ahora mantenida sobre las finalidades de la pena. La amenaza penal atribuida a la prohibición tiene un efecto de prevención general tanto positiva como negativa: por un lado, ya la prohibición acompañada de la cominación penal robustece la conciencia jurídica general y hace presente el valor del bien jurídico; por otro lado, cuando la amenaza de pena anticipa idealmente un efecto intimidatorio, es manifestación de prevención general negativa.³⁹ Entre ambos efectos tampoco existe en realidad conflicto alguno, sino una *relación de combinación* que encierra precisamente por eso un significado relevante

37. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, vol. 2, 8.^a ed., 1992, § 63, marginal 88 ss.; ROXIN, *Strafrecht AT*, (nota 20), § 3, marginal 25 y ss.; HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.^a ed., 1991, pp. 309 y ss.

38. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4.^a ed., 1971, p. 79; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 38 y ss.; SCHULTZ, *Einführung in den AT des Strafrechts*, vol. I, Bern, 1973, 38 y ss.

39. El clásico concepto fue construido por la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH/MITTERMAIER, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 14.^a ed., 1847, § 16.

para la efectividad del Derecho penal. Así, cuando se trata de los muchos delitos no racionalmente calculados, sino llevados a cabo de modo espontáneo, puede lograrse el efecto intuitivo de la prevención general positiva mejor que el de la negativa, fundada en una consciente ponderación. Además, existe plena congruencia entre la prevención general por la conminación y las condiciones de legitimación del principio de culpabilidad: como la norma prohibitiva influye sobre sus destinatarios por medio del proceso de motivación, su efecto sólo puede ser el de evitar lesiones para bienes jurídicos que sean perfectamente evitables. De este modo, también el concepto de la prevención general por la conminación presupone el libre albedrío. Carl Ferdinand HOMMEL, el gran teórico alemán del Derecho penal de la Ilustración y contemporáneo de BECCARIA, era ciertamente de otra opinión y aducía como demostración la del perro al que igualmente se podría adiestrar por medio de la amenaza penal.⁴⁰ Sin embargo, pasó por alto que esta amenaza de sanción para adiestrar a un destinatario carente de libertad, como es ineficaz, excluye la necesidad de su imposición, mientras que sólo frente a un destinatario con libertad dicha amenaza acarrea como consecuencia necesaria infligir el mal amenazado, caso de su desobediencia. Pues si un destinatario sin libertad no reacciona ante una amenaza, claramente entonces carecía de sentido para él. Por tanto, realizar a continuación el mal amenazado es precisamente un sin sentido. Que se proceda con los perros la mayor parte de las veces de modo diverso tiene en realidad un fundamento puramente preventivo especial: se administra el amenazado golpe con el palo no a causa de la falta ya acaecida, sino en atención a una eventual amenaza futura. A través de ésta entonces, el desagradable y doloroso recuerdo del palo provoca el efecto reflejo de obediencia.

Entre el fin de la pena de la prevención general por la conminación y la legitimación a través del principio de culpabilidad existe pues plena congruencia. Y cabe aplicar la intrínseca unificación (*Ineinssetzung*) entre culpabilidad y prevención⁴¹ propugnada por JAKOBS, aunque de modo diverso al que él lo expresa: no en la forma de sustancial desaparición de un autopermanente principio de culpabilidad, sino en la forma de delimitación de la prevención general según la capacidad individual de evitar del autor. En definitiva: la lesión culpable de bienes jurídicos.

2. Si esto es correcto, entonces puede aventurarse una hipótesis: al comienzo de casi todas las culturas existe el pensamiento de la retribución,

40. En *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen*, 2.^a ed., 1772 (reimpresión, 1970), § 112.

41. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; el mismo, *Strafrecht, AT*, (nota 11), 17, parágrafo 19 y ss.; el mismo, *Das Schuldprinzip*, 1993.

imposible de erradicar de la conciencia jurídica general. La consecuencia resultante de concebir la amenaza de pena sólo frente a personas dotadas de libre albedrío, y, por tanto, que realizan comportamientos culpables, y de que en esa medida es necesario imponer la pena señalada —pues ello resulta ineludible para un Estado que no quiere quedar respecto del delito como un embustero—,⁴² es que en su objetiva aplicación se concibe desde todo punto de vista como adecuada retribución. Todo ello puede, además, combinarse con la necesidad de venganza como un instinto primitivo surgido del impulso agresivo. Además, como tercer concepto básico se acude a la idea de que la prolongación del Derecho penal en el más allá es, en culturas que disponen de un concepto sustancial de vida después de la muerte, el modo más práctico para guiar la conducta social. Por ello, no puede sorprender en adelante el fundamento metafísico de la teoría retribucionista. De este modo, el instinto primitivo de venganza, la explicación religiosa del mundo, y el mecanismo lógico de la prevención general a través de la conminación en conexión con el principio de culpabilidad, todos ellos a la vez hacen que el pensamiento de la retribución se convierta en principio por excelencia (*kat'exochen*) de justicia.

3. ¿Qué resulta pues de esto para el juicio sobre la *aplicación* de la pena en cuanto «afirmación contrafáctica de la norma» en la referida prevención general positiva? En caso de que se parta de ella, que la amenaza de pena debe ser calculable ya por el autor en el momento de la realización del hecho. En favor de esta idea obra muy eficazmente el principio general *nulla poena sine lege*⁴³ cimentado en la Constitución, pues el efecto en la colectividad de la aplicación singular de la pena es un simple *epifenómeno*, al cual no se añade ningún significado por el hecho de que se determine elevar la pena. Formulada de otro modo, la prevención general positiva es, pues, un bienvenido efecto concomitante, pero carente de significado teórico propio. Sin embargo, la considerable popularidad de la prevención general positiva en la discusión actual me parece resultado de que el fenómeno del consabido castigo selectivo de lesiones para bienes jurídicos,⁴⁴ que ha pasado a ser cada vez más característico de la moderna doctrina penal, puede resultar en apariencia más fácilmente justificado si se observa que una reducida cuota de sanción resulta ya suficiente para mantener la confianza de la colectividad en

42. Así ya FEUERBACH, según lo cual la pena debe ser impuesta para que la amenaza no sea enunciada en vano, *Lehrbuch*, (nota 39), p. 39.

43. Véase art. 7 Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, párrafo 103.2 GG; Art. 25.1 CE.

44. KERNER, *Kriminologische Gegenwartsfragen*, 1976, 137 y ss.; el mismo, *Verbrechenswirklichkeit und Strafverfolgung*, 1983; KAISER, *Kriminologie*, 2.ª ed., 1988, § 41; EISENBERG, *Kriminologie*, 3.ª ed., 1990, § 26, § 27.

el Derecho.⁴⁵ Recuerda a algo de la teoría sociológica de Helmut POPITZ: una utilización selectiva del Derecho penal sería ya apropiada precisamente para el mantenimiento de la confianza de la población en la norma, mientras que persiguiendo en cambio absolutamente todas las infracciones se reconoce en realidad la mínima validez de la norma en general y, en esa medida, se experimentaría un absoluto colapso.⁴⁶ Si se trazara este diagnóstico en el programa de la norma de conducta, ésta rezaría algo como lo siguiente: «no debes hurtar cosas ajenas, de lo contrario *eventualmente* has de contar con una pena». De este modo, queda caracterizada la norma de prohibición como inquebrantable mandato de conducta en cierta manera evidente. Resulta así claro si se acentúa en contra de ello la teoría de la prevención general positiva tan sólo en el acto de imposición de la pena: aun cuando la amenaza de la sanción ya estuviera categóricamente formulada en la Ley, en la fase de aplicación sería fijada a partir del nivel mínimo de sanción necesario para el mantenimiento de la confianza de la población en la norma. Pero eso sería un autoengaño, pues en realidad debe anticiparse ya por la norma de conducta de modo natural la praxis de la imposición de la sanción contenida en el programa de la norma. Por tanto, ello confirma que la norma de conducta, y la conminación con una pena a ella vinculada, gozan de primacía lógica sobre la imposición de la misma; y que debe desarrollarse la teoría de la pena desde la conminación por medio de la sanción. Con la imposición de la pena pueden sin duda presentarse después puntos de vista adicionales, como quizá la idea de la prevención especial. Ésta, al encerrar exclusivamente un juicio de futuro, carece de lugar en la norma de conducta, y ha de desarrollarse en la teoría de la medición de la pena, a la que no puedo aquí referirme más extensamente. Sin embargo, esto sólo podrá llevarse a cabo en el marco de una pena que se defina desde la perspectiva de la amenaza penal y no en contradicción con la misma.

4. Llego así al resultado de que, en la nueva discusión, tanto la trascendencia lógica como el significado dogmático de la prevención general positiva, o no son adecuadamente apreciados o bien son sustancialmente sobreestimados. En el centro de la teoría de la pena ha de situarse la prevención general de amenaza, que en todo caso posee una faceta positiva o integrativa, como también una negativa o disuasoria. Sus caracteres son congruentes con los presupuestos del principio de culpabilidad. Elaborar una construcción con independencia del mismo, aunque quizá fuera teóricamente posi-

45. Especialmente intensivo expresado por ZIPP, *Die mangelnde Strafverdächtigkeit der Tat*, 1975; como también el mismo, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., 1980, pp. 137 y ss.; cfr. también JÄGER, *KrimJ*, 1976, 108 y ss.

46. *Die Präventivwirkung des Nichtwissens*, 1968.

ble sobre una sobreestimada prevención general, no resultaría, sin embargo, legitimable a la luz de aquél. Para la efectividad del Derecho penal es relevante el concepto de la prevención general positiva en la medida en que permite tomar en cuenta los mecanismos de efectos colectivos ínsitos a la misma, que se presentarían por un racionalismo y psicología individualista como erróneos. Sin embargo, no resulta de ello una finalidad de la pena independiente.

PROBLEMAS POLÍTICO-CRIMINALES Y JURÍDICO-CONSTITUCIONALES DE UN SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL*

Jürgen WOLTER

Catedrático de Derecho penal

Universidad de Mannheim.

I

Mi conferencia aborda dos tesis generales de la dogmática hispano-alemana del Derecho penal. Dichas tesis se basan en los trabajos de ROXIN, MIR PUIG, SILVA SÁNCHEZ y los autores próximos a ellos. Asimismo, se toman en consideración las sentencias del Tribunal Supremo¹ (caso del aceite de colza, abril de 1992) y del Tribunal Constitucional de la República Federal² (caso del cannabis, marzo de 1994), que han abierto nuevas perspectivas.

A continuación se tratará de hacer fructíferas ambas tesis generales político-criminales y jurídico-constitucionales en pro de un sistema internacional de Derecho penal. El desarrollo ulterior de semejante teoría internacional del delito es necesario ya que nos encontramos a las puertas de la elaboración de una Constitución europea y de la edificación de un nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Nuestras constituciones nacionales ya protegen actualmente de modo especial el derecho a la libertad, la dignidad humana, el principio de legalidad y el principio del Estado de Derecho.³

* Traducción del original alemán «Kriminalpolitische und verfassungsrechtliche Probleme eines internationalen Strafrechtssystems» a cargo de Eduardo Onecha Pérez, Universidad Pompeu Fabra.

1. 1 *NSZ*, 1994, p. 38.

2. BVerfGE 90, pp. 145 y ss., 223 y ss.

3. Cfr. los artículos 10 I, 9 III y 168 de la CE; y los artículos 1 I, 79 III y 103 II de la GG respecto a la garantía de la dignidad humana y el principio de legalidad; en cuanto a la función de la garantía de la dignidad humana en un sistema europeo de Derecho penal, MIR PUIG y WOLTER, en *Bausteine eines gemeinschaftlichen Strafrechtssystems*, Coimbra-Symposium für Claus Roxin (ed. por SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS), 1995, pp. 175 y ss.

En el juicio del aceite de colza, el Tribunal Supremo español se declara partidario de los indicados principios jurídico-constitucionales para todo hecho doloso merecedor de pena: el autor debe actuar con conocimiento del concreto peligro que parte de su acción, y este peligro debe rebasar claramente el riesgo permitido.

Por otro lado, en su sentencia de la droga, el Tribunal Constitucional de la República Federal ha confirmado, conforme al § 29 de la ley alemana de estupefacientes (*Betäubungsmittelgesetz*), la conminación penal del comercio de cannabis en pequeñas cantidades para el consumo personal. De este modo, dicho comercio con productos derivados del cannabis sobrepasa el límite del riesgo permitido y crea un riesgo jurídico-penalmente relevante. Sin embargo, por razones de proporcionalidad y de protección de la libertad del autor, el tribunal puso término a la persecución penal mediante el mandato del «sobreseimiento obligatorio del procedimiento», o (según un voto discrepante) consideró que la conducta no era punible por concurrir una «causa material de exclusión de la pena».

II

En un sistema internacional de Derecho penal, la compaginación de estas dos tesis generales político-criminales y jurídico-constitucionales se concibe en los siguientes términos:

En primer lugar: El fundamento de un sistema de Derecho penal y de la punición radica en el derecho a la libertad, la garantía de la dignidad humana y el principio de Estado de Derecho. El Derecho penal es, como MIR PUIG ha expuesto convincentemente,⁴ derecho constitucional aplicado. Basándose en la esencial libertad de acción, la función limitada de la prevención general positiva, o los necesarios contactos sociales de los ciudadanos entre sí, el Estado puede dejar de prohibir como merecedoras de pena las creaciones de un riesgo socialmente adecuado. Este es el fundamento del riesgo permitido como «causa jurídico-constitucional de exclusión del tipo». No son objeto de las normas de conducta jurídico-penales los peligros socialmente adecuados, como, por ejemplo, los inherentes al tráfico rodado con observancia de los reglamentos. El riesgo socialmente adecuado se sitúa al principio del sistema del Derecho penal o a las puertas de la propia teoría del delito. En la medida en que ya desde un principio se considera penalmente irrelevante, no realiza el tipo (*Typus*) del hecho merecedor de pena compuesto de injusto y de culpabi-

4. MIR PUIG (*supra* n. 3); cfr. también el mismo, en *ZStW* 102 (1990), pp. 923 y ss.

lidad. Aquí debe incluirse el comercio en pequeñas cantidades de cannabis para el propio consumo, en contra de lo que entendió la resolución del Tribunal Constitucional de la República Federal, incluido el voto discrepante.⁵

Por otro lado, el propio Estado puede, en casos concretos, dejar de castigar un comportamiento que rebasa el riesgo permitido. En virtud de la función limitada de la prevención general positiva y del contenido esencial del derecho a la libertad, un hecho merecedor de pena (y necesitado de pena) integrado por injusto y culpabilidad puede permanecer impune y sin sanción. Este es el fundamento para una «causa jurídico-constitucional y material de exclusión de la pena». Falta, principalmente por motivos político-criminales y preventivos, la potestad del Estado de castigar. Estas causas jurídico-constitucionales de exclusión de la pena se sitúan al final del sistema del Derecho penal. En los supuestos en los que deben aplicarse se realiza el tipo (*Typus*) de delito merecedor de pena (y necesitado de pena), pero no el tipo (*Typus*) del hecho materialmente punible.⁶ Un ejemplo de todo ello lo constituye la provocación masiva de un delito por parte de la policía.

En segundo lugar, vayamos a la otra tesis general. Esta se ocupa sólo del hecho merecedor de pena (y necesitado de pena) situado entre ambos extremos del sistema, esto es, la transgresión del riesgo permitido y la punibilidad material como consecuencia de la potestad estatal de castigar: Este hecho merecedor de pena (y necesitado de pena) integrado por injusto y culpabilidad, que rebasa el riesgo permitido, consta de tres niveles sistemáticos. Examinaré en primer lugar el hecho doloso consumado;⁷ los tres niveles sistemáticos son:

Primero, la creación dolosa y culpable de un riesgo no permitido (aspecto de la creación de un peligro); segundo, la realización objetivamente imputable del peligro en el resultado (aspecto de la realización del peligro); y tercero, la realización objetivamente imputable del hecho doloso en el resultado (aspecto de la realización del plan).

Esta tripartición del núcleo del sistema del Derecho penal se basa nuevamente en fundamentos jurídico-constitucionales y pone en práctica el princi-

5. Más detallado WOLTER, en *NStZ*, 1993, pp. 8 y ss.; el mismo, en *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem* (ed. por WOLTER/FREUND), 1995, pp. 1 y ss.

6. En detalle WOLTER, en *140 Jahre Goitdammer's Archiv für Strafrecht* (ed. por WOLTER), 1993, pp. 272 y ss., 288 y ss., 296 y ss.; el mismo, *Straftat* (*supra* n. 5), pp. 1 y ss. En el segundo trabajo se distingue conceptualmente con más claridad entre las llamadas causas de disculpa (causas de exclusión de la responsabilidad) como supuestos de ausencia de necesidad de pena y las causas de exclusión de la pena como ejemplos en los que falta la potestad estatal de castigar, mientras que en el primer trabajo se habló respectivamente de la ausencia de necesidad de pena.

7. No haré referencia expresa a la teoría de las causas de justificación como parte del injusto merecedor de pena.

pio del riesgo, desarrollado por Claus ROXIN.⁸ A tal efecto, deben hacerse aquí algunas aclaraciones, en primer lugar respecto a la creación de un peligro:

1. Todo hecho merecedor de pena presupone, en primer lugar, la infracción de una norma de conducta. Teniendo en cuenta su derecho a la libertad, el autor debe reconocer (*ex ante*) o poder reconocer (en los delitos imprudentes) que él crea con su conducta un peligro no permitido para el bien jurídico protegido.⁹ Sólo semejante norma de conducta, referida al bien jurídico y que incluya la imprudencia, se corresponde con el pretendido derecho jurídico-constitucional de autodeterminación y el derecho a la libertad del hombre. Únicamente de esta manera se pueden realizar los fines preventivos.¹⁰ Dolo e imprudencia son, por tanto, los elementos subjetivos esenciales de la norma de conducta y, por lo mismo, del injusto, aunque también pueden poseer un significado adicional en la culpabilidad. En este sentido, deberíamos abandonar la separación sistemática y dogmática entre delitos dolosos e imprudentes tal y como sirve de base a la tradicional teoría final y personal del injusto.¹¹

Además, cuando crea el riesgo no permitido, el autor debe comportarse de modo culpable, en el sentido de poder actuar de otro modo. Así lo exige nada menos que el principio de culpabilidad establecido en la Constitución.

El autor del delito consumado debe finalmente crear un riesgo de consumación idóneo, y desde su punto de vista, completo, para la producción del resultado. Desde la perspectiva del principio de culpabilidad, la pena máxima de un hecho consumado presupone el máximo riesgo de consumación.¹² La primera condición del hecho doloso consumado merecedor de pena es, por consiguiente, la realización culpable de una tentativa idónea acabada.

8. Por primera vez ROXIN, en *Honig-Festschrift*, 1970, pp. 133 y ss.; el «alcance del tipo» utilizado por ROXIN de manera novedosa en el sistema (*Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.ª ed., 1994, § 11 núm. 85-112) recorre, en mi opinión, la totalidad del hecho merecedor de pena, desde la creación del peligro pasando por la realización del peligro, hasta la realización del plan.

9. Respecto a la perspectiva *ex ante*, convincente MIR PUIG, en *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1989, pp. 253 y ss.

10. MIR PUIG, en *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 255 y ss., 260; SILVA SÁNCHEZ, en *ZStW*, 101 (1989), pp. 369 y ss.; según ellos el desvalor del resultado no afecta al injusto, sino a la punibilidad; de otra opinión WOLTER, en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems* (ed. por SCHÜNEMANN), 1984, p. 107; el mismo, en *Objektive und personale Zurechnung in einem funktionalen Strafatsystem*, 1981, pp. 27, 123 y ss.

11. Respecto a la igualdad estructural de los delitos dolosos e imprudentes, WOLTER (*supra* n. 6), pp. 278 y ss., 307 y ss.; respecto a la unidad de sentido del tipo de injusto objetivo y subjetivo, MIR PUIG, en *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 255 y ss.

12. Respecto a su fundamentación, WOLTER, en *Leferenz-Festschrift*, 1983, p. 570; el mismo (*supra* n. 10), *Grundfragen*, pp. 103 y ss.

2. Por el contrario, la realización en el resultado de este peligro no permitido, doloso y culpablemente creado, no debe ir acompañada de dolo y culpa. La realización del peligro es una cuestión de imputación objetiva. Tras la causación dolosa y culpable de un peligro no permitido, el autor puede dejar que aquél siga su curso hasta el resultado sin que le acompañe el dolo o sin que persista la capacidad de culpabilidad. No obstante, responderá por un hecho doloso consumado, sin que ello suponga infringir el principio de culpabilidad. Así, ya no será necesaria una teoría del *dolus generalis* o de la *culpa generalis*.

3. Frecuentemente, la realización del resultado no se corresponde con el riesgo de consumación creado dolosa y culpablemente. Más bien se produce una desviación en el curso del riesgo. La existencia de tales desviaciones en el curso causal se apoya en el carácter circunstancial propio de la vida que da lugar a las situaciones de las que a menudo se ocupan los tribunales. La teoría del caos¹³ representa una nueva fundamentación de este fenómeno. Partiendo de ello, debe abandonarse el requisito de una «supradeterminación final del curso causal». En su lugar, sólo es necesario que el curso causal desviado sea objetivamente imputable al hecho doloso. ROXIN habla aquí de la «realización del plan».¹⁴

Esta realización del plan es controvertida en su concreción dogmática. Pero, desde la perspectiva de la sistemática del hecho punible, está claro que tanto la realización del plan como la realización del peligro son un fenómeno de la imputación objetiva.¹⁵ Si la infracción de la norma de conducta se agota en la creación dolosa y culpable de un peligro no permitido, la realización de otro peligro es, entonces, una cuestión de imputación objetiva del hecho doloso¹⁶ y de atribución objetiva a la infracción de la norma de conducta.

Cuando SILVA SÁNCHEZ exige para el hecho doloso consumado la concordancia entre el dolo y la clase de riesgo,¹⁷ cuando ROXIN se pregunta si el riesgo desviado está contenido en el ámbito de probabilidad previsto por el autor doloso respecto del curso causal,¹⁸ o cuando el Tribunal Supremo alemán

13. Sobre ello, NAUCKE, en *ZStW* 102 (1990), pp. 90 y ss.

14. ROXIN, *AT*, § 12 núm. marg. 139 y s.; el mismo, en *Würtenberger-Festschrift*, 1977, pp. 115 y 123.

15. ROXIN, *AT*, § 12 núm. marg. 137, 143: «imputación objetiva al dolo» («*objektive Zurechnung zum Vorsatz*»).

16. WOLTER (*supra* n. 6) pp. 276 y ss.

17. SILVA SÁNCHEZ, en *ZStW* 101 (1989), p. 376; cfr. también FRISCH, en *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 458 y ss., 533, 542, 577 y ss.

18. ROXIN, *AT*, I, §, 12 núm. marg. 139.

exige que la desviación no justifique ninguna otra valoración del hecho,¹⁹ todos estos criterios tienen en común el dato de ser criterios normativos y objetivos de imputación. Con ayuda de estos puntos de vista objetivos se intenta armonizar jurídicamente, en el caso concreto, la libertad de acción del autor con la protección del bien jurídico. En este sentido, deberíamos abandonar no sólo un sistema de Derecho penal finalista, sino incluso un sistema de Derecho penal ontológico.

III

De todo lo dicho podemos sacar la siguiente conclusión provisional: Un sistema moderno e internacional de Derecho penal, jurídico-constitucionalmente fundado, y por eso también normativo, posee en total seis elementos:

Primero, el marco jurídico-constitucionalmente garantizado del riesgo permitido debe ser rebasado. Los límites del riesgo permitido son un problema del Estado social y liberal de Derecho. Para la concurrencia objetiva de un riesgo permitido no es necesaria la presencia de dolo ni imprudencia en el autor. Los límites del riesgo permitido son una cuestión de imputación objetiva. La suposición errónea de un riesgo no permitido no da lugar a una tentativa inidónea, sino que es socialmente soportable y no punible. Esto vale para el tráfico rodado lo mismo que para la creación de riesgos de shock (*Schockrisiken*), para la injuria en la intimidad familiar, o para la resistencia contra una acción antijurídica realizada en el ejercicio del cargo. La punición de la tentativa inidónea sería propia de un Estado autoritario e insopportable socialmente. El Estado debe tener en cuenta el contenido esencial del derecho a la libertad. No se verifica una ponderación concreta de los intereses de protección de los bienes jurídicos concurrentes.²⁰ Aquí debe incluirse el comercio de cannabis en pequeñas cantidades para el consumo personal.

Segundo, el autor debe crear un peligro no permitido, y debe hacerlo dolosa o imprudentemente así como culpablemente, en el sentido de poder actuar de otro modo.

19. BGHSt 7, 329; 37, 214; 38, 34, así también la sentencia del BGH 38, 34 que asienta (posiblemente) por primera vez, el criterio de la misma valoración jurídica en la imputación objetiva; por otro lado, en la sentencia del BGH 37, 218 se acaba sin vacilaciones con la doctrina dominante de la «adecuación de la desviación causal» sobre la misma valoración.

20. Cfr. también § 113 III del StGB; sobre todo ello WOLTER, en Coimbra (*supra* n. 3), pp. 195 y ss.; *vid.* también KINDHÄUSER, en GA, 1994, pp. 197 y ss., 222 y ss.

El peligro no permitido debe realizarse, tercero, en el resultado objetivamente imputable.

Cuarto, junto al peligro, en la desviación causal debe realizarse, de manera objetivamente imputable, el plan del autor. Estos primeros cuatro elementos integran el merecimiento de pena del hecho.

Quinto, el injusto merecedor de pena y culpable, creado por la conducta que rebasa el riesgo permitido, no puede finalmente atenuarse mediante causas de exclusión de la responsabilidad, como, por ejemplo, el estado de necesidad disculpante, ni ser excluido por especiales necesidades preventivas (aspecto de la necesidad de pena).

Este núcleo del sistema del Derecho penal en el sentido de merecimiento y necesidad de pena del hecho, es decir, por ejemplo, la causación dolosa de un peligro no permitido y la realización en el resultado del hecho doloso creador del riesgo, exige, por lo general, una concreta ponderación jurídico-constitucional de intereses. El dogmático del Derecho Penal, el juez y el legislador deben siempre conciliar, en el sentido del principio de proporcionalidad, la libertad de acción del autor con los intereses de protección de los bienes jurídicos.²¹

Sexto, el peligro no permitido creado y realizado objetivamente y conforme al plan, esto es, el hecho merecedor y necesitado de pena (contrario a Derecho y culpable) debe ser también, finalmente, «materialmente punible». Tampoco esto tiene nada que ver con la cuestión de la imputación del dolo o la culpabilidad. También aquí se trata sólo de la imputación objetiva. Como ocurría con el primer nivel sistemático del riesgo permitido, afecta al contenido esencial del derecho a la libertad. Ya no tiene lugar una ponderación concreta de los intereses de protección de bienes jurídicos. Este es el ámbito fundamental de aplicación de la función limitadora de la prevención general positiva, de la política criminal y del Estado liberal de Derecho en el sistema del Derecho penal.

Después de todo, el sistema de Derecho penal se puede reducir a una fórmula concisa:

Relevancia jurídico-penal mediante una conducta que rebasa el peligro socialmente permitido; merecimiento de pena y necesidad de pena (es decir, posibilidad y necesidad de punición) mediante la creación objetiva y subjetivamente imputable de un peligro no permitido y la realización objetivamente imputable del mismo, todo ello sin que concurra una causa de exclusión de la responsabilidad; punibilidad material (es decir, la potestad estatal de castigar)

21. ROXIN, en *Chengchi Law Review*, vol. 50, 1994, p. 239; WOLTER, en *NSiZ*, 1993, p. 5.

basada en necesidades político-criminales (o necesidades extrapenales, de carácter político-jurídico —y que aquí no nos interesan— como, por ejemplo, la garantía de la reciprocidad del § 104 a del Código penal alemán).

IV

Permitanme en la segunda parte de mi conferencia concretar dos puntos de este sistema internacional de Derecho penal: la «punibilidad material» fundamentada político-criminal y preventivo-generalmente (esto es, la potestad estatal de castigar); y la sintonía entre la realización del peligro y la realización del plan, especialmente en el ámbito del merecimiento de pena.

1. Situémonos, en primer lugar, en el último nivel del sistema del Derecho penal, esto es, el que estudia las causas jurídico-constitucionales de exclusión de la pena, una vez afirmada la concurrencia de un hecho merecedor y necesitado de pena: aquí tienen lugar, sobretodo, consideraciones político-criminales y preventivo-generales. En el fondo no se trata de otra cosa que de ampliar la distinción, desarrollada por Claus ROXIN, entre, por un lado, las causas de exclusión de la culpabilidad que afectan al poder actuar de otro modo y, por otro lado, las causas de disculpa.²² Las causas de exclusión de la culpabilidad niegan por completo la capacidad de culpabilidad y, por tanto, el merecimiento de pena del hecho. En cambio, las causas de disculpa, como causas de exclusión de la responsabilidad, disminuyen el injusto y la culpabilidad hasta el punto de que, desde la perspectiva de las necesidades preventivas, falta, no ya el merecimiento de pena, sino la necesidad de pena. La esencia de todo ello está en la convicción de que las causas de exclusión de la responsabilidad afectan al hecho en su totalidad, es decir, afectan tanto al injusto como a la culpabilidad.

Esta idea básica puede trasladarse a aquellos casos cuya dificultad no radica por igual en el injusto y la culpabilidad, sino en otros ámbitos del hecho punible.²³ No me refiero a las causas de exclusión de la responsabilidad atenuantes del injusto y la culpabilidad, sino a las causas jurídico-constitucionales de exclusión de la pena independientes del injusto y la culpabilidad. Si, por ejemplo, un policía actúa como *agent provocateur* y, de forma masiva y

22. ROXIN, en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed. 1973, pp. 33 y ss. Cfr. también SCHÜNEMANN, en *Schmitt-Festschrift*, 1992, pp. 133 y ss.

23. Cfr. también MIR PUIG, en Coimbra (*supra* n. 3). El problema no tiene nada que ver con las tesis de GÜNTHER, en *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, pp. 179 y ss., 241 y ss., 249 y ss., 272, 383 y ss.; sobre ello, WOLTER (*supra* n. 6) pp. 296 y ss.

contraria al Estado de Derecho, influye sobre el delincuente, quedará atenuada la culpabilidad de éste. Lo que ya no resulta evidente es la atenuación del injusto y la culpabilidad por igual. Tal atenuación no puede deducirse de la inconstitucionalidad del procedimiento empleado por el *agent provocateur*. En este sentido, tenemos que, por una parte, la influencia de la provocación en la motivación del autor se presenta como penalmente relevante pero, por otra, es problemático su tratamiento en la sistemática del delito. El fundamento esencial de la exención de pena se halla, más bien, en la inconstitucionalidad de la provocación estatal. El Estado renuncia a su derecho a castigar el comportamiento antijurídico y culpable del autor. Por razones preventivo-generales y político-criminales, falta la potestad estatal de castigar. Así, las causas jurídico-constitucionales de exclusión de la pena no eliminan o atenúan la necesidad de pena (ni el merecimiento de pena) del injusto totalmente culpable; pero permiten afirmar la ausencia de la punibilidad material, por razones independientes del autor y, por tanto, del injusto y la culpabilidad. Sistemáticamente, se ha producido una «causa de exclusión de la pena provocada estatalmente».²⁴

Con estos instrumentos del sistema del hecho punible querría solucionar también aquellos casos de lesiones en los que el autor causa unas lesiones y posteriormente se produce una intervención médica, que limita sus efectos pero no consigue eliminarlos. Si el autor planea desde un principio que, tras la lesión corporal, la víctima, impedida para andar, intentará hacerlo y sufrirá una caída mortal, estaremos ante un hecho antijurídico, culpable, merecedor de pena y necesitado de pena. Ahora bien, si es la víctima la que, al caminar, se lastima de nuevo, entonces se produce una «causa de exclusión de la pena provocada por la propia víctima».²⁵ Las necesidades preventivas tampoco exigen la punición cuando la víctima —tal y como se previó— sufre una caída mortal por «imprudencia leve o, incluso, actuando sin culpabilidad». La libertad de acción de la víctima, así como la consideración del transcurso del tiempo y de la seguridad jurídica en el Estado de Derecho excluyen, desde una perspectiva jurídico-constitucional, la punibilidad material del autor.

2. Al final de mi conferencia me dirijo al núcleo del sistema del Derecho penal y, en parte, a un ámbito dogmático virgen. Para la imputación objetiva del resultado en los supuestos en los que, tras la creación dolosa de un peligro, se produce una desviación causal, Claus ROXIN ha propuesto distinguir entre la realización del peligro y la realización del plan. Ambos institutos deben

24. C. ROXIN, en *40 Jahre Bundesgerichtshof*, 1991, pp. 86 y ss.; cfr. I. ROXIN, en *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 1.^a ed., 1988, pp. 106 y ss., 288.

25. WOLTER, (*supra* n. 6) pp. 300 y ss.

separarse estrictamente el uno del otro, como lo demuestran no sólo los casos de *aberratio ictus*, o de «interposición de la víctima o de un tercero». Así, la intervención médica defectuosa, levemente imprudente y mortal para la víctima, que se produce tras la creación culpable de un riesgo para la vida mediante un navajazo, todavía puede ubicarse en el marco de la realización del peligro. Pues la asistencia médica defectuosa de una herida de arma blanca no «interrumpe» ni la relación de adecuación, ni la habitual relación de imputación objetiva. Para la interpretación dominante —modificando la originaria teoría de la prohibición de regreso—, sólo una imprudencia grave, o la intervención dolosa de un tercero o de la propia víctima elimina la relación de imputación.²⁶

Aun así, hemos de hacer frente al problema adicional de la realización del plan cuando hay una desviación del curso causal.²⁷ Cuando la víctima muere, no a manos del autor, sino del médico, debe plantearse si el riesgo de muerte que efectivamente se realiza en el resultado, debido al proceder equivocado del médico, pertenece a la misma clase de riesgo que el riesgo originado por el navajazo; si aquel riesgo está abarcado típicamente en el navajazo que pone en peligro la vida de la víctima; y, por último, si está sujeto a la misma valoración jurídica, volviendo a recoger los criterios de SILVA SÁNCHEZ, ROXIN y del Tribunal Supremo alemán. Si se responde negativamente a estas cuestiones, entonces sólo deberá apreciarse en el autor del navajazo una tentativa de homicidio.

En los supuestos de «interposición del propio autor» se pone de manifiesto de manera especial la exigencia de la doble imputación objetiva de un resultado con ayuda, por un lado, de la realización del peligro y, por otro, de la realización del plan. Nos referimos a aquellos casos que se sitúan en el ámbito del *dolus generalis*. En estos supuestos seguimos todavía sin hallar una solución dogmática para el problema de la imputación objetiva de varios resultados cuando hay una segunda acción del autor.

Como aclaración de todo esto, me referiré a una sentencia actual del Tribunal Supremo alemán, concretamente de 1993:²⁸ en este caso, el autor había disparado, dolosamente y de manera peligrosa para la vida, a un ladrón. El

26. BURGSTALLER, en *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, pp. 117 y ss.; JAKOBS, en *ZStW*, 89 (1977), pp. 1 y ss., 30; OTTO, en *JuS*, 1974, p. 309; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *StGB*, 24 ed., 1991, núm. marg. 102, antes del § 13; WOLTER, en *Zurechnung* (*supra* n. 10), pp. 346 y ss.; resumidamente ROXIN, en *Tröndle-Festschrift*, 1989, pp. 177 y ss.

27. Convinciente también el enfoque de SILVA SÁNCHEZ, en *ZStW* 101 (1989), p. 364; cfr. últimamente también ROXIN, *AT*, I, § 11 núm. marg. 108 y ss.

28. BGH NJW 1993, p. 1.723; cfr. también OGHSt 2, p. 285.

ladrón, gravemente herido, se arrastró desde la escalera a una habitación oscura, donde, tras realizar el autor un segundo disparo, finalmente murió. El autor había disparado nuevamente en la habitación oscura sin haberlo visto, por temor al ladrón o a un cómplice de éste. El Tribunal Supremo alemán apreció la segunda acción como levemente imprudente, pero, considerando los dos disparos, apreció un homicidio doloso consumado.²⁹

Debemos criticar esta sentencia. En primer lugar, con el primer disparo se crea dolosa y culpablemente un riesgo no permitido de realización del resultado. Por ello existe una tentativa idónea acabada de homicidio. Sin embargo, es discutible que este peligro se haya realizado en el resultado. Ciertamente, existe una relación causal y de adecuación, pues era previsible que el autor, por miedo al ladrón y tras cargar inmediatamente la pistola, pudiera hacer un segundo disparo. No obstante, queda en pie la cuestión de la relación de imputación objetiva. Las consideraciones y limitaciones que hemos realizado para los supuestos de interposición de la víctima o de un tercero en el curso causal no nos sirven para estos supuestos de interposición del propio autor. Aquí no se puede considerar interrumpida la relación de imputación, como ocurría en los supuestos de interposición de la víctima o de tercero, cuando concurre una segunda acción dolosa o gravemente imprudente. Cuando el autor actúa dolosamente también en su segundo acto, está confirmando y reforzando su hecho doloso. Puede castigarse por un homicidio doloso consumado incluso cuando el autor deja, de forma no dolosa, que los acontecimientos sigan su curso. Por esta razón, en un primer momento de la imputación, debe decirse que tampoco un segundo comportamiento levemente imprudente del autor interrumpe la relación de imputación. Los hechos permanecen en el ámbito de responsabilidad delictiva del autor.

Con todo, todavía no se ha agotado el análisis dogmático de estos supuestos. A pesar de la creación dolosa de un peligro, y admitiendo que la realización del peligro es objetivamente imputable, es dudoso que concurra un homicidio doloso consumado. Falta la tercera condición de un hecho doloso consumado: la realización del plan. La interposición imprudente del autor provoca una desviación causal. No es el primer disparo por sí sólo, sino la coincidencia de su eficacia con la del segundo disparo, no querida por el autor, lo que conduce al concreto resultado de muerte. No está claro que el segundo disparo pertenezca a la misma clase de riesgo. El segundo disparo tampoco está abarcado de forma típica en el primer disparo. El curso efectivo de los hechos no merece la misma valoración jurídica. El segundo disparo no se efectúa

29. Así también ROGALL, en *JZ*, 1993, p. 1.068.

como ejecución del hecho, sino, más bien, con ocasión del mismo. Bajo una perspectiva preventiva, tanto el autor como el común de las gentes, dirán que la muerte de un ladrón finalmente dirigida y conforme al plan, no puede realizarse tal como ocurrieron los hechos.³⁰

La solución del caso parece a primera vista totalmente sorprendente: El autor sólo debe ser condenado por tentativa de homicidio en concurso real con un homicidio imprudente.³¹ Sin embargo, esta calificación se deriva de la aplicación de la moderna teoría de la imputación objetiva, que distingue claramente entre la realización del peligro y la realización del plan, sometiendo la imputación objetiva del resultado a un doble análisis normativo.

V

Llegados a este punto concluyo mi conferencia sobre un sistema internacional y jurídico-constitucionalmente fundado de Derecho penal. Mi intervención ha evidenciado que hay dos principios rectores que poseen una fuerza revolucionaria sistemática y dogmática: en primer lugar, la distinción entre la punibilidad del injusto culpable (aspecto del merecimiento de pena y necesidad de pena en el sentido de posibilidad y necesidad estatal de punición) y la punibilidad con base en necesidades político-criminales y preventivas, independientes del injusto y de la culpabilidad (aspecto de la punibilidad material en el sentido de potestad estatal de castigar); y, en segundo lugar, la diferenciación entre la realización del peligro y la realización del plan, en la imputación objetiva (del riesgo y) del resultado. Ambas directrices tienen su origen en la reflexiones de ROXIN. En esta medida, ambos resultados de la ciencia internacional del Derecho penal son imputables objetiva y personalmente a la gran obra realizada por Claus ROXIN.³²

30. Respecto a estos criterios, próximamente WOLTER, en *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin* (ed. por ORDEIG/SCHÜNEMANN/WOLTER), 1995, pp. 14 y ss.; cfr. también el mismo, en *GA*, 1984, pp. 447 y ss.; *GA*, 1991, p. 549; además JAKOBS, *AT*, 2.^a ed., 1991, 8/65.

31. Cfr. también OTTO, *JK*, 1993, antes del § 13 núm. 2; en el caso dado se coloca en lugar de un homicidio imprudente unas lesiones corporales con resultado de muerte.

32. Sobre todo ello desde otra perspectiva HIRSCH, en *Spendel-Festschrift*, 1992, pp. 57 y ss.; cfr. también Armin KAUFMANN, en *Zongök Tjong-Gedächtnisschrift*, 1985, pp. 103 y 110.

DE LA TUTELA DE BIENES A LA TUTELA DE FUNCIONES: ENTRE ILUSIONES POSTMODERNAS Y REFLUJOS ILIBERALES*

Sergio MOCCIA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Salerno

1. A partir de la sorprendente, meritoria y concisa contribución de Hugo GROCIO¹ al nacimiento del Derecho penal moderno, con la sustitución de la autoridad divina por la razón humana, se ha convertido en un dato fundamental que la ley penal, cuando falten otros instrumentos con menor incidencia sobre la libertad y la personalidad individual² para una correcta y funcional intervención, se encargue de reprimir tan sólo aquellos comportamientos que realmente enturbien las condiciones de una pacífica coexistencia en libertad y que, de modo general, se adviertan como tales, es decir, como impregnados de una dañosidad social,³ que se expresa según una muy reciente y acreditada terminología, en el ataque a bienes jurídicos⁴ especialmente significativos.

La connotación de la indiscutible dañosidad social constituye la condición indispensable para que, por un lado, la generalidad de los ciudadanos pueda aprobar la incriminación de un hecho y, por otro lado, para que la per-

* Traducción del original italiano *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, a cargo de Ramon Ragués Vallès. Universitat Pompeu Fabra.

1. Nos referimos a los capítulos XX y XXI del segundo libro del *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), consultado en su edición anotada por J.F. GRONOW y J. BARBEYRAC, comentada por H. y S. VON COCEJ, 4 tomos, Lausana, 1751-1752.

2. El mismo principio de subsidiariedad del Derecho penal viene claramente enunciado por Grocio: «qui delinquit in eo statu est ut puniri liceat possit: sed non ideo sequitur debere eam exigere: quia hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam appareat, nihil esse quod ad poenam exigendum praecise obbliget», *De jure*, lib. 2, cap. XX, n. 1; ver igualmente, tit. XHI, n. 1; tit. XXI; tit. XXIII.

3. *De jure*, 2, XX, XX, 1; el requisito de la dañosidad social del delito deviene, desde este momento, uno de los pilares del garantismo iluminista, cfr. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), en *Opere scelte*, Milán, 1839, §II, pp. 7 y ss.

4. Destacando, como es notorio, en BIRNBAUM, «Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», en *Archiv des Criminalrechts*, 1834, pp. 175 y ss.

sona concreta pueda, legítima y eventualmente, ser encaminada de modo fructífero a la recuperación social: la acción de resocialización, o el efecto de no-desocialización, requiere, ante todo, que el sujeto perciba con claridad la antisocialidad de su comportamiento, o bien, el ataque significativo a un bien jurídico merecedor de tutela penal.

De la necesidad de mantener una estrecha interrelación en términos de des/valor entre el objeto de tutela y la realidad social en la cual debe fundamentarse la intervención penal, nace la teoría del bien jurídico, bajo la perspectiva de superación del insatisfactorio registro formalista otorgado al problema por Anselm FEUERBACH, con el recurso a la figura del derecho subjetivo como objeto de agresión.⁵

Ha sido, pues, el estrecho vínculo con la realidad social lo que ha propiciado que el bien jurídico asuma una importancia esencial en la reconstrucción del tipo de injusto y, por ello, un rol fundamental de garantía en la delimitación del instrumento penal. Por consiguiente, junto con la tradicional función dogmático-interpretativa, el bien jurídico ha pasado a desempeñar una función crítica y trascendente⁶ al sistema penal, entendiéndose como criterio decisivo para una política criminal expresiva del Estado social de Derecho.

Ciertamente, el concepto de bien jurídico no se halla en condiciones de ofrecer una fórmula con la cual, mediante operaciones de subsunción y deducción, se pueda delimitar fácilmente la conducta punible de la que no lo es; no obstante, junto con la finalidad de la pena,⁷ sí está en condiciones de proporcionarnos la indicación de qué es lo que puede ser legítimamente tutelado con el Derecho penal.⁸ En este sentido, puede también hablarse de función negativa de legitimación del bien jurídico.⁹

También en esta acepción más limitada, el bien jurídico sufre actualmente una crisis que cuestiona su función más significativa, que no es otra que delimitar la intervención penal. El argumento principal viene dado por la con-

5. Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801), 14.^a ed., Giessen, 1847, reedición facsimilar, Aalen 1973, § 21 y ss., pp. 45 y ss.; una concepción análoga fue la que sostuvo anteriormente FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1788-1789), París, 1853, lib. III, p. II, cap. XV, XXXVIII y ss., pp. 188 y ss., 223 y ss.; PAGANO, *Principi del codice penale* (1785-86), Nápoles 1815, cap. I, XIII, XIV, pp. 16 y ss., 50 y ss.; v. también, el mismo, *Saggi politici* (1783-1792), V, «Delle società polite e colte», en *Opere filosofiche — politiche ed estetiche*, Nápoles, 1848, cap. XIV-XV, pp. 208 y ss.

6. Para esta terminología cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Fráncfort del Main, 1973, pp. 19-20.

7. Al respecto, consíntasenos la referencia a nuestro *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Nápoles, 1992, pp. 173 y ss.

8. Cfr. ROXIN, «Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform», en *Radius*, 1966, pp. 34 y ss.; el mismo, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín-Nueva York, 1973, pp. 42 y ss.

9. Cfr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, cit., pp. 115 y ss., 169 y ss.

sideración según la cual, tras el examen de algunos bienes jurídicos, la mayoría de ellos de titularidad difusa o de amplio espectro, sería necesaria una tutela fuertemente anticipada, que se materializaría en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión. Así, se afirma¹⁰ que, ante una global peligrosidad de la conducta, o bien, con relación a normas con funciones de organización, los delitos de peligro abstracto resultarían plenamente compatibles con el sistema penal garantista del Estado social de Derecho. En particular, respecto a los delitos contra el orden económico, se ha afirmado que expresan «una ofensividad de tipo particular, que se mide en términos no tanto de consecuencias concretas, como de incompatibilidad con las tendencias programáticas del sistema».¹¹

Es evidente que, entendiendo legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión, decae del todo la función de delimitación del bien jurídico,¹² desde el momento en que la incriminación de cualquier conducta, incluso la más inocua desde el punto de vista de la dañosidad social, puede siempre reconducirse a la tutela de fundamentales, aunque remotos, bienes jurídicos.

El ordenamiento acaba así por configurar una disciplina meramente dirigista, que se expresa en una detallada reglamentación al servicio de la cual se dispone la sanción penal, renunciando a la represión de las conductas que inmediatamente se orientan al ataque del bien.¹³ Se castiga, por tanto, la inobservancia de normas organizativas y no la realización de hechos socialmente dañosos.

La pretensión subyacente a este contexto es la que entiende que toda puesta en práctica de la eficiencia del control,¹⁴ desde una visión desideologizada de la vida de relación, comporta sacrificar la rígida defensa de principios abstractos o de valores que trascienden al problema que se presenta en la resolución de un caso concreto, todo lo cual se antepone a la coherencia del sistema. En nombre de un exasperado pragmatismo eficientista se da crédito a una sinergia de elementos y perspectivas, lejanos los unos de los otros, que

10. Por todos, autorizadamente, PEDRAZZI, «Problemi di tecnica legislativa», en VV.AA., *Comportamenti economici e legislazione penale*, a cargo de C. PEDRAZZI y G.S. Coco, Milán, 1979, pp. 32 y ss., y, también, TIEDEMANN, «Strafrecht und Marktwirtschaft», en *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 527 y ss.

11. Así, PEDRAZZI, «Interessi economici e tutela penale», en VV.AA., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cargo de A.M. STILE, Nápoles, 1985, p. 304.

12. Sobre este punto, acertadamente, VOLK, «Strafrecht und Wirtschaftskriminalität. Kriminalpolitische Probleme und dogmatische Schwierigkeiten», en JZ, 1982, p. 88.

13. Cfr. al respecto, SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bolonia, 1990, pp. 16-17, 21.

14. Semejante pretensión se remarca en el ámbito de una amplia y estimulante investigación de PALIERO, «Consenso sociale e diritto penale», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 915 y ss.

dan vida a una convivencia «débil» y no a una síntesis «fuerte» de componentes conciliables. Ello se expresa en laubrepticia utilización de la intervención penal para la tutela de la funcionalidad de los mecanismos de intervención de la administración pública, mediante la creación artificiosa de bienes jurídicos de referencia,¹⁵ con el doble fin de salvar dificultades en la redacción del tipo y de superar, con soltura, problemas de prueba.¹⁶ Sin embargo, nosotros pensamos que sólo de una armónica interacción de garantías formales y substanciales, que requiere de una visión y de una indagación sistemática que abarque todos los problemas concretos a resolver, podrán alcanzarse soluciones realmente eficientes. Difícilmente los recortes en la efectiva observancia de los principios fundamentales conducirán a resultados satisfactorios: la pérdida de garantías trae consigo inevitablemente consecuencias negativas, incluso desde el punto de vista del mero control social.

Ciertamente, el condicionamiento histórico comporta que, bajo una apariencia de continuidad, pueda ir mutando la fisonomía del bien¹⁷ y, por consiguiente, puedan, por así decirlo, variar las prestaciones conexas a éste; cierto es que en muchos casos los bienes acompañan y expresan la evolución de la realidad social —pensamos, por ejemplo, en el patrimonio—¹⁸ y aparecen en la experiencia normativa en tanto que resultados de los conflictos de intereses individuales y/o sociales presentes en la vida interindividual. No obstante, esta posible mutación, desde una perspectiva estructural y funcional, no puede cuestionar del todo la validez de los principios en que se funda el sistema —o se debe fundar—, dando lugar solamente a una variada fenomenología de los ataques. Ello significa que la presencia de un ataque real y efectivo deberá presidir el tipo, sea abstracto o concreto, con el fin de conjurar, de modo inmediato, laubrepticia e ilegítima exaltación de una óptica de meras violaciones de deberes, que empieza por la devaluación del elemento subjetivo y acaba dando una nueva dimensión a la perspectiva misma del Derecho penal del hecho.¹⁹

15. Para una reconstrucción crítica de este proceso cfr. MÜLLER-DIETZ, «Aspekte und Konzepte der Strafbegrenzung», en *Festschrift für R. Schmitt*, Tübinga, 1992, pp. 95 y ss.

16. Véase, al respecto, el exhaustivo análisis de VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pp. 90 y ss.

17. Sobre el tema cfr. HASSEMER, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre», en VV.AA., *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cargo de H. SCHOLLER y L. PHILLIPS, Heidelberg, 1989, pp. 89 y ss.

18. Conséntase al respecto, la cita a nuestro *Tutela del patrimonio e principi costituzionali*, Padua, 1988, *passim*.

19. Cfr. sobre el tema SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., pp. 21 y ss.; DONINI, *Il delitto contravvenzionale*, Milán, 1993, pp. 200 y ss.

2. El establecimiento de renovadas exigencias de tutela y la búsqueda de eficiencia, a menudo sólo ilusoria, han contribuido a determinar la crisis que actualmente sufre el bien jurídico, cuando menos en su función fundamental de delimitación de la intervención.²⁰ Recuérdese que ya otras veces el bien jurídico ha sido conducido hacia su más genuina desnaturalización, lo cual ha coincidido con la consolidación de sistemas autoritarios. Nos referimos tanto a la experiencia del tecnicismo formalista de derivación positivista que sirvió de base a la codificación fascista italiana de 1930, como a la experiencia del substancialismo de la escuela de Kiel, que legitimó, en dirección opuesta, la involución autoritaria del Derecho penal nazi. Se asistió en ambos casos a la marginación del bien jurídico de la teoría del injusto, mediante su utilización reduccionista en clave meramente interpretativa,²¹ en el sistema penal italiano, o a su expulsión fáctica, en el sistema alemán, a favor de una perspectiva de violaciones del deber.²²

Desde finales de la década de los sesenta se asiste en varios ordenamientos, si bien en circunstancias distintas, a un progresivo y probado incremento del interés por el análisis de bienes colectivos que frecuentemente interseccinan entre sí y que están relacionados con la evolución tecnológica, del sistema económico y de las estructuras societarias. Estos bienes recogen intereses ligados al medio ambiente, a la salud, a la seguridad e higiene en el trabajo, a los alimentos o a la economía, e incorporan problemas de bienestar, tanto en el ámbito individual como supraindividual.

Es posible, por tanto, afirmar la existencia de un proceso de asimilación entre las legislaciones de diversos países, muy distintos entre sí histórica y geográficamente, aunque en cualquier caso, unidos por un marco institucional de valores de una misma civilización socio-política sometida en la actualidad, de un modo bastante homogéneo, a amplios trastornos y profundas transformaciones culturales y estructurales.²³

20. Cfr., al respecto, BARATTA, «Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giurídico», en *Studi in memoria di G. Tarello*, vol. II, Milán, 1990, pp. 94-95; LAMPE, «Gedanken zum materiellen Strafbegriff», en *Festschrift für R. Schmitt*, cit., pp. 93 y ss.; FRISCH, «An den Grenzen des Strafrechts», en *Festschrift für W. Stree und J. Wessels*, cit., pp. 104 y ss.

21. Cfr. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giurídica penale*, Milán-Turín-Roma, 1913, pp. 553 y ss.; previamente también BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, parte I, Leipzig, 1872, pp. 187 y ss.

22. SCHAFFSTEIN, «Das Verbrechen als Pflichtverletzung», en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1935, pp. 16 y ss.; DAHM, «Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma», en *Deutsches Strafrecht*, 1937, pp. 335 y ss.

23. Se citan, por ejemplo, los análisis, respectivamente, de TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht - Einführung und Übersicht», en *JuS*, 1989, pp. 689 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal. Parte especial*, Barcelona, 1991, pp. 264 y ss. y FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milán, 1994, pp. 131 y ss.

Se constata, también, una valoración más atenta de los «nuevos» fenómenos criminales por parte de los ciudadanos, una sensibilidad más refinada en la apreciación del problema ambiental en sus variadas componentes (aire, agua, suelo), una mayor atención en la utilización de los recursos, una consideración más cuidadosa de la gestión global de los sistemas productivos, una conciencia más madura, propia del correcto ejercicio de la libertad económica y de una equilibrada disciplina de los factores de producción y de los mecanismos idóneos para garantizar una racional y equitativa distribución de las rentas, un correcto y equilibrado sistema fiscal y una productiva utilización del fruto de los tributos.

De entre este conjunto de datos es fundamental desentrañar las situaciones que podrán dar lugar a objetos de tutela penal de las meras finalidades que, en un contexto jurídico-penal, pueden asumir correctamente la muy distinta función de *rationes* de tutela, por cuanto estas «no son bienes jurídicos en sentido tradicional, sino objetivos de organización política, social, económica... El Derecho penal que no protege víctimas, sino funciones».²⁴ El riesgo de la asunción de esquemas de tutela de funciones radica en transformar el injusto penal en un ilícito de mera transgresión²⁵ que, en realidad, no cambia, tampoco si el concepto de función se sustituye por el substancialmente equivalente de «bien social», propuesto por acreditada doctrina.²⁶

Seguramente nos encontramos ante una multiforme fenomenología de comportamientos fuertemente impregnados de dañosidad social, tanto más insidiosos en cuanto que habitualmente se han escondido en el sotobosque del sistema político económico, que goza con frecuencia de la cobertura que le proporcionan vicios tolerados interesadamente, cuando no de difusa compli-

24. Así, HASSEMER, «Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 108; en el mismo sentido, cfr. MAZZACUVA, «La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma», en *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, p. 509; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., pp. 16 y ss.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, cit., pp. 142 y ss.; v. también PADOVANI, «Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni», en *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 119; el mismo, «Tutela dei beni e tutela di fuzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo», en *Cass. pen.*, 1987, pp. 675-676, que, sin embargo, sobre el fondo de la tutela de las funciones entiende siempre el bien jurídico en un rol central; sobre el tema cfr. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit., p. 296.

25. Aunque mediante argumentaciones a veces bastante diferentes, parece llegar a este resultado un sector, también autorizado, de la doctrina alemana, cfr. ZIELINSKI, *Handlungs— und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, pp. 79 y ss.; WEIGEND, «Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen», en *ZStW*, 1986, pp. 54, 55; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín-Nueva York, 1988, pp. 27 y ss.; KINDHÄUSER, «Strafe, Strafrechtsgrund und Rechtsgüterschutz», en VV.AA., *Moderne Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, a cargo de K. LÜDERSSEN-C. NESTLER TREMEL-E. WEIGEND, Fráncfort-Berna-Nueva York-París, 1990, p. 29.

26. Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. I, Reinbeck b. H. 1976, pp. 50-51; al respecto, en sentido crítico, VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pp. 87-88.

cidada en el interior mismo de la administración pública. Todo ello ha propiciado un tradicional privilegio para los autores de tan reprobables actos; sin embargo, el Estado social de Derecho debe eliminar hasta la última reserva de impunidad, sin recurrir a retorsiones persecutorias de naturaleza emotivo-simbólica. Se trata de la disciplina de sectores de actualidad que, una vez introducidos en la esfera de intereses del sistema penal, deben, siempre y en todo caso, estar sujetos a los mismos principios de fondo que regulan la disciplina de los demás sectores.²⁷

La orientación de las normas que disciplinan estos sectores, pese a las distintas articulaciones adoptadas en el seno de ordenamientos concretos, ha asumido características de fondo común que, reconsiderando la técnica de redacción de los tipos, o bien la individualización del objeto de tutela, han conducido a la obtención frecuente de normas excesivas, de corte casuístico y alejadísimas del ataque efectivo a un bien jurídico: un resultado éste totalmente insatisfactorio, tanto desde el plano de la eficiencia como desde el plano de las garantías.

En efecto, la natural adaptación de la intervención penal a la peculiaridad del fenómeno no puede jamás comportar una adaptación de los principios a las exigencias de control, sino siempre al contrario; la relativa «novedad» de la intervención no puede justificar su modificación respecto de las exigencias del sistema que ha venido delineándose en torno a los principios del Estado social de Derecho.

3. Un sector muy interesante a investigar es el de la economía y, dentro de ésta, el sistema de protección de las finanzas públicas. Al respecto, se han puesto en evidencia conductas dañosas a las que no había sido reconocida una especial gravedad, como la evasión fiscal, o que no se habían manifestado con anterioridad, como el abuso de subvenciones públicas. Para estos hechos, que presentan como rasgo común la sustracción de recursos públicos, se ha intentado articular objetos de tutela de nuevo cuño que han servido de base a soluciones normativas insatisfactorias en muchos sentidos; sin embargo, el recurso a un bien tradicional habría simplificado mucho las cosas, lo que de hecho viene a dar realce a nuestra hipótesis.

Entre las constantes de la historia del Derecho penal no aparece en absoluto la explicación de su función, por otro lado natural, de defensa de bienes fundamentales, indispensables para la libre expresión de la personalidad indi-

27. Cfr. sobre el tema VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pp. 88 y ss.; WEBER, «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrecht (einsließlich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil II: Das Wirtschaftsstrafrecht und die allgemeinen Lehren und Regeln des Strafrechts», en *ZStW*, 1984, pp. 381 y ss.

vidual en el marco de un desarrollo correcto de la vida social. Al contrario, a menudo secundando autoritarismos de diversa naturaleza, se ha propiciado una incriminación de hechos inocuos o lesivos de bienes poco significativos, lo que daba lugar a una verdadera aporía que, como tal, se denunciaba. No era posible justificar, por ejemplo, el desfase total existente entre la rigurosa disciplina en materia de patrimonio y la falta de adopción de una estrategia eficaz para combatir el difundido e intolerable fenómeno de la criminalidad económica, caracterizada por una dañosidad social hace tiempo advertida, también en términos patrimoniales, cuya gravedad parecía de mayor entidad que la derivada de la comisión de los tradicionales delitos patrimoniales.²⁸

Por ello puede afirmarse, como punto de partida, que la acentuación de la intervención punitiva en materia económica viene a recoger las peticiones de cambio profundamente advertidas y desde hace tiempo compartidas por los ciudadanos. No obstante, las modalidades de esta intervención provocan perplejidad desde el punto de vista del espíritu del Estado social de Derecho. Ciento es que los intereses y la modalidad de tutela están condicionados históricamente, así como los principios que los inspiran, pero, mientras que los principios no cambien, las aserciones y las modalidades de tutela, aunque distintos desde el punto de vista de la fenomenología, deben ser coherentes con aquellos principios. El Derecho penal es, en efecto, un notable instrumento de cohesión y de credibilidad del ordenamiento jurídico en su conjunto, relevante tanto desde el punto de vista individual como colectivo, pero, siempre y cuando su intervención se caracterice por un respeto integral a las reglas del juego.

Se ha ensayado una estructuración distinta de los tipos como alternativa al control de conductas dañosas de intereses funcionales para el bienestar de la colectividad —y, por consiguiente, al de toda persona que forme parte de ésta— que autorizada doctrina ha definido como bienes-prestación: «es decir, los bienes representados por la disponibilidad económico-financiera sin los cuales es imposible la asunción de las funciones típicas de un Estado social de Derecho, por aproximar, por tanto, en la tutela, a aquellos bienes que conforman el repertorio, por así decirlo, histórico y tradicional de derivaciones libe-

28. Un acertado intérprete de este estado de cosas es BAUMANN, al afirmar que «no será un trabajo fácil penalizar finalmente en el ámbito del Derecho penal conductas socialmente dañosas, que perturban a la comunidad más intensamente que el pequeño hurto de un ladronzuelo. Sin embargo, no cabe postergar esta tarea. El Código penal no puede ser más un código para los pobres y para los estúpidos, a quienes no viene a la cabeza nada mejor que hacer que meter neciamente las manos en el bolsillo del prójimo», cfr. BAUMANN, «Über die notwendigen Veränderungen im Bereich des Vermögensschutzes» (1972), en *Strafrecht im Umbruch*, Neuwied y Darmstadt, 1977, p. 55; consideraciones análogas las sostuvo también NUVOLONE, «Antinomie fossili e derivazioni nel codice penale italiano» (1951), en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padua, 1969, p. 713.

rales».²⁹ El referente objetivo viene dado por bienes como la correcta gestión económica, la creación de los presupuestos necesarios para un desarrollo racional de la vida económica, el correcto funcionamiento del sistema económico, el orden estable de la economía o la regular percepción de los tributos.³⁰

El objeto de tutela de referencia parece ser, sobre el plano estructural, todo aquello asimilable al orden público ideal, más que un interés de tipo patrimonial-económico.³¹ Al nivel de orden público³² no parece que tales bienes puedan ser reducidos a objetos de tutela; en realidad, vistos bajo estos parámetros, parecen inabarcables conceptualmente y sus límites escapan a una clara delimitación; de hecho, no son objetos de tutela, sino *rationes* de tutela.³³ Ello significa que su utilización, en cuanto que objetos de tutela, es sostenible sólo bajo el precio de aceptar la concepción metódica del bien jurídico que, como es notorio, constituye un esquema mental que, a modo de compendio, sirve para obtener el significado y fin de los preceptos concretos,³⁴ es decir, para individualizar la *ratio legis* de cada tipo. Esta construcción, en realidad, banaliza el concepto de bien jurídico cuando éste es indispensable para la construcción del delito desde el punto de vista de garantías formales y substanciales. Se acaba, pues, favoreciendo la proliferación de objetos ficticios de tutela, que avalan opciones de incriminación hipertrófica.³⁵

Bien distinta es, en sentido contrario, la función del concepto de *ratio*, considerado autónomamente respecto a la noción de bien: semejante concep-

29. Cfr. ROMANO, «Diritto penale in materia economica, riforma del codice, abuso di finanziamenti», en VV.AA., *Comportamenti economici e legislazione penale*, cit., p. 189 nota; v., también, el mismo, «Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano», en VV.AA., *Teoria e prassi della prevenzione generale*, a cargo de M. ROMANO y F. STELLA, Bolonia, 1990, p. 173; el mismo, «Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 503; el mismo, «Osservazioni sul nuovo diritto penale tributario», en *Dir. e prat. trib.*, 1983, I, p. 740; el mismo, «Legislazione penale e consenso sociale», en *JuS*, 1983, p. 425; en el mismo sentido también CADOPPI, *Il reato omissionis proprio*, vol. I, Padua, 1988, pp. 637 y ss.

30. Cfr. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., pp. 19 y ss.; ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., pp. 190 y ss.

31. Cfr. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit., pp. 303-304.

32. Permitáse, al respecto, la referencia a nuestro «Ordine pubblico», en *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, pp. 2 y ss.

33. Como reconoce el mismo PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit., pp. 303-304.

34. Cfr. HONIG, *Die Einwilligung der Verletzten*, vol. I, Mannheim-Berlín-Leipzig, 1919, p. 94; SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930, pp. 21, 95; GRÜNHUT, «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *Festgabe für R. Frank*, vol. I, Tubinga, 1930, p. 8, a quien se debe la conocida definición del bien jurídico como «*Abbreviatur des Zweckgedankens*». Sobre la concepción metódica del bien jurídico cfr. por todos STELLA, «La teoría del bene giurídico e i cd. fatti inofensivi conformi al tipo», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 y ss.; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Fráncfort del Main, 1973, pp. 130 y ss.

35. Para una decidida y autorizada defensa de la función crítica del bien jurídico, fundada sobre su acentuada dimensión garantista cfr. HASSEMER, *Il bene giurídico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., pp. 112-113; el mismo, «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», en *NSZ*, 1989, pp. 353 y ss.

to, en realidad, está en condiciones de atender, si opera correctamente, por lo menos dos funciones fundamentales. Primeramente, es útil para una sistematización de la parte especial impregnada de criterios de racionalidad y de eficiencia; además, es un instrumento indispensable para la interpretación teleológica de las normas y para la reconstrucción del sistema.

También desde un punto de vista político-criminal la utilización de la *ratio* en parámetros de objeto de tutela no sólo es inadecuada, sino también peligrosa para las garantías individuales. Desde esta perspectiva resulta inadecuada, por su naturaleza misma, para ofrecer una noción significativa de bien y, por tanto, parece absolutamente inidónea para llevar a cabo una función de delimitación de la intervención estatal en materia penal. En efecto, la defensa del «bien-*ratio*» conduce a la incriminación de conductas que pueden ser contrarias a la *ratio* de una o más disposiciones, pero que, realmente, están muy lejos de la efectiva lesión del bien que la conducta se propone en realidad atacar.

Por tanto, no nos parece conveniente el recurso a los llamados «bienes-prestación».³⁶ Semejantes bienes parecen representar, en substancia, las abreviaturas conceptuales de las diversas finalidades para cuya satisfacción se constituye, se mantiene o se incrementa el patrimonio del Estado o, en cualquier caso, de sujetos supraindividuales.³⁷ Las concretas prestaciones pueden, realmente, constituir objeto de un interés a tutelar, incluso penalmente, pero los titulares deberán ser los auténticos destinatarios de las mismas, y no el Estado que, en las personas de los titulares de cargos o de funciones específicas, revestirá en caso de menoscabos en las retribuciones de la prestación, la cualificación de sujeto activo y no ciertamente, de titular de los intereses. Esta última cualificación podrá verse integrada por los órganos estatales sólo en el momento en que el Estado se vea impedido para la tutela de aquellos intereses de tipo patrimonial que le sitúan en condiciones de explicar su función en un sector que requiera el destino de recursos económicos.

Si se pierde de vista la dimensión patrimonial y se utilizan bienes de escasa aprehendibilidad, como la tutela del correcto funcionamiento del sistema económico o de un programa de política económica, individualizando, por ejemplo el ataque del abuso en las subvenciones o de la evasión fiscal como obstáculo para determinados objetivos programáticos³⁸ —el que esté presen-

36. Sobre este punto cfr. también INSOLERA, «Reati artificiali e principio di offensività: a proposito di un'ordinanza della Corte Costituzionale sull'art. I, IV comma 1. n.516 del 1992», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 736 y ss.

37. Cfr. al respecto PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, cit., pp. 116-117.

38. Sobre el tema cfr. por todos, TIEDEMANN, «La recente evoluzione del diritto penale dell'economia in Germania con particolare riferimento al diritto penale delle società commerciali», en VV.AA., *Comportamenti economici e legislazione penale*, cit., p. 119; PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit., pp. 305 y ss.

te — y no en función de la cantidad de recursos sustraídos indebidamente al ente distribuidor o al Estado, el ataque se diluye y se hace incomprensible, ya que su misma naturaleza convierte en ardua la tarea de individualización de precisos correlatos fenoménicos. El legislador deberá, pues, retroceder a fases preliminares del *iter delictivo*, construyendo el tipo sobre una amplia variedad de comportamientos, haciendo abstracción de las consecuencias dañinas o peligrosas, para concentrar la incriminación en los esquemas de comportamiento que la experiencia señale como idóneos para incidir negativamente en los intereses que se intentan tutelar. Las consecuencias dañinas aparecerán, como mucho, confinadas a un plano exclusivamente psicológico como objeto de dolo específico, pero podrán también quedar excluidas completamente en el tipo legal abstracto.

Por tanto, se vuelve a encomendar a la norma penal una función meramente sancionadora.³⁹ No se trata, de hecho, de reprimir manifestaciones concretamente dañinas o peligrosas, sino de reforzar con la intimidación penal una disciplina preventiva ya estructurada por el Derecho privado o por el Derecho administrativo.⁴⁰

Además de las objeciones tradicionales a esta concepción de la norma, destaca el hecho de que los tipos de este género asumen un tono formalista,⁴¹ que no retrocede hasta la conducta partiendo de un resultado de daño o de peligro, sino que se esfuerza en considerar, sobre la base de la experiencia, las manifestaciones relevantes de la actividad lesiva. La norma presenta inevitablemente lagunas, una tendencia a la proliferación de los tipos con función preventiva —como sucede con las disposiciones penales que disciplinan la materia tributaria en Italia—⁴² o a la creación, siempre con función preventiva, de tipificaciones excesivas, redundantes y de corte casuístico, como se constata en las normas del Código penal alemán que castigan las conductas constitutivas de estafa en el crédito y en las subvenciones,⁴³ aunque esta característica es propia también de la ya mencionada regulación italiana del Derecho penal tributario. Son resultados que comportan diferencias casi insalvables con la aceptación de una política criminal racional y garantista, así como con una técnica legislativa adecuada a esta última.

39. Sobre este punto, por todos, claramente PATALANO, «Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici», en *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, Milán, 1991, p. 634.

40. Cfr. sobre el tema FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, cit., pp. 153 y ss., con amplia bibliografía ulterior.

41. Cfr. al respecto, PEDRAZZI, «L'evoluzione del diritto penale economico», en *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale. Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, cit., p. 621.

42. V. *infra*, p. 130 y ss.

43. V. *infra*, p. 127 y ss..

Con este fin puede también resultar funcional el esquema de la norma penal en blanco⁴⁴ —profusamente utilizada en la legislación que tutela el medio ambiente—⁴⁵ como es sabido, dicha norma está al servicio de preceptos emanados de órganos no legislativos; se trata de llenar espacios vacíos de la norma penal mediante prescripciones y autorizaciones administrativas que provienen de instancias inferiores. Se constituyen, así, los auténticos preceptos individualizados, modelados sobre las particulares exigencias de cada situación concreta. La ductilidad de este tipo de regulación presenta seguramente notables ventajas, pero no se entiende por qué este tipo de preceptos, que también son causa de enormes problemas en el plano de la legalidad, no deben ir seguidos de sanciones administrativas, dejando al Derecho penal para reparar graves riesgos conexos a las aporías sistemáticas.⁴⁶

De entre los posibles modelos de norma penal, la tradición del Estado de Derecho privilegia, como es sabido, la que intenta expresar una regla de conducta de sencilla comprensión para los ciudadanos, que sea manejable, pero firme, en el momento de su aplicación judicial.⁴⁷ Ésto se cumple con tipos que se asienten en un resultado exterior vinculado a la conducta del sujeto que exprese la dañosidad social del hecho; podrá configurarse como resultado de lesión o de peligro, cuando se deseé llevar a cabo una tutela anticipada de intereses que se consideren de particular importancia. Pero deberá ser, en todos los casos, un resultado de lesión o de peligro concreto que deberá constatarse supuesto por supuesto. Una vez se haya delineado correctamente el resultado, emergirá, definida en sus contornos, la conducta típica y el elemento subjetivo asumirá un carácter evidente de desvalor: la previsión y la voluntad de la lesión o del peligro.

Este tipo de normas presenta el valor de la claridad, que facilita en buena medida la posibilidad de recepción por parte de los ciudadanos, entre otras cosas, porque en su redacción el lenguaje adoptado tiende a aproximarse más al de la realidad social.

44. Cfr. sobre el tema SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., pp. 59 y ss.

45. Cfr. por ejemplo, los arts. 21.1 2.,3; 22; 23 y 23 bis de la Ley de 10 de mayo de 1976 n. 319 y sus sucesivas modificaciones en materia de contaminación de aguas, arts. 25.1,2.,3; 26; 27.1,2; 29 1 y.2 del DPR de 10 de setiembre de 1982 n.º 915, en materia de venta de residuos; y el art. 20. a) de la Ley de 28 de febrero de 1985, n.º 47 en materia de urbanismo.

46. Para una aguda y original investigación sobre la incompatibilidad de la norma penal en blanco con el contexto del ordenamiento del Estado social de Derecho, fundada sobre un argumento teleológico relativo a la función de la pena, cfr. MAIELLO, «Dogmatica e politica criminale nelle interpretazione in tema di riserva di legge: a proposito di un'ipotesi di depenalizzazione "giurisprudenziale"», en *Arch. pen.*, 1988, pp. 381 y ss.

47. Sobre el tema véanse las fundamentales consideraciones de VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Constanza, 1980, pp. 29 y ss.

4. La elaboración de una norma así delineada, adecuada a una perspectiva garantista y respetuosa con las cautelas propias de la determinación/taxatividad, exige una fidedigna reconstrucción estructural del bien jurídico.

Un primer referente a considerar para la correcta reconstrucción del objeto de la tutela penal viene dado por el hecho que en un orden normativo-institucional expresivo de los valores del Estado social de Derecho, el ordenamiento debe resultar funcional para la tutela de la libertad y personalidad del individuo, en el respeto contextual de las prerrogativas supraindividuales. Se privilegian, al mismo tiempo, las exigencias de connotación solidaria, de una vida de relación en una sociedad vista no como una entidad estática, sino en constante evolución; por tanto, el bien se toma en consideración por su relación, desde el punto de vista de intereses, con el titular: ello se aprecia en las funciones de desarrollo y de expresión de la personalidad en la sociedad civil.⁴⁸

La función del bien no es agotarse en un «existir» meramente estático, sino que se cumple ofreciendo al titular efectivas y concretas posibilidades de realización de sus propias finalidades,⁴⁹ según la tradición del Estado social de Derecho.⁵⁰ Ésta es la razón por la cual, en este contexto, la dimensión de los intereses, en el sentido de la aptitud del bien para satisfacer las exigencias del titular, comporta una decidida valoración, porque deviene el presupuesto para que el bien abarque las perspectivas de función social que transitan entre las relaciones individuo-objeto del interés.⁵¹

Por consiguiente, estamos ante «situaciones de valores atacables y tutelables»,⁵² cuya defensa se considera tarea fundamental del Derecho penal del Estado social de Derecho. Esta construcción no postula una idea sistemática

48. Cfr. sobre el tema RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en *Festschrift für R. M. Honig*, Gotinga, 1970, pp. 150 y ss., que se reconduce a la elaboración de WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts» (1939), en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-Nueva York, 1975, pp. 140 y ss.

49. Cfr. M. MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*. *Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre*, Colonia, 1972, pp. 62 y ss.; la concepción personalista del bien ha sido recientemente retomada por Arthur KAUFMANN, «Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen», en *Rechtstheorie*, 1986, pp. 257 y ss., y HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., pp. 94 y ss.; por lo que respecta a la doctrina italiana, cfr. PALAZZO, «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 463 y ss. En este orden de ideas se puede citar, en el ámbito de la doctrina española, la posición de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 268 y ss.

50. Cfr. al respecto, MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Fráncfort del Main, 1968, *passim*, especialmente pp. 108 y ss., 153 y ss.

51. Véase sobre el tema OTTO, «Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand», en VV.AA., *Strafrechtsdogmatik und Kriminologie*, a cargo de H. MÜLLER-DIETZ, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1971, pp. 3 y ss.

52. Así ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 13.

de valor absolutamente apriorística, en base a la cual reconstruir un orden normativo por vías axiomático-deductivas. Se quiere configurar un sistema «abierto», que sea capaz de adaptarse a las concretas contingencias de la tutela penal, teniendo efectivamente presente la realidad en que va a operar. Las valoraciones del ordenamiento no cristalizan, por tanto, en un diseño normativo inmutable, sino que sólo mediante las cláusulas constitucionales genéricas de defensa de derechos fundamentales es posible su adecuación a la evolución de las relaciones sociales.

Una firme conexión entre éstas y las reglas del ordenamiento es el presupuesto esencial para la elaboración de un sistema que, prescindiendo de inciertas perspectivas de tipo ontológico, se proponga objetivos de real efectividad y de legitimidad, expresando una lógica claramente comprensible por parte de los destinatarios.⁵³ Semejante resultado tan sólo puede obtenerse acudiendo al núcleo de las efectivas exigencias de tutela debidas al desarrollo de las relaciones sociales, poniendo a su servicio una disciplina adecuada a los principios fundamentales. Ello comporta una incisiva corrección de los órdenes de tutela —en muchos casos una verdadera y auténtica reformulación— que parezcan obsoletos, con el fin de remediar tanto el exceso como las ausencias de tutela con relación a las exigencias del presente; en este sentido, son ejemplificantes las vicisitudes de los actos tradicionales contra el patrimonio.⁵⁴

El desfase existente entre exigencias de tutela y orden normativo obliga, a menudo, a profundas actuaciones de reforma, entre ellas la introducción de nuevos tipos delictivos. Si, de hecho, las imposiciones de los principios de subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad, así como la valoración de perspectivas de eficiencia, impulsan a una reconsideración global de la normativa en una dirección de retroceso del umbral de la intervención penal, ello no puede ignorar que la evolución de las relaciones sociales pueda exigir la activación del legislador penal en la apreciación de fenómenos impregnados de dañosidad social que no se habían considerado —o que lo habían sido de manera inadecuada— porque no hayan aún, objetivamente, asumido un nivel de gravedad que haga aconsejable la atención del instrumento penal o, porque, en definitiva, no fueron completamente verificados en el pasado.⁵⁵

53. Cfr. ROXIN, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee un Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts», en *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, Gotinga, 1968, pp. 265 y ss.

54. Cfr. sobre el tema, nuestro *Tutela penal del patrimonio e principi costituzionali*, cit. pp. 14 y ss.

55. Sobre este punto cfr. ROXIN, «Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen», en JA, 1980, p. 547; MARINUCCI, «Fatto e scriminanti. Note dogmatiche e politico-criminali», en VV.AA., *Il diritto penale in transformazione*, a cargo de G. MARINUCCI y E. DOLCINI, Milán, 1985, p. 200.

Y ésta parece ser la situación de los sectores que afectan al medio ambiente y a la economía, relacionados con intereses individuales y supraindividuales, cuya significación parece sobredimensionada en el marco del ordenamiento del Estado social de Derecho. Por lo que a esta materia respecta, parece deseable la inserción de algunas modalidades delictivas —creándolas *ex novo* o modificando las ya existentes— en el Código penal.⁵⁶ Por un lado, en la práctica se facilitará su conocimiento por los ciudadanos; por otro, semejante inserción tendrá un valor significativo desde el punto de vista de prevención-integración,⁵⁷ en la medida en que será útil para corregir la aún bastante extendida, aunque errónea, opinión de que tales hechos, a menudo gravísimos desde el punto de vista de la dañosidad social, constituyen los *Kavaliersdelikte*, especialmente en lo que respecta a los delitos contra la economía y, a su vez, a los comportamientos contrarios al medio ambiente, que se consideran simplemente una consecuencia fatal del progreso científico y tecnológico.

5. Desde el punto de vista de la técnica normativa,⁵⁸ las aspiraciones se dirigen hacia una tutela penal subsidiaria y fragmentaria —si bien muy próxima a la acción de tutela de otros sectores del ordenamiento—, expresada mediante preceptos redactados según criterios de claridad, sencillez y, también, lúcidamente coordinados, en su matriz finalística, en una relación orgánica y funcional. Ello implica la individualización y el encuadramiento en tipologías fundamentales de los objetos a tutelar y de las modalidades de agresión a sancionar.

No parecen inspirarse en estos criterios —a modo de ejemplo— ni las disposiciones del Código penal alemán en materia de fraude de subvenciones, § 264 *StGB*, ni el entramado normativo dispuesto por el legislador italiano en materia de evasión de impuestos sobre la renta y sobre el valor añadido, en la Ley de 7 de agosto de 1982, n.º 516, modificada por la Ley de 15 de mayo de 1991, n.º 154.

56. Sobre el tema, por todos, cfr. C. FIORE, «Prospettive di riforma: il ruolo della legislazione speciale», en *Dem. dir.*, 1977, pp. 689 y ss.

57. En el sentido de la componente positiva de la prevención general, según la indicación de ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en *Festschrift für P. Bockelmann*, Múnich, 1979, p. 306.

58. Sobre la técnica de la legislación, con particular referencia a la materia penal, son un referente imprescindible los trabajos de Peter NOLL, «Prinzipien der Gesetzgebungstechnik», en *Festschrift für O. A. Germann*, Berna, 1969, pp. 63 y ss.; el mismo, *Gesetzgebungstheorie*, Reinbeck b. H. 1973, *passim*; el mismo, «Wert und Wirklichkeit (Zur Möglichkeit rationaler Wertentscheidung in der Gesetzgebung)», en *Festschrift für H. Schelsky*, Berlín, 1978, pp. 353 y ss.; el mismo, «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», en *ZStW*, 1980, pp. 73 y ss.; el mismo, «Symbolische Gesetzgebung», en *ZfSchwR*, 1981, pp. 347 y ss.; el mismo, «Über die soziale Wirksamkeit von Gesetzen», en VV.AA., *Schweizerische Beiträge zur Rechtssoziologie*, a cargo de M. REHBINDER, Berlín, 1984, pp. 65 y ss.

El § 264 *StGB* constituye, en cierto modo, el paradigma de los tipos relativos al fraude de subvenciones, progresivamente implantado en diversos ordenamientos. Se trata de un tipo de peligro abstracto, impregnado, por tanto, de criterios excesivamente formales y que está al servicio, según las autorizadas indicaciones de TIEDEMANN,⁵⁹ su artífice, de la libre planificación estatal en materia económica;⁶⁰ dado el valor emblemático del § 264 *StGB* conviene reproducir su texto:

§ 264 Fraude de subvenciones (*Subventionsbetrug*)

1) Se castigará con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena pecuniaria a quien:

1. suministre datos falsos o incompletos, ventajosos para sí o para otros, sobre hechos relevantes para conseguir una subvención, ante una autoridad competente en la concesión de una subvención o ante otro cargo o persona encuadrada en el procedimiento de subvención (subvencionador);
2. ocultare al subvencionador, contrariamente a las prescripciones legales sobre la concesión de subvenciones, hechos relevantes para obtener una subvención, o bien
3. hiciere uso, en un procedimiento de subvención, de un certificado relativo a autorizaciones de una subvención o a hechos relevantes para conseguir una subvención, obtenido mediante la aportación de datos erróneos o incompletos.

2) En casos particularmente graves la pena será privativa de libertad de seis meses a diez años.

Por regla general, un caso se entiende particularmente grave cuando el autor:

1. por desmedido interés personal o sirviéndose de documentos falsos o tergiversados obtuviere indebidamente, para sí o para otro, una subvención de cuantía relevante;
2. abusare de sus deberes o de su posición de funcionario público, o bien,
3. se sirviere de la ayuda de un funcionario público que abusare de su potestad o de su posición.

3) El que, en los casos previstos en el punto 1, números 1 y 2, obrare con culpa grave (*Leichtfertigkeit*) será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena pecuniaria.

59. Cfr. TIEDEMANN, «Der Subventionsbetrug», en *ZStW*, 1974, pp. 910 y ss.; para una reconstrucción del objeto de tutela en términos patrimoniales cfr. MAIWALD, «Besprechung», en *D. Sannwald*, «Rechtsgut und Subventionsbegriff», en *ZStW*, 1984, p. 78.

60. La inserción de una norma de este tipo fue auspiciada en Italia por doctrina autorizada, cfr. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., pp. 32 y ss.; ROMANO, *Diritto penale in materia economica*, cit., pp. 212 y ss.; FLICK, «Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale d'impresa», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 436.

4) No se castigará, en el sentido de los puntos 1 y 3, a quien espontáneamente impidiere que la subvención fuere concedida sobre la base del hecho delictivo. Si la subvención, sin la intervención del autor, no se concediere, éste quedaría exento de pena si espontánea y seriamente se movilizare para impedir la concesión de la subvención.

5) Por los hechos previstos en los puntos 1 y 2, además de la pena privativa de libertad de hasta un año, podrá imponer el juez la de inhabilitación para cargo público y la pérdida de los derechos de sufragio (§ 45.2). Los objetos atinentes al hecho del delito podrán ser confiscados; se aplica el § 74a.

6) Por subvención, a efectos de esta disposición, se entenderá toda prestación otorgada con fondos públicos, según el Derecho federal o de los *Länder*, o según el Derecho de la Comunidad europea, a un establecimiento o empresa que, al menos en parte,

1. se conceda sin las contraprestaciones del libre mercado y
2. deba servir para la promoción de la economía.

Por establecimiento o empresa, a efectos de la primera disposición, se entenderá también la empresa pública.

7) Relevantes a los fines de una subvención en el sentido del punto 1 son los actos que

1. por una ley o sobre la base de una ley sean indicados por el subvencionador como relevantes para la obtención de una subvención, o bien,
2. aquellos de que depende, por ley, la autorización, la concesión, la demanda de reembolso, la renovación, la prórroga o el aprovechamiento de una subvención.

Ya *prima facie* este tipo se caracteriza por lo alejada que está la conducta del ataque al bien en cuestión, pero, sobre todo, por la técnica de redacción empleada, extremadamente problemática desde el punto de vista hermenéutico y con no pocas posibilidades de error. Este precepto presenta alineados de manera confusa, si no intrincada, definiciones técnico-administrativas, elementos normativos, supuestos de delito, circunstancias agravantes, supuestos de no punibilidad, causas de mayor o menor punibilidad. Se trata, en definitiva, de una norma excesiva, redundante, pedantemente casuística y que, además, presenta carencias desde la perspectiva de la determinación. Realmente, refleja el polo opuesto de lo que debe ser una norma penal que, privilegiando la síntesis, tiene el deber de mostrar, de modo inmediato y con claridad, el hecho en sus términos reales de dañosidad social.⁶¹

61. Recientemente se ha procedido en Italia a disciplinar el fenómeno del abuso de subvenciones con la introducción en el Código penal de dos nuevos tipos de lesión, el art. 640 bis (art. 22 Ley 55/90) y el

Por lo que respecta a la citada normativa penal tributaria italiana, adopta un modelo totalmente negativo, de administrativización de la tutela penal, opuesto al de la defensa de bienes jurídicos.⁶² Se puede afirmar concisamente que esta es una característica que impregna toda la legislación penal fiscal italiana, más allá, por tanto, de la regulación de los impuestos sobre la renta y sobre el valor añadido.⁶³

Desde el punto de vista del contenido, se incriminan, de hecho, actos previos a la evasión⁶⁴ (art. 1.1 Ley 516/82 en materia de omisión en la presentación de la declaración de renta o de la declaración de IVA) que, tal vez, podrían no ir únicamente dirigidos a la evasión, como infracciones relativas a asientos contables, declaraciones y anotaciones⁶⁵ (art. 1.2 a) y b), y art. 1.6 de la Ley 516/82, que dispone: «se considerarán como no poseídas las escrituras contables no timbradas y no firmadas durante al menos dos años consecutivos». Se puede dar también el supuesto de pago del impuesto y realización de una figura delictiva: se piensa, por ejemplo, en el delito de omisión en la presentación de las declaraciones de renta o IVA, de que trata el artículo 1.2 de la Ley 516/82; la formulación legislativa entiende posible el delito prescindiendo de la cuantificación del tributo evadido, con lo cual, el hecho subsiste aunque no se dé evasión del impuesto: basta con imaginar el caso en que se haya llevado a cabo el pago del impuesto autoliquidado no seguido del envío de la declaración.⁶⁶

Desde el punto de vista de la técnica de creación normativa el proceso de

art. 316 bis (art. 3 Ley 86/1990) (cfr. por todos, COPPI, «Appunti in tema di “malversazione a danno dello Stato” e di “truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche”», en *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. I, cit., pp. 549 y ss.) El primero, situado entre los hechos contra el patrimonio, regula hipótesis de fraude agravado por la consecución de erogaciones públicas concedidas por el Estado, por otros entes públicos y por la Comunidad europea. El segundo tipo, *malversazioni en perjuicio del Estado*, es un ejemplo de desidia legislativa (sobre el tema cfr. PADOVANI, «La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione», en *Corriere giuridico*, 1990, p. 540); pese a estar, de hecho, ubicado entre los delitos de funcionarios públicos contra la administración pública, éste regula, en realidad el comportamiento de un sujeto ajeno a la administración pública que distrae fondos legítimamente obtenidos, no destinándolos a la realización de finalidades públicas. Se trata, según entendemos, de una hipótesis reconducible a tipo de la infidelidad que habría tenido una sede más adecuada en el ámbito de los delitos contra el patrimonio.

62. Cfr. a este propósito, por todos, PADOVANI, «Problemi generali e analisi delle fattispecie previste dai nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 4 legge 516/82», en VV.AA.: *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, a cargo de C. F. GROSSO, Milán, 1982, pp. 190 y ss.

63. Un esquema sintético y efectivo de las opciones normativas fundamentales y de las orientaciones jurisprudenciales se ofrece en el trabajo de CARACCIOLI, *Tutela penale del diritto di imposizione fiscale*, Bolonia, 1992.

64. Cfr., sobre el tema, ROMANO, *Osservazioni sul nuovo diritto penale tributario*, cit., pp. 755-756; GROSSO, «Le contravvenzioni previste dall'art. 1 l.516/82», en VV.AA., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, cit., pp. 135 y ss.

65. Sobre este punto cfr. FLORA, «La l. n.516/82 otto anni dopo: orientamenti giurisprudenziali e modifiche legislative», en *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, pp. 443 y ss.

66. Cfr. sobre el tema ASSUMMA, *I delitti tributari*, Florencia, 1985, pp. 9 y ss.

administrativización se manifiesta aún con mayor evidencia: de hecho, muestra inequívocos rasgos característicos de la técnica normativa del Derecho tributario. Basta con echar un vistazo al texto de la ley para encontrar referencias a conceptos de naturaleza exquisitamente técnico-tributaria: «rentas impositivas», «productos», «cantidades abonadas» (art. 1.1 Ley 516/82); «rentas inmobiliarias y de capital, rentas de empresa» (art. 1.2 n.º 3, Ley 516/82); «período impositivo» (art. 2.1 y 2 Ley 516/82), acompañados de modalidades de asentamiento contable (art. 1.4 d) Ley 516/82): son conceptos que competen al Derecho tributario y no al Derecho penal.⁶⁷ Todo ello ha comportado la adopción de una técnica de normación de corte casuístico, que tiene como inmediata y negativa consecuencia la configuración de una legislación extremadamente disorgánica.⁶⁸ En este sentido, simplemente mencionar el artículo 1 de la Ley 516/82 que, entre texto y disposiciones, ocupa casi diez columnas del Código y está dividido en seis apartados, el segundo y el cuarto de los cuales están a su vez subdivididos, respectivamente, en tres y cuatro partes: si es una norma de difícil lectura incluso para un penalista experto, figurémonos para un ciudadano corriente y, sin embargo, no se trata de un caso aislado en materia penal-tributaria.⁶⁹

Esta situación —como se intuye fácilmente—, más que con relación a la definición y percepción de las conductas desde el punto de vista de verdadera dañosidad social, crea problemas no fácilmente superables para el respeto del principio de certeza del Derecho, de igualdad y de legalidad.

6. Indudablemente, los tipos tomados en consideración en materia de tributos y de subvenciones públicas se refieren a una fenomenología muy amplia y difusa, que presenta una cifra oscura elevadísima y que entraña una notable dañosidad social desde el punto de vista patrimonial. Como se ha visto, por un lado, se trata de conductas de captación abusiva, que se producen en el amplio ámbito de la distribución del dinero público a los particulares, mediante las figuras de la financiación, las subvenciones, los premios o las contribuciones; por otro lado, de los innumerables artificios escogidos y puestos en práctica para evadir el pago de tributos y, también, de las habituales, pero no menos dañosas, simples omisiones en el pago de los tributos.

En ambos casos, la tipología de comportamiento presenta también una fuerte carga criminógena, ya sea porque sirve de base a ulteriores fenómenos

67. Cfr. sobre este punto, por todos, DASSANO, *I principi generali del reato tributario*, Turín, 1989, pp. 167 y ss.

68. Al respecto, cfr. CERQUETTI, «Reati tributari», en *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milán, 1987, pp. 1.046-1.047; INSOLERA, *Reati artificiali e principio di offensività*, cit., p. 741.

69. Se piensa también en los veintidós apartados del artículo 3 d. 1. 20 de diciembre de 1984, n. 853, disposición en materia de impuesto sobre el valor añadido y de impuestos sobre la renta y disposiciones relativas a la administración financiera, del cual el primero se divide en cinco subapartados y el decimosegundo en otros tres o, desde luego, los treinta y un apartados del artículo 2 de la misma disposición legislativa.

delictivos de considerable gravedad, como actos de corrupción, falsificación y similares, o porque incita a otros operadores a actuaciones similares, sean de carácter imitativo o defensivo.⁷⁰

Se trata, desde la perspectiva de la tipología, de conductas esencialmente fraudulentas, que por sus características estructurales, difusividad o desvalor, exigen la estructuración de tipos en el Código para los supuestos de hecho fundamentales, según el modelo de la estafa, pero con tipos de lesión a los cuales podrán añadirse dos tipos de infidelidad, en el caso de inexistencia de pago del tributo por parte del sustituto tributario y en el caso en que se distrajgan fondos legítimamente obtenidos mediante una subvención. El bien de referencia, también para estos supuestos, se individualiza en el patrimonio, como en el tipo tradicional de estafa en perjuicio del Estado, por entenderse, como veremos, en una acepción que armoniza la circunstancia de la perdida efectiva de recursos con la de la desviación de fondos públicos, o bien, con el menosprecio a los intereses públicos conexos a la prestación económico-financiera.⁷¹

Y éste, a modo de directriz, parece el espíritu de la solución adoptada por el legislador español en materia de tributos y de subvenciones en los artículos 349 y 350 introducidos el año 1985 en el Código penal; al artículo 349, en materia penal tributaria, se ha añadido el artículo 350 bis, que contempla algunos casos de conductas previas a la evasión que, probablemente, habrían encontrado una ubicación más afortunada en sede extrapenal.⁷²

Todo ello implica la superación de las concepciones tradicionales del patrimonio a cambio de una visión de éste en tanto que unidad estructurada según las exigencias de su titular; en primer lugar, pese a la variedad de las diversas construcciones, éstas presentan, de hecho, el factor común de consi-

70. Cfr. sobre el tema, por todos, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. I, cit., p. 25; el mismo, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik. Erscheinungsformen, Ursachen, Folgerungen*, Reinbeck b. H. 1974, pp. 357-358.

71. Privilegia esta última perspectiva TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. I, cit., p. 106.

72. El bien jurídico que está en la base de los delitos contra la Hacienda Pública ha sido reconstruido por un sector de la doctrina desde el punto de vista del «orden económico»; cfr., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 8.^a ed., Valencia, 1990, p. 791; MARTÍNEZ PÉREZ, «Teoría general de los delitos contra la Hacienda Pública», en *Comentarios a la Legislación penal*, t. VII, *Delitos contra el secreto de las comunicaciones. Delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1986, pp. 101 y ss.

Para una dimensión de corte fundamentalmente patrimonial, con particular referencia a la materia tributaria, reconoce meras dimensiones patrimoniales al fraude de subvenciones ARROYO ZAPATERO, *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, p. 95; cfr. BUSTOS RAMÍREZ, «Bien jurídico y tipificación en la reforma de los delitos contra la Hacienda Pública», en BOIX REIG-BUSTOS RAMÍREZ, *Los delitos contra la hacienda pública. Bien jurídico y tipos legales*, Madrid, 1987, pp. 21-22; cfr. RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho penal español. Parte especial*, 13.^a edición a cargo de A. SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1990, pp. 576 y ss.

derar el patrimonio en términos estáticos como mera suma de componentes singulares.⁷³ Sean éstas derechos subjetivos, como para la concepción jurídica,⁷⁴ objetos que tienen un valor económico de cambio sobre los cuales basta con ejercer una mera titularidad de hecho, como para la concepción económica,⁷⁵ o, en definitiva, objetos que incorporan un valor económico sobre los cuales se ejerce una titularidad no desaprobada por el ordenamiento jurídico, como lo son para la más difusa visión de la concepción jurídico-económica,⁷⁶ el resultado no cambia. En todas estas teorizaciones falta el reconocimiento de que la dimensión personal que fundamenta las mencionadas componentes singulares las convierte en un todo orgánico y, principalmente, les confiere una dimensión de valor que supera la que pueda derivarse de su suma,⁷⁷ dando lugar a «una concreta unidad funcional», elaborada para asegurar al titular «un ámbito de presencia en un campo de acción económico».⁷⁸

Desde esta perspectiva, tutela del patrimonio viene a significar tutela de la personalidad del sujeto titular. Por tanto, una tutela del patrimonio asume relevancia en la sociedad y, además, en el ordenamiento, no porque, o no sólo porque, determinados objetos o derechos que tengan valor económico se atribuyan a un sujeto, sino por el hecho de que la disponibilidad de estos bienes asegura al sujeto un margen de desarrollo de su personalidad en los ámbitos de la experiencia socio-individual «en que se trata de la adquisición y de la pérdida, del disfrute o de la posesión, de la riqueza y de la pobreza».⁷⁹ El concepto de patrimonio que de aquí se deriva es un concepto dinámico-funcional, fuertemente caracterizado por elementos personalistas: potencialidad del titular en un ámbito económico, y su tutela se justifica en el sentido de garantía de la disponibilidad de los bienes con miras a asegurar al titular el desarrollo de su propia entidad en el ámbito económico. Lo que se pone aquí de relieve es la potencialidad económica de un sujeto: que este sea persona física o jurídica, no hace cambiar las cosas.

73. Sobre el tema, cfr. nuestro *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., pp. 47 y ss.

74. Cfr. por todos, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, vol. I, Leipzig, 1902, pp. 238 y ss.; DELOGU, «Il momento consumativo della truffa», en *Giur. Comp. Cass. Pen.*, 1944, pp. 68 y ss.

75. Cfr. por todos, RG, 44, 223; HEGLER, «*Betrug*», en *Vergleichende Darstellung des Besonderen Teils*, vol. VII, Berlín, 1907, pp. 426 y ss.; BETTIOL, «Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa» (1947), en *Scritti giuridici*, vol. II, Padua, 1966, pp. 713 y ss.

76. Cfr. GALLAS, «Der Betrug als Vermögensdelikt», en *Festschrift für E. Schmitt*, Aalen, 1961, pp. 401 y ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín-Nueva York, 1969, p. 372; CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Bad Homburg-Berlín-Zúrich, 1968, pp. 100 y ss.; RANIERI, «Considerazioni sui delitti contro il patrimonio», en *Sc. pos.*, 1966, pp. 525 y ss., y, sustancialmente, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. I, Milán, 1960, p. 216.

77. Cfr. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, 1970, pp. 62 y ss.

78. Cfr. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, cit., p. 164.

79. Así, BOCKELMANN, «Der Unrechtsgehalt des Betruges», en *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlín, 1944, p. 248.

Y tal concepción nos parece una perspectiva interesante para el control de los actos de delincuencia económica y, en particular, para el sector de las finanzas públicas. Si, de hecho, se considera el patrimonio como una entidad estructurada según las exigencias de su titular y funcional para la consecución de las finalidades que éste se proponga, semejante concepto puede ser utilizado fructíferamente como objeto de tutela en comportamientos que lesionen el patrimonio del Estado, en cuanto entramado de recursos productivos destinados a la función social: programación económica, prestaciones asistenciales, inversiones productivas, comercio con el exterior, redistribución de los recursos y muchos otros. Se trata, pues, de una serie de valores económicos funcionalmente encaminados a la consecución de finalidades supraindividuales.⁸⁰

Hablar en términos de daño no significa que sea necesario «un grave perjuicio para la economía nacional» o cualquier otra expresión análoga que comporte, en tono de hipótesis y enfatizando, un resultado de difícilísima producción, como se constata, por ejemplo, en las normas recogidas en el capítulo I del título octavo del Código penal italiano, relativo a los delitos contra la economía pública (art. 499 y ss. CP).⁸¹ En contrapartida, debiera considerarse de un modo más realista la causación, según los parámetros normales adoptados para los delitos contra el patrimonio, de un perjuicio tal que suponga un obstáculo al ejercicio de la función económica. Éste es el contenido delictivo de agresión patrimonial que ciertamente puede verse como propio de los actos de evasión fiscal y de ilícita captación de subvenciones, en el momento en que se sustraigan o desvén recursos utilizables para las funciones sociales.

La construcción, por consiguiente, de un tipo de resultado, con la seguridad que lo caracteriza desde el punto de vista de la eficiencia y de las garantías, depende de la calidad del interés cuyo ataque debe resultar constatable sin excesiva dificultad, como sucede sin duda con el patrimonio, donde

80. En un significativo trabajo aparecido recientemente, FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica*, cit. —en que se propone una amplia revisión crítica, perfectamente compatible, de la relación entre Derecho penal y economía, con una decidida valoración de las garantías ligadas a una utilización desviada de los principios de ofensividad, subsidiariedad y efectividad—, se ha aventurado la hipótesis de utilizar, como bienes de referencia en esta materia, el concepto de economía pública, en una acepción muy distinta a la que se halla en la base de la normativa de los códigos, como «fines para alcanzar la mejora de las condiciones de libre desarrollo de la personalidad humana en el contexto social», *op. cit.*, p. 224. Pues bien, nos parece que esta finalidad puede representar una más que legítima *ratio de tutela*, la realización de la cual pasa, sin embargo, por la defensa del bien jurídico patrimonial correlativo que, no obstante, representa una entidad distinta de aquélla. En otras palabras, desde nuestro punto de vista, aunque se logre la finalidad de mejorar las condiciones de una libre expresión de la personalidad en el contexto social, es necesario dejar fuera de duda que los recursos patrimoniales públicos en tanto que objetos de la tutela penal, sean funcionales a la persecución de aquella finalidad.

81. Cfr. PEDRAZZI, «Economia pubblica, industria e commercio (delitti contro la)», en *Enc. dir.*, vol. XIV, Milán, 1965, pp. 280-281; PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, cit., pp. 632 y ss.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, cit., pp. 23 y ss.

la lesión, e incluso el mismo peligro concreto, se extraen de una situación accesible al análisis y frecuentemente también a la ponderación. No más daños macroscópicos, ligados a bienes impregnados de una estructura de espectro amplísimo, como el orden estable de la economía, el correcto funcionamiento de ésta, la programación económica del Estado y similares o, como en materia de medio ambiente, la totalidad del ecosistema o cualquier otra cosa parecida, que requieran una avance exasperado de la tutela penal. Al contrario, debe reclamarse un ataque claramente hipotetizable y verificable en su relación con un bien de contornos definidos que realmente sea cuestionado por la conducta antijurídica.⁸²

Una confirmación de la reconducibilidad al patrimonio de los actos de delincuencia económica en general y no sólo de los que atentan contra las finanzas públicas, se obtiene también mediante la observación de los tipos de agresión a que se recurre en la mayoría de los casos. Si tomamos en consideración, por ejemplo, la sección dedicada a los delitos contra la economía del Proyecto alternativo,⁸³ que sigue representando un modelo de codificación moderna, encontramos en ella, a lo largo de siete títulos distintos, delitos contra la competencia y los consumidores, delitos contra la empresa, delitos contra el ejercicio del crédito y el curso regular de los pagos, delitos en materia bursátil, delitos relativos a los procedimientos concursales, delitos relativos al balance y a otras comunicaciones de empresa y, finalmente, delitos contra las finanzas públicas, además de un apéndice en que se prevén tipos sobre la delincuencia informática, la tutela de los derechos de autor y de inventor, además de una amplia reformulación de los delitos de usura. Desde luego, dadas sus acentuadas peculiaridades, los tipos considerados son, en su mayoría, reconducibles a los tipos de agresión unilateral, de los fraudes y de la infidelidad que, en cierta manera, trascienden a la naturaleza misma de las agresiones patrimoniales, en la medida en que perjudican la disponibilidad de recursos económicos; todo lo cual integra perfectamente el ataque a los bienes en materia patrimonial como limitación impuesta a la funcionalidad del bien, sin que haga falta recurrir a supuestos irrealmente macroscópicos.

Si, por el contrario, se acude a poco fiables, inabarcables y gigantescos objetos de tutela, «de tipo postmoderno»,⁸⁴ como la funcionalidad del crédito, el orden económico, la percepción de los tributos o, en una palabra, la corre-

82. Cfr., sobre este punto, PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, cit., pp. 635-636.

83. Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Straftaten gegen die Wirtschaft*, a cargo de E.J. LAMPE, T. LECKNER, W. STREE, K. TIEDEMANN, U. WEBER, Tubinga, 1977, pp. 5-6.

84. Según la acertada definición de VOLK, «Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen. Dogmatische Aspekte und kriminalpolitische Probleme», en *Festschrift für H. Tröndle*, Berlín-Nueva York, 1989, p. 231.

ta funcionalidad de la vida económica, prescindiendo de los daños provocados en términos de recursos colectivos e individuales, se colocan en el centro de la tutela las *rationes* y no los bienes jurídicos, aceptándose que la realización del tipo prescinda del ataque real al bien jurídico que efectivamente está en cuestión, con el resultado de consentir formas exasperadas de tutela anticipada, que van más allá de la frontera de lo que puede tolerar un Derecho penal del hecho. Se desmiente, pues, que la correcta funcionalidad de la vida social en general, pese a estar a sujeta a la voluntad del legislador penal, pase por la tutela de bienes jurídicos elementales y, además, por la incriminación de conductas sólo «sintomáticas» de disfuncionalidad, que conlleva el peligro de fundamentar la intervención penal sobre la mera violación de la obligación, cuando no sobre las cualidades subjetivas del autor; así, una selección de este género sería, y es, seguramente «disfuncional» a las exigencias de una correcta convivencia según los parámetros del Estado social de Derecho.

7. En este contexto queremos recalcar la incompatibilidad existente, desde diversas perspectivas entre la utilización de tipos de peligro abstracto y un sistema penal garantista en sentido formal y substancial.⁸⁵ Nos referimos, como es de sobras conocido, a supuestos de hecho cuya realización, desde el punto de vista de la ofensividad, no requiere ni la causación de un daño, ni la creación de un peligro real para el bien en cuestión. De hecho, la total ausencia de lesividad de la conducta en los delitos de peligro abstracto, soslayando cualquier otra consideración, hace difícilmente aprehendible el desvalor del acto, tanto para la globalidad de los ciudadanos como para el eventual reo. Éste no podrá darse cuenta de la extrema gravedad de su conducta —sólo «abstractamente» peligrosa— cuando llegue el momento de imponer y ejecutar la gravísima sanción, por mucho que se active el instrumento estatal de intervención que más incide sobre su libertad y personalidad individual. Sólo comprenderá que él no había creado una situación de efectivo peligro para el bien.⁸⁶

Por otro lado, a la difícil internalización de las normas que contienen tipos de peligro abstracto se une el elevado riesgo de que pierda credibilidad todo

85. En tono crítico por lo que respecta a la técnica de la «incriminación anticipada», HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., pp. 110, 113; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, pp. 480-481.

86. Consíntase al respecto la referencia a nuestro «Aspetti problematici del rapporto tra funzione della pena e struttura dell'illecito», en VV.AA., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cargo del CRS, Milán, 1987, pp. 103-104. Para una particular acepción de los delitos de peligro abstracto como «delitos de mera conducta (peligrosa)», a diferencia de los delitos de peligro concreto vistos como «delitos de resultado (de proximidad de la lesión)», cfr. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 222 y ss.

aquel sistema que use su arma, la sanción penal, para enfrentarse a hechos de leve entidad. Este dato debiera tenerse en cuenta respecto a las conductas de peligro abstracto, dado su desvalor de resultado prácticamente nulo, si no se quiere incurrir en ulteriores ilegitimidades, derivando, como poco, hacia la violación de los principios de equidad y de personalidad cuando, al mismo tiempo, se prevén para tales conductas sanciones particularmente severas.

También se constata que, en general, en la doctrina italiana se auspicia la introducción de tipos de peligro abstracto, si bien no de un modo indiscriminado,⁸⁷ sino tan sólo para determinados ámbitos de tutela —relativos en su mayor parte a bienes de tipo supraindividual, de reciente valoración— como el medio-ambiental o el económico, en que el ataque, en muchos casos, es el resultado de los efectos combinados de diversas conductas con relación a las cuales parece difícil la afirmación de un nexo etiológico,⁸⁸ si no es reconduciéndolas a un resultado de dimensiones macroscópicas. Aun así, una vez desatendida la regla de la ofensividad, no nos parece que existan criterios ciertos de tipo sistemático-estructural que puedan vincular la discrecionalidad legislativa —y, por ello, impedir otras derogaciones a tal regla— a bienes cuya tutela se antice al momento de creación del peligro abstracto, exaltando el desvalor de acto en detrimento del desvalor de resultado y dando vida, a fin de cuentas, a ilícitos de mera desobediencia.⁸⁹ Como es evidente, en estos casos se corre el riesgo de cuestionar las libertades fundamentales y con ellas los principios mismos sobre los cuales se asienta el Estado social de Derecho: estamos pensando, por ejemplo, en ámbitos de la «personalidad del Estado» —en relación con los delitos de opinión— y de la «salud» —en materia de SIDA o de estupefacientes—, por ser expresivos de los gravísimos riesgos que

87. Cfr. FIANDACA, «Note sui reati di pericolo», en *Scritti in memoria di G. Bellavista*, vol. I, en *Il Tommaso Natale*, 1977, p. 204; PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., p. 35; MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, cit., pp. 200 y ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurídico*, Milán, 1983, pp. 108 y ss.; ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, cit., p. 418; GRASSO, «L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 717 y ss.; en contra, cfr. M. GALLO, «I reati di pericolo», en *Foro pen.*, 1969, pp. 5 y ss.; E. GALLO, *Riflessioni sui reati di pericolo*, Padua, 1970, pp. 31 y ss.; BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *Nss. D. I.*, vol. XIX, Turín, 1973, pp. 81 y ss.; PATALANO, *Significato e limiti della dommatica dei reati di pericolo*, Nápoles, 1975, pp. 67 y ss.

88. Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. I, cit., pp. 85 y ss.

89. Sobre el tema cfr. SANTAMARÍA, «Evento», en *Enc. dir.*, vol. XVI, Milán, 1967, p. 133; ver además, MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milán, 1971, pp. 182-183; MAZZACUCA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, cit., pp. 51 y ss. No es casual, pues, que una decidida valoración de los tipos de peligro abstracto haya sido auspiciada también por Armin KAUFMANN, «Tatbestandmässigkeit und Verursachung im Contergan-Versfahren», *JZ*, 1971, pp. 575 y ss.; autorizado estandarte del neofinalismo de la Bonner Schule, en el seno de la cual, como es conocido, se propone una versión extrema del *personales Unrecht*, fundada sobre el exclusivo valor de la conducta; cfr. a este propósito por todos, ZIELINSKY, *Handlungs— und Erfolgsunrecht im Unrechtsbegriff*, cit., *passim*, v. esp. pp. 5 y ss., que desarrolla una elaboración completa de la teoría general del delito desde un punto de vista subjetivista.

corren los derechos del individuo. En realidad, se acaba legitimando la incriminación de conductas de por sí insignificantes, desde la perspectiva de la dañosidad social, sobre la base de una remota conexión con bienes jurídicos relevantes.

La tentativa —así como la previsión del título culposo en la vertiente subjetiva— se mantiene, desde nuestro punto de vista, como el límite infranqueable de la anticipación de la tutela en un Derecho penal del hecho; para intervenciones más alejadas del ataque al bien procede un instrumento de control distinto al Derecho penal;⁹⁰ pensamos, sobre todo, en el ilícito administrativo, para el cual es posible prever una articulada y eficaz gama de sanciones pecuniarias e interdictivas. Una solución de este tipo respetaría criterios de eficiencia, en cuanto a la prestación de una tutela anticipada al bien, y no resultaría problemática desde el punto de vista sistemático y político-criminal. El respeto al principio elemental de proporcionalidad impone una opción de este tipo, si se quieren alcanzar con el Derecho penal finalidades de integración social:⁹¹ una política criminal poco atenta al respeto de las reglas de justicia es funcional sólo desde una construcción de tipo represivo-intimidatoria.

Es cuanto exige también el principio de subsidiariedad que, por estar orientado a la defensa de la libertad y de la personalidad individual, asume, según nuestro punto de vista, una relevancia constitucional. De hecho, más allá de perspectivas iliberales de mera intimidación —cuya persecución no es aceptada por nuestro orden constitucional—,⁹² la pena representa de cualquier modo la más grave limitación a la libertad y a la personalidad individual; este dato, reafirmado por el principio de tutela de la libertad y personalidad individual —que se deriva de la global regulación de nuestra Ley fundamental, y en particular de los artículos 2, 3, 13, 25.2 y 3— comporta la muy notable consecuencia de la constitucionalización del principio de *extrema ratio*. El legislador, por tanto, está llamado a intervenir con la sanción penal sólo si no puede hacer uso de otros medios y ello lleva por corolario la inexistencia de una obligación de incriminar.⁹³

90. Sobre la amplia temática de las nuevas exigencias de tutela y la búsqueda de alternativas al control penal cfr. NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985, pp. 35 y ss.; HASSEMER, «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», en *ZRP*, 1992, pp. 378 y ss.; LÜDERSSEN, «Alternativen zum Strafen», en *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1993, pp. 487 y ss.

91. Para el concepto de integración social desde el punto de vista de síntesis de las componentes positivas de la prevención especial y general, cfr. nuestro *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 83 y ss.

92. Consíntase al respecto la referencia a nuestro *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 97 y ss.

93. Sobre el tema cfr. MÜLLER-DIETZ, «Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote», en *Festschrift für E. Dreher*, Berlín-Nueva York, 1977, pp. 97 y ss.; PULITANÒ, «Obblighi costituzionali di tutela penale?», en *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 684 y ss.; BRICOLA, «Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto di tutela», en *Scritti in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milán, 1984, pp. 99 y ss.

Una vez abandonadas perspectivas irracionalistas con relación a la «esencia» y a las funciones de la pena, las mismas finalidades que se atribuyen a la sanción penal condicionan la conformación del injusto.⁹⁴ Ello significa que si la pena persigue finalidades de integración social, el hecho antijurídico debe ser, en sus componentes de desvalor de acto y de desvalor de resultado, fácilmente perceptible como tal. Todo ello implica, por un lado, que la selección de los objetos de tutela penal, también en atención al principio de equidad, se limite a los bienes fundamentales,⁹⁵ de entidad equiparable al bien de la libertad del individuo; e implica, por otro lado, la toma en consideración de modalidades de ataque particularmente significativas: nos referimos al daño y al peligro, que debe ser apreciado por concreción: «la justicia penal es un mal necesario, pero si supera los límites de la necesidad resta sólo el mal».⁹⁶

Para otras formas de agresión, o para la tutela de bienes de menor entidad, los sistemas de control de tipo administrativo, civil, disciplinario o político-social, dependiendo del caso, parecen más adecuados desde el punto de vista de la sanción y de la tutela. Respecto de la pena, de hecho, se mantiene que el rigor de *extrema ratio* confiere credibilidad a la intervención estatal, asegurando, al mismo tiempo, la defensa y el respeto de la libertad y la personalidad individual. Para los bienes más significativos se garantiza, además, la posibilidad de una tutela extrapenal anticipada, sin que por ello se perturbe en modo alguno el delicado equilibrio de garantías formales y substanciales sobre las cuales se debe fundar un Derecho penal que tenga en cuenta el respeto al hombre y a sus derechos.

8. Los tipos de peligro abstracto también pueden resultar problemáticos desde el punto de vista de la legalidad. Como es evidente, nos estamos refiriendo a la descripción de la conducta típica,⁹⁷ en que se corre el riesgo de caer en la trampa de la casuística, mediante los clásicos corolarios de las fórmulas de cierre y, por ello, en la pérdida misma de niveles de tipicidad-legalidad e incluso de eficiencia. De hecho, además del riesgo de lagunas en la tutela, la adopción de una técnica casuística origina conspicuos problemas interpretativos, con notables consecuencias para la igualdad y la certeza, así como para la funcionalidad de la respuesta sancionatoria en relación con las exigencias de

94. Cfr. nuestro *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 65 y ss., 121 y ss.

95. Para una fuerte reducción, en términos «marginales» de la intervención penal cfr. BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale», en *Dei delitti e delle pene*, 1985, pp. 443 y ss.; FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, ivi, pp. 44 y ss.; ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it., Nápoles, 1994, pp. 229 y ss.

96. Así, ROXIN, *Fragwürdige Tendenzen in der Strafrechtsreform*, cit. p. 37.

97. Cfr. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, vol. I, Sassari, 1980, p. 131.

integración social. Sin embargo, es posible obviar estos inconvenientes favoreciendo una real armonización de la normativa penal con la administrativa y la civil, apoyando éstas sobre la seguridad de una legislación extrapenal de referencia que prevea criterios generales articulados a modo de requisitos, obligaciones, mecanismos de control, etc.⁹⁸

Retomando el ejemplo del abuso en las subvenciones, se trataría, pues, de proceder a reglamentaciones válidas y eficaces que, además de indicar con precisión los presupuestos requeridos apelando a normas definitorias y a puntuales referencias cronológicas, se detuvieran a individualizar incluso analíticamente, donde sea posible, las modalidades y técnicas que la experiencia señala como las más habituales para una creación artificiosa de los presupuestos mismos, poniendo de relieve con la máxima claridad la finalidad de la concreta medida de incentivación y dando espacio para que prospere en su confrontación tanto con soluciones extrapenales como con los comportamientos más notables que se den frecuentemente en negocios jurídicos o actos patrimoniales que sean incompatibles con una equitativa función económica de la financiación.

En la misma medida, por lo que concierne al fenómeno de la evasión fiscal, cabe confiar al esquema ilícito-sanción administrativa el control de las diversas conductas de peligro conexas a la especialidad de los distintos impuestos, según las reglas de la técnica tributaria. Por tanto, desaparecen del Derecho penal todos aquellos tipos-obstáculo tendentes a prevenir la aparición de situaciones de peligro remoto que constituyen, respecto al bien, meros actos preparatorios, infracciones, omisiones, irregularidades, incompletudes: simples transgresiones formales sólo previstas como formas de tutela anticipada. En el ilícito administrativo, por tanto, deberán contemplarse aquellas conductas en que sólo se detecten síntomas de incumplimiento del deber de tributar, según las reglas de experiencia aportadas por la técnica de la policía fiscal: se tratará, en la mayoría de los casos, de transgresiones a las obligaciones instauradas como controles preordenados para la directa defensa de los tributos. Por lo menos de este modo, el legislador se comprometerá a una valoración más meditada de los hechos objeto de sus normas, afrontando correctamente el problema de los actos de engaño en una fase aún lejana al momento del ataque, buscando resolverlo eficazmente, sin cuestionar las garantías formales y substanciales del sistema penal del Estado social de

98. Sobre el tema cfr. VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pp. 85 y ss.; SCHÜNEMANN, «Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1989, pp. 629 y ss.; OTTO, «Außerstrafrechtliche Voraussetzungen des Wirtschaftsstrafrechts», en VV.AA., *Wirtschaftsethik — Wirtschaftsstrafrecht*, a cargo de H. J. MÜLLER y J. ISENSEE, Paderborn-Múnich-Viena-Zurich, 1991, pp. 57 y ss.

Derecho, como la legalidad, la lesividad, la equidad, o la subsidiariedad, garantizando en la persecución de actos ilícitos niveles satisfactorios de uniformidad.⁹⁹

En estos sectores la intervención penal tendrá, por consiguiente, poca importancia, si es relegada a un segundo plano por un soporte organizativo de carácter extrapenal que posibilite la efectiva operatividad. El primer y necesario instrumento de intervención se reserva a los controles preventivos y a soluciones de tipo civil o administrativo, sólo subsidiariamente reforzados por un control penal, modelado, además, según los esquemas tradicionales del Derecho penal.¹⁰⁰

A su vez, surge la exigencia de que, mediante el uso de un lenguaje siempre acorde con la terminología tradicional del Derecho penal, las incriminaciones se construyan de modo tal que resulte unívoca la identificación de la estructura del injusto penal. Ello exige, primeramente, una eficaz caracterización, según parámetros de determinación, de la conducta y del resultado, cuya descripción sepa corresponder a la función propia de la tipificación y, además, de los otros elementos del delito, como las circunstancias, las condiciones objetivas de punibilidad, las causas de no punibilidad etc., en coherencia con los criterios usuales del Derecho penal. En una palabra, que se privilegie el lenguaje jurídico-penal que es, al fin y al cabo, el lenguaje del sentido común, en comparación con el lenguaje tecnicista de otros sectores de la disciplina jurídico-económica.

Se deberá, por tanto, aislar y reforzar aquellos comportamientos que podemos denominar fundamentales, es decir, aquellos a los que cabe reconocer la calificación de la ilicitud penal, re conducibles a tipos de delito fiables, —que, en nuestro caso, seguramente nos vendrán dados por la estafa y la infidelidad— caracterizados por el desvalor de resultado.

Y este modo de proceder deberá extenderse, más allá de las finanzas públicas, a todos los sectores que estén relacionados con intereses de titularidad difusa o de amplio espectro. Contra desenfrenos de eficiencia, que a menudo ocultan diseños iliberales, se vuelve a proponer, pues parece verdaderamente indispensable, un modelo penal de control que, respetando las prerrogativas del Estado de Derecho, se exprese mediante tipos claros, determinados, «excepcionales» y merecedores de confianza desde la perspectiva de los intereses tutelados.

99. Cfr. VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pp. 16 y ss.

100. De distinta opinión, TIEDEMANN, «Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber», en *JZ*, 1986, pp. 865 y ss.; y también ROMANO, *Osservazioni sul nuovo diritto tributario*, cit., p. 752.

Se reafirma, por tanto, que el proceso de transformación progresiva de la tutela de bienes a la tutela de funciones que inspira la dinámica de la producción legislativa más reciente en materia penal, es un camino muy arriesgado, pues se opone diametralmente al eje del principio de ofensividad —y, más aún, al de subsidiariedad— y, por consiguiente, es ajeno a la función de garantía que el bien jurídico en sentido real aún está destinado a desempeñar dentro del ejercicio de la potestad punitiva.¹⁰¹

En una época en que se auguran profundos cambios, en los que no puede dejar de verse graves contradicciones con el espíritu del Estado social de Derecho, constituye un deber la neta reafirmación de los principios fundamentales, de todos aquellos principios instaurados como garantía de los derechos del individuo y, con ellos, también el Derecho penal; pese a todo, también el Derecho penal. Este deber va más allá de la mera defensa de postulados de escuela y consiste en asumir una voluntad de resistencia frente a novedades que pretenden encaminarse hacia inquietantes perspectivas.

101. Así, explícitamente, PADOVANI, *Problemi generali e analisi della fattispecie previste dai nn. 1, 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 4 legge n. 516/82*, cit., p. 192.

III

**ASPECTOS DE UNA NUEVA POLÍTICA
CRIMINAL**

VÍCTIMAS Y GARANTÍAS: ALGUNOS CABOS SUELtos

A propósito del Proyecto alternativo de reparación

Joan J. QUERALT

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Barcelona

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos tiempos, o quizás no tan últimos, las ciencias penales, y no sólo las penales, vienen prestando especial atención a la posición de la víctima en la estructura delictual y, muy singularmente, se han interesado por su dinámica en dicho contexto.

Ciertamente, la historia, la reciente al menos, del Derecho penal, desde que existe el Derecho penal liberal-democrático, es la historia del delito, del delincuente, de la pena y, más recientemente, del estado peligroso y de la medida de seguridad. Así las cosas, se afirma unánimemente,¹ la víctima no ha sido tenida en consideración ni en el diseño jurídico del Derecho penal sustantivo ni en el rito por el que se hace realidad la pena a imponer por el delito cometido.²

1. *Vid.*, por todos, GARCÍA-PABLOS, *Manual de Criminología*, Madrid, 1988, pp. 76 y ss.; en sentido similar, LANDROVE, *Victimología*, Valencia, 1990, pp. 22 y ss. Por su parte, HASSEMER, «Consideraciones sobre la víctima del delito» —trad. Cantarero Bandrés—, en *ADPCP* (I), 1990, pp. 246 y ss., explicando este abandono desde la perspectiva del análisis del Derecho penal como protector de bienes jurídicos, señala: «En esta concepción, la víctima es sólo una condición que posibilita la delimitación sistemática del “bien” o “interés” digno de protección».

2. Con independencia de lo que se diga a lo largo de las presentes notas, echemos un vistazo a la LECr. Así, el art. 13 LECr establece. «Considéranse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados...». Es decir, es obligación de la autoridad que intervenga por primera vez en unas diligencias policiales o judiciales, antes que cualquier otra, la de proteger al perjudicado. El radio de acción de este precepto es claramente auxiliador para la víctima, en evitación de que el mal que sufre —lesiones, por ejemplo— se agraven. Análogamente el art. 786, Primera, LECr estatuye: «... los miembros de la Policía Judicial observarán las reglas generales y las especiales siguientes: Primera. Requerirán que los acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar, en su caso, los oportunos auxilios al ofendido...»; aunque notese que «ofendido» tiene menor alcance que «perjudicado». Finalmente, tanto los arts. 101 y 109 LECr como el art. 781 LECr han de ser recordados; además, este último prescribe: «El fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito».

Por ello, no es de extrañar que cada vez voces más autorizadas de entre los penalistas se hayan ocupado de la víctima del delito desde la perspectiva, precisamente, de la víctima.³ Nace así, aunque no sólo de ahí,⁴ la Victimología. Y como consecuencia de la aparición de la Victimología se empiezan a formular, cada vez de modo más coherente, una serie de procedimientos tendentes, por un lado, a disminuir los efectos de las denominadas victimaciones primaria y secundaria y, por otro, a poner en pie una serie de mecanismos legales que permitan dar una satisfacción a la víctima en todo o en parte o, incluso, al margen o en sustitución de la pena, como castigo estatal al infractor.

De este modo, es lógico que las teorías de la reparación, sea cuales sean las formas materiales o simbólicas⁵ que ésta deba o pueda adaptar, aparezcan en primer plano. En este contexto, merece especial consideración el esfuerzo que un grupo de profesores alternativos alemanes, austriacos y suizos, con nuestro homenajeado de hoy, el Prof. ROXIN, a la cabeza, ha desplegado para ofrecer una serie de alternativas a la pena,⁶ si, dadas ciertas circunstancias, el productor del delito accede a reparar de algún modo, no siempre materialmente, el daño que la infracción penal ha producido en la víctima.

Este intento, todo hay que decirlo, resulta especialmente moderado con relación a otros mucho más radicales que pretenden desde perspectivas abolicionistas⁷ una superación del Derecho penal, pese a ser éste su obligado refe-

3. Con razón, SILVA, «*Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la Victimodogmática*», en *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain*, San Sebastián, 1989, pp. 633 y ss., sostiene que es compatible una teoría dogmática del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, no encerrada en sí misma, preservando el carácter lógico-abstracto. En sentido similar, *vid.* LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 21-22. Por mi parte, me expreso con carácter general sobre la apertura de la dogmática a las Ciencias Sociales *latu sensu* entendidas, sin que por ello aquélla deba perder su rigor, sino, antes al contrario, como necesidad, en «*Praxis y dogmática jurídico-penal*», en *Foro Canario* (83), 1991, pp. 93 y ss.

4. La obra de VON HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, 1948, que recoge algunos trabajos suyos anteriores (cfr. STANCIU, *Les droits de la victime*, París, 1985, p. 10; in extenso, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* [n. 1], 1988, pp. 81 y ss.), suele considerarse el pótico de la Victimología. Acuñó, al parecer, este término MENDELSON; *vid.*, a este respecto, la breve historia que realiza LANDROVE, *Victimología*, (n. 1), 1990, p. 28. Más extensamente, cfr. WALKLATE, *Victimology. The victim and the criminal justice process*, Londres, 1989, pp. 1 y ss. y GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1998, pp. 81 y ss. De todos modos, ha de resaltarse que la Victimología no tiene siempre la misma intensidad ni siquiera la misma óptica; cfr., a este respecto, LARRAURI, *La herencia de la Criminología crítica*, Madrid, 1991, pp. 232 y ss.

5. El que las medidas de reparación no sean sólo materiales es algo en sí mismo evidente: o el victimario puede ser incapaz en todo o en parte de concluir una reparación completa a la víctima o la víctima no es una persona determinada; cfr. ARBEITSKREIS DEUTSCHER, SCHWEIZERISCHER UND ÖSTERREICHISCHER STRAFRECHSLEHRER, *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, Múnich, 1992, pp. 43 y ss., especialmente 43, 48, 49 y los §§ 2 (1). 4. y 3 proyectados.

6. El ya citado *Alternativ-Entwurf* (n. 5).

7. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «*Medios no judiciales de reparación a la víctima (con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional)*», en *La Ley* —Argentina— 23.4.1993, p. 3.

rente,⁸ con la consecuente merma para el restablecimiento de la conveniencia que la infracción ha producido una quiebra de parte del haz de garantías materiales y procesales tan *arduamente* conseguidos a lo largo de la historia de la cultura política y social. Ha de recordarse que estas garantías están diseñadas para *proteger al ciudadano, presunto delincuente o no*, del uso tradicionalmente inmoderado del *ius puniendi*.

Conviene, antes de entrar a valorar la adecuación global a nuestro ordenamiento de las líneas generales de las medidas alterativas a la pena y, en especial, de la más acabada propuesta en favor de la víctima que se ha hecho en los últimos tiempos, echar una ojeada, si bien somera, al estado actual de la relación del Derecho penal con la Victimología, pues, algunas de las propuestas se deben, en buena medida, a un planteamiento muy convencional del que han hecho gala los propios penalistas contemporáneos.

En efecto, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial se dio al traste con el modelo de estado previo a 1939, socavado ya por planteamientos relativistas y, por tanto, con él desapareció el modelo eminentemente residualmente iusnaturalista y retribucionista de Derecho penal que desde el advenimiento del estado liberal-burgués había sido su fruto directo. De un lado, una mayor preocupación por el ser humano, no desde la perspectiva ideal más o menos roussoniana, sino desde una vertiente mucho más realista, se dio paso con plena carta de naturaleza al Estado social de Derecho que, a lo largo de los años sesenta y setenta, podría ser calificado, además, de democrático. Lógicamente, ello tuvo su influencia en el campo del Derecho penal, tanto en el terreno de la Ciencia como en el de la legislación y el de la jurisprudencia.⁹ La prueba más acabada de ello nos la ofrece el Proyecto Alternativo alemán de 1968, del que, una vez más, el Prof. ROXIN es uno de sus paladines.

Los rasgos fundamentales de este nuevo pensamiento jurídico-penal estriban en la necesidad de configurar la Política Criminal como medio orientador y comprensivo del Derecho penal, en el impulso de las garantías penales y en el desarrollo de principios tales como el de culpabilidad, humanidad y proporcionalidad, todo ello orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos.

Las consecuencias directas de esta efervescencia, asombrosamente llevada a la práctica de modo abrumador para lo que suelen ser los movimientos teóricos, cabe incardinárlas en un doble haz de aspectos. Por una lado, nos

8. O lo que es lo mismo: sin Derecho penal no hay ni delito ni delincuente; por tanto, la protección de la víctima se volatiliza. Esto se entiende, acertadamente, como una quiebra de las garantías básicas del Estado en el sentido de compromiso de protección de los más débiles; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 27.

9. La relación entre evolución política y Derecho penal puede observarse en las magistrales páginas de MIR, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 315 y ss.

encontramos con un pujante movimiento descriminalizador y un consecuente auge del abolicionismo. Ciertamente, si la misión del Derecho penal es la exclusiva protección de bienes jurídicos y ello sólo como *ultima ratio* y con carácter fragmentario, tal característica supone la desaparición de muchas conductas¹⁰ y correlativo repliegue del ámbito de lo punible. Así las cosas, no es de extrañar que se clame por un abolicionismo del Derecho penal vista su autoprotagonista mengua.

Pero este abolicionismo no siempre es directo y abierto, sino que surge, incluso inconscientemente, de modo soterrado o indirecto. Tal sucede con la irrupción en el Derecho penal de ciertos planteamientos respetuosos para con la víctima, es decir, con la aparición de la Victimología. En efecto, en términos generales, la cultura penalística continental había dejado de lado la consideración de la víctima más allá de lo meramente indemnizatorio, y, aun así, limitadamente.¹¹ Desde una perspectiva global resulta ciertamente asistemático y, por tanto, lamentable, el mencionado olvido, puesto que, si se considera que la misión del Derecho penal es procurar la indemnidad de bienes jurídicos, no cabe olvidar que esos bienes jurídicos, singularmente, los de índole individual, representan, no sólo una quiebra del ordenamiento jurídico, con su consiguiente repercusión social —y, de ahí, la entrada en acción del Derecho penal—, sino que, además, el delito, la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-penalmente protegido, comporta, igualmente, un menoscabo que el titular del bien no sólo percibe sensorialmente, sino que, y esto es lo más importante, sufre.

Una consecuencia de esta nueva perspectiva es la de ofrecer un mayor protagonismo a la víctima a la hora de buscar su satisfacción ante la producción del evento lesivo que el delito supone. Y no sólo es: evitar la victimización secundaria, mediante la obtención de una satisfacción del detrimiento físico o moral sufrido, sin necesidad de agotar todas las instancias procesales.

Para ello se han ofrecido una serie de alternativas que, *grossó modo*, podemos sintetizar en dos apartados. Por un lado, están las corrientes doctrinales y, por ahora parcialmente implementadas, consistentes en lo que se puede denominar *mediación*.¹² Otra corriente de pensamiento, también insuficientemente implementada hasta la fecha es la que representa el citado Pro-

10. Aunque el propio ROXIN hable de huida hacia el Derecho penal en no pocas ocasiones; *vid.*, por ejemplo, “El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo” —trad. J.J. Queralt—, en MIR, editor, *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 87.

11. *Vid.*, por todos, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 22 y ss.

12. Cfr. WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 119 y ss.

yecto alternativo de *reparación*. Este planteamiento resulta mucho más ambicioso y de mucho mejor diseño que la mediación de corte exclusivamente victimológico; y, es más: pretende sustituirlo,¹³ aunque, ciertamente, entraña con el movimiento que genéricamente cabría denominar *diversión*, originario del mundo anglosajón.¹⁴

Así las cosas, procede, antes de analizar las líneas maestras del Proyecto Alternativo de reparación, una verificación somera de la adecuación de este tipo de medias extrapenales como reacción al delito. Para ello, conviene, en primer término, comprobar la adaptabilidad de las líneas maestras de la mediación a nuestro ordenamiento jurídico.

II. LA MEDIACIÓN: ALGUNOS PROBLEMAS

Entrando en el terreno de la *mediación* ha de señalarse que se trata de hallar una solución al problema de la victimización del sujeto pasivo del delito. Esta solución, y siempre con la idea de no incrementar dicha *victimización*, es decir, la *victimización secundaria*, pasa porque un tercero, el juez, normalmente, tercie entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, incluso, entre los perjudicados, con el fin de evitar la prosecución del procedimiento y dar una satisfacción a la víctima, no necesariamente económica.¹⁵

Las *ventajas* de este sistema, como de cualquier otro que suponga una *finalización anticipada del proceso penal o evitación, si ello es posible, de su inicio*, vienen determinadas por el hecho de que puede reducirse sensiblemente el número de causas criminales, descargando de modo relevante a la Administración de Justicia penal. Tiene, por otro lado, una ventaja de no poco interés: *la víctima encuentra una solución* al problema que le ha causado el delito sin necesidad de esperar el fin de un procedimiento regular,¹⁶ con la consiguiente demora de tiempo, gastos judiciales relativamente elevados en no pocas ocasiones y sin necesidad de revivir en las diversas declaraciones previas al juicio oral y en éste mismo acto al daño que el delito en su día le causó.

13. *Vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 22 y ss.

14. *Vid. op. cit.*, pp. 20 y ss.

15. Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 79; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 22, 24, 26, 41 y ss. (§ 1. 3 AE-WGM); TAMARIT, *La reparación a la víctima en el Dret penal*, Barcelona, 1993, p. 94. Críticamente, en cambio, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, p. 126, sobre las posibilidades reales del sistema. En sentido similar, ampliando el radio de acción crítico por la poca atención de la victimología a los nuevos delitos, HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y ss.; LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y ss., recogiendo las críticas al optimismo victimológico embebido de las estadísticas y estudios, cuando éstos antes se despreciaban.

16. Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 34.

Este modo de arreglo extrapenal al mal que el delito genera y comporta concomitantemente tiene una *fuerte carga psicologista*.¹⁷ Busca, en lo esencial, hallar una explicación al hecho punible sufrido y desde esa racionalización, cuando es facilitada por el sujeto activo, desangustiar a la víctima.

A) **Objeciones**

Los inconvenientes político-criminales y dogmático-jurídicos que se oponen a este modo de encarar la problemática de la satisfacción debida —eso es indiscutible— a la víctima y evitar su ulterior y, en ocasiones, reiterada *victimación* son, a mi modo de ver, dignos de ser tenidos en consideración. Sin embargo, como no hay rosas sin espinas, algunos reparos, graves incluso, cabe formular a la mediación y procedimientos análogos. Por tanto, este método habrá de ser manejado, hechas, si ello es necesario, las reformas legales *ad hoc, cum grano salis*.

Veamos, pues, algunas objeciones. Así:

1) *Objeciones político-criminales*

Desde el punto de vista *político-criminal*, dos son los obstáculos que impiden la admisión con carácter general y serio de la mediación.

En efecto, por un lado, transforma el proceso penal en algo próximo al diván de psicoanalista, olvidando que dicho proceso está llamado a implementar, si hay lugar para ello, la seriedad del sistema penal; es decir, mostrar al público que el castigo es una amenaza real.¹⁸

Esta perturbación de la función político-criminal del propio proceso penal puede revelarse, además, como *criminógena*. No de otro modo cabe entender la percepción del presunto sujeto activo, cuando observe que con una predisposición a la mediación, que en no pocas ocasiones sólo tendrá un carácter simbólico, todo lo más moral, la infracción queda saldada. Si ello es así, tal sujeto entenderá que el precio por el delito ha sido sensiblemente rebajado y ello tiene una consecuencia inmediata: *hace rentable el*

17. Cfr., por ejemplo, BERISTAIN, «La Victimología creadora de nuevos derechos humanos», en *Victimología* (A. BERISTAIN/J.L. DE LA CUESTA dirs.), San Sebastián, 1990, pp. 222 y ss.

18. Extremo este sobre el que ROXIN, acuñando la teoría dialéctica de la unión, ya se pronunció en «Sentido y límites de la pena estatal» (1966), en *Problemas actuales de Derecho penal* —trad. Luzón Peña—, 1976, p. 25.

delito, pues diluye sensiblemente los límites razonables de la prevención general.

Político-criminalmente también resulta más que problemático que pueda hablarse de un *sometimiento voluntario* a la mediación, cuando quien ésta acepta no está en condiciones de elegir, no ya libremente, sino ni siquiera está en la misma situación que la víctima. En efecto, de no acceder el victimario a la mediación, el proceso penal seguirá no sólo con todas sus consecuencias, sino que su oposición a concertarse con la víctima pudiera acarrearle consecuencias tanto en la ampliación del número de delitos objeto de la acusación como a un incremento del marco penal, dado que, aun respetando los límites legales, el juez podrá imponer la pena, ante la renuencia del sujeto activo a conciliarse, en el grado máximo que el Código permita.

A lo dicho, es decir, a la *falta de simetría* entre tales posiciones entre víctima y victimario, se añade un nuevo motivo político-criminal de desacuerdo, si se verifica el riesgo que a continuación se expone. Se trata de que, ante la negativa o imposibilidad de conciliarse con la víctima, al presunto victimario es posible que, como se ha dicho, se le incremente, dentro de los límites legales, la pena resultante. Ello tiene como consecuencia un diabólico efecto, a saber, *hacer de mejor derecho a quien está dispuesto a conciliarse que a quien no*, sujeto este último que no hace sino ejercer sus derechos constitucionales y legales y ello con independencia de la gravedad del hecho. Con lo cual, el ejercicio de un derecho, que es un derecho previsto, incluso con rango de derecho público fundamental, para quien se sospecha ha cometido un delito, corre el riesgo de convertirse en una carga. De este modo quedaría desvirtuado el haz de derechos procesales, tanto constitucional como legalmente establecidos. En este contexto, entender que se obra voluntariamente es algo más que discutible.¹⁹

Y es algo más que discutible, cuando se entiende que la voluntariedad de la participación en la mediación tiene como objetivo —objetivo que no podría alcanzarse, si no hubiera esta disponibilidad voluntaria del victimario— en el *pasar cuentas personalmente el autor y la víctima*²⁰. Esto, ciertamente, tiene un claro componente moralizante que parece casar mal con los planteamientos normativos del Derecho penal moderno. Conscientes de ello, los autores del *Alternativ-Entwurf* afirman que esa disponibilidad voluntaria no ha de ser tomada desde un prisma ético. «*Basta —señalan— una decisión voluntaria adoptada*

19. Tan discutible, que el propio *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40, pasa de puntillas sobre dicho tema, aunque en p. 34 es mucho más explícito, pero reconociendo ciertos inconvenientes de índole jurídico-constitucional.

20. Así, expresamente, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 40 —s.o.—. Cfr., en sentido similar, BERIS-TAIN, *Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 223.

bajo la presión del proceso penal.²¹ Aunque, en realidad, adoptar una decisión voluntariamente, no supone que se haya adoptado libremente, lo cierto es que se reconoce la presión y eso puede ser origen de muchos males futuros. O se afina en este aspecto o el remedio pudiera ser peor que la enfermedad.

Con todo este expreso y rotundo pronunciamiento del *Alternatif-Entwurf* pone bien a las claras de manifiesto que, como mínimo, los peligros antes enunciados de que la negativa a conciliarse por parte del presunto victimario con su víctima le acarreen perjuicios. Y estos perjuicios se deben al intento de haber ejercicio unos derechos legítimos.²² Pero estos legítimos derechos no deben llevar, en mi opinión, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, a una nueva concepción del Derecho penal —o, si se quiere, del sistema penal— que sustituya el *in dubio pro reo* por el *in dubio pro víctima*, tal como parece proponer BERISTAIN.²³ Como señala LANDROVE, tal como hacen las versiones más razonables del actual movimiento victimológico, no hay que contraponer los derechos del delincuente a los derechos de la víctima: hay que limitarse a reclamar para la persona victimizada el protagonismo que ésta merece en la explicación del hecho criminal, en su prevención y en la respuesta al sistema legal.²⁴

Y aún cabría añadir algo más: la víctima, por el contrario, ya no tiene nada que perder e, incluso, pudiera reforzar su postura, lo cual, por otra parte, resulta igualmente legítimo. Con lo que se incrementa la desigualdad procesal entre victimario y víctima.²⁵

2) *Objeciones dogmático-políticas*

Desde el punto de vista dogmático-jurídico son bastantes los inconvenientes que se ven para implementar, incluso legalmente, esta nueva figura.

21. *Vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 27 y 40.

22. Estos perjuicios no distan de los que se producen en los acuerdos de conformidad previstos en el procedimiento abreviado entre la acusación y el acusado. Sobre la dudosa judicialidad de estos acuerdos y sobre que este modo de poner fin al juicio oral sustrae a los órganos judiciales la exclusiva y excluyente función jurisdiccional, cfr. STS 17-6-1991 (Ar. 4728).

23. *Vid. BERISTAIN, Nuevos derechos humanos* (n. 17), 1990, p. 225; esta postura es más radical que la sostenida anteriormente: cfr. el mismo, «Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados», en *ADPCP* (III), 1986, *passim*. Cfr., además, LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 103, que siguiendo a MARTÍNEZ ARRIETA, «La víctima en el proceso penal», en *Actualidad penal* (4), 1990, p. 44, se inclina en caso de conflicto entre derechos del victimario y de la víctima por los de ésta, contradiciendo su afirmación en sentido de que los derechos de la víctima no deben perjudicar a los del presunto culpable (*op. cit.*, p. 24).

24. *Vid. LANDROVE, Victimología* (n. 1), 1990, p. 24.

25. Cfr. HASSEMER, *Condiciones* (n. 1), 1990, pp. 256-257.

En primer término, surge la objeción de una *privatización del Derecho penal*.²⁶ Suprimido en 1983 el perdón de la ofendida, incluso una vez recaída sentencia,²⁷ sólo quedan los delitos²⁸ contra el honor y abandono de familia sometidos en cuanto al ejercicio de *ius puniendi* a la querella del particular y a que, con su perdón, la pena impuesta quede sin efecto y, por tanto, no se ejecute. Esta posibilidad existente en Derecho español, cuya experiencia no es muy significativa, ha provocado algún caso de auténtica burla del sistema penal.²⁹

Por ello, no deja de ser chocante el volver a planteamientos superados: la vuelta al Derecho penal privado y la, si procede, humillación del presunto sujeto activo del delito. En estos supuestos la correlación de fuerzas no será ajena a una, por llamarle de alguna manera, solución.

Ahora bien, si esta mediación se admitiera, especialmente para las infracciones más irrelevantes penalmente, es decir, que se admitiera un control desformalizado,³⁰ ello supondría que su tipificación en los textos penales está de más. De esta suerte, al tratarse sólo de intereses particulares, la jurisdicción civil,³¹ que sí permite la transacción judicial y extrajudicial, es el lugar idóneo para hallar arreglo estos descuentos interpersonales. De nuevo, una llamada al *principio de intervención mínima*, con su efecto despenalizador, daría solución a un problema y evitaría la desconfiguración del sistema penal.

En cuanto a las infracciones más graves, no parece que más allá de las de carácter estrictamente económico y que afecten a sujetos individuales o, en su defecto, claramente individualizables, pueda hablarse de mediación, previa al proceso penal. Por ello, dejar, salvo en los casos que debiera intervenir el Ministerio Fiscal por razón del estado de la víctima, la persecución a que se interpusiera una querella, previa certificación de la desavenencia extrajudicial, no sería, desde luego, una cuestión que hubiera que pasar por alto.

26. Cfr. HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 252; aunque en otro contexto, el de la policía privada, LARRAURI, «Introducción al debate sobre la privatización del sistema penal: la policía privada», en *Estudios penales y criminológicos* (XIV), 1991, p. 195, alude a la mercantilización de la seguridad; ciertamente es un tropo acertado y de perfecta aplicación a nuestro tema.

27. Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 96 y ss.

28. Desde 1989 también algunas faltas contra las personas, y las imprudencias lesivas que no revistan el grado de temerarias o de negligencia profesional y los daños; cfr. LANDROVE, *Victimología*, (n. 1), 1990, pp. 89 y ss.

29. Recuérdese el caso de las injurias vertidas por un presidente de un club de fútbol contra otro com-padre. Este proceso finalizó, tras agotar la vía procesal, por medio de la STS 8 de mayo de 1991 (A. 3605). Dado que el sujeto activo deseaba concurrir a las elecciones municipales convocadas a final de ese mes de mayo, el perdón se tramitó con una velocidad digna de mejor causa.

30. Cfr., también críticamente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, p. 6, donde afirma: «A mi entender, instituciones que no son aptas para prevenir lesiones de bienes jurídicos esenciales ni respetan las garantías fundamentales no deben formar parte del derecho penal».

31. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Medios no judiciales* (n. 7), 1993, pp. 2 y ss.

No obstante, estas posibilidades, es decir, la despenalización o el sometimiento a una condición de procedibilidad, también presentan inconvenientes y es posible que causen inseguridad jurídica, lo que no se puede decir que case bien con el sistema penal. En efecto, si ante ciertos supuestos o ante ciertos supuestos y en determinadas condiciones —por ejemplo, hurtos de menos de 100.000 ptas., cometidos por primera vez por menores de edad penal o, en todo caso, por menores de 21 años— se establece la previsión de la mediación, ello no supone estar en presencia de una auténtica descriminalización, sino, más bien, ante un perdón legalmente regulado, más o menos condicionado. Y el perdón, no hay que olvidarlo, puede ser objeto de transacción o imposición.³²

3) *Objeciones sistemáticas*

Otro es aquí el obstáculo a considerar. Tal como se plantea esta medida victimológica, no queda claro, a mi modo ver, un aspecto determinante de la propia *naturaleza ilícita del hecho* que genera la mediación, a saber, su previa tipificación como tal y, consecuentemente, la previsión legal de qué sucede si los sujetos enfrentados por dicho ilícito no llegan a un acuerdo.

En efecto, salir del Derecho penal para volver al Derecho civil³³ o a un Derecho intermedio de daños supone algo más que pretender generar la mediación desde una figura tal como el vigente artículo 1902 CC. La previsión legal de la culpa extracontractual es tan sumamente amplia, es decir, difusa, que hace *perder de vista el carácter preventivo general de la tipificación de las infracciones penales*. Pero, además, por otro lado, de no llegar a un acuerdo fruto de la mediación, tampoco queda claro si la solución coercitiva a la que una instancia independiente llegaría para componer los intereses en juego sería el juez penal o el juez civil,³⁴ en caso de ser un

32. Cfr. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 97 y ss., sobre lo acertado, en esta materia, de la supresión del perdón para determinados delitos operada por la LO 8/1983, de 25 de junio.

33. Posibilidad sobre la que advierte TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, p. 23, al hablar de los ordenamientos anglosajones.

34. Téngase en cuenta que los jueces tienen como competencia exclusiva (jurisdicción positiva) y excluyente (jurisdicción negativa) juzgar y hacer ejecutar lo juzgado: arts. 117.3 CE y 1 LOPJ. Únicamente por ley y en garantía de cualquier derecho se les puede otorgar más competencias (arts. 117.4 CE y 2 LOPJ); sobre este particular, cuya enjundia sobrepasa estas líneas, *vid.* DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, pp. 50 y ss., en contraposición a PEDRAZ PENALVA, «De la Jurisdicción como competencia a la Jurisdicción como órgano» (1976), en *Constitución, jurisdicción y proceso*, Valladolid, 1990, p. 58, que mantiene, al menos históricamente, un concepto muy restringido de jurisdicción, limitado exclusivamente a la potestad de juzgar en el aspecto contencioso. Sea como fuere, habría que pensar si la función que habría que atribuir al juez es la de mediación o, más propiamente, la de aprobación del

juez.³⁵ Si fuera el juez penal, forzosamente debería llegar a la imposición de una pena, lógicamente, tras un proceso penal; si dicha instancia independiente fuera el juez civil, se dictaría una sentencia reparatoria de índole estrictamente privado que condenaría al infractor al cumplimiento de una determinada prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Pero ambos planteamientos parten de un *prejuicio erróneo*, a saber: que, si existe una víctima es porque existe un daño, y que, si existe un daño, es porque existe un causante del mismo, causante que se determina casi de modo apodíptico. O lo que es lo mismo, *el proceso de mediación*, ya concluya civil o penalmente, si aquélla fue infructuosa, está encaminado a *imponer al causante reticente a pactar una sanción, civil o penal, y no a averiguar si el causante es responsable civil o penalmente de la producción del evento*. El proceso de reparación excluye el proceso de investigación, cosa que, además, puede ser contradictoria con intereses enfrentados de diferentes víctimas de un mismo hecho.

Una orientación sesgada pro víctima es claramente distorsionadora; tiende exclusivamente a la reparación, olvidando los derechos del presunto autor del daño. Este olvido supone pasar por alto que el sistema penal moderno, incluidos sus aspectos procesales y sustantivos, nació para garantizar que el castigo y eventual reparación del daño se establecieran una vez depurada, si hubiera lugar a ello, la responsabilidad del infractor de acuerdo a un proceso legal, el denominado por los anglosajones *due process of law*.³⁶

acuerdo. Por ello, la mediación del Ministerio Fiscal (ex arts. 124.1 CE y 1 EOMF), es más comprometiendo por partidos judiciales a funcionarios de dicha magistratura con carácter específico en la obtención de una conciliación a aprobar posteriormente por el juez, resultaría más adecuado. En efecto, el Ministerio fiscal está *ex constitutione* habilitado para «procurar ante los Tribunales la satisfacción del interés social». Este último inciso del art. 124.1 CE, reproducido en el art. 1 EOMF, se ha interpretado como una tautología (cfr., por todos, MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, p. 150): se reitera la protección del interés público. Ello sería cierto si se promoviera, como dicen los textos legales, la acción de la justicia en defensa, entre otros bienes, de ambos intereses. Sin embargo, *lex data* el interés social no se promueve mediante acciones, sino que se procura, lo que ciertamente no es lo mismo. Ello, en conexión con la dicción del art. 117.4 CE, que parece aludir a los procesos sin procedimiento (cfr. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, *cit. supra*, 1991, p. 54), pudiera interpretarse, lo tuviere en mente o no el constituyente, como un refuerzo en tales nuevas vicisitudes judiciales. De todas formas esa intervención debe ser creada por ley, siguiendo la previsión del art. 781 I LECr, tras la reforma operada por la LO 7/1988. Sea como fuere, *vid.* Circular FTS 1/1989 y su crítico comentario en TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, pp. 71 y ss.

Tampoco sería despreciable que tal mediación se llevara a cabo por las *Oficinas de Protección a las Víctimas*, tal como ocurre en otros países y en el nuestro de forma alegal y experimental, pero con no poco éxito.

35. El art. 16 LORCPJM —LO 4/1992—, establece la posibilidad de que el juez de menores suspenda el fallo si ha existido acuerdo extrajudicial entre el infractor y los perjudicados; el acuerdo no lo adopta ni lo favorece el Juez, sino que se ha conseguido extrajudicialmente. Críticamente, por lo restrictivo de la regulación, TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, p. 74.

36. Recuérdese que dicho principio nace en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica; así, la Quinta Enmienda (Bill of Rights) establece, para lo que aquí interesa, el proceso debido como medio de operar judicialmente contra un infractor criminal.

La víctima, como veremos más adelante, y algunas alternativas al sistema penal, tienen o pueden tener un asidero legal sumamente interesante en nuestro Derecho vigente, quizás como no ocurre en otros sistemas vecinos, sistemas que han generado las tendencias pro víctima tan acusadas y, lamentablemente es señalarlo, tan desfiguradores del sistema de garantías penales y procesales tan trabajosamente conseguido y aún no culminado.

Estos sistemas, basados en lo esencial, en el sistema acusatorio puro, desconocen la intervención no accesoria ni como mero coadyuvante del acusador privado, del actor civil y, *ennois a un*, del acusador particular. En efecto, si el fiscal, por las razones que fuere, decide en estos sistemas no acusar y negocia la pena (*plea bargaining system*), la víctima queda forzosamente al margen de la reparación. Este desamparo es motivador de quejas; sin embargo, lo que en nuestro sistema puede ser motivador de quejas no es la ausencia de posibilidades legales de intervención de la víctima, sino su no toma en consideración en muchos casos, en un claro ejemplo de actuación judicial y fiscal *contra legem*.

B) Concepto de víctima

No obstante, antes de proseguir queda por esclarecer un extremo que, desde luego, no parece obvio entre las corrientes victimológicas. Se trata, precisamente, del *concepto de víctima*.³⁷

37. Cfr. la detallada exposición que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 81 y ss., con abundante información sobre la evolución conceptual. Otros autores, como por ejemplo, WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 52 y ss. o LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 39 y ss., o más recientemente aún como ROMERO COLOMA, «La víctima en el sistema penal», en *Actualidad penal* (44), 1992, pp. 443 y ss., se limitan a ofrecer listados y clasificaciones de tipologías sin formular un concepto unitario de víctima; de estos listados cabe entender que manejan un concepto amplio, no ligado siempre al de sujeto pasivo del delito. Un ejemplo de ampliación sensible del concepto de víctima lo ofrece VIANO, «Victimology: a new focus of research and practice», en *Victim's rights and legal reforms: international perspectives*, Ofiati, 1991, p. 19, al considerar, por ejemplo, la Asociación Norteamericana de Madres contra los Conductores Ebrios (Mothers against Drunk Drivers —MADD—) como una organización específica de víctimas. El *Alternativ-Entwurf* en su § 2 (1). 2. parece limitar, en cambio, la reparación a terceros, sólo si a éstos, especialmente las aseguradoras, les han sido transferidos los derechos de reparación del ofendido; cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 46; en sentido similar, aduciendo razones en pro de una delimitación, DÜNKEL, «Fundamentos victimológicos generales de relación entre víctima y autor en Derecho penal», en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 165.

Por otro lado, los textos internacionales son parcos en definiciones. Sólo la Resolución 40/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (*vid. infra* n. 57) contiene una definición de víctima que resulta, por lo demás, desmesurada.

Por su parte, QUINTERO, «Dos problemas pendientes de la justicia penal», en *Estudios penales y criminológicos* (XVII), Santiago de Compostela, 1994, p. 433, considera que bienes como el medio ambiente tienen por titular a «todos», según el art. 45 CE. Así, para estos supuestos, cualquier persona podría considerarse víctima.

En Derecho penal, la víctima es el titular del bien jurídico-penalmente protegido que ha sido dañado o puesto en peligro, es decir, el sujeto pasivo; junto a la víctima se hallan los perjudicados, es decir, aquellos otros sujetos que se ven directamente afectados por el delito, pero que no son titulares del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.³⁸ El paradigma del parricidio es claro: el sujeto pasivo o víctima es, por ejemplo, el cónyuge al que se le ha quitado la vida, y los hijos, en cambio, resultan ser los perjudicados.

La distinción entre víctima y perjudicado tiene trascendencia dogmática, político-criminal y procesal. Así es: por un lado, la relación del bien jurídico penalmente protegido con la víctima permite establecer la gravedad del ilícito por parte del legislador; de esta suerte la esencialidad del bien y la consecuente intensidad de la punición de la conducta lesiva del mismo se determinarán a la vista de la relación entre bien y titular del mismo. De otro lado, procesalmente, y con independencia de la acción popular, la existencia de una víctima jurídicamente capaz de actuar impide el ejercicio de la acción penal y/o civil por parte de los perjudicados en sentido estricto. El caso del padre de familia que, por las razones que fuere, no desea perseguir judicialmente a quien le ha estafado, cierra el paso a sus hijos para ejercer cualquier acción penal o civil al respecto por considerar que tal ilícito ha menguado, no ya su patrimonio, sino el contenido de su derecho de futuro sobre el mismo.

Pero lingüísticamente y en el terreno puramente sociológico no es fácil poder hablar, como ya se ha mencionado, de delitos sin víctima.³⁹ Quizás por ello, el Derecho español ha reconocido secularmente el derecho a la acción

38. En sentido similar, al analizar la reforma de las faltas y la diferencia que cabe atribuir al *ofendido* en las que se dirigen contra la vida e integridad física y el *perjudicado* en las faltas contra la propiedad, *vid.* LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, p. 98. Cfr. igualmente, SILVA SÁNCHEZ, «Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho penal», en *Victimología* (n. 17), 1990, p. 77.

39. Oponiéndose a mi crítica a la reforma operada reciente por la LO 8/1992 de los arts. 344 bis e y 344 bis k CP (*vid. mi* «La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas», en *Actualidad Aranzadi* [96], 1993, p. 4), TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, p. 51. Mantengo mi crítica a la regulación en los términos expuestos; y, además, no creo que en materia de tráfico de drogas se trate de «una modificación legal intrascendente» el que se altere el orden de prelación establecido en el art. 111 CP para imputar al culpable el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias derivadas del delito, cuando sus bienes no den alcance para cubrir todas. El postergar las costas devengadas por el acusador privado y por el particular a que se satisfaga una multa millonaria es un auténtico despropósito. Y lo es porque las víctimas no dogmáticas del delito —no haya sujeto pasivo en la mayoría de los delitos relativos al tráfico de drogas— recurren en España, cada vez más, a ejercer la acción popular. Remitir a estas personas a unas inexistentes con seguridad *calendas grecas* para resarcirles de los gastos que su representación letrada ha generado parece, desde luego, poco compatible con una protección a las víctimas reales del narcotráfico. Por ello es acertada la crítica que hace GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, p. 85, al frívolo manejo de expresiones tales como «crímenes sin víctima».

popular, derecho que tras la jurisprudencia constitucional⁴⁰ se ha convertido en un derecho a la acción penal incondicionado,⁴¹ sin necesidad de esgrimir derecho ni interés directo o legítimo alguno. El mero hecho, entre nosotros, de convivir en sociedad, legitima el ejercicio de la acción penal. Esta convivencia hace que, al menos en un plano ideal, transcienda a cualquiera un ilícito criminal.⁴² Sin necesidad de llegar a ello, que representaría el *maximum* de victimización, se echa en falta en la doctrina, como se ha puesto de relieve, la *precisión* de un *concepto de víctima*. Esta ausencia dificulta enormemente la implementación dogmática y legal de la cuestión. La prueba estriba en que, por lo que respecta al Derecho continental europeo, las relaciones en esta materia manejan un concepto estricto de víctima, llegando, todo lo más, al perjudicado.⁴³

Esta indefinición es peligrosa, pues impide precisar el alcance y destinatarios de la mediación. En los mal llamados delitos sin víctima, es decir, en aquellos delitos que se consideran de titular difuso, como pueden ser los delitos relativos al tráfico de drogas o contra el medio ambiente, no resulta aceptable que se hable de delito sin víctima. Ciertamente, por ejemplo, la familia del drogadicto, aparte de él mismo, son víctimas sociales del tráfico ilícito de estupefacientes; ciertamente, los vecinos de una central térmica cuyas emisiones desforestan el entorno son víctimas sociales de las emisiones antiecológicas.⁴⁴

Ahora bien, es obvio, el abandonar el ámbito técnico-jurídico al hablar de víctimas y dilatarlo para incluir en tal concepto a cualquiera que se sienta perjudicado, incluso sin gozar no ya de un interés directo, sino de un interés legítimo, puede llevar a *consecuencias desorbitadas*.

40. *Vid.*, entre otras, la temprana STC 62/1983. De todos modos, lo que no tendría sentido sería efectuar un proceso de mediación con el acusador privado. La acción popular está pensada para poner en marcha los mecanismos del *ius puniendi*, coadyuvando o sustituyendo a su puesta en marcha por los órganos primarios constitucional o legalmente habilitados al efecto. Por lo tanto, la acción popular no es una plataforma de negociación con el victimario.

41. Criticamente, por entender que, en no pocas ocasiones, se abusa de la acción popular, *vid. QUINTERO, Dos problemas* (n. 37), 1994, pp. 434 y ss.

42. Considera que esta coincidencia entre acusación particular y privada restringe el protagonismo debido a la víctima, PERIS RIERA, «Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España», en *Victim's Rights* (n. 37), p. 235.

43. Cfr. para Alemania, Austria y Suiza SEISER, «Die Rolle des Opfers in den Strafrechtssystemen der Bundesrepublik Deutschland, Österreichs und der Schweiz», en *Opferrechte im Strafprozeß. Ein europäischer Vergleich* (H.H. KÜHNE ed.), Kehl-Estrasburgo-Arlington, 1988, pp. 20 y ss., 28 y ss. y 33 y ss., respectivamente; para Francia, cfr. HARD, «Die Rolle des Opfers im französischen Strafverfahren», en *op. cit.*, pp. 64 y ss.; para Italia, cfr. AMMER, «Die Berücksichtigung von Opferrechten in der italienischen Strafprozeßordnung», en *op. cit.*, pp. 81 y ss. De nuevo sobre Alemania, cfr. TAMARIT, *La reparació* (n. 14), 1993, pp. 28 y ss.; sobre el mundo anglosajón, *vid.*, el mismo, *op. cit.*, pp. 19 y ss. Sobre la situación en esos y en otros países, cfr. los trabajos de OLORUNTIMEHIN, PAXMAN, VAN DUUREN, EPPENSTEIN y SAPONARO en *Victim's Rights* (n. 37), pp. 193 y ss., 201 y ss., 213 y ss., 247 y ss. y 257 y ss., respectivamente.

44. LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, p. 235, se pregunta si un afectado por Chernobil se consideraría una víctima de Chernobil —s.a.—.

En efecto, pensemos, por ejemplo, en que la industria emisora de contaminantes llega a un acuerdo con los habitantes de las zonas afectadas para mejorarles una carretera o reparar la escuela o el parque locales. Ello no supone el cese de las emisiones ilícitas, sino, todo lo más, por así decirlo, el abono de un canon, que puede satisfacer a los más próximos, pero no a los titulares del medio ambiente que son los miembros de la comunidad en general y no sólo los habitantes de la zona en cuestión. Piénsese, siguiendo este orden de razonamientos que, como parece ser ha ocurrido en algún país latinoamericano, los grandes grupos de narcotraficantes hayan invertido, cuando no literalmente regalado, grandes cantidades de dinero entre las capas más desfavorecidas socialmente. Ello, como es obvio, no quita para que el tráfico ilícito de estupefacientes siga siendo una lacra y siga devastando amplios sectores sociales.

Así las cosas, el término *víctima* ha de ser perfilado seriamente por quienes proponen la mediación o la reparación como alternativas a la entrada en juego del Derecho penal como cuestión previa a qué es la mediación, sobre qué hechos se media, entre quiénes se media y con qué resultados se da por concluida satisfactoriamente una mediación.

C) Las garantías constitucionales y procesales

No cabe duda, para finalizar este apartado, que, con independencia de las previsiones legales en vigor,⁴⁵ la víctima es, en una extensa gama de supuestos situacionales, la gran olvidada en la práctica penal cotidiana,⁴⁶ afirmación que se ha convertido ya en tópica. Dejando de lado algunos delitos, en los que la provocación del sujeto pasivo o su predisposición le llevan a la situación de víctima, los llamados *delitos de intervención*,⁴⁷ situación de la víctima que habrá de ser tenida en cuenta a la hora de la medición de la pena,⁴⁸ lo cierto es

45. Cfr. BUENO ARÚS, «La atención a la víctima del delito», en *Actualidad penal* (27), 1990, pp. 297 y ss.; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y ss.; TAMARIT, *La reparació* (n. 14), 1993. *Vid.*, además, la ponencia de DE VICENTE REMESAL, «La consideració de la víctima a través de la regulació del dany en el dret penal espanyol: possibilitats actuals i perspectives de futur» en esta misma obra.

46. *Vid.*, por todos, HASSEMER, *Fundamentos de Derecho penal* (trad. F. Muñoz/L. Arroyo), 1984, p. 89.

47. *Vid.* HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1981, pp. 54-55; LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 59 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Introducción a la Victimodogmática», en *IV Semana de Derecho penal de Las Palmas*, en *Foro Canario*, en prensa.

48. *Vid.* SCHÜNEMANN, «Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», II, en *NSZ*, 1986 p. 442 —a quien sigue SILVA SÁNCHEZ, *Introducción* (n. 47), 1944, p. 19—, quien se formula la siguiente pregunta: ¿Acaso puede el Derecho penal sancionar cuando la conducta del autor, en sí misma considerada, no encierra un peligro susceptible de lesionar bienes jurídicos, sino que sólo adquiere dicho carácter peligroso como consecuencia de determinados comportamientos de la víctima? La respuesta, a mi entender, y siguiendo a ambos autores, ha de ser naturalmente negativa.

que la víctima no es percibida como tal, es decir, como persona dañada por ser la más débil en la relación victimario-victima, y no se le presta en la mayoría de supuestos la atención necesaria para salir del trance en que se encuentra. Esto ya es *communis opinio*.⁴⁹

Para empezar, las *fuerzas policiales*, con poca formación victimológica general, en consonancia, pese a todo, cada vez menos, con el resto de su formación, por otra parte, y pese a algunos esfuerzos recientes, no saben qué hacer con la víctima, más allá de llevarla, si está lesionada, a un centro asistencial u hospitalario. La información sobre el estado de las investigaciones policiales y/o judiciales, así como el número que recibe su expediente y el órgano que va a dirigir las investigaciones es algo que, incluso para la propia Policía, es sumamente difícil de saber, debido al sistema de asignaciones vigentes, sistema que *no se caracteriza por su previsibilidad ni transparencia*.⁵⁰ Y ello con independencia de qué un cierto *secreto y mutismo*, sin base legal alguna, envuelve la actuación policial, llevándola casi al terreno del arcano. Esta consideración, socialmente muy arraigada, favorece prácticas policiales opacas, pretendidamente ancladas en un inexistente espacio libre de Derecho y, por tanto, *ajenas a todo control*, provenga éste de la víctima, del juez, del Ministerio fiscal, de la opinión pública o, incluso, del propio presunto autor.

Es un tópico señalar que, de proseguir las investigaciones, a la víctima o a los perjudicados se les volverá a tomar declaración en un ambiente, por lo general, inhóspito y, en ocasiones, previa larga espera, no infrecuentemente compartiendo banco, con el victimario y/o sus allegados y, si procede, en presencia de la representación letrada de éstos. Esta situación se agrava, con interrogatorios, idas y venidas a los juzgados, cuando, por las razones que fuere, la víctima nada más quiere saber del tema, como no sea mantenerse cuanto más lejos mejor del hecho de infiusta memoria. Y ello sin tener en cuenta los gastos de personación, los de reparación o reposición que debe abonar desde el momento siguiente al de deterioro o pérdida del bien y una crónica falta de información fiable.⁵¹

49. Cfr., a título de ejemplo para lo que sigue, GARCÍA-PABLOS, *Criminología* (n. 1), 1988, pp. 98 y ss., 102 y ss.; WALKLATE, *Victimology* (n. 3), 1989, pp. 108 y ss.; PETERS, «La Policía y las víctimas del delito», en *Victimología* (n. 17), 1990, pp. 27 y ss.; *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 16 y ss.

50. Este aspecto, además, guarda estrecha relación con un derecho fundamental del justiciable, sea víctima o victimario: el del juez predeterminado por la Ley. Este derecho, hoy por hoy en España, apenas alcanza un cumplimiento insatisfactorio ante la pasividad de los propios órganos judiciales.

51. El propio horario de atención al público de los juzgados, el empecinamiento de algunos funcionarios judiciales en sólo dar la información a través de la representación y el mero hecho de localizar el expediente son algunos de los modos habituales de consideración de la víctima en la práctica forense española.

Ahora bien: una cosa son estas disfunciones u otras parejas, no sólo imputables al sistema judicial español, y otra muy distinta alterar el sistema de garantías,⁵² incluso las de la propia víctima, por mor de una pretendida mayor eficacia, menor coste social y mayor nivel de reparación o satisfacción de los que han sufrido la lesión que el delito representa.

Por lo tanto, al mismo tiempo que se estudia seriamente la descriminalización de no pocas conductas o se somete a la condición de perseguibilidad de denuncia o querella, algo de lo que los diferentes proyectos y anteproyectos⁵³ del Código que no cesan parecer distar bastante, ha de procederse vigorosamente a instaurar un sistema de reparación, auxilio e información de las víctimas.

Así las cosas habrá que partir de un techo obligado en la legislación jurídico-penal española: la víctima no está precisamente postergada en nuestros textos legales, ni sustantivos ni rituales.⁵⁴ Es más, algunas propuestas efectuadas en el Derecho y prácticas comparados responden a la carencia en sus

52. *Vid.* la propuesta que efectúa TAMARIT, *La reparació* (n. 15), 1993, pp. 157 y ss. de *fórmulas de favorecimiento de la reparación en el seno de un modelo garantista* —s.a.—.

53. En una línea claramente antivictima, el art. 122 II del Anteproyecto de 1922, al regular la responsabilidad civil subsidiaria de las administraciones públicas y demás entes públicos (por ejemplo, RTVE, el INSALUD, RENFE, CNMV, ICAC... que pueden estar sometidos incluso a Derecho privado, pese a seguir siendo entes públicos), ordena a los tribunales que se abstengan de pronunciarse al respecto; quien desee ser resarcido ante la insolvencia del funcionario debe acudir a un nuevo pleito, en esta ocasión una reclamación administrativa y, casi seguro que, con posterioridad, contencioso-administrativa; a este respecto *vid.* mi crítica, «Los delitos contra la vida humana y contra la integridad física y mental en el Proyecto de Código penal», en *III Semana de Derecho penal de Las Palmas*, en *Foro Canario* (89), 1994, p. 86.

A este Proyecto se presentaron 1.368 enmiendas y no todos los grupos enmendaron el privilegio de los entes públicos y el peregrinaje de las víctimas. S. e. u o. enmendaron UV (enmienda n.º 53), PNV (155), EEE (284, 527), CDS (569), IU-IC (700) y PP (971 Y 972). El PSOE propuso, mediante una enmienda técnica, concordar el art. 122 con la L 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. CiU no enmendó.

El Anteproyecto de mayo de 1994 en su nuevo art. 119 elimina el párrafo segundo citado e introduce uno nuevo, en consonancia con la L 30/1992. Esta Ley en su art. 146.2 establece una clara traba al ejercicio simultáneo de la acción penal y civil; en el mismo sentido en nuevo párrafo segundo del art. 119 del Anteproyecto. La antigua legislación administrativa reducía algo más que la presente, pero con idéntico abuso de poder, la acción patrimonial contra la Administración —sujeto que se amplía al ente público— derivada de delito, privilegio que el Consejo de Estado había, en la práctica, acertadamente hecho añicos; cfr. CARRO Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Sobre responsabilidad administrativa y coacción directa», en *RAP* (100-102), 1982, pp. 1.192 y ss. Por supuesto, queda olvidada una posible interpretación del art. 106.2 CE que entienda la responsabilidad patrimonial de la Administración —Administración en sentido estricto—, en todo caso, como directa; cfr. QUERALT, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, Barcelona, 1986, pp. 449 y ss.; QUERALT JIMÉNEZ/JIMÉNEZ QUINTANA, *Manual de Policía Judicial*, Madrid, ²1989, pp. 183 y ss.

En cambio, el Proyecto de 1994 en su art. 119 II contiene una previsión mucho más ajustada a la defensa de la víctima: la única obligación que *impone* al interesado es la de ejercer junto a la acción penal la civil con la Administración por responsabilidad subsidiaria. Si bien es discutible tal imposición, no obliga a reiniciar un procedimiento administrativo. Se mantiene, empero, la inclusión, junto a las Administraciones, de los «entes» públicos.

54. De otra opinión, PERIS RIERA, «Situación jurídico-procesal y económica de la víctima en España», en *Victim's Rights* (n. 37), *passim*.

ordenamientos jurídico-penales de referencia de un *status victimológico*. Si no se atiende la realidad normativa española, se corre el riesgo de que, junto a la entrada y aplicación de los nuevos planteamientos ideológicos en materia de Victimología, hasta allá donde sea constitucionalmente posible, se produzca una redundancia o solapamiento normativo que, en definitiva, se volverá contra quien se quiere proteger: la víctima.

Estos límites constitucionales y legales, no sólo no han de respetarse, dado que proceso penal, hay que reiterarlo, está concebido para averiguar la existencia de un hecho, cuya perpetración comporte un castigo y la imposición y ejecución del castigo mismo, sino que algunas de dichas garantías constitucionales y legales dan pie para cuestionar precisamente la permanencia de dichas garantías si se admite sin las debidas reservas las alternativas que la reparación, y, en su caso, la mediación implican.⁵⁵ Así, pueden objetarse, singularmente a la voluntariedad que se predica del imputado a la hora de acogerse a esta modalidad de alternativa la pena, desde las siguientes perspectivas:

1) *Presunción de inocencia*⁵⁶

El sujeto activo se ve compelido a aceptar la reparación, lo que supone declarar, de hecho, obligatoriamente contra sí mismo. Esta reparación, además, no es consecuencia de un proceso, sino un modo anómalo de evitarlo. No pocos presuntos infractores, ante las dificultades procesales, materiales y económicas de hacer frente a un proceso, se decantarán por este mal menor. La actual proclividad de los abogados de oficio, o de confianza, a llegar a acuerdos, que animan a sus (forzados) clientes a pactar con el Ministerio fiscal la pena, da una idea de por dónde pueden ir los tiros.

55. HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, p. 256, afirma: «El proceso penal no se basa en la armonía y en la comunicación sino en el conflicto y el debate: la persona a la que se imputa un delito no puede ser obligada a «comprender» sino que tiene que tener la oportunidad —incluso frente a la víctima— de rechazar esa «comunicación» y oponerse a la imputación.» Y, a renglón seguido, añade: «Tampoco la víctima debe ser llevada —ni siquiera con tácticas específicas— a situaciones discursivas que ni pueda ni quiera aguantar.» Y finaliza, señalando: *La presunción de inocencia no puede sacrificarse por intereses terapéuticos*, ni siquiera en los delitos bagatela (...). El que dirige el proceso tiene que proteger los derechos de las partes, procurar el equilibrio de posiciones asimétricas, cuidarse de no colocar ninguna de las partes a un nivel de «presión comparativa» —s.a.—.

56. LANDROVE, *Victimología* (n. 1), p. 103, afirma que la presunción de inocencia rige en principio. No se ve el porqué de esta limitación en atención a la víctima, pues se trata de un derecho fundamental incondicionado.

2) *Principio de igualdad*

No todos los sujetos podrán ser tratados idénticamente, a la vista de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima. Ello tiene como consecuencia que, ante hechos análogos, unos sujetos puedan eludir la pena de prisión y otros no. Así, por ejemplo, el delincuente habitual contra la pequeña propiedad podrá verse abocado a presidio, mientras que el ejecutivo depredador podrá evitar tal lamentable evento. Además, ante tales objetivos desiguales los operadores emplearán muy distintos esfuerzos en uno y otro tipo de casos, perpetuando la frase de Baroja: «La Justicia es como los perros: sólo ladra al mal vertido».

3) *Principio de oportunidad*

Desde otra perspectiva, y enlazando con lo anterior, los jueces y el Ministerio fiscal podrán ver la posibilidad de dar carta de naturaleza al, por algunos considerado tan encomiable, principio de oportunidad, sin mayores trabas. Se diluye así el principio de legalidad y de oficiosidad, no en función de causas tasadas, sino en función de paradigmas fácticos desconocibles *a priori*. Con ello se aumenta el riesgo de caer en la *arbitrariedad* en la selección de los casos relevantes por el sistema penal, creando dos circuitos penales diversos de modo *quasi* formal.

Además, existe el peligro de que la posibilidad de reparación motive más a los operadores judiciales en aquellos tipos de delitos más estandarizados, relegando, incluso en perjuicio de la víctima, aquellos menores, pero cuya reparación sea más que problemática.

4) *Principio jurisdiccional*

De acuerdo con el artículo 117.3 CE los jueces ejercen de forma exclusiva y excluyente la función jurisdiccional que consiste en juzgar y hacer ejecutivo lo juzgado.

En el caso de la reparación o mediación que tiene lugar ante el Juez de Instrucción o ante el Ministerio fiscal en igual fase, y, en todo caso, antes del juicio oral, resulta que el juez deberá estampar su firma rubricando el acuerdo entre víctima y victimario, sea éste el que sea, sin juicio alguno, es decir, al margen del cauce constitucional y legalmente previsto: el proceso penal.

Las dudas que ha suscitado el llamado acuerdo del procedimiento abreviado y que alguna sentencia del Tribunal Supremo no ha aceptado por no haberse ejercido la potestad jurisdiccional,⁵⁷ se revela aquí con mucho mayor vigor. En efecto, la instrucción sólo puede acabar con archivo, por causas legales, o con apertura del juicio oral.

La reparación o mediación supone la finalización de un pleito penal, en el que se reconoce la existencia del delito, en el que el Ministerio fiscal deja de ejercer la acción —pues hay que suponerlo implicado en la negociación— y el juez —pese a lo fehaciente del hecho, reconocido por víctima y victimario— certifica tal existencia y, previo acuerdo, archiva.

Este modo de proceder me parece incompatible con el diseño constitucional tanto de la función jurisdiccional como con el de la función del Ministerio Fiscal.

D) Admisibilidad

Por tanto, y para concluir, la mediación y reparación, en principio han de ser aceptadas como reorientación, no tanto de los fines de la pena, sino como alternativas cabales a las mismas.

Hasta dónde se puede llegar, es decir, qué hechos pueden solventarse a priori mediante mediación y/o reparación y puedan ser extraídos ya del CP y hasta dónde puede ser sustituida la pena, y no sólo la pena privativa de libertad, es algo que requiere una ulterior, profunda y extensa discusión.

Ahora bien, lo que parece fuera de toda duda es que, efectuada legalmente la descriminalización que se quiera, la reparación o mediación sólo puede ser constitucionalmente efectiva, además, en su caso, de deseable, si tiene lugar en el seno de un procedimiento regular, finalizado por sentencia en la que se recogen los modos, formas y maneras de tal sustitutivo penal.

III. LÍNEAS DE IMPLEMENTACIÓN DE LA REPARACIÓN A LA VÍCTIMA

A) Replanteamiento

Visto lo expuesto, y en mayor conexión con nuestro vigente ordenamiento, el sistema de reparación parece admisible. Ello no impide que algunas de

57. *Vid. supra* n. 22.

las objeciones vertidas, más bien *reservas* a la hora de su implantación *de lege data*, hayan de caer en saco roto.

Partiendo de la admisión, siquiera condicional de la reparación, son *varios los objetivos* que, de modo prácticamente inmediato, bajo mi punto de vista, habrían de ser acometidos. El primero, *sin necesidad de reforma legal* alguna, consistiría en instar a los instructores que *abandonaran la tramitación rutinariamente las piezas separadas de responsabilidad civil*. Este objetivo es básico y prioritario para acometer cualquier modificación de hábitos o de normas. Así es: cuando un imputado traspasa el umbral del palacio de Justicia, por no se sabe qué extraña razón se convierte en pobre de solemnidad, pese a haber llegado, como ha ocurrido en más de una ocasión, a las dependencias judiciales en un coche de quitar el hipo.

En segundo lugar, procede ampliar urgentemente las medidas de reparación patrimonial con cargo a un *fondo estatal* que vaya más allá de los delitos de terrorismo y de las indemnizaciones a ciertos transportistas cuando ven quebrantado su negocio en el extranjero.⁵⁸

Así es: pese a recomendaciones de organismos internacionales⁵⁹ en este sentido y de legislación comparada⁶⁰ que se ha adelantado a las mismas o ya las ha implementado, la práctica legal española camina aún lejos del horizonte deseable. Recientemente, con ocasión de la enésima reforma de los delitos relativos al tráfico de drogas —LO 8/1992—, y dejando aparte algunas perlas legislativas que dicha reforma contiene,⁶¹ lo cierto es que para estos delitos y los conexos, como son el blanqueo de dinero, se ha alterado la prelación en la

58. Cfr. de *lege data*, TAMARIT, *La reparació* (n. 14), 1993, pp. 76 y ss.; de *lege ferenda*, BENITO ALONSO, «Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España», en *La Ley* (3), 1988, pp. 885 y ss. Con especial referencia a la reparación debida a delitos terroristas, *vid.* LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 107 y ss.

59. *Vid.* NACIONES UNIDAS, *Declaración de principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abusos de poderes* (Resolución de la Asamblea General 40/34, de 29 de noviembre de 1985); CONSEJO DE EUROPA, *Convención europea sobre la reparación a las víctimas de delitos violentos*, de 24 de junio de 1983; CONSEJO DE EUROPA (COMITÉ DE MINISTROS), *Recomendación sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal* [R (85) 11, de 28 de junio de 1985]. Estas resoluciones pueden verse, la primera y la última, en LANDROVE, *Victimología* (n. 1), 1990, pp. 64 y ss., 57 y ss., 45 y ss., respectivamente. Cfr., además, sobre estas resoluciones, que son glosadas, y otras declaraciones y recomendaciones de asociaciones científicas o gremios técnicos de organismos internacionales, especialmente el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente —Milán, 1985— y la Declaración sobre Justicia y Asistencia para las víctimas, emitida por la Sociedad Internacional de Victimología —21 de mayo de 1985—, BERISTAIN, *Derechos humanos de las víctimas* (n. 23), 1986, pp. 731 y ss. De interés resulta la sistematización que efectúa sobre la Resolución del Consejo de Europa y de la Asamblea General de las Naciones Unidas, GUTIÉRREZ-ALVÍZ, «Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima», en *PJ* (18), 1990, pp. 82 y ss.

60. *Vid. supra* n. 43 y, además, BUENO ARÚS, *La atención* (n. 45), 1990, pp. 309 y ss.

61. Cfr. mi *La reforma penal y procesal* (n. 15), 1993, pp. 2 y ss. con relación, por ejemplo, al silencio de la Ley para establecer de dónde procede la droga en las entregas vigiladas, tal como regula el nuevo art. 263 bis LECr.

responsabilidad patrimonial del sujeto, pasando a ser el Estado el adjudicatario *ex lege* de todos bienes incautados, previo paso por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ciertamente es innegable que el tráfico ilícito de drogas produce una palpable devastación social en campos que van más allá de la salud pública. De ahí, además de otras consideraciones y la censura que merecen, las equivocadas penas draconianas previstas sin alternativa alguna sería de carácter terapéutico, preventivo o reparador. Por ello, no hubiera estado de más que, en lugar de esa alteración legal del sistema de prelación de los abonos patrimoniales de los declarados culpables, se hubiera destinado lo incautado, en vez de a la Policía (art. 344 bis e CP), a la *creación de un fondo nacional* de ayuda a toxicómanos y a sus familias.

En esta línea argumentativa no menor interés tendría el destinar esfuerzos a las medidas de *defensa pasiva* de las víctimas. Una adecuada información en materia de seguros y la correspondiente bonificación fiscal, basada en el menor costo policial y judicial, puede resultar del mayor interés tanto particular como socialmente.

B) La reparación en sí misma

1) Cuestión previa: la prevención general

El mejor sistema de reparación, el mejor por estar conectado con la prevención general, sería el proveniente del propio infractor. Esta reparación primigenia habría de ser abordada, en efecto, desde esta perspectiva general preventiva. Por un lado, la relativa a la modalidad de la reparación y, por otro, relativa al procedimiento dentro del cual ha de tener lugar la misma.

La reparación, normalmente, se considera que ha de ser o en especie, es decir, restituyendo, o reponiendo a la víctima por la pérdida o menoscabo del bien jurídico penal lesionado. En este aspecto el artículo 101 CP, comprendiendo la restitución, la reparación *stricto sensu* y la indemnización, es inusitadamente generoso; otra cosa bien distinta es la referente, como es bien sabido, al alcance judicial de dichas previsiones: la restricción judicial, sin base legal, es sorprendente.

En primer término, topamos aquí, amén de con la referida, en ocasiones, cicatería judicial, con el obstáculo de la capacidad económica del sujeto, tema ya suficientemente debatido a la hora de analizar la responsabilidad civil y, por lo tanto, pocas novedades cabe añadir. Únicamente añadir que tal *imposibilidad* debe ser *real*, es decir, acreditada tras las investigaciones de rigor, con

independencia de la dificultad de tal empeño. Por ello, se ha considerado oportuno el poder sustituir la prestación de contenido económico por otra de carácter personal. Aquí se ha considerado desde el trabajo para la víctima hasta el pedirles disculpas.⁶² O lo que es lo mismo: una reparación de carácter simbólico también valdría.⁶³

Sin embargo, de no articularse un sistema lo menos moralizante posible, lo cual, como ya se ha señalado, parece difícil, podemos caer en un Derecho penal de cuño privativista y claramente prerrevolucionario. Estas prestaciones personales podrían recordar el *nexum* romano y, al mismo tiempo, la terapia pseudopsiquiátrica. En efecto, estas alternativas tienen, con independencia de una más que cuestionable sujeción personal entre imputados y acusadores, una clara vertiente *paternalista*. Se sitúa el delito, no dentro de los riesgos sociales para los cuales hay que estar preparado por el hecho de vivir en sociedad, tanto técnica como moralmente, sino que el delito se ve casi como un suceso proveniente del arcano que se ceba en un inocente absolutamente al margen de la realidad.

Ya no se trata de determinar si y en qué medida la víctima ha contribuido o, incluso, ha provocado el delito. Este carácter mítico del delito, claramente premoderno, supone una involución al pasar por alto el carácter netamente social del delito, y contemplarlo, de esta suerte, desde una perspectiva exclusivamente desde la víctima, casi como un evento totalmente inmerecido, cuya causación merece una explicación. De ahí la insistencia en el encuentro entre víctima y victimario como panacea.

Ahora bien, este planteamiento, que ha de ser rechazado, cabe sustituirlo por otro más realista. Es decir, qué pasa si el victimario, lo cual es frecuente, carece de capacidad material para reparar el daño o disponiendo de ella no lo desea o la víctima no quiere ver más reparación que el cumplimiento de las previsiones legales,⁶⁴ es decir, la realización de un proceso y su conclusión en una sentencia condenatoria, se haya ejercido o no la acción civil.

Lo que tendría que suceder nunca podrá ser regresivo respecto a la situación legal actual. En el planteamiento legal vigente se requiere una satisfacción, en la medida de lo posible, de las responsabilidades civiles, llegándose a condicionar ciertos beneficios a, como mínimo, el inicio de tal camino; tal es el caso de la rehabilitación (art. 118.2.º CP). Si este es el límite, está claro que el legislador habrá de dar un paso más y ampliar los esmirriados fondos de

62. Así, *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 41 y ss.

63. Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, p. 33.

64. Vid. las reticencias críticas que formulan HASSEMER, *Consideraciones* (n. 1), 1990, pp. 257 y ss., o LARRAURI, *La herencia* (n. 3), 1991, pp. 233 y ss., en el sentido de no dar por buena la afirmación general de que lo que siempre deseé la víctima sea una reparación; ni tan siquiera resulta siempre probable que la víctima desee volverse a echarse a la cara a su victimario.

indemnización a las víctimas, incluso en sentido amplio, e implementar una política de defensa pasiva de relieve.

Así las cosas, tal como propone el *Alternativ-Entwurf*,⁶⁵ una reparación seriamente diseñada debería ser el sustituto alternativo de la pena o, de imponerse, a su ejecución o minoración. El Estado, es decir, la comunidad política, puede, en ciertas circunstancias, siempre legalmente reguladas, considerar que la prevención general se mantiene pese a la no verificación en la realidad de la pena, en cualquiera de las fases procesales de imposición y/o ejecución, o cuando tales se condicionan en su virtualidad, en todo o en parte, a que el victimario se someta a la realización de alguna modalidad de reparación. Incluso, puede plantearse, con serias reservas en mi opinión, el archivo del caso si la reparación tiene lugar.⁶⁶

En el fondo, cada vez que se buscan y diseñan alternativas no penales a la pena, aun dentro del sistema penal, tal búsqueda tiene un objetivo claro: la prevención especial. Si ésta se realiza o puede realizarse razonable para determinado grupo de casos, lo que supone, más que la resocialización,⁶⁷ el mantener al delincuente al margen del delito, se trata de un objetivo más que atendible. Pero ello nos lleva a la clásica polémica de las *antinomias de los fines de la pena*, que aquí, al enfrentar pena con reparación, no hacen sino volverse a plantear, incluso con más crudeza.

Y ello es así porque, además de la prevención especial, representa un papel primordial en esta nueva constelación la satisfacción de la propia víctima, debido al protagonismo que se le hace cobrar. Con lo cual pudiera suceder que la prevención general no sólo cediera ante la prevención especial, sino ante la obtención de un fin particular: el de la satisfacción de la víctima. Sea como fuere, en mi opinión, *la prevención general es el límite infranqueable*⁶⁸ de cualquier medida estrictamente penal o de sus sustitutivos de la índole que se anteje. No es, desde luego, fácil ni seguramente hacible, el decir a priori cuándo se producirá la incompatibilidad entre los fines de la pena.⁶⁹ Ahora bien, en aras de la realización de la prevención especial, ésta puede sostenerse, aquí mediante la restitución, incluso contra la prevención general en el caso de que la contradicción sea insalvable *únicamente respecto de una sola*

65. *Vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y ss. (§§ 4 y 5 AE-WGM).

66. *Cfr. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 61 y ss. (§§ 11 y ss. AE-WGM).

67. No hace falta insistir en la crítica a una resocialización forzada, impositora de, no sólo valores específicos y dominantes para quien los impone, sino que obliga a su aceptación plena por parte del resocializado; cfr. el ya clásico trabajo a este respecto de MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», en *La Reforma* (n. 9), 1980, *passim*.

68. *Vid.*, por todos, LUZÓN PENA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 61 y ss.

69. *Vid.*, el mismo, *op. cit.*, pp. 63-64.

*persona delincuente.*⁷⁰ Aunque de nuevo habría que ver si ello no redundaría en detrimento de la prevención general.

2) *Modo de practicar la reparación*

Sin embargo, con todo, lo dicho no constituye el núcleo central de la cuestión. Lo decisivo aquí, a mi modo de ver, es *cómo* se lleva a cabo esta reparación o inicio de reparación.

Dejando de lado la no en absoluto irrelevante cuestión procesal y constitucional, lo que aquí se debe analizar es *en qué modo* ha de incardinarse legalmente la reparación como la alternativa al proceso criminal que concluye con la imposición y ejecución de una pena, y no sólo a ésta, dado que la reparación es más que una alternativa la pena. Es, antes que nada, una *alternativa* a la puesta en marcha en el caso concreto de una parte sustancial del sistema penal: al *proceso* en su triple vertiente de investigación, de declaración y de ejecución.⁷¹ Singularmente, la reparación se diferencia de otras alternativas en que trata de fomentar la finalización anticipada del procedimiento penal. Sólo excepcionalmente tiene relevancia como alternativa a una pena a imponer, como presupuesto de la renuncia a pena,⁷² o a su ejecución, una vez impuesta.⁷³

Entendidas así las cosas, cabe tomar como punto de partida, con las necesarias modificaciones legales, el artículo 9.9 CP, el arrepentimiento espontáneo. Esta previsión normativa hace referencia a que la conducta del presunto infractor —de culpable, con poca fortuna, se habla— tenga lugar antes de que el sujeto tome conocimiento de la apertura del procedimiento. Por otro lado, bajo ciertas condiciones, puede incluso aplicarse como atenuante analógica, y ambas, además, como muy cualificadas, si ello es posible. No cabe duda de que en la letra de la Ley cabe la reparación, pues, entre otras cosas, hace mención literal a la misma. Ahora *faltaría el marco legal*, dentro del proceso penal para poder llevar a cabo las medidas alternativas que la reparación incorpora.

Ahora bien, *¿qué sucedería si el sujeto no se arrepiente*, dicho sea en el moralista lenguaje de la ley? ¿Puede ofrecérsele esta oportunidad a lo largo del proceso? La previsión *ex lege data* hace referencia a que la reparación ha de tener lugar antes de que llegue a conocimiento del infractor la apertura del procedimiento judicial. Para el *Alternativ-Entwurf* el cumplimiento de la reparación

70. *Vid. el mismo, op. cit.*, p. 64 —s.o.—.

71. En efecto, su finalidad positiva es el restablecimiento de la paz social; cfr. § 1. 2 AE-WGM en *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 10 y ss., 22 y ss., 41.

72. *Vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 50 y ss. (§ 4 AE-WGM).

73. Cfr. *Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 59 y ss. (§§ 7 y 8 AE-WGM).

ción, salvo excepciones no imputables al reparante, tiene en la apertura del juicio oral representa el límite infranqueable.⁷⁴ Pero si observamos el § 6 AE-WGM, dicho límite temporal está establecido para la realización de la reparación y no para suscribirla. Sí está, en cambio, de acuerdo a su § 10, previsto en la modificación de la legislación procedural que los autores del *Alternativ-Entwurf* proponen el momento en que ha de hacerse patente el imputado⁷⁵ la posibilidad de la reparación; este momento tiene lugar durante el primer interrogatorio judicial del aquél. De este modo se le permite decidir lo que entienda más conveniente para su defensa.⁷⁶

Nada se dice respecto de la aceptación, pero ésta debería ser *quasi* inmediata; o, todo lo más, tras la primera entrevista reservada con su defensor, una vez finalice ese primer interrogatorio judicial. A la vista de las modalidades procesales alemanas, se contempla por el *Alternativ-Entwurf*, además, que se informe al imputado y a la víctima de la posibilidad de mediación, con suspensión de los plazos legales de por hasta un máximo de 6 meses, cuando el Ministerio fiscal decide querellarse y cuando formula escrito de acusación. Por último, la Autoridad judicial, antes de abrir el juicio oral, ha de proceder a una nueva información, con suspensión de plazos, ya sea para remitir el caso a una instancia de mediación o para intentarla ante sí misma.⁷⁷

La regulación del *Alternativ-Entwurf* resulta excesivamente farragosa. Bastaría con hacer mención de que en el primer contacto que tiene el imputado con el hecho de que existe una acusación en su contra debe informársele de la posibilidad de la reparación. En suma, debería efectuarse algo similar a lo que sucede con el derecho a conocer la acusación y a defenderse técnicamente. Resulta acertado, por el contrario, el que la información relativa a la posibilidad de reparación tenga lugar no antes de la información de la existencia de la acusación, sino durante el primer interrogatorio como consecuencia de tal información.⁷⁸ De esta suerte, ha de *limitarse*, en principio, la *posibilidad de acogerse a la alternativa de la reparación al momento en que se informa debidamente de dicha posibilidad*. Más adelante se acrecentarían los riesgos de que la voluntariedad de acogerse a tal alternativa fueran fruto de la presión, del cinismo o del interés por parte de todos los intervi-

74. *Vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 55 y ss.

75. Los redactores del *Alternativ-Entwurf* han querido, a fin de evitar efectos indeseables, que también, en casos especiales —que no especifican— se informe de la posibilidad de la reparación a la víctima; *vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), m 1992, p. 68.

76. *Ibidem*.

77. *Vid. §§ 14 ss. AE-WGM y su fundamentación en Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1992, pp. 76 y ss.

78. *Vid. Alternativ-Entwurf* (n. 5), 1993, p. 67.

nientes en el proceso de concluirlo a cualquier precio, con la consiguiente quiebra de la prevención general y pese al carácter criminógeno de tal proceder.

IV. EPÍLOGO

La consideración de la víctima en el sistema penal tiene que pasar a primer plano. Ello comporta, y seguramente comportará en el futuro, dificultades de adaptación, en especial en materia de garantías jurídico-penales de quien es sometido a enjuiciamiento para resultar castigado.

Aunque se han formulado serias objeciones, el Proyecto Alternativo de reparación representa el diseño más acabado de esta modalidad de evitación de la pena, intentando dar respuesta a los intereses individuales o colectivos lesionados, *sin por ello abandonar* el terreno de la *prevención general*. Conviene, con todo reiterar dos cuestiones. La primera que la aplicación sistemática en un futuro a determinadas modalidades delictivas debe conducir a *desriminalizar* dichas conductas. La segunda que, si bien la víctima ha de tener mayor protagonismo en el sistema penal, su incorporación con plenitud al mismo no ha de suponer la *mengua* de los *derechos* del presunto delincuente y del delincuente.

LA CONSIDERACIÓN DE LA VÍCTIMA A TRAVÉS DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: POSIBILIDADES ACTUALES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Javier DE VICENTE REMESAL

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo

En la determinación de la posibilidad y conveniencia de introducir nuevas alternativas a las penas privativas de libertad —y entre ellas la institución de la reparación del daño— entran en juego, según las orientaciones más recientes de la doctrina, no sólo consideraciones técnico-jurídicas y político-criminales, sino también, entre otras, económicas y sociales.¹ En ello se asienta, por ejemplo, la idea de que la reparación del daño a la víctima por parte del culpable pueda constituir, en los delitos leves o de gravedad media-leve, la reacción —jurídico-penal— necesaria y a la vez suficiente para la prevención de la delincuencia de esas características. Nuestro sistema penal aún no llega tan lejos, pues no admite la reparación como sanción jurídico-penal autónoma, pero es relativamente abundante en disposiciones que —con su correcta aplicación en algunos casos, y con adecuadas reformas en otros— pueden satisfacer en gran medida los intereses de la víctima, generalmente postergados en el Derecho penal.

El Proyecto Alternativo sobre reparación del daño,² de 1992, elaborado por penalistas alemanes, austriacos y suizos y al que ha contribuido de forma

1. En este sentido considera SILVA SÁNCHEZ (en las páginas de presentación al libro de TAMARIT I SUMALLA *La reparació a la víctima en el Dret penal. Estudi i crítica de les noves tendències políticocriminals*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Barcelona, 1993, 9) la reparación del daño como una cuestión que se enmarca en el ámbito de estudio de las ventajas e inconvenientes (en términos económicos, sociales, político-criminales y técnico-jurídicos) que plantean frente al delito (en algunas de sus modalidades) las formas de reacción diferentes a la pena privativa de libertad.

2. *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992.

fundamental el Profesor ROXIN, se refiere en su último apartado a las «Instituciones semejantes en otros ordenamientos jurídicos», entre los cuales no aparece el nuestro.³ En este ámbito pretendo ofrecer aquí algunas referencias e ideas en lo que concierne al Derecho penal español. Con ello quiero contribuir, modestamente pero con todo afecto y gratitud, al homenaje que rendimos al Profesor ROXIN con motivo de su investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad de Barcelona.

Haré en primer lugar unas observaciones muy generales sobre la consideración de la víctima en nuestro Derecho penal; en segundo lugar expondré la normativa española más relacionada en ese sentido con la reparación del daño y, por último —a la vista de las nuevas tendencias sobre la relevancia otorgada a la reparación y los requisitos exigidos a la misma—, introduciré una serie de consideraciones sobre la operatividad que permite dicha normativa y sobre las causas de sus deficiencias y su posible corrección, bien *de lege lata* en algunos casos, bien *de lege ferenda* en otros, atendiendo a las futuras previsiones legales en el Derecho penal español.

I

La relevancia que en atención a la víctima se otorga a la reparación del daño constituye una de las diversas formas de su consideración y es fruto del proceso evolutivo del Derecho penal. Dicha relevancia se acentúa sin embargo de forma especial en la actualidad, como consecuencia de una mayor preocupación por la víctima en el sistema penal, tanto en lo que se refiere a su situación en el ámbito procesal como en lo que afecta al Derecho penal material.⁴

En la evolución histórica del Derecho penal, la relevancia de la consideración de la víctima ha experimentado cambios significativos, no sólo en cuanto al grado de su reconocimiento, sino también en las razones y finalidades del mismo. De la importancia de la víctima como punto de referencia fundamental para las reacciones punitivas en la época del Derecho penal de la venganza privada se pasó posteriormente, con el surgimiento del Derecho

3. El AE-WGM, 1992, 99-135 se refiere a los ordenamientos jurídicos de la República Democrática Alemana (1949-1990), Austria, Suiza, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos y Estados Unidos de América.

4. Sobre esta doble dimensión, en el ámbito procesal y penal material, *vid.*, entre otros, SCHÜNEMANN, *Zur Stellung des Opfers im system der Strafrechtspflege* (Zugleich eine Besprechung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung «Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren» —BR-Dr 51/86— und der Monographie von Thomas Hillenkamp «Vorsatztat und Opferverhalten», Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 115, 1981). *NSiZ*, 1986, 193-200 y 439-443.

penal como Derecho público, a la postergación de aquélla, lo que desembocó prácticamente en su reducción a mero objeto del delito.⁵ Se produjo así una situación que ha perdurado hasta que, en épocas más recientes —y como consecuencia sobre todo de las aportaciones científicas de la Criminología y de la Victimología— resurge la necesidad de reconocer y valorar el papel de la víctima en el fenómeno delictivo, aunque, ciertamente, desde perspectivas diferentes a las contempladas en etapas históricas anteriores y, sobre todo, con un reconocimiento de carácter científico, antes inexistente o de menor entidad.⁶

Esta trayectoria histórica se encuentra en la actualidad en un momento de especial pujanza —exagerada, para algunos— que se manifiesta no sólo en la atención prestada por la doctrina científica extranjera y española, sino también en la plasmación legal de la reciente normativa penal en los ordenamientos de nuestro entorno sociocultural.

En lo que afecta a nuestro ordenamiento jurídico —aparte ahora de lo relacionado con la reparación—, la consideración de la víctima encuentra o puede encontrar reflejo en la normativa tanto del Derecho procesal como del Derecho penal material.

1. En nuestro sistema procesal —como en el de algunos otros países de nuestro entorno— prevalece todavía una orientación clásica, dirigida fundamentalmente hacia el autor, frente al cual se pretenden salvaguardar las garantías de un proceso justo, la protección frente a abusos injustificados por parte del Estado, y el tratamiento del delincuente con medidas adecuadas. En definitiva, predominan en dicho sistema los intereses públicos sobre los privados.

Ello contrasta, paradójicamente, con las relativamente abundantes facultades que el Derecho penal concede a la víctima⁷ para decidir la apertura del

5. Ello culminó con la sustitución del Derecho penal retributivo por el Derecho penal preventivo. *Vid. SCHÜNEMANN, NSiZ*, 1986, 193 y n. 4, con amplias referencias doctrinales en este sentido. Tras recorrer un largo camino —observa SCHÜNEMANN, *NSiZ*, 1986, 193 y ss.— se llegó a la supresión de la justicia penal puramente privada, que hasta entonces se salvaguardaba por la víctima o por su *sippe*, lo cual dio comienzo mediante la asignación a las instancias estatales de la competencia exclusiva en la materia criminal y culminó con la sustitución del Derecho penal retributivo por el Derecho penal preventivo.

6. Tradicionalmente se fija el momento de ese reconocimiento científico en el año 1948, fecha en que VON HENTIG publica la obra *The Criminal and His Victim*. Sin embargo, ya con anterioridad el citado autor había hecho referencia a la interacción víctima-delincuente en 1934 (*Lehren der Statistik*, en: *Kölner Zeitung*, de 4 de septiembre) y en 1940 (JCRIM), como pone de manifiesto DA COSTA ANDRADE, *A Vítima e o problema criminal*, Coimbra, 1980, 50 n. 41.

7. Así lo destaca en nuestro derecho, por ejemplo, LANDROVE, *Victimología*, Valencia, 1990, 96 y ss.

procedimiento.⁸ Por otro lado, frente a la protección de los derechos del imputado, se denuncian, respecto de la víctima, una cierta desconfianza y falta de interés suficiente por parte de los poderes públicos para prevenir o subsanar la amplia gama de perjuicios físicos, psíquicos, materiales y sociales a los que están expuestos o sufren las víctimas del delito.⁹

No obstante, debe reconocerse que, tanto en el Derecho comparado como en el nuestro, las tendencias doctrinales modernas¹⁰ —e incluso legislativas— pretenden una potenciación del papel de la víctima en el proceso a través del reconocimiento de una intervención más activa y de una mayor capacidad de decisión. Se trata de buscar, en consecuencia, una armonización de los derechos de la víctima con los del procesado y, en cualquier caso, de evitar que ésta sufra, además, una «victimización secundaria».¹¹

A pesar de todo, no puede negarse que siguen existiendo en nuestro sistema deficiencias que afectan en general a los perjuicios señalados y que por razones a veces formales, a veces reales, suponen el abandono o postergación de la víctima en, por ejemplo, la fase de prevención de delitos,¹² en la actu-

8. Frente al principio general de persecución de oficio, determinados delitos son perseguibles a instancia de parte, bien sea mediante denuncia o mediante querella. La exigencia de denuncia previa supone que se deja en manos de la víctima, o de otras instancias en su representación, la incoación del proceso. Según el art. 443 CP, para proceder por los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden, o del Ministerio Fiscal cuando se trate de menores o incapaces. El art. 487 CP dispone asimismo que el delito de abandono de familia se perseguirá previa denuncia de la persona agraviada o, en su caso, del Ministerio Fiscal. Requieren asimismo denuncia: los daños imprudentes, constitutivos de delito (563,2.º) o falta; las faltas imprudentes de lesiones (586 bis, 3.º); las faltas de injurias (586,1.º), omisión de auxilio (586,2.º), amenazas (585), usurpación (589), entrada en heredad (590, 594). En el caso de la querella depende de la víctima la prosecución o no del proceso. El art. 467 CP establece que nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querella de la parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II de este libro, (esto es, arts. 240 a 245, relativos a la normativa específica sobre los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad, e insultos injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos). Por otra parte, en determinados casos se reconoce a la víctima el derecho a exigir que se publique la sentencia condenatoria en la prensa: calumnia (456) e injuria (465).

9. *Vid.* Memoria de la Fiscalía General del Estado, 1992, 689 y ss., donde se recogen las opiniones de los fiscales de diversas ciudades españolas sobre esta materia.

10. *Vid.* MARTÍNEZ-ARRIETA «La víctima en el proceso penal», *Actualidad penal*, 4 (1990), 44 y ss.

11. A esta idea responde, por ejemplo, a partir de la reforma operada por LO 7/1988, de 28 de diciembre, el art. 781,1.º LECrim: «El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito».

12. En el momento de la prevención del delito (*vid.* ampliamente, en MemFGE, 1992, 750, memoria del Fiscal de Teruel) se trata de evitar que las hipotéticas víctimas puedan llegar a convertirse en víctimas reales; en definitiva, se pretende que el Derecho penal, con el correcto funcionamiento de todos los medios a su alcance, cumpla efectivamente la finalidad de prevención de delitos. La propia tipificación y el efectivo cumplimiento de las penas pueden, por ejemplo, contribuir a incrementar la confianza del ciudadano en el Derecho y, desde la perspectiva del hipotético delincuente, actuar como medio preventivo-general para que se abstenga de cometer hechos delictivos. Asimismo, la eficacia policial en el esclarecimiento de los hechos, en el descubrimiento de los culpables y en la aportación de pruebas que hagan posible su condena.

ción policial tras la comisión de los mismos,¹³ o, en la etapa propiamente procesal, en sus distintas fases de instrucción, juicio oral, y ejecución de la sentencia, donde, entre otras cosas, es fundamental todo lo que se refiere a la agilización del procedimiento.¹⁴

A parte ahora de lo relativo a la reparación del daño y a la indemnización, son muchas las iniciativas que, a juicio de los citados informes de la Fiscalía, pueden tomarse en favor de los intereses del perjudicado. Por ejemplo, en la fase de instrucción, entre otras las siguientes: notificar al perjudicado de los autos de archivo en Diligencias Previas por hechos que no constituyen infracción penal, pues el perjudicado no está generalmente personado; evitar, en determinados casos de accidentes de circulación, que los juzgados decretan el archivo o sobreseimiento provisional sin haber practicado las pruebas pertinentes, y alegando a continuación la ausencia de instrucción en la falta de denuncia por el lesionado; crear un Servicio de Permanencias de la Fiscalía para información al perjudicado de todo lo que le interese sobre la marcha de las diligencias iniciadas a su instancia; evitar al perjudicado, en lo posible, la pérdida de tiempo, reduciendo, por ejemplo, al mínimo imprescindible sus comparecencias. En la fase del juicio oral son también abundantes los aspectos en que se denuncia una desprotección u olvido de la víctima y frente a los cuales caben algunas vías de solución. Así, para subsanar las diversas incomodidades, temores o incluso posibles peligros

Asimismo, a través de la actuación rápida y eficaz de la policía con anterioridad a la posible comisión de hechos delictivos. Por ejemplo, la frecuencia de controles de alcoholemia y de tráfico de drogas, sesiones informativas con asociaciones de vecinos, comerciantes, etc., para informarles de medidas precautorias que deben adoptar para evitar o al menos dificultar la delincuencia, etc. Con ello se pretendería, entre otras cosas, evitar que surjan brigadas callejeras de autoprotección, demostrando que la intervención policial es más eficaz, y en cualquier caso la única respuesta adecuada en un Estado social y democrático de Derecho.

13. Una mayor atención a la víctima debe también estar presente en la actuación policial, una vez cometido el delito. Por ejemplo, a través de la eficacia policial en el esclarecimiento de los hechos, antes señalada; en el trato correcto a las víctimas en las investigaciones, así como en la información al ciudadano sobre la marcha de su denuncia y sobre las posibilidades de obtener una efectiva reparación de las consecuencias del delito.

14. La lentitud del procedimiento penal es un factor que sin duda perjudica a las víctimas de los delitos. Esto es algo que se reconoce en los Preámbulos o Exposiciones de motivos de determinadas leyes españolas que intentan paliar dicha situación, así como algunas resoluciones y recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. A ello responde —como se manifiesta en su preámbulo— la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y planta judicial. Siguen una orientación semejante las ideas recogidas en la exposición de motivos de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal: «... las reformas acometidas por esta Ley tienen un hilo conductor común: aprovechar los recursos a disposición de la Administración de Justicia y procurar, así, que esta última se imparta de la forma más rápida y eficaz posible, de acuerdo con las exigencias del art. 24 de la Constitución... No hace falta destacar que ello resultaría beneficioso para todos; para los enjuiciados, que tienen derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, para las víctimas, para la Administración de Justicia en general y, singularmente, para la sociedad en su conjunto, que vería así notablemente robustecida la ejemplaridad de la justicia penal y considerablemente incrementadas sus defensas sociales frente al delito». En la normativa del Consejo de Europa cabe destacar en este sentido la Resolución (75) 11 sobre los criterios que se han de seguir en el procedimiento en ausencia del inculpado, y la Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, sobre simplificación de la justicia penal.

que supone para la víctima y para los testigos de cargo la comparecencia al juicio oral deben adoptarse medidas elementales de protección. Por ejemplo, evitar que la víctima y el acusado coincidan ante la Sala de Vistas hasta su comparecencia; procurar una presencia efectiva y suficiente de Fuerza Pública en las inmediaciones de dicha sala, al menos en los juicios penales; facilitar que la declaración en el juicio oral por parte de testigos que puedan sentirse amenazados se preste con la protección de mamparas, para que no puedan ser reconocidos por los acusados, lo cual no merma las garantías de éste ni afecta a la corrección formal del proceso. Por otra parte, debe dispensarse a la víctima una protección especial frente a las divulgaciones de hechos, e incluso acoso, de la prensa sensacionalista (sobre todo en determinados delitos); asimismo, respecto de los perjudicados y, en general, de todos los implicados en el proceso, hay que evitar las notables deficiencias en los actos de comunicación, lo cual motiva suspensiones de juicios y diligencias e incrementa, sobre todo para el perjudicado, el daño producido por el delito. Finalmente, también en la fase de ejecución de sentencia hay que arbitrar muchas mejoras en favor de los perjudicados, la mayoría de las cuales afectan a la indemnización, a lo cual me referiré más adelante.

2. En lo que se refiere al Derecho penal material, son muy numerosas las normas en las que la víctima resulta contemplada, tanto en la Parte General como en la Especial del CP. Esta no es, desde luego, una característica propia del Derecho español, sino general en todos los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno sociocultural. Determinadas formas de comportamiento de la víctima han sido tomadas en ellos en cuenta por el legislador para decidir la responsabilidad criminal del autor, bien como mera circunstancia atenuante, o bien, en algunos casos, incluso como eximente. No cabe duda de que el grado de merecimiento de pena responde fundamentalmente al comportamiento del autor. Sin embargo, en algunos casos debe atenderse también a la víctima porque entre ésta y aquél existe una relación o conexión. Ahora bien, ciertamente no son muchos los grupos de casos en que el Derecho penal acentúa de forma especial el rol de la víctima más allá del mero papel de lesionado que viene requerido por el tipo.¹⁵

Un claro reconocimiento de la relevancia otorgada a la víctima lo constituye —a partir de los años setenta— el surgimiento y auge actual de la denominada «Victimodogmática»,¹⁶ o «dogmática orientada al comportamiento de la víctima», sobre cuyos presupuestos y contenido me limitaré a trazar unas

15. En este sentido, HASSEMER, Winfried: «Rücksichten auf das Vebrechensopfer», *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag II*, Colonia, 1983, 217-234 (219).

16. De «algo pretenciosa» califica esta denominación AMELUNG, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *GA*, 1984, 579.

pinceladas como paso previo y necesario al análisis de algunos casos concretos en nuestro derecho.¹⁷

La Victimodogmática requiere, como presupuesto, la apertura de la teoría del delito a las ciencias empíricas y sociales, pues ha de partir de la verificación empírica de la contribución de la víctima al delito: lo que se conoce como «predisposición victimal». Existen ciertas víctimas que, dolosa o imprudentemente, provocan o favorecen el hecho delictivo, convirtiéndose, en cierta medida, en co-responsables del mismo.¹⁸ Aunque de los «enunciados del ser» (*Seins Aussagen*), propios de las ciencias empíricas, no pueden derivarse «proposiciones normativas», como las que se formulan en la Victimodogmática, lo cierto es que la «valoración» (*Wertung*) jurídico penal de si la víctima potencial no es merecedora ni necesitada de protección en una situación determinada presupone necesariamente un análisis empírico anterior de la situación de la víctima, de forma, por tanto, que la victimo-dogmática se edifica sobre los resultados de la Victimología¹⁹ y entre ambas debe existir un compromiso recíproco.

Por otra parte, la justificación «normativa» de la Victimodogmática pasa asimismo, necesariamente, por el reconocimiento de un Derecho penal preventivo frente al de retribución de la culpabilidad.²⁰ En contraposición a la idea de que el principio de retribución de la culpabilidad supone de por sí una legitimación suficiente para la imposición de la pena y la realización de la justicia, debe entenderse que una conducta culpable sólo puede ser castigada cuando ello sea absolutamente necesario para la prevención de acciones

17. Sobre el origen y evolución de la Victimodogmática, *vid.* SCHÜNEMANN, *NSZ*, 1986, 439 y ss., quien se refiere en dicha evolución hasta 1986 —aparte de las aportaciones de él mismo—, fundamentalmente a las de SCHÜLER-SPRINGORUM, FRISCH, ARZT, AMELUNG, R. HASSEMER, KURTH y ELLMER.

18. Ciertamente, la posibilidad de una Victimodogmática sólo es concebible en una teoría del delito abierta a las ciencias empíricas y sociales, y no encerrada en sí misma como construcción lógico-abstracta. «La Victimodogmática — advierte SILVA SÁNCHEZ, *Introducción al debate sobre la Victimodogmática. Libro-homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989, 634— parte de la constatación victimológica relativa a la existencia de ciertas víctimas que, ya sea por actos dolosos, ya por actos imprudentes, contribuyen a la producción del hecho delictivo y pueden calificarse, en mayor o menor medida, de co-responsables del mismo... La disciplina victimológica concluye la necesidad de incidir sobre los referidos grupos de víctimas con el fin de eliminar su “predisposición victimal”; ello, en el marco general de las medidas de prevención del delito». Se refiere este autor a las medidas de Política Criminal que discurren por el lado de las víctimas. (Con posterioridad, del mismo autor, *vid.* «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la Victimodo-gmática»; en: *La Victimología*, Consejo General del Poder Judicial, 1993, 13-52). En sentido semejante, *vid.* SCHNEIDER, *Victimologie. Wissenschaft vom Verbrechensopfer*, Tübingen, 1975, 185 y ss., W. HASSEMER, *Klug-Fs*, 1983, 223, SCHÜNEMANN, *Faller-Fs*, 1984, 362.

19. Así lo pone de manifiesto SCHÜNEMANN, *Faller-Fs*, 1984, 371.

20. En esto se basa, por ejemplo, la crítica de SCHÜNEMANN, *Faller-Fs*, 1984, 366-367 a una de las muchas objeciones de HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981, 176 y ss., 295 y ss. a la victimodogmática.

socialmente nocivas. Gráficamente, el principio de prevención constituiría la bóveda del principio de culpabilidad.²¹

En consecuencia, el contenido básico de la Victimodogmática consiste, en términos generales, en examinar si, y en qué medida, el comportamiento de la víctima es relevante en la determinación de la responsabilidad criminal del autor, como atenuante (sobre lo cual no existe mayor discusión), como exigente (para las posiciones más extremas), o como agravante (aunque la doctrina suele rechazar que la repercusión agravatoria tenga algo que ver con el principio victimológico). Debe recordarse, no obstante, que la mayoría de las veces la víctima puede desempeñar diversos roles que, como tales, son irrelevantes para la punibilidad del autor, pues sin una víctima en el desempeño de ese papel (por ejemplo, de «engañada» en la estafa o de «seducida» en el ricto), ya el propio delito sería inimaginable.

En principio, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existe una amplia aceptación de los principios de la Victimodogmática, pero no en general y para todo tipo de delitos, sino limitándose a ámbitos concretos. Así, desde la perspectiva de la imputación objetiva, y especialmente en el ámbito de los delitos imprudentes y en los de omisión.²² Sin embargo, cuando los principios de la Victimodogmática pretenden aplicarse de modo general a los delitos dolosos, aparecen dos posiciones doctrinales bien diferenciadas.²³ la moderada y la radical.

Mientras la tesis moderada, posición dominante, restringe sus efectos, únicamente atenuatorios, al ámbito de determinación de la pena, la tesis radical, minoritaria,²⁴ considera dicho ámbito insuficiente, afirmando,

21. En expresión de SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, 184, 357. La concreción de dicho principio de prevención puede resumirse —en opinión de este autor *ob. cit.*, 358 y n. 6— en las siguientes cinco exigencias: 1.º, que la acción punible se dirija contra un bien jurídico digno de protección; 2.º, que dicho bien jurídico haya sido menoscabado de forma grave (el denominado «merecimiento» de pena del hecho); 3.º, que, en atención a lo anterior, sea conveniente acudir a la protección penal, para prevenir acciones socialmente nocivas; 4.º, que, además, sea necesaria tal protección; y 5.º, que la aplicación del Derecho penal no produzca consecuencias perjudiciales desproporcionadas (la denominada «necesidad» de pena).

22. *Vid.* en nuestra doctrina, SILVA SÁNCHEZ, *Victimodogmática en el Derecho extranjero*, 1990, 108, *Victimodogmática en el Derecho español*, 1990, 198, *Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho español*, 1990, 78-79 (publicados en: «Victimología», Lecciones dictadas en los VIII Cursos de verano en San Sebastián —A. BERISTAIN y J.L. de la CUESTA; directores— Servicio Editorial Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1990); *Beristain-LH*, 1989, 636; *ADPCP*, 1985, 196, notas 8 y 9.

23. Así se pone de manifiesto claramente en la obra de HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, 1981 y en la reseña de la misma por parte de AMELUNG, *GA*, 1984, 579-583.

24. Esta tesis radical ha tenido abundantes críticas, pero ampliamente respondidas por sus defensores. Dichas críticas se han planteado de forma muy minuciosa sobre todo por HILLENKAMP: fundamentalmente de carácter metodológico (restricciones típicas *contra legem*, opuestas al principio de seguridad jurídica) y político-criminal (desconfianza hacia el Derecho y retorno a la justicia privada). HILLENKAMP —que ha planteado un ataque general contra la victimo-dogmática, negando la justificación de su presencia en el ámbito de la interpretación del tipo y queriendo reducirla a un factor de determinación de la

además, la posibilidad de exención de responsabilidad del autor en ciertos casos.²⁵

En cuanto a su fundamento, la tesis moderada sostiene que el comportamiento de la víctima puede tomarse en cuenta en el ámbito de la medición judicial de la pena, dando lugar a una atenuación de la responsabilidad del autor, pero siempre dentro del marco penal típico. Tan sólo se admitiría que se sobrepase la mera atenuación cuando así estuviese expresamente previsto por la ley. El ámbito de aplicación se restringe a un catálogo de supuestos concretos a partir de los previstos por la ley y operando por analogía. No obstante, se ha criticado esta posibilidad de recurrir a la analogía, pues la escasez de referencias legales abonaría más bien una argumentación «a contrario» que analógica. Se

pena— esgrime contra aquélla diferentes objeciones, las cuales podrían concentrarse en estas tres fundamentalmente, destacadas por SCHÜNEMANN, quien, a su vez, responde críticamente a cada una de ellas. Primera: la decisión demasiado contundente del todo-o-nada en el ámbito del tipo asigna al autor «espacios de libertad» a costa de la víctima que ni a través del principio de subsidiariedad ni de otra forma podrían justificarse normativamente; segunda: la restricción del tipo efectuada de esa forma significa una *reducción contra legem* de los tipos penales, metodológicamente insostenible; tercera: las consecuencias político-criminales de una concepción de esta índole sólo podrían coexistir en una sociedad de tales características que no sería aceptable de ninguna manera y en absoluto deseada desde el punto de vista jurídico-político. Sobre todo ello *vid.* SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, 1984, 366-369 y, en nuestra doctrina, las ideas semejantes recogidas por SILVA, *Beristain-LH*, 1989, 638-639. Como pone de manifiesto este último, desde la perspectiva de la tesis radical se podría defender tanto el método mediante el cual se lleva a la práctica dicha consideración como las consecuencias políticocriminales de la misma. Frente a las objeciones metodológicas observa (*loc. cit.*) que el método no es, en lo esencial, objetable, porque las restricciones teleológicas que conlleva respecto de algunos tipos no implican la atipicidad de hechos encuadrables en el «núcleo conceptual» (*Begriffskern*) de los términos legales; al contrario, afectan sólo al «campo conceptual» (*Begriffshof*) de los mismos; zona ésta cuyo alcance es discutible desde perspectivas gramaticales. Asimismo entiende (*loc. cit.*) que las consecuencias políticocriminales podrían defendirse también porque la función de protección de los individuos y pacificación social no es algo que solamente corresponda al Derecho penal, sino a todo el ordenamiento jurídico. Quiere esto decir que la no intervención del Derecho penal en un caso concreto no implica necesariamente que la víctima quede privada de toda protección jurídica; precisamente lo normal es que la mayoría de los conflictos sociales se regulen y resuelvan al margen del Derecho penal (por ejemplo, con el Derecho civil, administrativo, laboral, etc.), de forma que el Derecho penal quede reservado para los hechos más graves, en los que su intervención pueda calificarse de necesaria y proporcionada.

25. En cuanto al ámbito general de aplicación de los principios victimodogmáticos suele establecerse la distinción entre delitos de relación (*Beziehungsdelikte*) y delitos de intervención (*Zugriffsdelikte*). Delitos de relación serían aquellos para cuya consumación se requiere una determinada contribución de la víctima, mediante actos de disposición, consentimiento, etc. (por ejemplo, la estafa). En los delitos de intervención, por el contrario, es posible su consumación sin contribución de la víctima (por ejemplo, el homicidio). Los partidarios radicales de las tesis de la victimodogmática estiman que la aplicación de las observaciones del principio victimológico tan sólo afectaría a los delitos de relación. De esta forma responden a una de las críticas dirigidas por sus detractores: la posibilidad de que dicho principio se aplicase también a los delitos violentos (*Gewaltdelikte*). Requisito añadido a lo anterior para que exista la posibilidad de exención de responsabilidad penal para el autor es que la contribución de la víctima habrá de producirse mediante la infracción de los deberes usuales, razonables y exigibles de auto-protección. En consecuencia, en los delitos de relación, el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal si la víctima contribuye al hecho criminal infringiendo deberes usuales y exigibles de autoprotección. Por el contrario, en los delitos de acometimiento, los partidarios de la tesis radical parecen compartir la tesis dominante de que dicho comportamiento de la víctima sólo daría lugar a una atenuación de la pena para el autor.

fundamenta la atenuación en la disminución del contenido de injusto del hecho o por afectar a la culpabilidad del autor. El comportamiento de la víctima puede originar que el daño social del hecho cometido por el autor no sea tan grave o que éste no reciba en condiciones de normalidad la motivación por la norma jurídica.

Para la tesis radical, el «enfoque victimológico» puede conducir incluso, en ciertos casos, a la exención de la responsabilidad criminal del autor. Critican a la teoría restringida que la relegación de la relevancia del comportamiento de la víctima tan sólo al ámbito de la medición de la pena supondría una degradación de la Victimodogmática y conduciría a la práctica inoperancia de las consideraciones victimodogmáticas desde el punto de vista político-criminal, habida cuenta del papel decisivo que en ese campo se le atribuye al arbitrio judicial. El fundamento de esta tesis radical se encuentra en la aplicación de los principios generales de limitación del *ius puniendi*, como consecuencia directa de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad o de *ultima ratio* del Derecho penal. De una u otra forma —basándose en una concepción político-criminal de carácter liberal que fundamenta la naturaleza subsidiaria o accesoria del Derecho penal y trata de reducir al máximo su intervención— se entiende que sólo debe recurrirse al Derecho penal cuando para la solución de los conflictos no son suficientes otros medios de política jurídica o social del Estado y, en este contexto, se acentúa que en la determinación de dicho recurso al Derecho penal deben tenerse en cuenta también las posibles medidas de autoprotección que debería adoptar la víctima. Es decir, sería exigible un «deber de autoprotección» por parte de la víctima, cuya infracción implicaría la no-necesidad de protección penal de aquélla: dejaría de ser *Schutzbedürftig*. A raíz de todo ello se elabora, por parte de esta corriente doctrinal, el denominado «principio de auto-responsabilidad (*Selbstverantwortungsprinzip*)», que, en términos generales, viene a decir que el autor puede quedar exento de responsabilidad criminal cuando el comportamiento de la víctima no ha sido conforme a dicho principio, esto es, cuando ha contribuido al hecho punible al infringir los deberes usuales y exigibles de autoprotección.

2.1. Sobre la base de lo expuesto hasta ahora se entenderá que la consideración de la víctima en la Parte General del Derecho penal puede —desde una perspectiva victimodogmática, junto con otros principios o criterios— surtir efectos a partir de, fundamentalmente, dos momentos: el de la tipificación de conductas, en atención al carácter fragmentario del Derecho penal y a las consecuencias que de ello se derivan, y el de la interpretación de los tipos, restringiendo el alcance de los mismos; para lo cual, uno de los factores decisivos, sometido, sin embargo, a limitaciones, es la no adopción de medidas de protección por parte de la víctima, que, a través de una interpre-

tación sistemática y teleológica del bien jurídico conduciría a aquella restricción.²⁶

En la legislación española, tanto anterior como actual y en la prevista con posterioridad a ésta (PCP 1992, ACP 1994 y PCP 1994), se encuentran referencias a la víctima que pueden influir sobre la responsabilidad del autor. Determinadas características de aquélla, actitudes o formas de comportamiento pueden repercutir, en principio, sobre el alcance y dimensión de la responsabilidad penal. Así, en la propia configuración típica, en el ámbito de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en el marco de las reglas de determinación de la pena, en alguna forma de extinción de la responsabilidad penal e incluso en la ejecución de las penas. También se toma en consideración a la víctima —como hemos visto— en el ámbito formal: en la exigencia, por ejemplo, de presentación de denuncia o querella en los delitos perseguibles a instancia de parte.

Asimismo, una prueba clara de que en la legislación penal se le reconoce a la víctima un papel esencial se encuentra ya en sistematización misma de los delitos y en las características de dichas víctimas, que originan una mayor protección: por ejemplo, delitos contra el Estado, sociedad, particulares, consumidores, etc.; o cuando la víctima es un menor, incapaz, pariente, escolar, trabajador, «defendido», funcionario, reo, etc.

Aparte de las cuestiones que directa o indirectamente afectan a los intereses reparatorios e indemnizatorios de las víctimas, veamos determinados aspectos del alcance que pueda tener la consideración de la víctima en algunos casos particulares de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Entre las circunstancias atenuantes, antes de la reforma de 1983 el CP contenía una circunstancia genérica (art. 9.5.º) que atenuaba la responsabilidad criminal del autor cuando hubiese precedido inmediatamente provocación o amenaza por parte de la víctima. Dicha atenuante desapareció en la citada reforma por razones de economía legislativa, en opinión de los legisladores, pues se entendió que la disminución de la imputabilidad del autor, producida por la provocación de la víctima, podía valorarse en la circunstancia 8.ª del mismo artículo: la de obrar por estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad. Así ha seguido en el PCP 1992, en el ACP 1994 y en el PCP 1994 (art. 22,2.ª). Frente a esto hay que decir —de acuerdo con la doctrina— que no necesariamente toda provocación de la víctima origina en el autor una disminución de su imputabilidad y, en consecuencia, en tales casos no sería posible aplicar dicha

26. Lo cual, como observa SCHÜNEMANN, *NSiZ*, 1986, 439, no se logra con la usual «tuerta interpretación» del bien jurídico.

circunstancia 8.^a sino, a lo sumo, la 10.^a del artículo 9: la atenuante analógica. Por otra parte, es probable que la razón (o una de ellas) de la supresión de la atenuante de provocación radique en que venía a constituir un recurso demasiado frecuente —y de dudosa corrección— en los delitos de violación. Se acudía a ella, más que por el convencimiento de que realmente concurriera, porque era una de las pocas formas de fundamentar la rebaja de una pena que se consideraba demasiado grave.

En lo que se refiere a las circunstancias agravantes, aunque suele rechazarse por la doctrina que las repercusiones agravatorias tengan algo que ver con el principio victimológico, lo cierto es que tanto en los citados Proyectos como en el CP vigente (art. 10) existen determinadas circunstancias agravantes genéricas (aparte, por tanto, de otras específicas orientadas también en este sentido) que responden, en mayor o menor medida, a la consideración de la víctima. Por ejemplo, la alevosía (art. 10,1.^º), abuso de superioridad (art. 10,8.^º), abuso de confianza (art. 10,9.^º), ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso (art. 10,16.^º), o el parentesco (art. 11 CP y art. 23 ACP 1994). O también, según introduce el artículo 22,5.^º ACP 1994, «cometer cualquiera de los delitos contra las personas por motivos referentes al origen étnico o nacional de la víctima». El artículo 23,5.^º PCP 1994 incluye también los delitos contra el patrimonio y un motivo más: la profesión religiosa de la víctima.

Desde la perspectiva victimodogmática, la razón de la agravación en la alevosía —aunque en general podría extenderse también a los otros casos señalados— radica en tomar en cuenta determinadas situaciones (o actitudes) de la víctima que ponen de manifiesto su especial desprotección o inferioridad, lo que fundamentaría la necesidad (en este caso agravada) de pena. A tenor del artículo 23,1.^º PCP 1994 (coincidente con el art. 22,1.^º ACP 1994), es circunstancia agravante ejecutar el hecho con alevosía, concurriendo la misma «cuando el sujeto comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que provenga de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando el hecho se ejecuta sobre persona absolutamente indefensa». Esta regulación atiende más que la del CP vigente a la mayor protección de la víctima en función misma de sus características, pues considera alevosía el mero hecho de que la acción se ejecute sobre persona absolutamente indefensa.

También en el parentesco puede encontrarse la base de una mayor protección de la víctima, pues puede dar lugar en unos casos a tipos agravados (parricidio), en otros a privilegiados (infanticidio), y en otros a la aplicación

de la circunstancia mixta del mismo nombre. Con un texto esencialmente similar al del artículo 11 del CP vigente, el PCP 1994 establece en su artículo 24 lo siguiente: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de convivencia, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afín en los mismos grados del ofensor.»

En la Parte General, otro campo, muy amplio, de consideración de la víctima es el de las penas (su previsión, aplicación²⁷ y formas sustitutivas) y el de la responsabilidad civil, a lo cual me referiré ahora de forma sucinta, pues sobre ello volveré más adelante.

Ciertamente, la previsión en sí misma de las penas y de sus consecuencias accesorias responde —aparte de a la consideración del autor— también a la de la víctima: a su protección frente a aquél.²⁸ Aunque esto podría aplicarse a las conminaciones en general, algunas de las penas reflejan dicha atención de forma más específica, como el destierro²⁹ (privación del derecho a residir en determinados lugares) o el comiso³⁰ (de los efectos o instrumentos del delito para cubrir las responsabilidades del penado).

En la determinación de las formas sustitutivas de las penas privativas de

27. Aunque sin constituir un aspecto esencial desde esta perspectiva, atienden a la misma determinadas normas sobre aplicación de las penas y algunas reglas (generales y especiales, por ejemplo el delito continuado) para su determinación. Aparte de lo establecido en las reglas del art. 61 CP vigente (fundamentalmente en la 7.ª, individualización judicial atendiendo a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito), la normativa prevista al respecto por el PCP 1994 es la siguiente: art. 65. «1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.»; art. 66.1: «Cuando no concurren circunstancias... los Jueces o Tribunales razonablemente individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión que sea adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.»; art. 75 (relativo a las reglas especiales para la aplicación de las penas, delito continuado), 2. «Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado...».

28. Así, frente a la víctima en general, la pena privativa de libertad, la privación del derecho de conducir vehículos de motor, e incluso las inhabilitaciones y las suspensiones de empleo o cargo público.

29. En el art. 88 CP se reconoce incluso que la víctima puede determinar en parte el alcance del destierro, pues en el citado artículo se dice expresamente que entre los puntos del destierro «se comprenderá, si el ofendido lo pidiere, el lugar en que el reo delinquió y el de residencia habitual del mismo y del perjudicado y sus parientes próximos». De forma semejante establece el art. 48 PCP 1994: «La privación del derecho a residir en determinados lugares tendrá una duración de seis meses a cinco años, e impide al penado volver al lugar en que hubiera cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos». (Veáse también art. 57 PCP 1994).

30. En lo que se refiere al comiso, según el art. 48 CP la atención a los intereses indemnizatorios de las víctimas también se persigue a través de la venta —cuando sea posible— de los efectos o instrumentos del delito. Ello permanece en la previsión del art. 127 PCP 1994, a tenor del cual, dichos efectos e instrumentos que se decomisen se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades del penado y, si no lo fueren, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

libertad (suspensión de la ejecución de la pena, remisión condicional de la pena) también está presente la consideración de la víctima, a tenor de lo previsto en los artículos 92 y ss. CP³¹ y 81 y ss. PCP 1994.³²

Asimismo, no cabe duda de que en el contexto de la responsabilidad civil el interés por la víctima —por su resarcimiento— ocupa un lugar fundamental, aunque se trata, como veremos más adelante, de un reconocimiento teórico de dudosa efectividad práctica en muchos casos. El PCP 1994³³ dispone en su artículo 109 que «la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos en las Leyes». La reparación del daño —según el art. 112— «podrá consistir en obligaciones de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa».

Del mismo modo que el PCP 1992 (art. 117), el PCP 1994 prevé (en su art. 114) que «si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización». No obstante, en la regulación del importe de las indemnizaciones, el PCP 1994 (y ya antes el ACP 1994) elimina las referencias que el PCP 1992 hacía para ello a la víctima. Según el artículo 116.2 de dicho PCP 1992, «los Jueces o Tribunales regularán el importe de las indemnizaciones, teniendo en cuenta la entidad del perjuicio y las necesidades de la víctima, de acuerdo con su edad, estado y aptitud laboral y,

31. Remisión condicional de la pena: en el art. 96 CP se prevé que, en los delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte, el Tribunal oirá a la persona ofendida o a quien la represente, antes de conceder el beneficio de la remisión condicional de la pena. Se advierte asimismo en el art. 97 que la condena condicional no alcanzará a las responsabilidades civiles. El PCP 1992 establece al respecto lo siguiente: art. 80. «1. Los Jueces o Tribunales podrá otorgar motivadamente la condena condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad... 3. La condena condicional no será extensiva a las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta penados»; art. 81. «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: ... 4.º Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo los supuestos de imposibilidad total o parcial de hacer frente a las mismas, apreciada por el Juez o Tribunal con la previa conformidad del Ministerio Fiscal»; art. 83. «1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo... cumpla las reglas de conducta que le podrá fijar, en cada caso, el Juez o Tribunal sentenciador, de entre las siguientes: ... 4.º Reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños u perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con la conformidad del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo»; art. 86. «En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena».

32. PCP 1994: Título III (De las penas), Capítulo III (De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad), Sección Primera (De la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad), Sección Segunda (De la sustitución de las penas privativas de libertad).

33. En el CP vigente, arts. 101 y ss.

además, el beneficio obtenido por la comisión del delito...». Por el contrario, el artículo 115 PCP 1994 establece: «Los Jueces o Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.»³⁴ La institución de la responsabilidad civil derivada del delito (que en el CP vigente se regula en los arts. 19, 21, 22 y 101-111), aunque tiene carácter jurídico-civil, cumple también una función político-criminal. Por una parte —orientada hacia el autor— pretende cumplir un efecto disuasorio similar al de la pena y, por otra —orientada a los intereses de la víctima— persigue la pacificación de la situación conflictiva suscitada entre el autor y la víctima, mediante las modalidades, recogidas en el artículo 101 CP, de restitución, reparación del daño causado e indemnización de perjuicios. En el Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos, ello se sustancia en el propio proceso penal y, de esta forma, puede decirse que el proceso se orienta al restablecimiento de la paz jurídica tanto entre autor y víctima como entre autor y sociedad.³⁵

Por último, la consideración de la víctima también aparece en la normativa referida a la extinción de la responsabilidad penal (por ejemplo, en la institución del perdón del ofendido),³⁶ en el indulto particular y en la rehabilitación

34. Sobre el cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias, el art. 126 PCP 1994 es semejante, sin embargo, al art. 131. PCP 1992, que establece lo siguiente: «1. Los pagos que se efectúen por el penado se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios. 2.º A la indemnización al Estado...».

35. *Vid. SILVA SÁNCHEZ, Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho español*, 1990, 78-79. La obtención de una reparación del daño por la víctima no se sustancia en otros ordenamientos en el marco del proceso penal, sino que exige la incoación de un nuevo proceso, civil, perjudicial para la víctima, por su desinformación, relativa inhibición de los tribunales y desinterés de los abogados motivado por razones económicas (*ob. cit.* 79). Por estos motivos surgen, por ejemplo, la Victim and Witness Protection Act, de 12 de octubre de 1982, en EE.UU. (en la que se atribuye a los tribunales la facultad de imponer al autor, como sanción independiente, la reparación del daño) y, en Alemania, la Ley de protección de la víctima: 1.º Ley para el mejoramiento del afectado en el proceso penal, de 18 de diciembre de 1986, modificando el llamado «proceso de adhesión», para hacer posible que la víctima obtenga la indemnización civil en el marco del proceso penal. Señala asimismo este autor, *loc. cit.*, que esta loable especificidad de la situación jurídica española cumple perfectamente una de las recomendaciones aprobadas el 28 de junio de 1985 por el Consejo de Europa (Mejoramiento de la situación jurídica de las víctimas en el Derecho y en el Proceso penal), así como en 1986 por la Naciones Unidas («Declaration of basic principles of justice for victims of crime and abuse of power»).

36. Según el art. 130 PCP 1994, la responsabilidad criminal se extingue: «...4.º Por el perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos sólo perseguibles mediante denuncia o querella del agraviado, y la Ley lo permita expresamente. En los delitos contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.» Aunque de forma limitada, puede verse aquí otra muestra del reconocimiento del comportamiento de la víctima. Asimismo en la regulación de dicha institución del perdón del ofendido en el Derecho vigente, que el CP recoge también como una de las causas de extinción de la responsabi-

o cancelación de antecedentes delictivos) y, en el ámbito procesal, en la relativa a la persecución del delito a instancia de parte.

2.2. El creciente debate sobre las tesis de la victimodogmática está llegando a la convicción de que los problemas que en ella se suscitan deben analizarse y resolverse, más que en la Parte General del Derecho penal, en la dogmática de cada delito en particular, incluso atendiendo, además, a la configuración de cada situación en concreto. La elaboración de un catálogo de líneas directrices normativas de interpretación para la concreción del principio de *ultima ratio* de Derecho penal y de su carácter subsidiario y fragmentario constituye una de las principales tareas para el futuro trabajo dogmático en la Parte Especial del Derecho penal.³⁷

Dejando necesariamente al margen otros muchos supuestos (entre ellos, los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales), la consideración de la relevancia del comportamiento de la víctima aparece, por ejemplo, en los siguientes ámbitos (de la parte especial del CP vigente, del PCP 1992 y del PCP 1994), a los que brevemente me referiré a continuación: en los delitos contra la vida e integridad física (especialmente el problema del consentimiento), en los delitos contra la libertad sexual (sobre todo en la violación intimidatoria), libertad e intimidad, y en los delitos patrimoniales y económicos (la estafa).

En los delitos contra la vida e integridad física pueden encontrarse conductas de la víctima con repercusión en la responsabilidad del autor, que pueden determinar la imposibilidad de imputación del resultado, sobre todo cuando la víctima, con su comportamiento activo u omisivo, incrementa un riesgo previo o, más aún, cuando de la misma forma crea un riesgo hasta entonces inexistente. Una cuestión central en este contexto es, obviamente, la relevancia que se otorga al consentimiento. Así, en el auxilio al suicidio y en las lesiones.

lidad criminal. Con un tenor literal semejante al del citado PCP 1994, el art. 112 CP establece que la responsabilidad penal se extingue por perdón del ofendido, cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente persegubles mediante denuncia o querella del agraviado. Matiza el citado artículo que, en los delitos contra menores o incapacitados, el Tribunal podrá rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio fiscal. En consecuencia, opera en los delitos antes mencionados, con la excepción prevista por el art. 443. Según el art. 467, el culpable de injuria o de calumnia contra particulares, quedará relevado de la pena impuesta mediando el perdón de la parte ofendida. Asimismo, el art. 487, sobre el abandono de familia, establece que el perdón expreso o presunto del ofendido, extingue la acción penal. Dicho perdón —añade el citado precepto— necesitará, oído el fiscal, ser aprobado por el tribunal competente. Por último, en lo que se refiere a los delitos de violación, agresiones sexuales, estupro y rapto, dispone el art. 443 que el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

37. Centrándose en el principio de *ultima ratio*, vid. SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, 1984, 361/362, n. 16, quien advierte que ello no contradice el papel del bien jurídico, pues con esta nueva concepción no se trata de eliminar la interpretación por el bien jurídico, sino de la complementación de la misma.

Las penas previstas para el auxilio al suicidio suponen una atenuación respecto de aquellas que corresponderían en caso de no mediar consentimiento: homicidio³⁸ y, más probablemente, parricidio o asesinato,³⁹ o ambos conjuntamente⁴⁰ en concurso ideal.⁴¹

En lo que se refiere a las lesiones, el principio general es, según el CP vigente, que las penas señaladas a las mismas se impondrán en sus respectivos casos aun cuando mediare consentimiento del lesionado. Por el contrario, el PCP 1994 (art. 155) dispone que «en los delitos de lesiones, si mediare el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en un grado».

Ahora bien, tanto en el Derecho vigente como en el citado Proyecto se incluyen determinados supuestos en los que se atribuye eficacia eximente al consentimiento. Así, a partir de las reformas de 1983 y 1989, el párrafo segundo del artículo 428 CP (semejante al art. 156 PCP 1994, que introduce algunas matizaciones)⁴² prevé que «el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados conforme a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transsexual, realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obteni-

38. En el CP (art. 407) vigente: reclusión menor; en el PCP 1994 (art. 138): prisión de diez a quince años.

39. En el CP vigente: reclusión mayor en grado máximo, en caso de asesinato (406), y reclusión menor en caso de parricidio (405); en el PCP 1994 (art. 139), para ambos casos, prisión de quince a veinte años.

40. Según el art. 140 PCP 1994, si, por ejemplo, concurren alevosía y parentesco (ascendiente, descendiente o cónyuge), se impondrá la pena de veinte a veinticinco años.

41. A tenor del art. 409 CP vigente, «el que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor». Por su parte, el art. 143 PCP 1994 establece lo siguiente: «1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión menor de cuatro a ocho años. 2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegare hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, sería e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que hubiera conducido necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo». (Según el art. 149.1 PCP 1992, «el que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años...»).

42. El PCP 1994 dispone lo siguiente en el art. 156: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transsexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuere menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona declarada incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.»

do viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo —matiza el citado precepto tras la reforma de 21 de junio de 1989— no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio fiscal y previa exploración del incapaz.

Por último, el artículo 428 advierte que el consentimiento al que se refiere su reproducido párrafo segundo no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 422, esto es, en la mutilación o cualquier otra inutilidad con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento.⁴³

Otro campo conflictivo desde esta perspectiva es el de los delitos contra la libertad sexual. La vía de entrada de las consideraciones victimológicas en estos delitos se abre a través de principios próximos a la cuestión de la «provocación de la víctima». Es decir, a través de determinados comportamientos de la víctima que crearían o incrementarían el riesgo a que están expuestos sus bienes jurídicos. Debe advertirse, sin embargo, que en este ámbito de los delitos sexuales, tanto la exención de responsabilidad como la atenuación derivadas del comportamiento de la víctima son cuestiones muy discutibles.

En cuanto a la exención, se parte de la base de que la mera provocación sexual de la víctima no trae, por sí misma, como consecuencia que el hecho se le impute a ella, en vez de al autor, cuando éste, a pesar de la provocación, lleva a cabo una conducta dolosa y responsable. Sin embargo, no hay que descartar la posibilidad de que, en determinados casos, quepa atribuir plenamente a la víctima el hecho delictivo. Así, cuando la provocación sea tan intensa que, en combinación con otros factores de la personalidad del autor, lo hagan (parcial o) totalmente irresponsable: por ejemplo, aunque se rechazan los casos normales de seducción por la víctima, sí sería relevante, sin embargo, la seducción de un semiimputable por una mujer, a la que aquél acaba forzando. En cuanto a la atenuación, la provocación de la víctima puede disminuir para el autor la exigibilidad de su conducta ajustada a Derecho. Podría apreciarse una disminución de la culpabilidad, pero también cabe la posibilidad de dis-

43. El art. 422 CP establece: «El que se mutilare o prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrá en la pena de prisión menor. Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento».

minución del injusto en la medida en que la víctima crea una parte del riesgo que se expresa en el resultado y que, en consecuencia, esa parte puede serle atribuida a ella misma.⁴⁴

La violación intimidatoria —acceso carnal conseguido mediante amenaza— es uno de los casos en que la doctrina española ha atendido de forma particular a la actitud de la víctima para la determinación de la responsabilidad del autor. La gravedad de la pena —doce años y un día a veinte años de reclusión menor— prevista por el artículo 429 CP vigente (muy superior a la prevista por el artículo 174 PCP 1994: prisión de seis a doce años), es probablemente la razón por la que se tratan de restringir las modalidades de conducta que tendrían cabida en el concepto «intimidación», decisivo a estos efectos.

Desde la perspectiva victimodogmática se trata de delimitar el ámbito de responsabilidades. Con otras palabras, de analizar hasta qué punto el yacimiento intimidatorio puede ser imputable a la víctima, por su comportamiento o actitud adoptadas ante la referida «intimidación» posible. Para ello, lo decisivo es descubrir si, y en qué medida, es exigible una «resistencia» por parte de la víctima, que, de no llevarla a cabo, pudiendo hacerlo, supondría que accede conscientemente a la lesión del bien jurídico.⁴⁵

No todo yacimiento consentido por la víctima como consecuencia de una intimidación integra la citada modalidad delictiva, pues para ello, en atención a la grave pena prevista, es preciso que desde un punto de vista objetivo-general *ex ante*, dicha amenaza sea, asimismo, de suficiente gravedad. En consecuencia, si la víctima accede al yacimiento ante una amenaza insignificante o de poca entidad, el autor no responderá por violación intimidatoria. Ahora bien, en esta perspectiva generalizadora deben introducirse correcciones individualizadoras; esto es, tomando en consideración las características personales de las hipotéticas víctimas de la intimidación. Para valorar la gravedad de la intimidación es preciso tener en cuenta el grado de vulnerabilidad o resistencia de la víctima: las posibilidades concretas de oponerse a la acción intimidatoria. Lo decisivo no es tanto la gravedad de la intimidación en abstracto cuanto la entidad real de la amenaza para esa concreta víctima, a la cual se la deja en una situación sin salida, independientemente de que la pena prevista para la hipotética intimidación (el contenido de la amenaza) sea mucho menor que la prevista para la violación misma.

44. *Vid. SILVA SÁNCHEZ, Beristain-LH, 1989, 642, n. 54 y 646 n. 74.*

45. En la doctrina española se deben a GIMBERNAT (Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria. En: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1980, 227-248) los primeros intentos de restringir teleológicamente el tipo de la violación intimidatoria. A tenor del art. 429.1 CP será castigado con la pena de reclusión menor quien, con (fuerza o) intimidación, tuviere acceso carnal —vaginal, anal o bucal— con otra persona. Aunque la tesis de GIMBERNAT ha sido acogida en sus aspectos fundamentales por la doctrina española, se considera, sin embargo, que debido a su carácter generalizador olvida las características personales de los posibles sujetos afectados.

En un entorno próximo a lo que acabamos de ver, se encuentran los delitos contra la libertad en general. Por ejemplo, en las detenciones ilegales, en las amenazas y coacciones y, en general, en todos aquellos en los que existe una cierta influencia psíquica del autor sobre la víctima, la doctrina presta también un especial interés a su estudio desde la perspectiva victimodogmática. Así, en las amenazas y coacciones, se considera que no todo quebranto de la libertad del sujeto, que no toda amenaza, es típica a los efectos del correspondiente delito, pues para ello se exige que el ataque revista una relativa seriedad. Desde esta perspectiva se entiende que, por parte de la víctima, existe un cierto deber de no ceder ante las agresiones menores. Naturalmente, todo ello en atención, nuevamente, a la concreta situación y posibilidades de la víctima.

Si se quiere buscar un baremo adecuado, éste puede ofrecerlo la motivabilidad de un hombre cuidadoso y prudente; y en esa medida habrá que valorar la impresionabilidad de la amenaza o intimidación.⁴⁶ Como en casos anteriores, también aquí se ha puesto de manifiesto la intrínseca relación de estas consideraciones con las propias de la imputación objetiva, lo que demuestra, una vez más, la capacidad de ésta para integrar postulados victimodogmáticos.⁴⁷

Otro campo digno de atención desde esta perspectiva es el de los delitos contra la intimidad. En este contexto se discute sobre todo si falta el merecimiento de protección penal a los sujetos que no guardan celosamente su intimidad,⁴⁸ o la venden, o ni siquiera hacen uso de los medios de que normalmente disponen para protegerla. En tales casos suele acudirse dogmáticamente a la figura del consentimiento para excluir (generalmente por falta de tipicidad, aunque también podría entrar en juego en algunos casos la justificación) la responsabilidad penal del autor. Un caso en particular lo constituyen, por ejemplo, las escuchas telefónicas.⁴⁹

Por último —y dejando aparte otros muchos casos⁵⁰— en los delitos

46. En este sentido, SCHÜNEMANN, *NSfZ*, 1986, 440.

47. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Beristain-LH*, 1989, 645-646, y en: *Victimodogmática en el Derecho español*, 1990, 199.

48. En opinión de SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, 1984, 364 —refiriéndose al delito de revelación de secretos, *Geheimnisverrat* (203 *StGB*)—, la delimitación efectuada por el legislador en el ámbito protegido jurídico-penalmente en la intimidad sólo puede ser interpretada razonablemente en un concepto-global victimológico; de esta forma puede entenderse, por ejemplo, la punibilidad del médico y la impunidad del curandero en el caso de la revelación de uno de los secretos a ellos confiados.

49. Desde esta perspectiva, *vid.* DE VICENTE REMESAL, «Descubrimiento y revelación de secretos mediante escuchas telefónicas. Atipicidad de recepciones casuales. Consideraciones sobre el empleo de teléfonos inalámbricos», *PJ*, 1990, 159 y ss.

50. Entre ellos, por ejemplo, los hurtos en grandes almacenes. Respecto de su despenalización en el Derecho alemán observa, frente a la opinión contraria, SCHÜNEMANN (*NSfZ*, 1986, 440, n. 81, con amplias referencias doctrinales), que la misma no puede fundamentarse victimológicamente porque el abandono de la autoprotección como tal en los delitos de intervención, como es el hurto, no suprime la necesidad de protección.

patrimoniales y económicos, es sobre todo en el de estafa donde tradicionalmente se han destacado de forma especial las consecuencias del comportamiento de la víctima en la responsabilidad del autor. Tanto en la doctrina alemana como en la española se encuentran amplias referencias en este sentido, sin que falten tampoco en nuestro Derecho específicas consideraciones por parte de la jurisprudencia.

En el amplio abanico de supuestos de estafa, ocupan en este contexto un lugar destacado los conocidos casos del «estafador estafado», en sus diversas modalidades. Todos ellos tienen en común la característica de que la víctima, por el hecho de pretender, a su vez, defraudar a otro, contribuye directamente a la realización de la conducta típica.⁵¹

51. La discusión fundamental de la doctrina en el delito de estafa se centra en la diferenciación del contenido y efectos de los conceptos «error» y «duda». Como pone de manifiesto SCHÜNEMANN (*Faller-Fs*, 1984, 363), cuya exposición sigo aquí, la interpretación del tipo de estafa, en aspectos victimológicos, fue analizada por primera vez por AMELUNG [GA, 1977, 1, 6 y ss.] en el año 1977 y, en concreto, en el contexto de la discusión de la cuestión de si una *duda* del engañado podía ser calificada como *error* en el sentido del 263 StGB. Con la finalidad de separar del tipo de estafa todas aquellas relaciones-autor-victima en las cuales la víctima podía haberse preservado sin más de los daños, mediante una adecuada observancia de sus posibilidades de autodefensa, AMELUNG ha separado del concepto *error* todas aquellas *dudas* que descansan sobre un punto de partida concreto, y con ello ha eliminado del ámbito de protección del tipo de estafa a toda víctima que, con tal duda, efectúa un acto de disposición. Raimund HASSEMER ha seguido desarrollando este concepto en el año 1981, formulando el principio de que no son abarcadas por el tipo de estafa las acciones de agresión que no neutralizan las posibilidades de auto-protección de la víctima en la estafa; de tal manera que no necesita ni merece protección aquel portador del bien jurídico que, sobre la base de una concreta duda, está en condiciones de buscar más información o de abstenerse en absoluto, prudentemente, de llevar a cabo la disposición patrimonial pretendida por el autor (R. HASSEMER *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in 263 StGB*, Berlín, 1981, 134 y ss., 137 y ss., 140 y ss.). Como muestra la exemplificación de estas líneas directrices en los distintos grupos de casos, entiende SCHÜNEMANN *loc. cit.* que a través de ello se ve realizada, de una manera totalmente plena de sentido desde el punto de vista político-criminal, la idea de la co-responsabilidad de la víctima en lo que afecta a su propia esfera patrimonial y, asimismo, se ve evitada una hipertrofia punitiva, nada deseable, que se produciría si se penalizase esa zona gris en la que dos negociantes practican sus intentos de engañarse mutuamente. La fecundidad de la máxima victimológica —manifiesta SCHÜNEMANN *loc. cit.*— puede reconocerse, además, fácilmente (aunque todavía no de forma tan desarrollada y detallada como en el caso de la característica típica del «error») en otras dos características del tipo de estafa: en el concepto disposición (*Verfügungsbegriff*) y en el concepto patrimonio (*Vermögensbegriff*). Según el denominado *punto de vista funcional*, defendido de forma mayoritaria últimamente, no existe disposición patrimonial cuando la víctima está enterada de las consecuencias dañosas que se producirán a través de su acto de disposición, y actúa solamente movido por algo diferente al (requerido) error relacionado con el patrimonio; una restricción del tipo desde el punto de vista normativo puede aclararse en estos casos mucho mejor con la carencia de necesidad y merecimiento de protección de la víctima. Al respecto observa SCHÜNEMANN, *Faller-Fs*, 1984, 363, n. 23, que: «la estafa de donación y de caridad (*Spenden- und Bettelbetrug*), cuya punibilidad se reconoce generalmente, puede ser fundamentada más convincentemente con la máxima victimológica que con la artificiosa teoría de la falta de fin social (*soziale Zweckverfehlung*), la cual, desde el punto de vista dogmático, significa una pura construcción *ad hoc* sin anclaje sistemático y que apenas es compatible con las premisas del concepto económico de patrimonio». Por otra parte —concluye *loc. cit.* n. 24—, la teoría jurídico-económica de la intervención (*juristisch-ökonomische Vermittlungslehre*), que niega la protección jurídico-penal a los bienes poseídos (obtenidos) en contradicción con el ordenamiento jurídico, estriba asimismo directamente sobre dicha máxima victimológica.

Resumidamente, desde la perspectiva victimológica,⁵² decae el merecimiento de protección penal para la víctima que, no encontrándose en una situación de error pleno, sino de duda (salvo que ésta sea debida a una grave o burda imprudencia de la víctima),⁵³ realiza el acto de disposición sin haberse informado más a fondo, pues, en tales casos, se consideraría exigible la obtención de esa mayor información.⁵⁴ Dicha «exigibilidad» excluiría ya, por ejemplo, a los sujetos afectados por especiales características personales (por ejemplo, por su vejez) o circunstanciales, pues en tales casos faltaría la conciencia razonable de la situación de peligro y, en consecuencia, la posibilidad de llevar a cabo una conducta alternativa adecuada y exigible.⁵⁵ El comportamiento de la víctima pasaría a ser, pues, en aquellos casos no excepcionales, irrelevante desde dicha perspectiva, como lo es el «rol de defraudado»; estructuralmente estaríamos ante delitos plurisubjetivos de cooperación necesaria para la realización del tipo.⁵⁶

52. En la doctrina española, *vid.*, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) II. Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, 182-183.

53. Así ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlín, 1986, 287 y ss.

54. En la doctrina alemana, *vid.*, en este sentido R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, 1981, 113 y ss. En la española, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Beristain-LH*, 1989, 644-645, quien advierte asimismo que es posible llegar a la misma solución a partir del art. 528 CP, pues existe una coincidencia del enfoque victimológico con las perspectivas de la imputación objetiva en la delimitación de las aportaciones autor-victima. El art. 528 CP establece que cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero. Sobre la base de este tenor literal del precepto, concretamente a raíz de la expresión «engaño bastante para producir error», puede llegarse a la misma solución que la mantenida desde el enfoque victimológico. El requisito bastante, referido al engaño, es reflejo de un juicio de adecuación, en el que deben tenerse en cuenta las condiciones del sujeto pasivo y sus posibilidades reales de autoprotección. La propia jurisprudencia española se ha referido en ocasiones al doble módulo —objetivo y subjetivo— para la determinación de las consecuencias del posible «error» en que hubiese incurrido. Junto a la opinión de que hay que excluir aquellos supuestos en que el perjuicio se causó por la estúpida credulidad y extraordinaria indolencia de la víctima, reconoce la jurisprudencia la necesidad de completar el módulo objetivo con el subjetivo, tomando en cuenta las condiciones personales del sujeto pasivo, de modo que haya que apreciar también el engaño *intuitu personae*. Añade SILVA *ob. cit.* que todo ello muestra en nuestra doctrina —y no sólo en este caso concreto, sino en general— una coincidencia entre la perspectiva victimológica y la propia de la imputación objetiva, que parte de una contemplación del hecho *ex ante* del autor, con las consecuencias que ello trae consigo en la valoración del comportamiento de la víctima para la determinación de la responsabilidad del autor. En algunos casos puede conducir a negar, en el hecho del autor, el propio injusto de su conducta, excluyendo toda responsabilidad penal; en otros, quizás solamente pueda negarse la imputación del resultado del hecho, respondiendo el autor por tentativa. Cuando, considerado *ex ante*, el engaño aparece como insuficiente, como no-bastante para producir error en la víctima, tomando en cuenta sus concretas circunstancias personales y posibilidades, nos encontramos ante un hecho atípico de estafa; ante una tentativa irreal. De tal forma que si, pese a todo, la víctima acaba realizando un acto de disposición en perjuicio de su patrimonio, ésto no podrá cambiar la calificación; es decir, el autor quedará impune. Si, por el contrario, *ex ante* concurre un engaño que sí es suficiente, bastante, para producir error, pero la posterior intervención de la víctima rompe toda conexión entre el mismo y el resultado último, podrá afirmarse la existencia de tentativa o frustración, pero no de un delito consumado de estafa (*ob. cit.* 645 y en *Victimodogmática en el Derecho español*, 1990, 198).

55. En este sentido, R. HASSEMER, *Schutzbedürftigkeit*, 1981, 98 y ss.

56. Lo mismo sucedería en el rapto con el «rol de raptada», como expone HASSEMER, *Klug-FS*, 1980, 219.

II

Dentro ya del contexto de la reparación, nuestro ordenamiento jurídico prevé —con carácter desigual y a veces insuficiente— normas concretas en diferentes ámbitos. Así, en la reparación pública (donde las previsiones del ordenamiento español son notablemente menores a las de otros países de nuestro entorno),⁵⁷ en el ámbito de los menores (donde hay que destacar la LO 4/1992, de 5 de junio, que en su art. 16 prevé la suspensión del fallo),⁵⁸ en la legislación penitenciaria,⁵⁹ en el ordenamiento procesal y, fundamentalmente, en el Derecho penal material y en la correspondiente vinculación de éste con el formal. Centrándome en este último ámbito, me limitaré en este momento a reflejar de forma muy resumida el contenido de dichas disposiciones, para, posteriormente, introducir algunas consideraciones *de lege lata* y *de lege ferenda* sobre la operatividad de las mismas en el Derecho vigente y en las futuras previsiones legislativas.

Una primera vía de atención a los intereses de la víctima son las disposiciones relativas a la responsabilidad civil derivada del delito, las cuales, en nuestro Derecho tienen la peculiaridad de que se recogen dentro del propio Código Penal, en los artículos 19, 21, 22 y 101 a 111. A tenor del artículo 19, «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente». Dicha responsabilidad comprende, según el artículo 101, la restitución, la reparación del daño causado, y la indemnización de perjuicios». La reparación se hará —según el art. 103— valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afección del agraviado. Por otra parte, en las responsabilidades

57. Nuestro sistema jurídico —a diferencia del Derecho comparado y de las sugerencias y recomendaciones emanadas del Consejo de Europa— deja a la víctima bastante desamparada en este campo. Lo normal es que el Estado (aun declarado como Estado *social*) no se haga cargo de las indemnizaciones cuando el culpable es insolvente, limitándose los programas indemnizatorios de ámbito estatal a las víctimas de terrorismo. Sí existen, por el contrario, ambiciosos programas locales de asistencia a las víctimas, así como oficinas, servicios y asociaciones, tanto de ámbito institucional como particular.

58. La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores, que modifica el Decreto de 11 de junio de 1948 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. El citado art. 16 establece lo siguiente: «En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo por tiempo indeterminado y máximo de dos años, siempre que, de común acuerdo, el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, acepten una propuesta de reparación extrajudicial. Ello no obstante, podrá acordarse la suspensión del fallo si los perjudicados, debidamente citados, no expresaran su oposición o ésta fuera manifiestamente infundada».

59. Estrechamente vinculadas con lo previsto por la CE en su art. 25.2, ténganse en cuenta, en el Reglamento penitenciario, los artículos. 206-209, relativos a las remuneraciones, disposición del salario y participación en beneficios (en relación con los arts. 27,2 y 33 de LOGP).

pecuniarias del reo se establece en el artículo 111 un orden de prelación en el que se otorga carácter preferente a la reparación del daño e indemnización de perjuicios.⁶⁰

Otra norma que, en una de sus modalidades, se orienta específicamente a satisfacer los intereses de la víctima es la circunstancia atenuante genérica de rectificación postdelictiva, o de comportamiento postdelictivo positivo, más conocida por la denominación —inapropiada— de arrepentimiento espontáneo.⁶¹ Según el artículo 9.9.º CP, es circunstancia atenuante (genérica, pues también se prevén atenuaciones específicas o tipos privilegiados como consecuencia de conductas o actitudes más o menos similares, en las cuales ahora no puedo detenerme), el «haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción». Asimismo, cualquier otra de análoga significación con ella.

Otra institución con grandes posibilidades en principio a este respecto es la remisión condicional de la pena, regulada en los artículos 92 y ss. CP. Los tribunales (según el art. 92) pueden otorgar la remisión condicional, que deja en suspenso la ejecución o cumplimiento de la pena impuesta (inferior a un año de privación de libertad o, en algunos casos, inferior a dos años), cuando concurren determinadas circunstancias, previstas en los artículos 93 y 93 bis, entre ellas que el reo haya delinquido por primera vez.⁶² La condena condicional, advierte el artículo 97, no alcanza a las responsabilidades civiles.⁶³ En el artículo 96 CP se prevé, asimismo, que en los delitos que sólo pueden ser perseguidos a instancia de parte el Tribunal oirá a la persona ofendida o a

60. Art. 111: «En el caso de que los bienes del penado no fueren bastantes para cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por el orden siguiente: 1.º La reparación del daño causado e indemnización de perjuicios 2.º La indemnización al Estado por el importe del papel sellado y los gastos que se hubieren hecho por su cuenta en la causa 3.º Las costas del acusador privado 4.º Las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados 5.º La multa. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.»

61. Sobre esta denominación y ampliamente sobre la fundamentación y ubicación sistemática de esta circunstancia atenuante y de otros supuestos de comportamiento postdelictivo, *vid.* en nuestra doctrina DE VICENTE REMESAL *El comportamiento postdelictivo*. Servicio de publicaciones de la Universidad de León, León, 1985, *passim*.

62. Art. 92: «Se confiere a los Tribunales la atribución de otorgar motivadamente por sí o de aplicar por ministerio de la Ley la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena. El plazo de esta suspensión será de dos a cinco años, que fijarán los Tribunales, atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta». Art. 93: «Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de las penas contenidas en el art. 27: 1.º Que el reo haya delinquido por primera vez».

63. Art. 97: «La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio... ni alcanzará a las responsabilidades civiles.»

quien la represente, antes de conceder el beneficio de la remisión condicional de la pena.⁶⁴

Por último, también en la rehabilitación juega —al menos en teoría— un papel importante la satisfacción de los intereses de la víctima. Según establece el artículo 118 CP, para obtener el beneficio de la rehabilitación será, entre otros, requisito indispensable, tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Tribunal sentenciador, salvo que hubiera venido a mejor fortuna.^{65, 66}

III

Veamos finamente si y en qué medida dicha normativa atiende o permite atender a los intereses de la víctima.

64. PCP 1994: Art. 81. «1. Los Jueces o Tribunales podrá otorgar motivadamente la condena condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad... 3. La condena condicional no será extensiva a las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta penados.» Art. 82. «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: ... 4.º Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo los supuestos de imposibilidad total o parcial de hacer frente a las mismas, apreciada por el Juez o Tribunal después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal». Art. 84. «1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo... cumpla las reglas de conducta que el Juez o Tribunal Sentenciador, si lo estima necesario, le hubiere fijado de entre las siguientes: ... 4.º Reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños y perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del Juez o Tribunal y con la audiencia del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo». Art. 87. «En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.»

65. Art. 118 CP: «Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo los efectos de la pena. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o del Tribunal sentenciador. Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables: ...2.º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Tribunal sentenciador, salvo que hubiera venido a mejor fortuna...».

66. Ya el PCP 1992 preveía, en determinados casos, la posibilidad de *sustitución de la pena de prisión*. Aunque la reparación del daño no se mencionaba expresamente entre los requisitos que se valoraban para ello, dicha reparación podía tener cabida en las referencias genéricas del art. 88 PCP 1992 a «las circunstancias personales del reo, su conducta y la naturaleza del hecho». Textualmente dispone el citado art. 88: «Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa conformidad del Ministerio Fiscal, vistas las posibilidades efectivas de cumplimiento, en la forma que reglamentariamente se determine, las penas de prisión que no excedan de dos años impuestas a los delincuentes no habituales, por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, atendidas las circunstancias personales del reo, su conducta y la naturaleza del hecho...». Por el contrario, el PCP 1994 reintroduce, incluso acentuándola, dicha mención a la reparación del daño, a la vez que otras modificaciones de cierta importancia. El art. 89 del citado PCP 1994 establece: «Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, oído el Ministerio Fiscal, y a la vista de las posibilidades efectivas de cumplimiento, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales.»

No cabe duda de que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil derivada del delito se orientan en esa dirección y que, como he anticipado, al sustanciarse tal responsabilidad en el propio proceso penal, bien puede decirse que dicho proceso se orienta al restablecimiento de la paz jurídica entre el autor y la víctima, además de entre autor y sociedad. Sin embargo (aparte de ciertos defectos técnico legislativos, alguno de los cuales ha motivado el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad: por ejemplo, el orden de prelación antes mencionado),⁶⁷ dicha institución, aparentemente muy considerada con los intereses de la víctima, constituye más un reconocimiento teórico que un medio de auténtica efectividad práctica en muchos casos.

Uno de los problemas que despierta una especial preocupación de la doctrina y de los responsables de la Administración de Justicia es el que radica en el reconocimiento del hecho de que no es extraño que la víctima, tras un proceso muchas veces demasiado largo, no logre obtener, pese a la sentencia condenatoria, la reparación en el orden civil. Asimismo en el convencimiento de que dicha desprotección no sólo se debe a la falta de una normativa específica —más protectora— al respecto, sino también a la incorrecta aplicación de la existente.

Por ello es preciso (y en atención sobre todo a la situación especialmente dolorosa que se origina en determinados delitos, por ejemplo, de sangre, sexuales, abandonos de familia), por una parte, que se arbitren medidas que, al menos hasta ciertos límites, permitan la asunción de las indemnizaciones por el Estado (a reserva de repetir contra el culpable); y, por otra parte,⁶⁸ que se extremen las precauciones en la correcta aplicación de la normativa existente en favor del reconocimiento de los intereses de la víctima y, en particular, de los indemnizatorios.

Probablemente sea correcto afirmar que, tanto en el ámbito jurídico material como en el procesal, nuestro ordenamiento jurídico contiene múltiples instrumentos que contradicen la idea de olvido de la víctima. Desde el punto de vista procesal, por ejemplo, se reconoce relevancia a la víctima antes de la apertura del procedimiento (con el derecho y el deber de denunciar, así como el de ejercitar, por medio de la querella, la acción penal); durante la tramitación de la causa (derecho a ser oído en declaración, instruido en sus derechos, a que se le haga el ofrecimiento de acciones prevenido en el artículo 109 LECrim, derecho a mos-

67. Mantienen en esencia la misma regulación el PCP 1992 (arts. 112 y ss.) y el PCP 1994 (arts. 109 y ss.; art. 126: «1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente: 1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios. 2.º A la indemnización al Estado...»).

68. Así se desprende la Instrucción 1/1992 de la Fiscalía General del Estado y de las manifestaciones de los Fiscales de las Audiencias Provinciales en la MemFGE 1992.

trarse parte acusadora o meramente como actor civil, a intervenir en el procedimiento proponiendo pruebas y pudiendo recurrir las resoluciones judiciales); en la fase intermedia (derecho a intervenir en el juicio oral); y tras la sentencia (derecho a recurrir). Sin embargo, incluso quienes así opinan destacan que al menos se trata de un reconocimiento teórico y que, a pesar de todo, en la práctica, la situación de la víctima continúa siendo insatisfactoria, al hilo de las manifestaciones recogidas en la citada MemFGE 1992 y de las pautas del tratamiento a la víctima en la Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Como pone de manifiesto la Instrucción I/92, de la Fiscalía General del Estado, la protección a la víctima del delito no se agota con la sanción penal al delincuente, sino que debe lograr también la satisfacción a la víctima de todos los efectos del mismo: restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de perjuicios. Aunque así lo proclama también el artículo 19 CP y lo regulan los artículos 101 y ss. del mismo, suele denunciarse que, salvo en accidentes de circulación en que intervienen las compañías aseguradoras o el Consorcio de Compensación de Seguros, es total la desprotección de las víctimas de las infracciones penales basándose en declaraciones de insolvencia de los penados, de forma casi automática.

Suele coincidirse en la idea de que la desprotección indemnizatoria de las víctimas de infracciones penales se debe en gran medida a la casi automática declaración de insolvencia de los penados. Frente a ello deben adoptarse medidas concretas, que pueden materializarse en los diferentes momentos del proceso: desde la misma intervención policial hasta la resolución firme. La desprotección para las víctimas en el ámbito indemnizatorio no sólo se produce en los casos en que no llega a descubrirse al autor del delito y en aquellos otros de insolvencia real y de no mejora de fortuna (en los cuales la única alternativa sea, quizás, la de establecer un mecanismo indemnizatorio a cargo del Estado, al menos en los delitos más graves o de mayores perjuicios), sino también, desgraciadamente, y a veces por un incorrecto funcionamiento de la Administración de Justicia, en muchos otros casos de «falsas insolvencias». En prevención de estas situaciones debe haber una vigilancia permanente en la tramitación de las piezas de responsabilidad civil, con la finalidad de impedir los rutinarios pronunciamientos de insolvencia. Hay que evitar que se declare la insolvencia de los imputados prácticamente con su sola manifestación y la de dos testigos, exigiéndose, en cambio, que se lleve a cabo una correcta investigación sobre la existencia de bienes para descubrir las «falsas insolvencias». Esto es, con una investigación profunda de los bienes del incul-

pado, con informes de equipos especializados. Es preciso, por otra parte, tomar precauciones especiales en el archivo de ejecutorias cuando se alega el impago por insolvencia. En una causa criminal, cuando hay indemnizaciones sin pagar por insolvencia de los obligados, no debe acordarse el archivo definitivo presumiendo la imposibilidad de que aquéllas sean satisfechas. Dicho archivo debe ser provisional y, además, deben revisarse periódicamente las insolvencias declaradas.

En lo que se refiere a la institución de la remisión condicional de la pena (o suspensión de la ejecución de la pena), la regulación del CP vigente no constituye, a decir verdad, un ejemplo en cuanto a la finalidad de satisfacer los intereses reparatorios de las víctimas. Antes al contrario, el centro exclusivo de atención gravita sobre el delincuente: la reparación al perjudicado no figura entre los requisitos para obtener la remisión condicional. Sólo de forma indirecta puede ser tomada la víctima en consideración (según el art. 96 y tal como hemos visto) en los delitos perseguitables a instancia de parte. No obstante, también aquí debería prestarse especial atención al dato de si se han abonado las indemnizaciones cuando hay motivo para sospechar que el condenado tiene, pese a su insolvencia formal, posibilidades reales de satisfacerlas.

Esta preocupación por la víctima se vio plasmada ya en el PCP 1992,⁶⁹ que se manifestaba más claro y decidido en esa dirección. Por una parte, porque incluía la reparación entre los requisitos para conceder la remisión (pues, según el art. 81.4.^o es preciso que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo los supuestos de imposibilidad total o parcial de hacer frente a las mismas, apreciada por el juez o tribunal con la previa conformidad del Ministerio fiscal) y, por otra parte, porque también preveía la imposición de determinadas reglas de conducta (art. 83) que tienden a aumentar las posibilidades de que la víctima sea resarcida, así como a evitar el automatismo en la declaración de insolvencia.⁷⁰

Por otro lado —y paralelamente a las observaciones hechas anteriormente sobre la responsabilidad civil—, también en la rehabilitación se precisa,

69. PCP 1992. Art. 80: «Los Jueces o Tribunales podrán otorgar motivadamente la condena condicional, que deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad... 3. La condena condicional no será extensiva a las responsabilidades civiles derivadas del delito o falta penados.» Art. 81: «Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes: ... 4.^o Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo los supuestos de imposibilidad total o parcial de hacer frente a las mismas, apreciada por el Juez o Tribunal con la previa conformidad del Ministerio Fiscal.» Art. 83: «1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará condicionada a que el reo... cumpla las reglas de conducta que le podrá fijar, en cada caso, el Juez o Tribunal sentenciador, de entre las siguientes: ... 4.^o Reparar, si no hubiere sido posible hacerlo anteriormente, los daños o perjuicios ocasionados por el delito, salvo que se demuestre a satisfacción del juez o Tribunal y con la conformidad del Ministerio Fiscal, estar el reo en imposibilidad de hacerlo»

70. De similar contenido es la normativa del PCP 1994: arts. 81.3; 82.4.^o y 84.4.^o

para que el reconocimiento teórico tenga una aplicación práctica real, ser más rigurosos a la hora de apreciar el cumplimiento del requisito de haber satisfecho la responsabilidad civil. En estos supuestos raramente se cumple en la práctica dicho requisito. Si dicho requisito se observara con rigor en todos aquellos casos de solvencia real o sobrevenida, no cabe duda de que a través de la rehabilitación se dispondría de un buen instrumento legal para conseguir el resarcimiento efectivo de las víctimas.⁷¹

Me centraré, por último, en la anteriormente referida atenuante genérica de comportamiento postdelictivo. No cabe duda de que la misma constituye una vía específica en favor de la víctima. Sin embargo, la forma en que se plasma —como hemos visto— en el texto legal vigente y la interpretación que del mismo ha hecho y en buena parte sigue haciendo la jurisprudencia limitan mucho su operatividad.

No puedo detenerme aquí —con la profundidad que ello requiere— en las cuestiones fundamentales relativas a la situación sistemática y al fundamento o fundamentos del comportamiento postdelictivo en general (de sus diversos efectos, atenuantes o incluso eximentes en algunos casos) y de la atenuante genérica del mismo nombre,⁷² para lo cual es preciso acudir a una constante confrontación de los distintos supuestos de comportamiento postdelictivo entre sí, y de éstos a su vez con una institución paralela pero previa a la consumación: el desistimiento voluntario. Sí es necesario, no obstante, ofrecer algunas ideas al respecto para la mejor comprensión de la operatividad de dicha atenuante.

La diferencia de la atenuante genérica de comportamiento postdelictivo con los supuestos de atenuación específica no se limitan a sus consecuencias jurídicas, sino que afecta también al contenido de la acción postdelictiva, al límite temporal relevante y sobre todo al móvil. Aunque todos ellos son casos de comportamiento postdelictivo, el fundamento de su relevancia jurídica difiere de unos a otros. Mientras en los supuestos especiales prevalecen las razones políticas o económicas —muchas veces coyunturales— por encima de (o incluso a veces en lugar de) las preventivas, en la atenuante genérica se encuentran estas consideraciones en primer plano.⁷³

71. En este sentido se manifiesta la MemFGE 1992 747-748.

72. Sobre todo ello, DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, 1985, *passim*.

73. El comportamiento postdelictivo positivo es (frente al negativo: antijurídico o jurídicamente indiferente) el realizado por el autor en beneficio de la víctima o de la Administración de Justicia; o el que por ésta se considera útil y por eso el Derecho lo valora positivamente. A dicho comportamiento, que no se limita sólo al tradicional e impropiamente denominado arrepentimiento espontáneo (ni tampoco a la rectificación voluntaria o espontánea, puesto que también se incluyen los supuestos en los que la ley no exige la correspondiente voluntariedad) la legislación penal reconoce dos diferentes clases de consecuencias jurídicas. Por una parte, la obligatoria o facultativa exención o atenuación específica de la pena —prevista por el legislador para algunos delitos— y, por otra, la atenuación de la pena con carácter general, esto es, la atenuante 9.^a del art. 9 CP. Ciertamente, no faltan opiniones que consideran que la respuesta legislativa sobre

Del estudio de la evolución histórica, tanto en el Derecho comparado como en el nuestro, se desprende la carencia de criterios uniformes acerca del fundamento y la situación sistemática de la rectificación postdelictiva. Las teorías que al respecto empiezan a consolidarse en el Derecho alemán, sobre todo a partir de 1969, pueden englobarse en dos tendencias. Una, minoritaria, que reconoce la relevancia del comportamiento postdelictivo en la determinación de la pena por cuanto aquél tiene una repercusión directa y autónoma sobre el delito —por lo que suelen denominarse «teorías del valor propio del comportamiento postdelictivo»—, y otra, mayoritaria, integrada por la denominada «construcción indicaria». Ésta, reconociendo el forzamiento de conceptos que entrañan las teorías del valor propio, considera que la posible repercusión de la rectificación postdelictiva en la determinación de la pena radica en que constituye un síntoma suplementario que retrotrae conclusiones psicológicamente fundadas sobre la culpabilidad existente en el momento de la comisión del delito.⁷⁴

Contra las teorías del valor propio se han esgrimido abundantes críticas, entre las que destacan la imprecisión e inseguridad de conceptos que derivarían de la afirmación de la relevancia autónoma del comportamiento postdelictivo sobre el delito después de la consumación. La teoría del indicio parte precisamente del carácter decisivo de dicho momento de la consumación del hecho (*Tatzeitpunkt*) y por eso piensa que tan sólo acudiendo a construcciones indicarias es posible explicar la influencia de la rectificación postdelictiva sobre la culpabilidad sin violar el principio de culpabilidad por el hecho. Sin embargo, frente a esta teoría surgen también importantes observaciones críticas. La mayoría de ellas —reconocidas incluso por sus propios defensores, quienes las admiten como mal menor— coinciden en delatar el peligro de incurrir en un mundo de ficciones mediante este procedimiento indicario basado en conclusiones de retroceso psicológicamente fundadas. Como resultado de todas estas críticas se llega a la conclusión de que la teoría o construcción indicaria tampoco ofrece una solución convincente para la valoración de la rectificación postdelictiva ni logra de forma satisfactoria situarlo sistemáticamente entre las circunstancias del delito, afirmando retrospectivamente una menor culpabilidad en el momento de la comisión del hecho.⁷⁵

Consecuencia de todo ello es que un sector de la doctrina —reconociendo la imposibilidad o en cualquier caso la dificultad y el forzamiento que supondría

la elección de los delitos en los cuales todavía después de la consumación puede actuar la rectificación postdelictiva —como causa de exención o atenuación de la pena— no la decide claramente ningún otro principio más que el de la causalidad. Aunque esta observación pudiese venir avalada por las conclusiones que se desprenden del análisis de la evolución histórica —donde lo único permanente sobre el valor reconocido al comportamiento postdelictivo ha sido y sigue siendo su variabilidad— creo, no obstante, que la relevancia de dichos supuestos responde a diversos principios orientadores, los cuales, por otra parte, no se identifican con los que fundamentan el reconocimiento jurídico-penal de la atenuante genérica. De ahí que deba destacarse una vez más la importancia del análisis comparativo de los diferentes casos de rectificación postdelictiva.

74. Cfr. DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 193 y ss., 209 y ss.

75. Cfr. DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 247 y ss.

la inclusión del comportamiento postdelictivo positivo en el injusto y la culpabilidad— acuda a la difusa categoría «punibilidad» para encontrarle su ubicación sistemática. Sin embargo, y en atención a las razones antes aducidas, sólo cabría incluir el comportamiento postdelictivo positivo bajo esta rúbrica si la denominación «punibilidad» se extendiese no sólo a requisitos adicionales —objetivos o personales— del delito mismo, sino también a los demás presupuestos, ajenos al hecho delictivo, que condicionan la imposición de una pena; extensión ésta, por otra parte, que quizá no sea muy conveniente englobar bajo la citada denominación «punibilidad».⁷⁶ La rectificación postdelictiva ha de encontrar su ubicación sistemática entre «otros presupuestos de la pena, distintos del delito», pues hay algo que no debe olvidarse: que la reacción postdelictiva, por ser precisamente eso —posterior al delito— no pertenece ni forma parte de él.

Podría plantearse la cuestión de que la atenuante de comportamiento postdelictivo debería formar parte del delito en la medida en que respondiese a consideraciones de prevención, general y especial.⁷⁷ Frente a esto hay que señalar lo siguiente.⁷⁸ La rectificación postdelictiva, cuando es voluntaria, permite una valoración positiva del autor desde el punto de vista preventivo especial. Pero como, además, no se trata sólo de circunstancias o condiciones subjetivas del autor, sino de un comportamiento, una conducta que éste realiza externamente y con determinados efectos, ello hace que también tenga relevancia desde consideraciones de prevención general, pues aquélla actuaría como modelo de última instancia frente a quienes puedan haber delinquido ya, de manera que la valoración por la colectividad de los hechos en su totalidad sea menos negativa. Sin embargo, esto no trae como consecuencia necesaria la citada inclusión del comportamiento postdelictivo en el delito, pues aunque los fines de la pena juegan un papel en todas las categorías del delito, también trascienden a él, como sucede en el presente caso.⁷⁹

El principal obstáculo para la aplicación de esta circunstancia radica en el requisito de «arrepentimiento»,⁸⁰ que ha dado pie, en la jurisprudencia tradi-

76. Cfr. DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 313 y ss.

77. Cfr. DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 347 y ss. y 385-386.

78. Coinciendo con LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, 260.

79. En realidad, como ha puesto de manifiesto LUZÓN PEÑA (*Estudios penales*, 1991, 258), lo que ha impedido a la mayoría de la doctrina comprender correctamente el significado de la rectificación voluntaria es un entendimiento excluyente y exagerado del principio del «Derecho penal del hecho» y el horror al *nefando* «Derecho penal del autor». Por lo que se refiere al tema que aquí se trata, no es cierto que el principio de responsabilidad por el hecho o, si se prefiere, de Derecho penal del hecho prohíba tener en cuenta otras actuaciones o circunstancias del autor distintas al hecho delictivo que concreten, rebajen o incluso excluyan la pena, o den lugar a que se suspenda o se sustituya por otra menos grave, pues nada de eso viola en absoluto en perjuicio del reo, sino al contrario, la garantía de que no se prescinda del hecho para crear responsabilidad penal.

80. Críticamente sobre la inclusión del término «arrepentimiento» y sobre las restricciones que de ella suele derivar la doctrina y jurisprudencia, *vid.* DE VICENTE REMESAL, *Comportamiento postdelictivo*, 1985, 96-122. Asimismo, sobre las posibles denominaciones de la atenuante, *vid.* el prólogo de LUZÓN PEÑA al citado libro de DE VICENTE REMESAL, 1985, 23-24 y n. 1.

cional, a una interpretación moralista de la atenuante, aún no superada. Bien es cierto que la jurisprudencia más reciente ya no otorga tanto valor, y desde luego no de esa forma, a la vertiente subjetiva. Aparece una tendencia a la objetivización, indicada desde el punto de vista político-criminal, que no es incompatible con los fines de prevención general y especial. Pero lo más adecuado sería suprimir dicha referencia expresa al arrepentimiento, como hizo ya el PCP 1992, en su artículo 20, cuyo tenor literal es el siguiente: «Son circunstancias atenuantes: ...5.º. La de haber procedido espontáneamente el culpable, antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción.»

No obstante, sigue existiendo un freno considerable para la apreciación de esta atenuante a través de una interpretación excesivamente rigurosa de la «espontaneidad». No son pocas las STS que entienden que falta la misma cuando el sujeto actúa tras conocer la apertura del procedimiento judicial o cuando en el sujeto concurre precisamente la finalidad de conseguir tal atenuación. Sería conveniente eliminar también esa referencia expresa, lo cual no impediría la exigencia tácita voluntariedad, interpretada de acuerdo con la *ratio* de la atenuante, que no sólo debe orientarse hacia el autor, sino también a satisfacer los intereses de la víctima.

Esta parece ser la dirección adoptada por el PCP 1994, el cual, en su artículo 22, desdobra la atenuante en dos figuras. Una —la circunstancia 3.º— relativa a la confesión, donde mantiene el requisito de que el culpable confiese a las autoridades la infracción antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él. Y otra la circunstancia 4.º— relativa a la reparación, con el siguiente texto: «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio, o haberlo procurado sería y convincentemente dando plena satisfacción al ofendido». ⁸¹

Se trata, como vemos, de una pretensión de aplicación más amplia de dicha atenuante genérica, lo cual se corresponde, por otra parte, con la eficacia otorgada a otros casos de comportamiento postdelictivo previstos en determinados tipos de la parte especial del CP. Aunque sin llegar todavía al reconocimiento que se le atribuye en otros ordenamientos: por ejemplo, en el Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (donde el principio de «voluntariedad», junto con el de «garantía de éxito», es uno de sus pilares).

81. Aparte de lo dispuesto en la circunstancia 5.º: «Y cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

Ahora bien, ni la regulación vigente ni la prevista en el PCP 1994 permiten —en mi opinión— afirmar que dicha atenuante se oriente preferentemente a satisfacer los intereses de la víctima.

Así se desprende —aparte de lo dicho sobre el «arrepentimiento» y la «espontaneidad»— del hecho de que para la aplicación de la atenuante basta en algunos con que el culpable «haya procedido a reparar» los efectos del delito. Y, a decir verdad, poco o nada le solucionan a la víctima los «esfuerzos» del autor si, al fin y a la postre, no se produce la reparación efectiva.⁸² La posibilidad de introducir la reparación simbólica (como prevé el AE-WGM) ayudaría a solucionar estas situaciones y otras semejantes, ampliando las posibilidades de la atenuante verdaderamente en favor de la víctima.

A pesar de todo, esta atenuante puede ser un medio eficaz y goza de dos grandes virtudes. Por una parte, es compatible con el «principio de aplicabilidad universal», evitando las posibles críticas de quebranto del principio de igualdad si se limitara a determinados delitos. Por otra parte, en la determinación de la pena, puede conducir a atenuaciones muy relevantes cuando, por ejemplo, es muy cualificada o concurre con otras atenuantes. Lo cual, además, puede dar lugar a aplicar otras consecuencias beneficiosas para el reo. En la medición de la pena, la reparación puede valorarse también a tenor de las reglas del artículo 61 CP. Aunque la reparación no se valore como atenuante, en atención, por ejemplo, al rigor del artículo 9,9.^º (ni 9,10.^º), puede tomarse en cuenta del siguiente modo en la determinación concreta de la pena. Según el artículo 61,4.^º, para acudir al grado mínimo cuando no hay circunstancias, porque la reparación haya repercutido en la menor gravedad del hecho o en la valoración positiva de la personalidad del delincuente. O, según el artículo 61,7.^º: en atención a la menor gravedad del mal producido, matizar la pena concreta dentro del límite del grado correspondiente.

Quiero terminar recordando unas ideas del Prof. ROXIN en un seminario sobre «La reparación del daño»,⁸³ celebrado no hace mucho en la Universidad de Barcelona. El castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima, pues dificulta la reparación o la imposibilita por completo; asimismo, el castigo reduce de manera drástica la voluntad del delincuente en favor de la reparación, pues no ve razón alguna para otras prestaciones cuando ve retribuido su delito con la pena sufrida. De esta forma, el delincuente llega al convencimiento de que la reparación carece de sentido. Y, ciertamente —como tam-

82. En el mismo sentido, MADLENER, Kurt, «La reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho penal», en: *Estudios de Derecho penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia), en homenaje al profesor J.M. Rodríguez Devesa, II, 1989, 9-32 (23).

83. Concretamente en su ponencia (ejemplar mecanografiado, 20 páginas) titulada *La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones*.

bien advertía el Prof. ROXIN—, estos inconvenientes no han pasado desapercibidos al legislador. Cuestión bien distinta es la actitud que se adopte al respecto. No cabe duda de que una de las más decididas y comprometidas es la que han adoptado los autores —alemanes, austriacos y suizos— del «Proyecto Alternativo sobre reparación del daño», de indudable valor para la discusión científica y las iniciativas legislativas; aparte de por el contenido mismo de sus propuestas.

Nuestro sistema penal y sus previsibles reformas no parecen seguir ese camino. Pero el AE-WGM es ya en este momento un instrumento muy valioso para introducir nuevos criterios interpretativos en nuestro Derecho vigente y para destacar —como hemos visto— las virtudes y defectos del mismo.

Es fundamental, por otra parte, porque ha despertado el interés, hasta ahora muy débil, por impulsar la aplicación correcta de los mecanismos y medios que brinda la propia legislación; pues no todo es imputable a la insuficiencia de los recursos legales, sino también, y en buena medida, a su infrautilización.

PENA Y PROCESO: FINES COMUNES Y FINES ESPECÍFICOS

Teresa ARMENTA DEU

Catedrática de Derecho procesal. Universidad de Girona

I

1. Derecho penal y Derecho procesal penal: finalidades

Que Derecho penal y Derecho procesal penal constituyan dos órbitas complementarias de una misma finalidad social ¿implica necesariamente que hayan de obedecer a unos mismos principios e incluso que deban depender exclusiva y recíprocamente de sus tendencias respectivas? ¿Quiere esto decir que fin del proceso penal y fin de la pena han de coincidir? ¿O que a determinada finalidad de la pena corresponde siempre un sistema específico de proceso penal?

Si bien una primera apreciación tiende a reclamar una orientación paralela, o al menos no contradictoria, entre fin del proceso y fin de la pena, no resulta exacto tampoco exigir una asimilación completa.¹ Como la historia demuestra, es perfectamente posible aplicar un sistema procesal como el acusatorio, a códigos penales en los que la pena persigue objetivos tan diversos

1. Señala GÓMEZ ORBANEJA «Sólo un viraje radical hacia el principio de “prevención especial”, que implicase la individualización absoluta de la pena, con el abandono del acto como fundamento del derecho penal en favor del principio de la “personalidad”, obligaría, por lo menos para la última fase del proceso, la de fijación y medida de la pena, a renunciar a principios procesales (el debate oral, el principio acusatorio, la libre apreciación de la prueba por el juzgador) que han sido adquiridos históricamente con independencia, al menos relativa, de los cambios del derecho penal sustantivo. La maquinaria procesal, ideada principalmente para la investigación y valoración de los hechos, habría de ser entonces sustituida por un mecanismo más adecuado a la investigación y valoración caracterológica de los individuos; y como éstos no se dejan reducir a tipos con igual facilidad que las acciones, la discrecionalidad del juez se sobrepondría a la legalidad, no sólo en la valoración sustantiva sino en la marcha y tratamiento del proceso».

Ni tampoco el mayor o menor grado en que se haga pesar en el derecho penal el interés de la sociedad con subordinación del individuo, implica sin más la renuncia a las garantías históricas del proceso. Una acentuación del interés social en el derecho penal no presupone el abandono de las garantías individuales del proceso, producto histórico del liberalismo. Incluso puede sostenerse que cuanto mayor sea la severidad y amplitud de la injerencia de la colectividad a través del derecho penal en la esfera de los derechos de los individuos, mayor ha de ser el interés estatal en la escrupulosa comprobación de la necesidad concreta de esta injerencia».

como los retributivos o los de prevención general. La explicación puede encontrarse en el diferente ámbito en que actúa el derecho penal material y el proceso penal, coincidente en algunos aspectos —y es ahí donde no cabe la contradicción— pero diverso en otros de índole propiamente procesal o que afectan generalmente al marco constitucional.

Para comprobar esta tesis partiré de un breve repaso de la evolución histórica, desde la implantación del derecho germánico, para centrarme posteriormente en el examen de las tendencias que se observan en el derecho y en el proceso penal, sus puntos de conexión, interferencias, y lo que constituye su ámbito autonómico. Este *iter* persigue un doble objetivo: comprobar que los factores de tensión existentes entre fines de lo punitivo y los fines garantistas no son recientes, sino que nacen con la primera construcción jurídica del delito y del proceso. Y paralelamente, constatar la frecuencia con que mecanismos propuestos en la actualidad para restaurar la paz social, recogen instrumentos contemplados en épocas muy pretéritas, lo que permitirá extraer las correspondientes lecciones sobre su funcionamiento, efectos y causa de desaparición.

2. En los orígenes del derecho penal germánico éste se equiparaba al derecho privado. La *compositio* ocupaba el lugar de la pena, constituyendo un derecho subjetivo atribuido al particular. El castigo del culpable comienza siendo un derecho del ofendido o de su grupo, ejercitable en sus inicios sin limitación alguna.² El fenómeno punitivo surge, así, como fenómeno privado (venganza privada) puramente fáctico.

Constituye un primer avance social, la represión de los particulares instintos de venganza y el sometimiento del ejercicio de aquél derecho a unas formalidades y plazos. Esta limitación no obedece, sin embargo, a una atribución del derecho de peinar al Estado, sino a la necesidad de que entre el hecho constitutivo del derecho y su ejecución se reserve la posibilidad de un reconocimiento judicial del derecho. No se persiguen entonces, al menos primariamente, funciones preventivas y de género intimidatorio. El *ius puniendi* desempeña una función de retorsión (satisfacción de la necesidad psicológica de la víctima de infligir un sufrimiento a quien previamente se lo infligió a ella).³ Pero aun cabe elegir entre la *compositivo* y la vía judicial. No puede distinguirse, así, entre el principio del castigo y el del resarcimiento, ni, por ende, entre proceso civil y proceso penal.

2. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Bosch, 1951, p. 162.

3. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992, p. 189.

3. Al ir apareciendo los delitos públicos, el derecho penal se va separando del civil. Junto a la acción privada de la víctima, se reconoce a todo miembro del grupo el poder de ejercitar la acción en nombre de la colectividad. Hace su entrada en la historia la acción popular, coincidiendo con el progresivo reforzamiento del poder público. La sociedad no se desentiende de la persecución, pero ésta no existe si no hay acusador, quien con la iniciativa acepta la responsabilidad.

Las funciones de naturaleza intimidatoria (general o individual) del *ius puniendi* se anteponen a la satisfacción de los intereses de la víctima y, pese a no poder afirmarse que esta última necesidad desaparezca del todo, el monopolio estatal sobre el *ius puniendi* y la erradicación de las reacciones privadas ponen de manifiesto la atención prioritaria hacia el efectivo cumplimiento de la amenaza penal, aunque de ello no quepa deducir consideraciones retribucionistas o de prevención general.

En todo caso, a medida que el Derecho penal iba pasando al Estado, habían de producirse dos consecuencias de largo alcance, tanto para la configuración del proceso como para la peculiar relación de éste con el derecho para cuya realización actúa. La última, subsistente hoy en la gran mayoría de ordenamientos, y objeto actual de discusión en torno a su utilidad y conveniencia —lo que equivale, si bien se mira a desvincular los fines de la pena de la institución del proceso— es el principio *nulla poena sine iudicio*; la garantía jurisdiccional en términos de la doctrina penal sobre el principio de legalidad. Al tomar para sí el derecho de penar, el Estado debía destacar el deber implícito en ese derecho, debía sentir como una carga la función de infligir la pena, tendiendo a reforzar en su propio interés la exigencia del proceso, establecida originariamente en favor del delincuente.⁴

En cuanto a la configuración del proceso, la posición jurídica del Estado, en su papel de juez que dirime imparcialmente una contienda entre partes, provenía de un tiempo en el que el juicio tenía como objeto una relación en que el propio Estado no estaba implicado. La subsistencia y posterior incremento del principio acusatorio en estas condiciones ha sido sólo posible a través de una construcción artificial, en virtud de la cual la incorporación al proceso de un órgano como el Ministerio fiscal permite salvaguardar la imparcialidad judicial a través de encomendar la acusación y el enjuiciamiento a sujetos diferenciados.

4. Hoy rige inderogablemente el principio de que ningún derecho de penar puede ser realizado antes de que sea declarado, tanto en su existencia como en su contenido, mediante sentencia, y de que la imposición de la pena no puede ser sino la ejecución legalmente regulada de una sentencia», BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, 1985, p. 192.

La introducción del fiscal en el proceso penal —que implica una quiebra inquestionable en la concepción estricta del sistema acusatorio— se justifica, no obstante, de manera plena en atención a diversas consideraciones. Por una parte, asegurar la persecución penal, y con ello la realización del derecho penal. Por otra, garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora. Resulta irrelevante a estos efectos cuál de las dos posibles formas de atribución de estas funciones se acoja: un régimen de monopolio (sistema continental francés, italiano o alemán, por ejemplo) o un ejercicio compartido (sistema continental español). No lo es, en cambio, en torno a la función garantizadora de la persecución penal implícita en el principio de oficialidad y la idea subyacente de orden retributivo. El sistema de monopolio se compadece en mayor medida con la misma al permitir un control más directo sobre el efectivo cumplimiento de la norma penal. De hecho, los países que han adoptado el monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal, adoptaron tal modalidad en atención, tanto a una concepción pública del Derecho penal que obligaba al Estado a procurar su realización, cuanto a la relegación de los órganos jurisdiccionales a su estricta función, y simultáneamente, a la configuración del fiscal como sujeto representativo de los intereses públicos.⁵

Retomando el hilo evolutivo, las quiebras denotadas en la aplicación del principio acusatorio (delaciones, falta de persecución por carencia de medios o interés de los particulares) unido a los cambios sociopolíticos y la falta de una dogmática elaborada en el ámbito penal, abrió paso de la mano del derecho canónico al sistema inquisitivo. Es difícil advertir en este largo período tendencias específicas desde la perspectiva de las finalidades de la pena, que por otra parte se encontraban huérfanas de interés y elaboración dogmática. El imperio del principio de oficialidad ponía de relieve la atención principal hacia la satisfacción de los intereses públicos. Quizá incluso, en un esfuerzo interpretador *ex post* y desde perspectivas actualizadas, cabría apreciar como meta secundaria fines correspondientes a la prevención general negativa en las frecuentes y pretendidamente ejemplarizantes ejecuciones públicas.⁶ Tanto la víctima como el acusado no son objeto de atención ni protección, resultando especialmente grave las tremendas limitaciones del derecho de defensa, la erradicación de la publicidad y la tortura para obtener la confesión. Como

5. Una explicación más pormenorizada en mi obra *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, 1995.

6. Así lo interpreta también GOLDSCHMIDT, «Concepto del proceso penal. Los dos problemas que él plantea. Teorías penales» en *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, 1935, p. 13. Cita este autor el dicho del juez Burnet: «Man, thou are not to be hanged for stealing a horse, but that horses may not be stolen» (Hombre, se te ahorca no porque hayas robado un caballo, sino para que no se roben caballos).

contrapartida, no obstante, el proceso inquisitivo presentaba dos instituciones destinadas a limitar y controlar el poder judicial: la prueba legal y la doble instancia.

4. Entre finales del siglo XVIII y a través del XIX, diversos movimientos irán introduciendo cambios sustanciales en la orientación del derecho penal y algo más adelante del enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad a la pena a partir de BECCARIA;⁷ su fundamento en el contrato social;⁸ y la codificación, como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplen una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la ya citada máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁹

A esta legalidad del derecho sustantivo corresponde la legalidad del proceso penal: no hay proceso sin ley: el proceso es una regulación legal. El artículo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que conserva plenamente su vigencia, consagra el principio de legalidad en su vertiente jurisdiccional, pero junto a ello sienta el principio previo de necesidad: *nulla poena sine iudicio*. En consecuencia, para que pueda imponerse una pena no sólo es necesario que haya una acción u omisión dolosa o culposa penada por la ley, sino también que haya un proceso. La pena no es así sólo un efecto del delito o falta sino a la vez del proceso. Cabe que exista proceso sin que exista delito o se imponga una pena, ya que es la misma actividad procesal donde se deberá comprobar si existió aquél y si corresponde ésta.

Como se ha señalado en esto podremos encontrar la clave del concepto del derecho procesal penal y de buena parte de las relaciones entre derecho penal y proceso. En la concepción de nuestro sistema procesal penal, y al contrario del derecho privado, el derecho penal carece de realidad concreta fuera de su proceso correspondiente. El acto jurídico privado produce sus efectos dentro del mundo de las relaciones jurídico sustantivas, y la sentencia judicial (salvo en el supuesto de sentencia constitutiva) no hace sino declarar esos efectos como ya producidos y existentes. También el delito puede concebirse como un acto jurídico, pero su peculiar consecuencia la pena (o medida de seguridad) necesita del proceso, no en el sentido de que sólo en el proceso

7. «De los delitos y de las penas», 1746, cuya traducción al castellano se publicó en España en 1774.

8. ROUSSEAU, J.J., 1762.

9. a) sólo la lesión de las libertades aseguradas en el contrato puede considerarse delito; b) los límites a la renuncia de las libertades deben ser ciertos e inamovibles; y c) los límites que el Derecho penal implica deben configurarse desde el punto de vista de los derechos individuales. Cfr. HASSEMER, W, «Crisis y características del moderno Derecho penal», *Actualidad Penal*, 1993, n.º 43.

pueda declararse, sino en el de que sólo en el proceso se produce y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar, en el ámbito penal.¹⁰

Constatar o no esta especificidad, se comprobará más adelante, resulta de singular interés a la hora de analizar tendencias actuales como la remisión de múltiples conductas a las sanciones administrativas, o la reparación, en su modalidad de alternativa a la imposición de una pena.¹¹

¿Existe un paralelismo entre las tesis retribucionistas y la adopción de un sistema procesal penal específico?

A primera vista, la función jurisdiccional en ejercicio a través del proceso acompañará, comúnmente, a toda finalidad de la pena orientada hacia las consecuencias de la conducta ya llevada a cabo. Al menos en mayor medida que a aquéllas otras construcciones cuyo fin se sitúa en prevenirla, y en la que la pena, y sobre todo su realización a través del proceso, sólo tiene sentido para confirmar la seriedad de la amenaza legal.¹² Esta primera apreciación, sin embargo, debe ser muy matizada, como se intentará demostrar seguidamente.

Por otra parte, a tenor de la concepción kantiana, parece claro que un sistema de oficialidad de la acción penal resulta el más adecuado. Únicamente a través del mismo quedaría salvaguardada la realización de la justicia. Si la pena, según este planteamiento, más que justificarse tiene que imponerse, el sistema procesal debe garantizar dicha realización, encomendándola a órganos públicos. En un proceso genuinamente acusatorio donde la acusación corresponde a la iniciativa de los particulares, ese fin restaría a la voluntad de los mismos con arreglo a criterios de oportunidad. Similar consideración cabría efectuar respecto de los delitos perseguibles a instancia de parte, e incluso de la acción popular, en cuanto implican una dejación por parte del Estado de la persecución penal en manos privadas. Esta primera apreciación, con haber estado muy extendida y ser objeto de continuo e interesado recordatorio, no es del todo correcta, al reducir el fundamento del proceso y con él el principio de legalidad al derecho penal material, olvidando otras cuestiones de igual significación e incidencia, situadas más allá de este estricto ámbito.

Incluso desde la perspectiva garantista con que la retribución se contempla hoy en día, el principio de necesidad procesal actúa de manera tal

10. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios...*, cit., t. I, pp. 27 y ss.

11. En el último caso porque la reparación parte de la utilidad de la indemnización desde el punto de vista de los fines de la pena, tanto desde perspectivas de prevención especial —el acuerdo delincuente-víctima motiva al delincuente a enfrentarse con el delincuente y sus consecuencias sociales y coadyuva a su resocialización— como de prevención general. En el supuesto de las sanciones administrativas porque éstas se imponen originariamente por órganos carentes de jurisdicción y sin la necesidad de un proceso.

12. En este último sentido, MIR PUIG, *Derecho penal (Parte general)*, PPU, 1991, p. 56.

que integra realmente el concepto de la pena, y cabría eventualmente afirmar con CARNELUTTI que el delito es un hecho u omisión a causa del cual se infinge una pena mediante un proceso.¹³ Pero es que, además, la oficialidad se articula tanto a través de un proceso inquisitivo como de uno acusatorio en su modalidad mixta, al igual que la verificación de la justicia y de la verdad.¹⁴ Cuestión diversa será entonces la mayor adecuación de uno y otro a diferentes tipos de garantías —hoy en su mayoría constitucionalizadas— precisamente respecto del proceso penal como el derecho a un juez imparcial, al juez legal, a la defensa, a un proceso contradictorio... (art. 24,2 CE).

En este período histórico, como resulta conocido y se sintetiza aquí únicamente a efectos de delimitar el marco material de la cuestión, la dogmática penal ha ido elaborando paralelamente diferentes respuestas ante la pregunta sobre la finalidad de la pena, desde las denominadas teorías absolutas hasta las relativas. Desde una justificación de la misma independiente del fin que se alcance y encaminada a la idea de la realización de la justicia,¹⁵ hasta otras que buscan la orientación de aquélla en prevenir las

13. GOLDSCHMIDT, «Concepto del proceso penal...» en *Problemas...*, cit., pp. 7-8. Este autor, quien coincide con el procesalista italiano, añade que la explicación corriente a la necesidad del proceso para imponer la pena, consistente, en que éste constituye una construcción técnica artificial, destinada a proteger a los individuos contra el abuso del poder estatal, no es satisfactoria; ya que la historia demuestra que la imposición de la pena corresponde al juez desde que hay juez y pena.

14. En el primer sistema, el juez al considerar que hay indicios suficientes de un hecho punible, procederá de oficio y recogerá por sí el material, a fin de adquirir el convencimiento de la existencia del delito. Otras personas (la víctima y el acusado) no se tienen en cuenta sino como medio de información. De ahí, que como el imputado es la mejor fuente de cognición, se le señala la exigencia de declarar conforme a verdad como un testigo imparcial, y se da vigor a esta exigencia por medio de la coacción. El sistema aborrece cualquier limitación al juez en cuanto a su intervención o la recogida del material probatorio; en tanto que omite cualquier tipo de cautela contra los prejuicios del juez frente al acusado. El sistema acusatorio coloca al juez penal en la única función de fallar las solicitudes interpuestas conforme al material aportado por las partes que defienden intereses contrapuestos. Se salvaguarda así la imparcialidad judicial, así como la dignidad del procesado. Presenta, empero, la dificultad de tener que resignarse a la actividad incompleta de las partes y ha reconocer el material defectuoso como base de la decisión. *Vid.* GOLDSCHMIDT, J., «Principios de la política procesal» en *Problemas...*, cit., pp. 67 y ss.

15. La justificación no se desprende de cualquier fin que se alcance a través de la pena, sino sólo de la idea de la realización de la justicia (el sentido de la pena estriba en que la culpabilidad del autor se compensa mediante la imposición de un mal penal. La pena no sirve para nada, sino que lleva su fin en sí misma. Tiene que ser, porque tiene que imperar la justicia (KANT, *Die Metaphysik der Sittens*). La conocida fórmula dialéctica de HEGEL sobre la esencia de la pena como una negación de la negación del Derecho, significa exactamente lo mismo: el delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el derecho lesionado. La teología cristiana, a juicio de ROXIN, sustenta asimismo esta opinión considerando la realización de la justicia como mandato de Dios, y la pena como la ejecución de la función judicial divina. ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Luzón Peña), 1976, pp. 11 y ss. Pese a sus limitaciones de sobra conocidas, la idea de proporcionalidad de la pena con el delito y la garantía que ello implica para el ciudadano, han supuesto la posibilidad de su vigencia desde tiempos del absolutismo hasta nuestros días, como forma de impedir determinados excesos surgidos en aplicación de las teorías de la prevención.

conductas, de forma individual o general. Ya sea a través de la prevención especial.¹⁶ Ya mediante la prevención general¹⁷ en sus dos variantes: la prevención general negativa o intimidatoria y la prevención general positiva o afirmatoria de las convicciones penales.¹⁸ A ello conviene añadir la victimología como doctrina surgida frente al olvido que para la víctima había supuesto el tránsito del derecho penal de privado a público, y a cuya tutela se apela a la hora de fundamentar otras tendencias, como por ejemplo, la reparación.¹⁹

II

1. La aplicación a partir de los años sesenta en Norteamérica y países escandinavos de las tesis resocializadoras y los excesos que con ello se provoca

16. Teoría que surgió después de las dos guerras mundiales, en atención fundamentalmente a la falta de respuesta positiva de la retribución. Formulada ya en la época de la Ilustración había retrocedido ante la teoría de la retribución, para resurgir a finales del XIX gracias a v. LISTZ.

A su tenor, la pena no debe retribuir el hecho pasado, sino prevenir nuevos delitos del autor a través de tres instrumentos: corrigiendo lo corregible; intimidando al todavía intimidable; y, finalmente, haciendo inofensivo mediante la pena privativa de libertad a los que no son ni corregibles ni intimidables. ROXIN, «Sentidos y límites de la pena estatal» en *Problemas básicos del derecho penal*, cit., p. 15.

17. Introducida en su sentido moderno por FEUERBACH, FILANGIERI y BENTHAM, concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad. Se previene frente a la colectividad y con anterioridad al delito. Este fin que en el Antiguo Régimen se confiaba a la ejemplaridad de la ejecución de la pena, fue trasladado por el autor alemán, desde la perspectiva legalista propia del liberalismo, al momento de conminación contenida en la ley. La pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos para que no delinquan. La ejecución de la pena sólo tiene sentido en esta construcción para confirmar la seriedad de la amenaza legal. MIR PUIG, *Derecho penal (Parte general)*, cit., p. 56.

18. Armin KAUFMANN, citado por MIR, señala tres cometidos en la prevención general positiva: una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; y, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho, no una actitud moral. Cfr. *Derecho penal*, cit., p. 57.

19. El delito se instituye en el marco de las relaciones entre el individuo y el Estado, como infracción de bienes estatales, como lesión de bienes jurídicos (valores) que la sociedad constituida en Estado estima necesario proteger. SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el derecho penal» en el libro colectivo coordinado por BERISTAIN y DE LA CUESTA donde se recogen múltiples ponencias del «curso sobre victimología» organizado por el Instituto Vasco de Criminología, celebrado en San Sebastián del 1 al 4 de agosto de 1989.

En cuanto a la reparación, en sus múltiples versiones (pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito, junto a la sanción penal, así en España, Portugal y países iberoamericanos, o regulada a través de un proceso de adhesión, como Alemania; como circunstancia atenuante de la responsabilidad del delinquente, en Austria, Italia y Grecia; o, sin ánimo de exhaustividad, como condición de la concesión de una *probation* o de instituciones próximas y presupuesto de beneficios penitenciarios, en Alemania, Dinamarca, Austria y los EE.UU. de Norteamérica) actúa, además, como factor coadyuvante de la resocialización. La bibliografía es muy abundante, y puede hallarse en cualquiera de los trabajos monográficos elaborados por la doctrina penal.

caron,²⁰ condujeron a un movimiento denominado neoclásico o garantista, cuya principal aportación desde la perspectiva que aquí interesa es la relevancia otorgada a las garantías del Estado de Derecho, como elemento legitimador del Derecho penal en orden a la prevención general.²¹

Una aproximación a la situación actual del derecho penal nos sitúa ante un complejo panorama en el que la doctrina destaca, entre otros y atendiendo a su relevancia desde la óptica del proceso, los siguientes elementos: a) la progresiva incriminación,²² en clara tensión con otras dos tendencias cuales son: la mínima intervención penal y el escepticismo ante la pena privativa de libertad como instrumento adecuado para la prevención especial, singularmente para la resocialización; y, b) la prevención como paradigma dominante, con grave riesgo —se afirma— para las garantías, entre otras la aplicación de los principios de igualdad y de tratamiento igualitario.²³

¿Cómo se ha desarrollado entretanto la ciencia procesal penal y su objeto de análisis?

¿Puede hablarse también en su seno de una constante crisis?

¿Cuales son sus principales problemas y las soluciones que se sugieren para remediarlos?

Si, como se admite unánimemente, el derecho procesal penal debe encaminarse a realizar el derecho penal material: ¿Han de formularse de manera idéntica los fines de la pena y los fines del proceso penal?

Sin perjuicio de posteriores matizaciones al hilo de cuestiones más concretas, conviene volver a recordar ahora que la relación derecho penal-

20. Determinados movimientos científicos fueron el origen de lo que se ha dado en denominar «despedida de Kant y Hegel» en la teoría de los fines de la pena y la aparición —sobre todo en los países escandinavos y norteamericanos— de teorías de prevención especial resocializadoras, a tenor de las cuales —en su versión más radical— la pena debía sustituirse por medidas de seguridad o de corrección, no sujetas a los límites tradicionales de la pena (proporcionalidad, culpabilidad, principio de hecho) sino que debían atender a la constatación de una peligrosidad en el sujeto. *Vid.* entre otros y por todos MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 68 y ss.; Octavio DE TOLEDO, *Sobre el concepto de derecho penal*, Madrid, 1981, p. 210 y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., p. 27. De su fracaso y exceso, dan noticia, GARCÍA PABLOS, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal» en *Estudios penales*, Barcelona, 1984, pp. 17 y ss. y, MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito» en MIR PUIG (comp.) *La reforma del derecho penal*, Bellaterra, 1980, pp. 61 y ss.

21. Se vuelve a planteamientos constitucionalistas y a los principios informadores de la sociedad liberal del S. XIX. La finalidad no es otra, que el poder punitivo del Estado se someta a control, y quede vinculado a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad. *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pp. 35-36.

22. En la que influye no poco la protección de bienes jurídicos, como criterio criminalizador, y no al contrario según actuaba originariamente. «Lo que clásicamente se formuló como una crítica al legislador para que se limitara a la protección de bienes jurídicos, se ha convertido ahora en una exigencia para que penalice determinadas conductas. HASSEMER, W., *Crisis...*, cit., p. 638.

23. Una relación de autores y trabajos sobre la situación actual del derecho penal excede el marco de este trabajo; sirva a estos efectos el trabajo de SILVA SÁNCHEZ, J.M., ya citado, por su actualidad y muy completa bibliografía.

derecho procesal penal se presenta, al menos, en dos planos diversos. En cuanto vía de materialización del derecho penal, éste suministra al proceso su objeto (la imputación y la consecuencia jurídica). En cuanto el fenómeno procesal constituye un suceso histórico y dinámico (una situación jurídica) que comprende no sólo las relaciones entre las partes, sino las de éstas con el Estado, y en donde entran en juego principios constitucionales y procesales que directamente nada tienen que ver con el derecho penal material (derecho a proponer pruebas, derecho a conocer de las actuaciones, derecho a no declararse culpable, derecho a no declarar contra uno mismo, a no testificar, a no ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio...²⁴

2. Por lo que hace al panorama procesal, el enjuiciamiento penal español o por mejor expresarlo, el legislador y un amplio sector de la doctrina, de manera similar al resto de los ordenamientos procesales de nuestro ámbito jurídico, sitúan el aspecto más negativo del orden procesal penal en su lentitud, lo que unido a la creciente incriminación ha abocado a un práctico colapso de la Administración de Justicia que redunda inevitablemente en una pérdida de confianza en la misma y una ausencia de eficacia de la pena, con negativas consecuencias desde el punto de vista de la prevención general.²⁵

El proceso penal, la justicia penal, se afirma, no funciona. Resulta imposible cumplir con la aplicación del principio de legalidad. El aumento de la pequeña criminalidad y la ya citada progresiva incriminación han vuelto a justificar una limitación de aquél a través de diversas manifestaciones del principio de oportunidad, mejor o peor interpretado, como intentaré demostrar seguidamente. El carácter altamente formal, a su vez, provoca una duración

24. Como señala HASSEMER: «El proceso penal, junto con su regulación jurídica, es un instrumento del Derecho penal. En él se realiza el Derecho penal material, que le suministra los objetos que tiene que investigar y sobre los que tiene que pronunciarse. Pero la forma en la que el proceso penal tiene que llevar a cabo esta tarea investigadora y decisoria, no viene prejuzgada por el Derecho penal material». cfr. *Introducción...*, cit., p. 125.

25. La vía jurisdiccional de resolución de conflictos es frecuentemente acusada de varios aspectos negativos: su formalismo y rigidez que le impide adecuarse a la versátil realidad social; su duración y coste; la publicidad como elemento intimidador; la atención más centrada en los aspectos contradictorios que en los que pueden ser objeto de acuerdo.

En cuanto a la prevención general y la ineficacia de la pena, deben recordarse, las advertencias que ya formulara BECCARIA en 1764: «quanto la pena será più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile».

Finalmente, lo general del problema se comprueba fácilmente por constituir uno de los aspectos tratados monográficamente por el Comité de Ministros de la CEE el 17 de septiembre de 1987, durante la 410 reunión de los Delegados de los Ministros, de donde surgió la Recomendación n.º R (87) 18 a los Estados miembros relativa a la simplificación de la justicia penal.

de los procesos que se evalúa como excesiva. Las nuevas formas de criminalidad en el ámbito económico, de la criminalidad organizada o del medio ambiente parecen evidenciar por su parte una administración de justicia necesitada de instrumentos actualizadores.

Se produce, así, una huida del proceso hacia mecanismos alternativos, que abarca desde la despenalización de las conductas, hasta la remisión de las mismas a otros ordenamientos (singularmente el administrativo y el civil), pasando por el traslado de la resolución del conflicto a vías extrajudiciales de muy diversa índole como el arbitraje, la mediación, el consentimiento...²⁶

Sin abandonar el proceso, pero modificándolo más o menos sustancialmente se adoptan las siguientes medidas:

A) reducir al mínimo la fase instructora —o incluso eliminarla— ante la ausencia de necesidad de continuar la investigación, en atención a tres eventuales circunstancias: a) haberse reconocido los hechos (art. 789, V LECrim.); b) la flagrancia de estos últimos (art. 790, 1, II y III y 790, 6, V y VI LECrim.); o, c) la escasa reprochabilidad de la conducta, que se tipifica como falta (juicio de faltas, arts. 962 y concordantes). Y,

B) ampliar notablemente los supuestos de conformidad existentes (arts. 791, 3 y 793, 3 LECrim.), a fin y efecto de reducir la fase cognoscitiva o de juicio oral.

No son ajenos a dicha pretensión aceleradora la supresión de recursos contra resoluciones interlocutorias, y singularmente la drástica eliminación del recurso de casación en todos los supuestos de delitos perseguitables con penas inferiores a doce años de prisión, y su sustitución por el recurso de apelación, circunstancia que equivale a establecer un tratamiento diferenciado para los delitos castigados con pena inferior a la citada, y aquéllos cuya pena es superior.²⁷

Completan, finalmente, las medidas adoptadas con este objetivo las limitaciones en cuanto a: los efectos de determinadas actuaciones del acusador

26. Una primera relación, algo desordenada, en FAIREN GUILLEN, *Ensayo sobre procesos complejos*, Madrid, 1991. Los denominados Alternative Dispute Resolution comprenden instituciones de muy diversa índole. Unos dependen más o menos de la administración de justicia formal; la formación a partir de instancias comunitarias; la atribución de mayor o menor ámbito de decisión al mediador... *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Medios no judiciales de reparación a la víctima», mecanografiado, p. 8.

27. Al margen de la inexistente justificación de este desigual tratamiento jurídico, se provocan problemas añadidos señaladamente en el ámbito penal. *Vid.* mi trabajo, «El derecho a los recursos: su configuración constitucional» en *RGD*, julio-agosto 1994.

privado en el proceso abreviado,²⁸ el ofrecimiento de acciones,²⁹ o la agilización del procedimiento.³⁰

Toda esta dinámica, que se enmarca en tendencias comunes de las últimas reformas de ordenamientos procesales vecinos, como el portugués y el italiano, implican, no obstante, una notable reducción de garantías que debe ponderarse en relación, precisamente, con las citadas finalidades de la pena. Evaluación que ha de atender, en definitiva, a los fines en tensión: del derecho penal (de lo punitivo), y del derecho (las garantías).³¹ La meta, el objetivo común, consiste en procurar reducir las tiraneces existentes en tres ámbitos de no siempre fácil conciliación: la necesidad de protección de la sociedad, de la víctima, y del delincuente, desde una perspectiva penal, y los postulados que exige el Estado de Derecho, en relación con la administración de justicia y el irrenunciable reconocimiento de derechos de los ciudadanos ante esta última en textos legales fundamentales: Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, Constitución, etc.

Varias de estas soluciones, como se ha señalado, parten del previo rechazo de la que podríamos denominar «opción jurisdiccional». Nacen y se justifican, en efecto, por el fracaso del proceso judicial como medio idóneo para solventar el conflicto social originado por el hecho delictivo. Frente a las mismas parece elemental someter a consideración el peso de la historia, de una teoría del proceso elaborada durante siglos, y del recordatorio de los abusos que marcaron la

28. Singularmente en torno al art. 790.1 LECrim, objeto en su día de resolución del Tribunal Constitucional, favorable— y conforme al cual, a la hora de acordar la apertura del juicio oral y solicitar de las partes acusadoras que se pronuncien sobre, tal apertura, el sobreseimiento o la práctica de diligencias complementarias para esclarecer suficientemente los elementos de la acción penal (el sujeto o sujetos y los hechos); en tanto la solicitud del órgano de la acusación oficial es vinculante para el juez, no lo es la que proviene de las restantes partes acusadoras.

29. Que en el proceso ordinario por delitos graves obliga al juez a «buscar» entre todas las partes acusadoras, y en su defecto, a plantear el sostentimiento de la acción ante el superior del Ministerio fiscal; en tanto en el proceso abreviado se reduce a elevar la cuestión al superior del órgano oficial de la acusación.

30. Reducción de la fase de instrucción preparatoria a las actuaciones mínimas si se estiman suficientes las practicadas en el atentado (arts. 789.1, 2, 3 y 4 y 790.1); estableciendo de plazo común para las acusaciones y la defensa a efectos de formular el escrito de acusación o solicitar el sobreseimiento (arts. 790.1 y 791.1); utilización del recurso de queja en lugar del de apelación; limitación de las consecuencias anuladoras de la vista (art. 793.4); supresión de gran número de trámites (arts. 789.4 y los enumerados en el art. 785, todos de la LECr); o posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en determinadas circunstancias (art. 793.1), entre las más destacables.

31. No es suficiente afirmar que el fin del Derecho penal es el de las consecuencias jurídicas (penas y medidas), configurándose los demás fines como meros límites a esa fundamentación puramente preventiva. Debe tenerse en cuenta una tercera consecuencia jurídica: la libertad. Dada esa bilateralidad, necesidad de lo punitivo como remedio contra la proliferación de la violencia informal, y la imprescindibilidad de criterios de utilidad y garantísticos como freno a las tendencias tiránicas del poder y factor de progreso (minimización de la violencia estatal) debe hablarse de fines, en plural, del Derecho penal. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 193. «En ningún caso puede el legislador llevar la desformalización hasta el punto de abandonar una de las tareas fundamentales del derecho penal, como son las garantías formales, con la correspondiente lesión del principio de legalidad.» HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanc, 1989, p. 175.

necesidad de un proceso garantista como instrumento elemental para la justicia penal. El esfuerzo de depuración conceptual y de juridificación descrito al inicio de este trabajo, singularmente a partir del siglo XIX, o la desaparición de una concepción privada del derecho penal, deben al menos situarse en la balanza frente a otros elementos de signo más utilitarista. Máxime cuando a la postre, la mayoría de las soluciones alternativas terminan buscando su legitimación en el cumplimiento de una serie de garantías tomadas directamente del derecho procesal. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto, actual y debatido, de las sanciones administrativas, del que a modo de ejemplo, paso seguidamente a destacar algunos aspectos de índole meramente ilustrativo de la afirmación que acabo de realizar.³²

3. En España, pese a la concepción de la potestad sancionadora, conforme a la cual la recepción e interpretación de la separación de poderes no impedía en modo alguno a la administración ser titular de una potestad sancionadora propia, el constitucionalismo decimonónico atribuyó la potestad punitiva estatal a jueces y magistrados.³³ Sintetizando al máximo una evolución estudiada por la dogmática administrativa y penal, a partir de la Dictadura de Primo de Rivera, y a través de la República y la época franquista, una creciente politización y utilización del poder sancionador en materia de orden público o en relación con derechos fundamentales, ha disparado los poderes sancionadores de la Administración.³⁴ A esta circunstancia se ha unido la ya señalada insuficiencia del sistema penal en un doble plano, el material: en temas como el tráfico, la vivienda, el medio ambiente, o las actividades comerciales, en conjunción con tendencias en el ámbito penal hacia la mínima intervención;³⁵

32. No puede ser otra la finalidad de las breves líneas que siguen, referidas a un tema de tanta enjundia y complejidad, que por otra parte, es objeto de profundo interés y análisis por muchos especialistas, desde diversas perspectivas.

33. Los artículos 242 y 248 de la Constitución de Cádiz consagraban este monopolio y el artículo 172 prohibía al Rey «privar a ningún individuo de su libertad ni imponerle por sí pena alguna». Esta negación se compatibilizaba, no obstante, con el reconocimiento de un cierto ámbito de competencias a los Alcaldes. MATTES, H., *Problemas de Derecho penal administrativo: historia y Derecho comparado*, Madrid, 1979 y PARADA, R., *Derecho administrativo*, I, pp. 456 y ss. Un análisis más pormenorizado del período decimonónico en la obra de NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, 1994, pp. 49 y ss., bajo el esclarecedor título: «La lección del siglo XIX».

34. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, cit., *passim*; PARADA, R., ob. cit., pp. 460 y ss., y MARTÍN RETORTILLO, L., *Las sanciones de orden público en el Derecho español*, Madrid, 1973, entre otros.

35. Ejemplo claro lo constituye la última reforma del Código penal por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, y especialmente en aquellos supuestos en que amén del criterio general justificador de la despenalización que alude a las exigencias de *ultima ratio* y del carácter fragmentario del Derecho penal, se trata de conductas de mero incumplimiento de disposiciones del orden administrativo, por ejemplo el antiguo artículo 577,4 (falta de infracción de las disposiciones sanitarias dictadas por la administración sobre conducción de cadáveres y enterramientos) o el derogado artículo 581,4 (infracción de los reglamentos, ordenanzas y bandos de la autoridad sobre elaboración y custodia de materiales inflamables, corrosivos o productos químicos que produzcan estragos.

y el procesal, a causa singularmente de la rigidez de determinadas reglas (*nulla poena sine iudicio*), la disminución en el enjuiciamiento de una participación funcionarial, originada en la mayoría de las ocasiones en privilegios hoy en día difícilmente justificables, y muy especialmente, la que ha sido descrita como retirada de los jueces, desbordados por el trabajo.³⁶

En este tránsito del Derecho penal al administrativo, la Constitución de 1978 y la posterior labor interpretativa del Tribunal Constitucional han incidido de manera relevante en el sentido específico de exigir la incorporación al ámbito sancionador administrativo de las garantías procesales —que en su mayoría referidas al proceso penal— se contemplan en el artículo 24 de la Norma Suprema.³⁷ En esencia y muy apretado resumen, se condiciona la imposición de sanciones administrativas a la concurrencia de los siguientes requisitos:³⁸ a) la aplicación del principio de legalidad; b) la interdicción de las penas privativas de libertad; c) el respeto a los derechos de defensa reconocidos en el citado art. 24;³⁹ y, d) la subordinación de la potestad sancionadora de la Administración a la autoridad judicial. Además, se condiciona el ejercicio de dicha potestad a la observancia de determinado procedimiento,⁴⁰ y a la necesidad de audiencia del interesado.

Con todo, y quizás porque la completa asimilación eliminaría las razones del mencionado tránsito y los efectos de la construcción jurisprudencial de «la doble potestad sancionadora», nacida de la «unidad superior» del *ius puniendi*,⁴¹

36. NIETO, *Derecho sancionador*, cit., p. 82. Como indica este autor, si se hicieran realidad los sueños garantistas de GARCÍA DE ENTERRÍA Y PARADA, se colapsaría de inmediato la Administración judicial o habría que multiplicar por diez mil *sic* la plantilla judicial. Desde una perspectiva procesal, GARBERI LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, 1994.

37. El art. 25 CE al establecer el principio de legalidad en materia punitiva, lo refiere tanto a la penal como a la administrativa, lo que en definitiva, constitucionaliza esta última, *vid.*, además, el párrafo tercero donde se admite *a contrario sensu* sanciones administrativas, siempre que no impliquen privación de libertad. Y, finalmente, el art. 45.3 CE con respecto al medio ambiente.

38. STC 77/1983, de 3 de octubre.

39. Se han visto derogadas las disposiciones que permitían ejercer la potestad sancionadora sin procedimiento, impedían la revisión jurisdiccional o simplemente la obstaculizaban, con el principio *solve et repete*, la prohibición de *reformatio in peius*. Y han debido incorporarse las garantías comprendidas en el derecho de audiencia y defensa y a la presunción de inocencia.

40. Procedimiento al que serán aplicables las garantías contempladas en el art. 24 CE. Así, y ya recogidas por las Leyes administrativas: separación entre el órgano instructor y el órgano sancionador (art. 134.1 y 3 LRJAP y LPA); derechos de audiencia y defensa, que comprenden (a) derecho a ser notificado de los hechos que se imputan y de la sanción que puede corresponder, así como de la autoridad competente y de la norma que le atribuye la competencia, y a formular alegaciones y utilizar los medios de defensa pertinentes (art. 135 LRJA y LPA); derecho a la presunción de inocencia...

41. STC 18/1981 y las consecuencias dogmático-conceptuales que de la misma extrae NIETO, ob. cit., pp. 86 y ss. y 156 y ss. Entre las mismas, singularmente, la inspiración del derecho administrativo sancionador en el derecho público estatal, de donde emana, y no del derecho penal, que es una de las variantes de aquél. Se apresura, no obstante, el autor a señalar, teorías al margen, la necesidad de aplicar un derecho penal más elaborado, en atención a su mejor técnica y experiencia, y a la aplicación general de la garantía de los derechos individuales que la legislación penal ha consolidado.

esta tendencial equiparación deja diversos y relevantes aspectos en el camino, y de ahí lo ilustrativo del ejemplo. Entre ellos y por citar tan sólo «las adecuaciones» y «matices» más relevantes:⁴² a) la exigencia de reserva legal que opera en materia penal, «rebajada» para las sanciones administrativas a la denominada por el TC «cobertura legal» y que permite que la tipicidad pueda remitirse a la potestad reglamentaria;⁴³ b) la admisión de supuestos que vulneran el derecho a no declarar contra sí mismo;⁴⁴ c) la exclusión del derecho a la asistencia letrada; y, d) la admisión de ejecución de la sanción, pendiente recurso contra la misma, en clara contradicción, tanto con el principio de presunción de inocencia, cuanto con la efectividad de la tutela judicial, que puede malograrse o devenir imposible si los efectos de la sanción ejecutada no son fáciles de remediar en caso de resolución posterior que anulara la sanción; o, la garantía del *nulla poena sine iudicio*, que obliga a respetar la situación previa a la sentencia de primera instancia.⁴⁵

Como la propia doctrina administrativa denuncia: «En definitiva, el fondo de la cuestión está en que sigue pesando la concepción dual del poder punitivo del Estado que, en contra de lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, separa de forma inadmisible a efectos de garantías procesales la sanción penal de la administrativa para soslayar los principios garantizadores que inspiran la aplicación de cualquier derecho punitivo».⁴⁶

Sirva este ejemplo para reflexionar, cuando menos, sobre dos cuestiones: la dificultad inherente a la mecánica traslación de institutos jurídicos a realidades diversas; y el camino «de ida y vuelta» que con dicho trasiego se pro-

42. Se utilizan estos términos en el sentido exigido por la jurisprudencia, respecto de la aplicación de los principios penales a las sanciones administrativas. SSTC de 18 de junio de 1981; 66/1984; y 181/1990, así como una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, citada y analizada por NIETO, ob. cit., pp. 171 y ss.

43. La ley formal sólo debe contemplar una descripción genérica de las conductas sancionables: las clases y cuantía de las sanciones; no la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas. SSTC 15 de octubre de 1982; 14 de junio y 3 de octubre de 1983; y 7 de abril de 1987. O como indica la más reciente STC 61/1990 la aplicación en el campo sancionador del requisito de legalidad formal y constitucional, no impide hablar de una adaptación a los casos de relaciones entre administración y administrado, en concordancia con la intensidad de la relación.

44. La tipificación como infracción tributaria de la «falta de aportación de pruebas contables o la negativa a su exhibición dentro de un expediente sancionador (art. 83,3f LGT) equivale a un deber de colaboración contra uno mismo, que con base en poco convincentes razones de garantía judicial efectiva (STC 166/1986), otorga a las inspecciones administrativas y tributarias poderes que no se reconocen al juez de instrucción por atentar contra el derecho del inculpado a guardar silencio y a no proporcionar pruebas o documentos que le comprometan. Como certamente señala PARADA: «En definitiva, el fondo de la cuestión está en que sigue pesando la concepción dual del poder punitivo del Estado que, en contra de lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, separa de forma inadmisible a efectos de garantías procesales la sanción penal de la administrativa para soslayar los principios garantizadores que inspiran la aplicación de cualquier derecho punitivo», *Derecho administrativo...*, cit., p. 493.

45. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho administrativo...*, cit., p. 515.

46. PARADA, ob. cit., loc. cit.

voca, en razón generalmente de la búsqueda inicial de mayores garantías en su aplicación, que deriva en una segunda etapa de sustitución de estas por instrumentos que cedan a la eficacia, ya sea por adecuación a la propia naturaleza, ya por necesidad de mayor celeridad, para tornar finalmente a la necesidad de aplicar a estos segundos instrumentos mecanismos garantistas que quizá coinciden con los originariamente eliminados. Se tratará, a la postre, desde la perspectiva de las finalidades de la pena, de evitar el citado riesgo, incorporando una opción legislativa previa (de política criminal), consistente en ponderar el objetivo que debe perseguirse por medio de la pena, en relación con las garantías que a su través quedarán limitadas o sencillamente eliminadas.⁴⁷

4. Perfiles diferentes presenta la alternativa consistente en modificar los efectos del proceso a través de instrumentos más allá de la determinación e imposición de una pena o medida de seguridad (mediante la reparación, por ejemplo). O cuando el remedio se centra en la restricción del principio de legalidad. En estos casos, el juicio de valor afecta directamente al proceso, a sus mecanismos garantistas, y a la postre, a la Administración de justicia y la confianza depositada en ella por los ciudadanos. En tanto aquel primer juicio de política criminal actúa y resta en el ámbito legislativo, incidiendo en el jurisdiccional sólo en cuanto lo aligera de trabajo, éste, al tener un efecto más directo en la citada Administración de justicia, debe evaluar los efectos en todo su complejo entramado, enmarcándose en una opción coherente con el sistema procesal y las garantías que el mismo comprende.⁴⁸

47. El riesgo se incrementa cuando se adoptan «soluciones desformalizadas» como arbitrajes, la composición o la misma conformidad. Si bien las mismas ofrecen la ventaja de aliviar la sobrecarga de la administración de justicia, y de ofrecer al implicado una forma de elaboración del conflicto más adecuada a sus intereses (en el círculo social de la empresa y corporación, por ejemplo); el propio implicado recibe menos garantías: se le obliga de algún modo a confesar y a arrepentirse; se limitan sus posibilidades de actuación y defensa; y no se elimina la estigmatización del proceso, sino muy al contrario, puede incrementarse, ya que todo se realiza y percibe en ámbitos reducidos y cercanos a la intimidad. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción...* cit., p. 127. Una perspectiva penal y procesal penal, donde se acomete la necesidad de modificar el proceso penal y las garantías que deben tomarse en consideración la efectúa WOLTER, J., *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, Múnich, 1989.

48. A raíz de la reforma que se produjo en 1988 (Ley de 28 de diciembre) y al hilo de su discusión previa se produjeron informes negativos respecto de la incorporación a nuestro ordenamiento de dos temas fundamentales: el principio de oportunidad, y la atribución al fiscal de la fase investigadora. Diversas Juntas de Fiscales, el CGPJ y un buen número de autores se pronunciaron en contra del entonces Proyecto. Y las críticas, como se deduce de la abundante bibliografía al respecto, no han mitigado. Reduciendo las citas a las monografías son especialmente ilustrativas cuatro: DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales investigadores, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, 1988; FERNÁNDEZ ENTRALGO, Andrés IBÁÑEZ, CONDE-PUMPIDO TOURON; PÉREZ MARIÑO y VARELA CASTRO, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, 1991; y BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal español*, Tirant lo Blanc, 1994. Argumentos a favor pueden encontrarse en la obra de GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETE, CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA, *La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1990 y en la circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989.

En este orden de cosas y a partir de un argumento no siempre lineal, en virtud del cual, la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir el principio de legalidad, conduce ineludiblemente a la adopción del principio de oportunidad, una amplia corriente doctrinal aboga por la extensión del mismo a un creciente ámbito de aplicación.⁴⁹ Este argumento se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden: a razones de interés social o utilidad pública;⁵⁰ a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquéllos otros en los que la pena carece de significación.⁵¹

Sería reiterativo volver a exponer los problemas jurídicos que suscita la incorporación del citado principio al ordenamiento español, amén de los que diferentes voces han puesto de manifiesto sobre todo a partir de la nueva regulación de la conformidad por ley de 28 de diciembre de 1988.⁵² En su defecto, señalaré las conclusiones —o más bien elementos para la reflexión— que desde un punto de vista general ofrece el principio de oportunidad en el conjunto del sistema procesal penal de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta perspectiva cuenta con la ventaja añadida de poderse trasladar, en

49. El razonamiento falla en su conclusión. La exclusión de la sujeción al principio de legalidad, como causa esencial del colapso de la administración de justicia, puede valorarse como un buen o el mejor remedio o no, pero en todo caso no es el único. Junto a él y en una primerísima aproximación figuran, cuando menos: el incremento de la dotación de la administración de justicia de medios personales y humanos, y la eliminación de determinadas conductas del Código penal, y con ello, la necesidad de un proceso para imponer la pena en el prevista.

50. La escasa lesión social producida por el delito y/o la falta de interés público en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad; y, favorecer la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación. Gran parte de estos motivos han sido incorporados por el ordenamiento procesal penal alemán, en los párrafos 153 y ss. STPO. A pesar de ello, no toda la doctrina alemana coincide en su bondad, *vid.* HÜNERFELD, «*Kleinriminalität und Strafverfahren*» en *ZStW*, 1978, pp. 909 y ss.; NAUCKE, «*Empfiehlt es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegenfalls durch welche?*», *Gutachten für 51 DJT*, 1976, t. I, pp. 115 y ss.; MOOS, «*Zur Reform des Strafprozessrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelikte*», 1981, pp. 141 y ss.; y, entre otros, RIESS, P. en *Löwe-Rosenberg Grosskommentar*, 23 ed., 1986.

51. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit., pp. 194 y ss.

52. A mero título indicativo, con carácter general, pueden consultarse, VV.AA., *El nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1989; VV.AA., *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990; ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela...* cit., pp. 145 y ss.; CALVO SÁNCHEZ, «*La reforma del proceso penal*» en *PJ*, n.º 17; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «*El principio de legalidad y el uso de la oportunidad*» en *PJ*, 1987; FAIRÉN GUILLÉN, «*Las conformidades del sujeto pasivo en el procedimiento de la ley de 28 de diciembre de 1988*» en *Justicia*, 1989; GIMENO SENDRA, «*La nueva regulación de la conformidad (Ley orgánica 7/1988)*» en *La Ley*, 1990.3, pp. 977 y ss.; ORTELLS RAMOS, «*El nuevo procedimiento penal abreviado: aspectos fundamentales*», en *Justicia*, 1989; DE LA OLIVA SANTOS, «*Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal*» en *RGD*, oct. nov., 1992, pp. 9.853-9.903; y, BARONA VILAR, *La conformidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanc, 1994.

muchos aspectos, a otras tendencias actuales, imposibles de pormenorizar aquí y ahora, que como la reparación constituyen en varias de sus manifestaciones también aplicación del principio de oportunidad.⁵³ Así como constituir un ejemplo señero de la necesaria conexión, en ocasiones, entre fines de la pena y del proceso penal.

Las referencias incidirán fundamentalmente en aquellas exteriorizaciones —de entre las muchas que el principio de oportunidad ofrece—⁵⁴ que afectan directamente al proceso, de dos maneras concretas: no iniciándolo, a instancias del fiscal, con arreglo a la concurrencia de determinados requisitos;⁵⁵ y poniéndole fin anticipadamente por efecto de la conformidad entre el acusado y los acusadores.⁵⁶

A) En cuanto a la primera manifestación conviene señalar inmediatamente que no existe en España un precepto legal semejante a los párrafos 153 y ss. de la StPO alemana. La reforma de 1988 pretendía, como se admite hoy sin ambages, modificar el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, encomendando la dirección de la fase instructora al fiscal, como paso previo para introducir una aplicación semejante del principio de oportunidad. Pese a que aquél primer objetivo se frustró, por la inclusión en el articulado de la obligación del fiscal de cesar en sus actividades instructoras, así tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (art. 785 bis, 3 LECr), esta pretensión vuelve a manifestarse

53. La reparación presenta múltiples vertientes, cuyo análisis ha venido efectuando la dogmática penal, sobre todo a partir de que la Victimología llamó la atención sobre el olvido en que aquélla había situado al perjudicado por el delito. En Alemania, país donde su estudio ha sido especialmente intenso y los defensores particularmente entusiastas como se pone de manifiesto en la obra *Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* (AE-WGM), Múnich, 1992, se ha incorporado a su Ordenamiento Jurídico en el año 1994, limitado a la pequeña criminalidad por Ley. Desde la perspectiva procesal, las cuestiones que suscita su aplicación —y cuya simple cita desbordaría los cauces de este trabajo— deben tener presente el sistema procesal al que se incorporaría, partiendo de aspectos esenciales como el principio de legalidad —que es el que aquí se resalta— para llegar a otros, como el efecto que provocaría en la persecución penal (ejercicio de la acción, defensa del interés público, ejecución de la pena, etc.) cuando la adopción de mecanismos como este conlleve sin duda una nueva aproximación a métodos propios del derecho privado.

54. De carácter muy amplio, comprensivo de todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo, como defiende BACIGALUPO, «Desriminalización y prevención» en *PJ*, 1987, n.º esp. II, pp. 14 y ss. De ámbito relativamente amplio, que abarca institutos como la querella, denuncia, indulto, amnistía, etc... en opinión de GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Justicia*, 1987, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, «El principio de legalidad y el uso de la oportunidad» en *PJ*, 1987. Hasta, finalmente, un concepto estricto, que particularmente me parece el más correcto, limitado, subjetivamente, a los órganos públicos y, objetivamente, al marco exclusivo de aplicación del principio de legalidad en el proceso, ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, cit., p. 210.

55. Apartado A).

56. Apartado B).

en el actual Proyecto de regulación del Jurado, actualmente en trámite parlamentario, lo que justifica cumplidamente volver a mencionarlo. La conformidad, por su parte, será objeto de unas consideraciones finales, al término de estas conclusiones en torno al principio de oportunidad.

Frente a los argumentos que militan a favor de la inclusión en nuestro ordenamiento procesal del principio de oportunidad en sus modalidades más amplias, deben tomarse en consideración ineludiblemente los siguientes elementos para la reflexión:

a) El principio de oportunidad surge —la historia lo demuestra— ante la incapacidad de la Administración de Justicia a la hora de cumplir sus objetivos, y al igual que la pena, debe entenderse como un mal necesario, utilizable, por tanto, cuando no exista otro remedio mejor.

Si así sucede, las limitaciones al deber de persecución que su uso implica han de someterse ineludiblemente a requisitos de diversa índole. Por una parte, el respeto de los principios constitucionales y procesales y su configuración, de manera tal que queden salvaguardadas: la seguridad jurídica, la igualdad ante la ley y la atribución de la función jurisdiccional a los órganos a quienes le viene encomendada (art. 117 CE). Por otra parte, la pretensión aceleradora no debe ser ni la única, ni quizás la finalidad prioritaria: las tendencias de política criminal y de derecho penal imperantes constituirán el punto de referencia obligado que señale los aspectos específicos en que la legalidad puede ceder ante la oportunidad, configurando toda una serie de circunstancias evaluables a la hora de decidir el ejercicio o no de la acción penal (así, las que concurren en el hecho, en el autor, en la víctima, los intereses del Estado...).⁵⁷

b) Desde el momento en que el principio de oportunidad implica la excepción de uno de los principios fundamentales del Estado de Derecho —como garantía frente al abuso de las facultades públicas— su implantación debe arrostrar el peligro de desequilibrar aquéllos, especialmente en países en los que, como España, la fiscalía carece de la necesaria independencia.⁵⁸ Asimismo han

57. Son muy abundantes los trabajos de la doctrina alemana a este respecto. Destacan entre los que limitan el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a la concurrencia de una serie de garantías RIESS, «Die Zukunft des Legalitätsprinzips», *NSiZ*, 1981, y los comentarios correspondientes a los párrafos 151 bis a 157 y el 172 de los *Löwe-Rosemberg Grosskommentar*, 23 ed., 1986. Partidario de un ámbito de aplicación más amplio es WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, Baden-Baden, 1978. Una completa referencia a todas las cuestiones en mi obra, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit., pp. 58 y ss.

58. Como los recientes casos de corrupción política parecen haber puesto de manifiesto, toda precaución no es exagerada a la hora de salvaguardar las garantías del Estado de Derecho, la separación de poderes, y la independencia judicial, especialmente en aquellos casos en que se plantearon conflictos entre los intereses generales y los particulares del Gobierno. El hincapié que el último Fiscal General del Estado (Sr. Granados) efectúa en todas sus declaraciones sobre la sujeción en su actuación al principio de legalidad, no dejan de servir de ilustración de lo afirmado en estas conclusiones.

de constatarse, desde esta perspectiva, dos riesgos: el uso indebido de las facultades discretionales en favor de los intereses del ejecutivo; y la quiebra de la imparcialidad, al aunar las funciones acusadoras y enjuiciadoras, esta vez en manos del fiscal.⁵⁹

c) No es cierto, por otra parte, que la vigencia absoluta del principio de legalidad corresponda a una concepción kantiana del Derecho penal. Como se ha demostrado cumplidamente a través de las diversas fundamentaciones que el principio de legalidad ha tenido a lo largo de la historia, esto es, garantizar la justicia sin consideraciones particulares hacia la persona; ser el correlato del monopolio de la acción penal en manos del fiscal; y establecer el derecho de pretensión material; el repetido principio no tiene una fundamentación única en el derecho penal, sino que obedece a otros motivos que exceden este marco y con los que debe conjugarse. Así, las finalidades de la pena serán decisivas para el establecimiento de las excepciones al deber de perseguir un delito y sus requisitos; pero este supuesto excepcional no deberá suponer atribuir a un órgano no jurisdiccional funciones que sólo a jueces y magistrados corresponden.⁶⁰

d) La sujeción al principio de legalidad o la admisión del principio de oportunidad no llevan consigo una decisión sobre la configuración del proceso a través de un sistema inquisitivo u otro acusatorio.⁶¹ De ahí, que la conexión no surja directamente entre fin de la pena y sistema procesal adoptado, sino, en mayor medida, entre fin de la pena a través del principio de oportunidad y su efecto en determinadas garantías procesales: como por ejemplo la citada imparcialidad,⁶²

59. Y ello a pesar del límite que el cumplimiento del art. 10 CE implica, en cuanto a la necesidad de su adopción por un órgano jurisdiccional, respecto de toda medida limitativa de derechos fundamentales en la fase instructora, y del tercero argumento en virtud del cual, siendo el fiscal el órgano al que se encierra la acusación, debe corresponderle igualmente la dirección de aquella fase que está destinada a conocer si debe o no ejercitarse. Esta última circunstancia no impide, por otra parte, que en países como en Alemania, en donde la instrucción está encomendada al fiscal, sea un órgano jurisdiccional quien en la fase intermedia revise la corrección de aquélla y corrobore, por ende, la necesidad y conveniencia de apertura de la fase oral (§ 198-212 StPO). Similar opción han adoptado las recientes modificaciones en los códigos procesales italiano y portugués.

60. RIESS, *Die Zukunft...*, cit., Sobre la figura del fiscal y la atribución de funciones jurisdiccionales: KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, 1980.

61. Aun cuando es más natural someter al juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente. GOLDSCHMIDT, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1935, p. 73.

62. Un sopesado análisis de los fundamentos, ventajas y aspectos críticos de incorporar el principio de legalidad o el de oportunidad en el trabajo de HASSEMER, W. «Strafverfolgung und Strafverzicht» en *Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein*, Heymans, 1992, pp. 529 y ss. Una frase de las condiciones que este autor señala como criterio optativo sirve de buen ejemplo de una opinión que comparto: «Die Legalität steht eher für die Gerechtigkeit, die Opportunität steht eher für die Zweckmäßigkeit (Effektivität, politische Klugheit). Damit ist über die Prinzipien noch nicht einmal ein beachten, dass die Gerechtigkeit das Ziel, die Zweckmäßigkeit aber die restriktive Bedingung der Zielverfolgung ist, vereinfacht ausgedrückt: So viel Legalität wie möglich, so viel Oportunität wie (aktuell politisch und ökonomisch) nötig», cit., p. 537.

e) No conviene olvidar que si la aplicación del principio de legalidad garantiza la igualdad ante la ley, la vigencia del principio de oportunidad equivale a consagrar la desigualdad, de manera no siempre suficientemente justificada.⁶³

f) Aunque desde la perspectiva de las finalidades de la pena, el principio de oportunidad propicia la efectividad, al permitir la persecución de los delitos más graves, omitiendo la de los llamados bagatelarios; sus consecuencias desde perspectivas de prevención general son ciertamente discutibles por su efecto perverso sobre la credibilidad del sistema y la seguridad jurídica.⁶⁴

g) Como las diversas legislaciones han ido demostrando, la aplicación del principio de oportunidad requiere, a modo de condición para su efectividad, la atribución del ejercicio de la acción penal a un órgano oficial en régimen de exclusiva. Circunstancia que no concurre en el sistema de la LECr. La acción popular, contemplada en su artículo 101 y en el 125 de la Constitución, implica el ejercicio de un interés general, no particularizado, concebido como instrumento introducido en el proceso para mayor garantía de que el fiscal cumplirá con su función, conforme a la más estricta legalidad a la que la propia Constitución y su Estatuto le someten. En todo caso, parece incuestionable la dificultad de articular un uso discrecional del ejercicio de la acción penal que determine la persecución de determinados delitos, si la decisión negativa puede verse arrumbada por el legítimo ejercicio de la acción citada.⁶⁵

h) Los intereses de la víctima son preteridos, a excepción de que su previa satisfacción figure como condición para aplicar el principio.⁶⁶

B) En cuanto a las conformidades, puede resultar de utilidad recordar algunas elementalidades sobre la esencia de nuestro proceso. Desde una perspectiva teleológica éste se orienta y estructura de acuerdo con la búsqueda de la verdad material, lo que configura el primer gran obstáculo para toda solución consensuada, fundada necesariamente en la búsqueda de la verdad for-

63. Este argumento se torna a favor para aquellos autores que preconizan un tratamiento diferenciado y adecuado a cada caso a través de la mayor amplitud del campo de discrecionalidad. WEIGEND, *Anklagelplifft und Ermessen*, 1978, p. 180.

64. RIESS, P., «Die Zukunft des Legalitätsprinzips» en *NStZ*, 1981; GÖSSEL, «Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren», en *Festschrift für Dünnebier*, 1982; HIRSCH, «Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland» en *ZStW*, 1980; ROXIN, «Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft» en *DRZ*, 1969; WOLTER, «Strafverfahrensrecht und Strafprozessreform» en *GA*, 1985; y, HASSEMER, «Strafverfolgung...», cit.

65. De ahí, cabe pensar, la novedosa oposición que esta acción ha suscitado en determinados sectores doctrinales, *vid. Criminalidad de bagatela...*, cit., p. 201.

66. Se trataría de supuestos como el contemplado en el § 153 b StPO o en términos más generales los establecidos en la reciente ley alemana sobre «Wiedergutmachung».

mal.⁶⁷ Esta circunstancia tiene no poco que ver con otra característica esencial: la no disponibilidad sobre el derecho objeto del proceso penal, en atención a la naturaleza pública del interés en juego, que determina la imposible disposición del derecho por parte de quien está sujeto en su ejercicio a la legalidad, y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos.⁶⁸

A ello se une el efecto limitador, cuando no excluyente, que provoca sobre otras garantías fundamentales, singularmente:

a) la igualdad entre las partes negociadoras, ya que en tanto una se mueve libremente en los márgenes del arbitrio legal y con la capacidad para generar asentimiento que deriva de su *status*, para el imputado el objeto de la negociación es su propia libertad; lo que convierte el pretendido consenso en un compromiso al que la parte más débil deberá adherirse,⁶⁹ a la vez que pone seriamente en entredicho la libre voluntad de aquél que consensua y del procedimiento a través del cual se llega al acuerdo, generalmente carente de regulación y garantías suficientes.⁷⁰ Y,

67. La modificación resultaría sustancial. A tenor de la misma, el fin último del proceso no sería alcanzar una verdad entendida como *adecuatio intellectus rei* sino solventar «razonablemente» los conflictos entre partes, porque la «verdad» de las resoluciones judiciales, no es, por consiguiente, una verdad objetiva ni absoluta, sino una verdad consensual. VIVES ANTON, «Doctrina constitucional y reforma penal», en *PJ*, n.º especial, II, p. 106. El objetivo de la búsqueda de la verdad, ni objetiva ni absoluta, pero sí suficientemente contrastada, cede a una actividad no ya cognoscitiva, sino convencional. Andrés IBAÑEZ, ob. cit., p. 89.

68. Los artículos 406 y 729 LECrim, se encaminan, precisamente, a evitar, por una parte, que los esfuerzos del órgano investigador se encaren a lograr la confesión del acusado, desatendiendo otras pruebas o simplemente no comprobando la veracidad de las mismas, y simultáneamente, por otra parte, a impedir un uso indebido de la admisión de la confesión del acusado. Erigir la confesión en *regina probae* implica el indudable riesgo de admitir un poder de disposición sobre el objeto del proceso penal, y lo que pudiera resultar más grave, posibilitar la existencia de presiones sobre el acusado tendentes a obtenerla. Andrés IBÁÑEZ, P, «El Ministerio fiscal entre «viejo» y «nuevo» proceso» en la obra colectiva, *La reforma del proceso penal*, Tecnos, 1990, pp. 81 y ss. DE LA OLIVA SANTOS, «Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal» en *RGD*, oct.-nov. 1992, pp. 9.853-9.903.

69. En certera afirmación de SHÜNEMANN: «Como lo enseña la psicología del juego en la negociación, el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica», «¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?», en *Cuadernos del Poder Judicial*, n.º 8, 1991, pp. 49 y ss.

70. De manera señalada a tenor de la regulación legal introducida por la citada reforma de 28 de diciembre de 1988, cuya oscuridad y «carácter lagunar» lejos de garantizar conducen al efecto contrario. Convendría tener muy presente, a estos efectos, que en un país como EE.UU. de Norteamérica, donde la negociación está tan arraigada, los diversos mecanismos de *plea bargaining* son objeto de críticas respecto de la necesidad de evitar presiones psicológicas sobre el imputado, conducentes a confesar su culpabilidad, aun cuando pudiera ser inocente, como sucedió en el conocido «caso Ray», acusado del asesinato de M.L. King. Se exige, así, comprobar la voluntariedad (*voluntariness*), la exactitud (*accuracy, intelligence*), y la existencia de una base fáctica para la confesión (Federal Rules of Criminal Procedure). DE DIEGO DÍEZ, «Algunos apuntes sobre el «plea bargaining» de los USA», comunicación a las Primeras Jornadas sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas publicadas en *PJ*, n.º especial, VI, pp. 37 y ss. Sobre la conformidad, con carácter monográfico, puede consultarse BARONA VILAR, S.,

b) la renuncia, no sólo al derecho de defensa —aspecto que el Tribunal Constitucional ha declarado factible— sino a otros derechos como el no declarar contra uno mismo, a la presunción de inocencia, a un proceso con todas las garantías (y especialmente al juicio oral o a la fase de prueba) y a la tutela judicial efectiva, en alguno de sus específicos contenidos, como el derecho a los recursos.⁷¹

Los fines del Derecho penal y de la pena no parecen salir mejor parados. El consenso, según señala la propia doctrina penal es cuestionable desde perspectivas como la justicia del caso particular, la función legitimadora de la culpabilidad, o la individualización de la pena...⁷²

Ante todas estas consideraciones, para concluir, resulta justificado, volver a considerar si el principio de oportunidad (en un sentido amplio comprensivo de los mecanismos de consenso, y en buena medida otros, como la reparación en algunas de sus vertientes) y las dificultades que su introducción conllevaría, en relación con el problema originario que pretende solventar (la hipertrofia de la administración de justicia y su consecuente lentitud) no encontraría mejor solución (o al menos, no tan costosa en términos garantistas) a través de sus dos alternativas naturales: el incremento de los medios materiales y humanos a disposición de la misma y/o la simple despenalización de las conductas a que pretende aplicarse, por su escasa relevancia, que parece justificar suficientemente aquella reducción.⁷³

La conformidad en el proceso penal, Tirant lo Blanc, 1994, y en la doctrina alemana, SCHÜNEMANN, «Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen», *Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag*, Múnich, 1990.

71. Sobre la disponibilidad del derecho al proceso y a la pena, FENECH, M., *Derecho procesal penal*, vol. II, Bosch, 1960, y FAIREN, V. «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema procesal acusatorio español» en *ADPCP*, 1969, p. 259. En cuanto al derecho a los recursos, *vid.* ARMENTA DEU, «El derecho a los recursos: su configuración constitucional» en *RGD*, jul.-agos. 1994, pp. 8.105 y ss.

72. Ni desde el punto de vista de prevención especial, resultaría adecuada la atenuación de la pena derivada del convenio, ya que el condenado —sintiéndose la parte más débil no tomaría en serio la sentencia. Ni desde el de la prevención general positiva o integradora, ya que el sometimiento a una norma, y a la sentencia que en ella se fundamenta, sólo dará lugar a un efecto reafirmador de la norma, que podría justificar una atenuación de la pena, cuando dicho sometimiento tiene lugar de forma incondicionada. Además, si se atiende a la perspectiva de la prevención general intimidatoria, la amenaza de una pena esencialmente atenuada para el caso de estar dispuesto a confesar para reducir la duración del proceso penal, sepulta tanto la seriedad de la norma como el respeto del pueblo frente a tales prácticas. SCHÜNEMANN, B., *¿Crisis del procedimiento penal...*, cit., pp. 56-57.

73. De todas las razones que militan en favor de la adopción del principio de oportunidad (razones de interés social o utilidad pública: escasa lesión o falta de interés en la persecución; estimular la pronta reparación de la víctima; o evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad—; contribuir a la consecución de la justicia material por encima de la formal; y constituir el único instrumento que permite llevar a cabo un tratamiento diferenciado entre hechos punibles que deben perseguirse y otros en los que la pena carece de significación) la totalidad de los mismos alcanzaría una más amplia efectividad a través de uno u otro de los mecanismos citados.

A falta de una respuesta radical, probablemente inexistente, torna a surgir la necesidad de ponderar las ventajas que desde una perspectiva global, de derecho penal y procesal penal, avalan tan sustancial cambio en el sistema, sacrificando algunas de las conquistas fundamentales del Estado de Derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. O, por el contrario, fuerzan a continuar la búsqueda de una reforma, con fe en los fines y escepticismo en los medios, e informada en todo caso por la prudencia como arte del Derecho.

IV
LA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

LA CONCRECIÓN DEL «RIESGO JURÍDICAMENTE RELEVANTE»¹

Andrea CASTALDO

Catedrático de Derecho penal.

Universidad de Urbino

I. EL «RIESGO JURÍDICAMENTE RELEVANTE»

«Un hecho causado por el autor es imputable al *Tatbestand* objetivo únicamente en el caso de que el comportamiento del sujeto agente haya creado un peligro para el objeto de la acción no abarcado por el riesgo permitido y dicho peligro se realice en el resultado concreto.»²

Con la habitual precisión y síntesis de pensamiento, Claus ROXIN expresa un concepto casi unánimemente compartido por la doctrina contemporánea, no sólo la de origen alemán.

En buena técnica, la imputación (objetiva) del hecho plantea problemas en una zona intermedia en la que están situadas las acciones peligrosas toleradas por el ordenamiento jurídico, de modo que, para determinar la relevancia penal de la conducta, no importa tanto el peligro ínsito en la acción misma, cuanto la amplitud de esa *zona gris* del riesgo permitido.

Por otra parte, un estudio profundo habría puesto de manifiesto —salvo loables excepciones—³ sin grandes dificultades (y se trata tal vez de la característica más sorprendente) cómo la concreción de esa zona permanece incierta y difusa.

De hecho, el reconocimiento y comprensión de la importancia del riesgo relevante por parte de la infravalorada política criminal, no ha ido acompañado por un estudio doctrinal del fenómeno, cuyos límites se consideraban establecidos.

1. Traducción del original italiano *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»* a cargo de Eduardo Ruiz de Erenchun Arteche, Universidad de Navarra.

2. ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 2.^a ed., 1994, § 11, Rn. 39.

3. *Vid.* la investigación de JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, y la teorización del *Modellgefahr*, y de SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefahrdungsdelikte», *JA* 1975, 435 y ss., con la distinción de las acciones según su utilidad social.

Semejante escasa atención tiene probablemente raíces históricas. El criterio del *erlaubtes Risiko* tuvo un gran éxito en el ámbito de la adecuación social y posteriormente ha vuelto a escena con la teoría de la imputación objetiva.

El denominador común ha permanecido, sin embargo, invariado en el tiempo: con independencia de las diversas concepciones sistematizadas, siempre ha predominado la idea base de la necesaria aceptación de acciones peligrosas. Por otra parte, la reflexiva especulación acerca de la justificación del *topos* y la individualización *por exclusión* del riesgo no más tolerado, han permitido la construcción de un concepto definido de manera axiomática y considerado en conjunto poco interesante por ser penalmente irrelevante.

El intento de delimitar *in concreto* el área del «riesgo jurídicamente relevante» y la posibilidad de aplicar la construcción al ámbito interno del hecho doloso, en vistas a una representación unitaria de la teoría de la imputación objetiva, constituyen el objeto de estas breves reflexiones.

II. CRITERIOS DE CONCRECIÓN

Por «riesgo jurídicamente relevante» o «significativo» debe entenderse la creación de un estado de peligro, capaz de provocar la reacción del ordenamiento jurídico que, con la concurrencia de ulteriores condiciones, permitirá imputar a su autor el hecho producido como consecuencia. De ahí que la no superación del umbral de la relevancia excluya de partida, aun en presencia de acciones peligrosas, la subsistencia del hecho típico.

La evolución tecnológica de los últimos años ha determinado un apreciable cambio en la aproximación a la temática del peligro. La configuración de la sociedad como «organización de riesgo», provoca el aumento del número de situaciones de peligro. Y su masificación como consecuencia del progreso científico (ambiente, química, genética) ha supuesto una crisis profunda —y forzosamente irreversible— del modelo clásico de intervención penal.

Más allá de posiciones radicales de orientación sociológica,⁴ la sensación, si no de fracaso, sí al menos de inidoneidad de la construcción del sistema penal como forma de protección de los bienes jurídicos tipificados, ha encontrado numerosos partidarios.⁵

4. BECK, *Risikogesellschaft*, 1986.

5. Cf. el análisis detallado de PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik*, 1993. En Italia, *vid.* PALIERO, *L'atunno del patriarea. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*

En consecuencia, el conocimiento de la existencia de peligros difusos —y no eliminables— acostumbra a la idea de una zona de riesgos integrada fisiológicamente en el comportamiento humano.

La aceptación de la forzosa convivencia entre acción y peligro centra, por consiguiente, e inevitablemente, la atención, como último eslabón del trayecto emprendido, sobre los *instrumentos de medición* de las *cuotas de riesgo* que el ordenamiento jurídico está dispuesto a tolerar renunciando a la tipicidad del hecho cometido.

1. La frecuencia

La mera interdependencia entre efectos dañosos y los factores causales que los han producido, adquiere una importancia creciente para los objetivos del «riesgo jurídicamente relevante».

Es de hecho evidente que lo relevante no es tanto la relación causal *simplemente*, sino sobre todo la incidencia repetitiva de la misma. En otras palabras, es el índice de la *frecuencia* el que permite una real limitación del riesgo, más que el referido —en sí neutral— de la potencial relación entre comportamiento humano y daño. El índice de la probabilidad (cimentado a través de reglas científicas o máximas de experiencia) de producirse resultados lesivos para el ordenamiento jurídico, revela aspectos decisivos: una estadística desfavorable implicará, por tanto, la inclusión de la acción «dudosa» en el ámbito del riesgo relevante.

2. La utilidad social

Naturalmente, tiene relevancia —y en esa medida permite atribuirle efectos «equilibrantes»— la cuestión de la *utilidad social* de la acción de la que parte el peligro.

La mayor tolerabilidad es una directa y lógica consecuencia de la ventaja social del desarrollo de la actividad. La conducta arriesgada pero útil es, de hecho, vista de un modo más favorable que la conducta carente de beneficio para la sociedad.

Se hace necesaria, por lo demás, una precisión. Consideradas en sí mismas, las conductas son neutras: su peligrosidad se determina en función del acontecimiento (negativo) del que han surgido. De ahí la dificultad de la maniobra de actuación que se debe plantear: no pudiendo intervenir sin resultado, el legislador procede a moderar la causa, a la que no puede renunciar, por las connotaciones positivas de su función social.

El concepto de utilidad social es, sin embargo, una fórmula vacía si no se delinean los límites y los parámetros valorativos de confrontación.

a) *La relatividad*

Desde una perspectiva económica, la utilidad es la idoneidad, objetiva o subjetivamente considerada, es decir, real o supuesta por el autor, de un hecho para satisfacer una necesidad. Y la necesidad es el estado de malestar que estímula al individuo a procurarse el medio para hacer cesar o prevenir la sensación afflictiva unida a la sensación de descontento.

La gran variabilidad de las necesidades y los continuos cambios de los medios para satisfacerla, muestran cómo la utilidad representa un dato fluctuante, desvinculado de constantes históricas absolutas.

La primera consecuencia es, por consiguiente, resumible en la siguiente ley: *la utilidad social es temporal y personalmente relativa*.

b) *La ley del recurso mínimo*

La segunda consecuencia es que *la utilidad sigue la ley del recurso mínimo*.

La intensidad de la necesidad es directamente proporcional a la facilidad de su obtención. Puesto que el deseo (del individuo o de la colectividad) está caracterizado por motivaciones de utilidad, el peligro conectado a la actividad instrumental para su consecución, hace disminuir la apetecibilidad.

Por tanto, el impulso a la realización de un fin crece con la disminución del sacrificio indispensable para obtenerlo; *por contra*, la utilidad social disminuye con el aumento de los peligros unidos a la actividad-base.

c) *La oportunidad condicionada*

La tercera consecuencia es que la utilidad es oportunidad condicionada.

La fórmula quiere describir los coeficientes de la *subrogabilidad*, de la *economicidad* y de la *diferenciabilidad* de la actividad.

En efecto, la actividad en sí idónea para satisfacer la necesidad deviene menos útil mientras sea sustituible con otro comportamiento, eventualmente menos arriesgado, apto igualmente para garantizar el resultado y que, por consiguiente, no se presenta como única alternativa; por otro lado, en igual-

dad de condiciones la presencia de costes elevados en el desarrollo de la actividad juega un papel evidente y, por último, influye igualmente, su no indispensabilidad inmediata, es decir, la posibilidad de un aplazamiento temporal.

d) *La ley de la reciprocidad*

Las consideraciones expuestas admiten una ulterior afirmación: *la existencia de una ley de reciprocidad entre utilidad y peligrosidad*.

Igualmente en este caso la cuestión merece una breve explicación. La metodología tradicional trata de explicar la delicada relación entre utilidad social y peligrosidad del comportamiento en sentido *monodireccional*: la utilidad influye en la peligrosidad en cuanto que la relevancia positiva de la primera permite tolerar los peligros asociados a la conducta. Sin embargo, se observa con bastante claridad la *reciprocidad* del condicionamiento: la *utilidad elevada* influye, en términos de justificación, en la cuota tolerable de riesgos pero a su vez el *riesgo elevado* incide negativamente en su utilidad, disminuyendo el impulso de satisfacción de la necesidad.

3. Especies de peligro

El tercer factor de concreción del «riesgo jurídicamente relevante» está en relación con las *especies* de posibles riesgos.

Se trata de un elemento que influye poderosamente en la respuesta del ordenamiento. La estadística podría de hecho ser un criterio erróneo si no se pusiera en relación con la *tipología* de los eventos producibles.

El sector de la energía atómica representa un caso emblemático de aplicación práctica: la peligrosidad reducida (bajo el perfil de la pura verificabilidad) de incidentes nucleares se compensa con la gravedad de los mismos, de suerte que el área de riesgo que no puede ser tolerado aumenta en virtud del tipo particular de peligro.

III. EL EQUILIBRIO DE LOS FACTORES

El simultáneo realizamiento del «riesgo jurídicamente relevante» mediante los instrumentos de la *cantidad, utilidad y calidad* (en términos de *gravedad*) proporciona desde ángulos diversos una primera visión de la concreción del riesgo.

Y si el primer y tercer factor, al estudiar el peligro en clave dinámica (número de posibles efectos dañosos) y *específica* (tipo de peligro), se fundamentan en construcciones *empíricas*, basándose en datos naturalísticos recogidos en la experiencia adquirida, el segundo, en cuanto elemento *inmaterial*, adopta una perspectiva *funcionalista de valoraciones sociales*.

Las diferentes líneas de investigación ponen de manifiesto la dificultad de una construcción general del «riesgo jurídicamente relevante». En realidad, no es posible el empleo de fórmulas matemáticas aptas para establecer con precisión los límites de riesgos aceptables o la prevalencia de un factor sobre otro. Un método que pretendiese racionalizar una materia sujeta a juicios de fondo, y, por tanto, con la inevitable elasticidad de los mismos, más que irrealizable sería jurídicamente incorrecto.

Esto no implica, sin embargo, renunciar a la idea de una *disciplina* en la investigación concerniente al riesgo significativo, al menos bajo dos puntos de vista.

El primero de carácter *procesal*, relativo al control de la correcta utilización de los parámetros indicados. Aunque es libre, en cierto sentido, el juicio final que el ordenamiento se reserva en atención a la definición de los límites del riesgo relevante y, por tanto —*a contrario*— del área de irrelevancia penal, no lo es igualmente el *método* a emplear. En definitiva, la supervisión (que compete a la ciencia penal) de la correcta aplicación de los factores en juego se resuelve con una garantía sustancial apta para impedir selecciones arbitrarias.

En cuanto al segundo aspecto, está fuera de duda que la combinación de los factores catalogados permite diseñar una *escala* de valores, a la que corresponden estrategias sociales diferenciadas.

Partiendo de lo anterior, es fácil entender cómo el área de irrelevancia jurídica estaba anteriormente compuesta en su totalidad por la actividad *útil a riesgo cero*. El siguiente paso son las actividades no siempre peligrosas, pero sin reflejos de utilidad.

Frente a los dos tipos descritos, la respuesta «social» y la estrategia normativa adoptada están obviamente diferenciadas: en el primer caso se observa una política de optimización, de protección y en el segundo, una dirección abstencionista, de no intervención.

En la vertiente opuesta y, por tanto, en el área de «riesgo jurídicamente relevante» se encuentra la actividad *peligrosa*, eventualmente *inútil o neutra*. La ausencia de efectos positivos junto a la creación de riesgo, lleva a adoptar una estrategia orientada en vía preventiva a su prohibición o, de cualquier modo, a una reglamentación restrictiva.

El área central está compuesta no tanto por el binomio *no peligrosidad-*

inutilidad (la connotación negativa de la *inutilidad* provoca el alejamiento hacia una política de freno de la actividad a medida que aumenta su carácter contraproducente, pese a la inexistencia de riesgos) como por aquel más flexible *peligrosidad-utilidad*.

La variante de la utilidad impide la drástica solución de la prohibición del comportamiento. La prevalencia de uno u otro aspecto —y por lo tanto la relevancia jurídica del riesgo producido— depende de valoraciones orientadas según la fórmula *coste-beneficio*, a la luz de las precisiones indicadas, con la particularidad de que mientras la peligrosidad conoce sólo su perjuicio (un fenómeno —naturalísticamente observado— es peligroso o no) la utilidad presenta una connotación añadida (la actividad x pudo resultar útil, inútil, pero del mismo modo socialmente indiferente por su neutralidad).

IV. SIGNIFICATIVIDAD DEL RIESGO Y FORMACIÓN DE REGLAS DE CUIDADO

La mera existencia de un «riesgo jurídicamente relevante» no implica obviamente el automático surgimiento del ilícito penal de la conducta; la meta (más modesta) que se trata de alcanzar es la posible imputación del hecho (nacido del comportamiento examinado), es decir, la conocida subsumibilidad de la acción en el hecho típico.

De este modo, la existencia de un riesgo significativo únicamente prueba que el comportamiento es idóneo para ser absorbido en el *Tatbestand* y que las preocupaciones en términos de seguridad social creadas por dicho comportamiento son tales por el mero hecho de superar el filtro de la irrelevancia penal del riesgo.

La acción (u omisión) *penal*, propiamente en cuanto concepto jurídico, y, por tanto, sujeto a valoraciones teleológicas, tiene un margen de operatividad reducido respecto a la acción *naturalística*.

Por tanto, la imputación objetiva se funda sobre el presupuesto de la creación de un riesgo relevante —que constituye por otro lado elemento necesario pero no suficiente— y la penalización del comportamiento arrriesgado es producto de una comprobación posterior, basada sobre el doble aspecto 1) de la dimensión subjetiva del ilícito y 2) de la oportunidad político-criminal de la individualización del caso en cuestión, a la luz de las garantías de la subsidiariedad y fragmentabilidad.

La operación de filtro inicial en el ámbito penal de las acciones jurídicamente no significativas no implica ni mucho menos un inmovilismo normativo. En otras palabras, la observación de fenómenos caracterizados por la

ambivalencia utilidad-peligrosidad en las múltiples hipotéticas facetas (y por lo tanto el control exhaustivo de los riesgos potenciales) sirve de base para la creación de reglas preventivas de cuidado, que de siempre han constituido el sustrato del hecho culposo.

El establecimiento de nuevas normas prescriptivas para moderar los comportamientos humanos en ámbitos de inofensividad sustancial acaba casi por frenar aquellos sectores en los que la observación privilegiada de los riesgos *endoestructurales* constituye la aproximación metodológica referida.

V. «RIESGO JURÍDICAMENTE RELEVANTE» Y DOLO

Resta por ver si la laboriosa enunciación del «riesgo jurídicamente relevante» experimenta modificaciones en el caso de hechos dolosos o si, por el contrario, tal concreción pudiera aspirar a un tratamiento unitario.

La conclusión en el primer sentido se basa en la circunstancia de que la intencionalidad de la ofensa, típica en el ilícito doloso, disminuye el *quantum* de riesgo que el ordenamiento está dispuesto a tolerar, ampliando de este modo el área de riesgo significativo imputable al autor.

En otros términos, la irrelevancia de acciones peligrosas reduce sus límites como efecto de la voluntad negativa manifestada por el autor.

Un breve examen permite explicar soluciones de otro modo arbitra-rias.

En primer lugar, la comprobación del riesgo se realiza gracias a parámetros objetivos, mas esto no impide la influencia de valoraciones referidas a factores subjetivos.

La indisolubilidad del binomio objetivo-subjetivo no es, por lo demás, una novedad. Al menos desde los tiempos de WELZEL, la clásica distribución *Tatbestand*-culpabilidad conducidas a sus respectivas vías de lo objetivo y de lo subjetivo, ha entrado en crisis, a causa del definitivo reconocimiento de la inclusión en el hecho típico de elementos personales.

Esto ha provocado la crisis de un sistema ciertamente más racional y transparente que el actual, y por otra parte, ha supuesto el fin de una artificio-sa distinción que reposaba sobre esquemas apriorísticos.

Además, porque propiamente —como se ha dicho— la extensión del área de riesgo significativo responde a exigencias *funcionales*, no condicionadas ontológicamente, la valoración final es expresión (igualmente) de la actitud que el reo tiene hacia el resultado de su acción.

Y puesto que el comportamiento en este caso está intencionadamente

dirigido hacia la ofensa, a la producción del resultado lesivo, los riesgos que el ordenamiento está dispuesto a tolerar se reducen. La valoración deviene, por tanto, más severa en virtud de la carga agresiva ínsita en la acción y el ámbito de «riesgo jurídicamente relevante» se amplía.

Una conducta calificada como irrelevante en relación con hechos culposos puede llegar a ser, por tanto, jurídicamente significativa, en caso de que esté realizada desde una intencionalidad lesiva.

La medición del índice de variación no es naturalmente realizable con fórmulas matemáticas y, viceversa, es enunciable una cláusula de cierre, para el caso de que sea dudosa la existencia de un riesgo relevante. En otra parte esta regla es denominada *in dubio pro imputatione*.⁶

Esta regla sirve para situaciones dudosas, como aquellas que no admiten un juicio claro sobre la tolerabilidad de los riesgos connaturales a la acción, resolviéndose, sólo en los casos de acción *dolosa*, a favor de la solución más restrictiva, es decir, a favor de la existencia del «riesgo jurídicamente relevante» y, por tanto, de la subsumibilidad al ámbito interno de la imputación objetiva.

VI. CONCLUSIONES

La concreción del «riesgo jurídicamente relevante» se realiza a través de los análisis entrelazados de la peligrosidad y de la utilidad social de la acción.

La significatividad del riesgo determina únicamente la posibilidad de imputar el hecho a su autor y no la ilicitud penal de la conducta.

Los parámetros que definen el riesgo son idénticos en el hecho culposo y en el doloso, pero la valoración es autónoma y más severa (ampliación del ámbito del riesgo significativo) en el hecho doloso por la presencia del mayor desvalor de la acción.

Una *reductio ad unitatem* de la teoría de la imputación objetiva resulta, con base en lo anterior, algo difícil. No obstante, el esfuerzo de la doctrina contemporánea va encaminado hacia una simplificación de los conceptos, evitando la dispersión en complejas y artificiales construcciones que se arriesgan, por otro lado, a la pérdida de todo contacto con la realidad.

Una concepción del riesgo como base de la imputación mediante pará-

6. Cfr. para la exposición de las reflexiones recogidas en el texto, CASTALDO, *AIDS e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, St. Urb., 1988-1990, 106 y ss.

metros escasos y controlables, según el esquema trazado, se dirige cabalmente a una agilización del sistema.

Esto era una meta, considerada necesaria por ROXIN, ya en 1970, de tal manera que permitiera, por decirlo con sus palabras, «que la amplia elaboración concerniente a la teoría de la imputación objetiva pueda conducir nuevamente a nuestra dogmática, dispersa en múltiples posiciones, hacia un “sistema de derecho penal” generalmente aceptado».⁷

7. ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, *Festschrift für Honig*, 1970, 133 y ss.

ACTIO ILLICITA IN CAUSA Y PROVOCACIÓN EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Diego-Manuel LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá¹

*A Claus ROXIN, mi maestro alemán,
con la gratitud y admiración que merece
uno de los primerísimos penalistas
de todos los tiempos*

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de si es posible imputar una conducta posterior, impune en sí misma, a la previa conducta dolosa o imprudente con la que el mismo sujeto ha provocado el hecho posterior, se discute casi siempre en la doctrina penal a propósito de la *actio libera in causa*, es decir, de aquellos casos en que falta la culpabilidad o incluso la acción al realizar el hecho —o, con más precisión, la parte objetiva del tipo—, pero dicha situación ha sido causada (provocada) por una anterior conducta, dolosa o imprudente al menos, y culpable del propio sujeto. Ahora bien, en el caso de anterior provocación de una conducta típica pero amparada por una causa de justificación una parte de la doctrina sostiene que también le es aplicable una construcción sobre la imputación análoga a la a.l.i.c., esto es, la figura de la *actio illicita in causa*.

Según esta construcción, en la última fase, la causación del resultado típico o, en general la realización de la acción típica, dada la concurrencia de una causa de justificación como la legítima defensa o el estado de necesidad, estaría en sí misma permitida, es decir, que no sería antijurídica; pero si anteriormente el propio sujeto ha provocado injustificadamente y dolosa o imprudentemente la situación de justificación y la subsiguiente acción típica, enton-

1. Versión ampliada de la ponencia presentada a las jornadas sobre «La política criminal y el sistema del Derecho penal» celebradas en Barcelona del 16 al 18-VI-1994 en el Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada de la Generalitat de Cataluña, con motivo de la concesión del Doctorado *honoris causa* de la Univ. de Barcelona al Prof. Dr. Claus ROXIN.

ces, debido a su creación antijurídica de una situación de colisión en la que jurídicamente se tiene que tolerar el sacrificio de bienes jurídicos dignos de protección, ha de responder por la realización antijurídica dolosa o imprudente del hecho (esto último en caso de que sea punible la modalidad comisiva imprudente). Así pues, se sustituye la falta de antijuridicidad de la última acción por la antijuridicidad de la conducta anterior provocadora de aquélla y se imputa esa actividad posterior en sí misma no prohibida y, en su caso, su resultado a la primera acción.

II. PRESUPUESTO: SUBSISTENCIA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA SEGUNDA ACCIÓN A PESAR DE LA PROVOCACIÓN

La posibilidad de recurrir a la construcción de la a.i.i.c. presupone que al menos haya algunos casos en que, pese a la provocación de la situación, la acción típica siga estando justificada, pues de lo contrario la conducta posterior ya sería antijurídica *in actu* y no haría falta en absoluto acudir a una posible antijuridicidad en origen.

La mayoría de la doctrina reconoce esa justificación de la acción final pese a la provocación de la situación justificante, aunque con diferencias en cuanto a los límites de la justificación. Así p. ej. en la legítima defensa y en el estado de necesidad justificante² la doctrina mayoritaria sostiene (como mínimo) que no toda provocación dolosa o incluso dolosa de la situación de necesidad excluye el derecho pleno de legítima defensa o de estado de necesidad.³

Y en efecto, por lo que respecta a la provocación de la situación de legítima defensa, a mi juicio y con la única excepción de la provocación o reto (o la aceptación de tal provocación) al duelo o a la riña mutua y libremente acepta-

2. Hablo aquí de estado de necesidad justificante porque, como es sabido, la doctrina mayoritaria defiende la teoría diferenciadora, según la cual hay un estado de necesidad justificante (cuando se pretende salvar un interés preponderante) y otro meramente disculpante (según la doctrina española, cuando hay un conflicto entre intereses iguales, y según la doctrina alemana sólo cuando se trata de salvar intereses muy importantes, propios o de allegados, pero en ese caso se disculpa la lesión de intereses iguales o incluso superiores con tal de que no haya una gran desproporción: cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT*, I, 199, 626 y ss.). Y las posiciones de la dogmática alemana que se exponen a continuación se refieren por eso mismo sólo al «estado de necesidad justificante». Por ello, para no complicar las cosas, utilizo la terminología de la doctrina dominante, con independencia de que personalmente considere preferible la teoría unitaria, según la cual todo estado de necesidad es justificante (por lo que no hace falta añadir este último calificativo), teoría que por lo demás, a diferencia de la regulación del StGB alemán, que no se basa en ella, es perfectamente compatible con la regulación del art. 8,7.º de nuestro CP: ver *infra* nota 5.

3. Respecto de las posiciones en cuanto a la legítima defensa cfr. LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», *ComLP*, V, 1983, 263 y ss. (= *Estudios Penales —EPen—*, Barcelona, 1991, 151 y ss.); ROXIN, *AT*, I, 1992, 429 y ss. En cuanto al estado de necesidad, cfr. ROXIN, cit., 470 y ss.; MIR, *DP PG*, 3.º, 1990, 504 y ss.

da, el provocador conserva su pleno derecho a la defensa a pesar de que haya realizado una provocación imprudente, dolosa o incluso intencional. Ello rige también, efectivamente, en la provocación intencionada o de propósito (es decir, buscando que se produzca la agresión para poder reaccionar contra ella en legítima defensa), con tal de que el agente se mantenga en los límites de lo necesario para la defensa (ver al respecto *infra* IV.2), pues por mucho que haya habido una provocación intencional, no es en absoluto algo claro y evidente que el provocador no esté legitimado para defender por sí mismo el orden jurídico y el bien jurídico agredidos. Sólo en caso de provocación (o su aceptación) al duelo o a la riña libremente acordada es ostensible frente a todos que los contendientes —mientras y en la medida que la contienda se mantenga dentro de los límites expresa o tácitamente convenidos y uno de ellos no abandone la lucha— renuncian a la protección del Derecho y a la paz jurídica, que por ello no están legitimados para la defensa del orden jurídico y de sus bienes jurídicos (ni siquiera en el caso de que no sean ambos los que se agredan recíproca y simultáneamente, sino que uno de los contendientes ejerza una defensa meramente defensiva) y que, por consiguiente, para el ordenamiento jurídico no existe la necesidad ni el interés en ser defendido precisamente por esas personas. En consecuencia su actuación no está justificada por legítima defensa (aunque se puede admitir una disminución del injusto partiendo del aspecto individual de la legítima defensa y tenerla en cuenta en la determinación de la pena —en el CP español a través de la eximente incompleta por falta del requisito 3.º del art. 8.4.º—, en caso de que el rechazo de la agresión se limite a lo necesario para defender los bienes jurídicos).⁴

En el estado de necesidad (tanto en el mayoritariamente considerado justificante,⁵ o sea, para salvar un interés superior, cuanto en otras formas de

4. Así, aplicando restrictivamente el criterio propuesto por ROXIN (ZStW 75 1963, 566 y ss., 572 y ss., 577 y ss.), LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *ComLP*, V, 1985, 266, 268 (t. en mis: *EPen*, 1991, 154, 156); «Riña y legítima defensa», *La Ley* 1989-3, 487 y ss., 494 y ss. (= *EPen*, 1991, S. 161 y ss., 168 y ss.).

5. Sin embargo, debo insistir en que, al menos en Derecho español, a la vista de la regulación unitaria del estado de necesidad para salvar intereses preponderantes o equivalentes por el art. 8.7.º CP, que admite sin restricciones la acción en estado de necesidad para proteger cualesquier bienes jurídicos propios o ajenos, se puede defender la «teoría de la unidad», o sea, la concepción que considera siempre el estado de necesidad como causa de justificación. Así una posición muy extendida en la doctrina española: GIMBERT-NAT, *Estudios de DP*, Madrid, 1976, 118 y ss.; LUZÓN, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, 243 y ss.; «Estado de necesidad e intervención médica (o funcional) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», *REP* 1987-238, 53 nota 30 (= *EPen*, 1991, 185 nota 30); ROLDÁN, *CPC* 1983, 509 y ss.; CUERDA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, 311 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito, DP PG*, Madrid, 1984, 380 y ss.; Octavio DE TOLEDO/HUERTA, *DP PG*, 2.º, Madrid, 1986, 233 y ss.; QUINTERO, *DP PG*, 2.º, Madrid, 1989, 477 y ss. (No muy lejano a la teoría unitaria MIR, *DP PG*, 3.º, 1990, 483 y ss.). No obstante, aquí no me es posible entrar en la fundamentación material de esa tesis, ni tampoco entrar a discutir la opinión contraria.

estado de necesidad que a mi juicio también son justificantes, como el estado de necesidad para salvar un interés equivalente o, desde luego, el estado de necesidad defensivo)⁶ se puede partir de la base de que la provocación intencionada de la situación de necesidad o incluso de la acción de estado de necesidad por parte de quien posteriormente resulta necesitado excluye ya la justificación de la acción salvadora debido al aumento de la exigibilidad general y a la correlativa modificación de la ponderación de intereses en perjuicio del necesitado. Ahora bien, esas razones no se dan si en una provocación intencional, por una parte el provocador y posterior agente salvador y, por otra, el necesitado son personas distintas, es decir, si se trata de un estado de necesidad ajeno provocado intencionalmente. Y por lo demás, otras provocaciones meramente dolosas o —aún más claramente— imprudentes (en otros ordenamientos probablemente y en el nuestro con seguridad) tampoco son lo suficientemente graves⁷ para modificar los criterios de ponderación de intereses y de exigibilidad en perjuicio del necesitado y para excluir en consecuencia la justificación de la acción realizada en estado de necesidad en sí misma.

III. LAS TESIS CONTRAPUESTAS DE LA VALIDEZ O INVALIDEZ GENERAL DE LA FIGURA DE LA A.I.I.C.

1. Los defensores de la solución de la *actio illicita in causa* la aplican mayoritariamente de modo indistinto tanto a la provocación de la legítima defensa como a la del estado de necesidad justificante,⁸ pero la idea rectora de

6. El estado de necesidad defensivo, en el que se permite causar un mal incluso superior, pero no desproporcionadamente mayor, cuando se reacciona frente a la persona o cosa fuente del peligro, pero que no llega a constituir una agresión ilegítima, es mayoritariamente admitido como causa de justificación en la doctrina alemana: si la fuente de peligro es una cosa, por la previsión expresa de la «defensa frente a cosas» en el § 228 BGB (Código civil), y si la fuente de peligro es una persona, bien por analogía con el § 228 BGB, bien por aplicación directa del «estado de necesidad justificante» del 34 StGB: cfr. por todos ROXIN, *AT*, I, 1992, 475 y ss., 487 y ss. En la doctrina española, y lo mismo he sostenido la apreciación de esa causa de justificación por analogía, por una parte con la legítima defensa, y por otra con el estado de necesidad: cfr. LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en *ComLP*, V, 1985, 223 y ss. (tb. en *EPen*, 1991, 113 y ss.); recientemente, BALDÓ LAVILLA, *La justificación en situaciones de necesidad (Legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo)*, tesis doctoral, Univ. Barcelona, 1994 (en prensa), *passim*, sostiene que la mayoría de los casos del estado de necesidad defensivo encajan directamente (por modificarse la ponderación de intereses frente a la fuente del peligro) en la causa de justificación del art. 8.7.º CP.

7. En Derecho español es seguro que no lo son, pues el art. 8.7.º, n.º 2.º CP expresamente niega la cobertura por estado de necesidad sólo en el caso de que «la situación de necesidad... haya sido provocada intencionadamente por el sujeto».

8. Así p ej. KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 43.º, 1961, notas previas al § 51, II 2, 2 a E, § 53 II, V; LENCKNER, *GA* 1961, 301 y ss.; *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, 104 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, 2.º, 1975, 358 y ss., 360 nota 56; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 8.º, 1977, 304 y ss., 356.

la construcción se formula de modo tan general que podría ser aplicada sin más a toda causación innecesaria y «culpable» de una situación de intereses en conflicto que por la ponderación de los mismos fundamente una causa de justificación cualquiera (p. ej. derechos o deberes propios del ejercicio de un cargo).

Ello ocurre ya en los primeros esbozos, aún no totalmente desarrollados, de fundamentación de la a.i.i.c. Así surge por primera vez en KOHLRAUSCH/LANGE⁹ claramente el concepto de a.i.i.c. para todos los casos en que «el propio autor ha provocado intencionadamente la situación que en sí misma justificaría el hecho, para poder cometer impunemente tal hecho», p. ej. en una situación de legítima defensa provocada intencionalmente; y entonces, de modo análogo a la a.l.i.c., habría «aquí una *actio illicita in causa*, es decir, una acción que en el momento de la actuación (p. ej. de la lesión) parece justificada, pero que en definitiva (o sea, *in causa*) es antijurídica». Según KOHLRAUSCH/LANGE la razón de la punibilidad es «que aquí el momento en el que se comete la acción antijurídica y culpable (el homicidio, las lesiones, etc.) es aquel en el que se crea la “causa de justificación” dolosamente y con voluntad delictiva», y así p. ej. en la legítima defensa la incitación a la agresión es una «condición para el resultado final creada antijurídicamente, una conducta antijurídica y culpable de matar, lesionar o similar».¹⁰ En LENCKNER¹¹ queda todavía más claro que el hecho posterior está realmente, y no sólo aparentemente, justificado, pues en su opinión el provocador tiene derecho a la legítima defensa pese a su provocación intencionada o no intencionada, pero jurídicamente desaprobada, en caso de que esquivar la agresión no le sea posible, o sólo corriendo peligros muy considerables, con la consecuencia de que «la acción defensiva *como tal...* (es) conforme a Derecho». Pero según él no se puede ver aisladamente dicha acción, desligándola de la totalidad de lo sucedido, sino que hay que perseguir la conducta del provocador hasta su origen y comenzar ya allí con la valoración jurídica, lo que conduce a la a.i.i.c.; y la antijuridicidad de la acción *in causa* se deriva del hecho de «que el sujeto ya

9. StGB, 1961, II 2 antes del § 51, pp. 191 y ss., § 53 V, pp. 205 y ss. Según HRUSCHKA, *Strafrecht*, 2.ª, 1988, 381 y nota 209, la expresión a.i.i.c., formada con toda probabilidad por KOHLRAUSCH, aparece por primera vez en LISZTY/DELAQUIS, *StGB*, 27 ed., 1927, elaborada por KOHLRAUSCH, nota 5 al § 53.

10. También es muy escasa la fundamentación en SCHRÖDER, *JR* 1962, 187 y ss.: responsabilidad por la vía de la a.i.i.c., «porque el sujeto ha emprendido anteriormente acciones que fundamentan un reproche frente al mismo»; p. 189: el agredido se ha colocado dolosa o imprudentemente en una situación en la que le resulta imposible esquivar la agresión y «por ello ha de exigirselo responsabilidad por haber creado él esa situación». HIMMELREICH, *GA* 1966, 136, defiende la a.i.i.c. con una mera alusión a la situación en que el agente ya no tiene la posibilidad de esquivar antes del comienzo de la agresión, de lo cual se deriva en su opinión responsabilidad por realización del delito dolosa o imprudente, «según que respecto de las consecuencias, es decir, de la posterior vulneración del derecho, se le deba reprochar dolo o imprudencia».

11. *GA* 1961, 301-303, 312.

ha colocado antes con su provocación la causa decisiva de la posterior situación coactiva en la que tiene que lesionar al agresor».¹² Aparte de ello, LENCKNER alude al paralelismo con la figura de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa jurídicamente.¹³ De modo similar, BAUMANN propone que en caso de provocación intencional, simplemente dolosa o imprudente de una causa de justificación se aplique la a.i.i.c. y se atienda a la conducta anterior del sujeto que es causal para todo el curso del hecho, fundamentándolo en que la justificación de la segunda acción solamente se refiere a dicha acción, pero no cubre anteriores conductas dispuestas por el sujeto y causales para la totalidad del curso del hecho; por ello en la conducta anterior concurre una realización antijurídica del tipo, ya que la causa de justificación no afecta a esa acción.¹⁴ Y también según BAUMANN hay que añadir la similitud con la construcción de la autoría mediata con instrumento que actúa lícitamente, ya que, en su opinión, el autor no justificado *in causa* se utiliza a sí mismo como instrumento justificado *in actu*.¹⁵

Otros autores continúan profundizando en la fundamentación de la a.i.i.c. Así SCHMIDHÄUSER, que también traza el paralelismo con la autoría mediata a través de un instrumento que obra jurídicamente, ve la razón de la antijuridicidad de la causa u origen en el hecho de que la provocación, de modo no permitido o inadecuado, pone los bienes jurídicos del provocado en peligro de lesión por la defensa frente a la agresión y, por tanto, la conducta provocadora precedente es peligrosa y finalmente lesiva para bienes jurídicos y no hay nada que la justifique;¹⁶ y consiguientemente habla de la «creación de una situación de necesidad, fundamentadora del injusto».¹⁷ Pero sobre todo a partir de BERTEL se pone el acento en la significación de la causación injustificada de la situación de necesidad (de la situación coactiva, en la terminología de LENCKNER). BERTEL expone las siguientes ideas sobre la diversa significación de las acciones de provocación y de defensa, ideas que luego puede trasladar

12. Pese a todo hay que mencionar que en caso de provocación no intencional y en sí misma jurídicamente permitida LENCKNER, *GA* 1961, 309 y ss., defiende la concesión de la plena justificación y no aplica la a.i.i.c. Eso significa que en su concepción, si la primera acción es antijurídica, nunca es exclusivamente por haber supuesto una causa de la situación coactiva, sino que la antijuridicidad de la primera acción se deriva, o bien —en caso de provocación intencionada— de la suma de esa creación de la causa con la mala intención, o bien —en caso de provocación no intencional de la situación coactiva— de la suma de la creación de la causa de la situación coactiva con la desaprobación jurídica de la primera acción en sí misma.

13. *GA* 1961, 307 nota 31.

14. Cfr. BAUMANN, *MDR* 16 1962, 349 y ss.; *Strafrecht AT*, 8.^a, 1977, 304 y ss. (legítima defensa), 356 (estado de necesidad justificante). De modo distinto, no obstante, BAUMANN/WEBER, *AT*, 9.^a, 1985, 308 y ss.: rechazo de la figura jurídica de la a.i.i.c. excepto en los casos en los que el provocado no actúa responsablemente.

15. BAUMANN, *MDR* 16 1962, 350; *AT*, 8.^a, 1977, 304.

16. *AT*, 1970, 279 y ss.; 29.^a ed., 1975, 358 y ss.

17. *AT*, 1970, 281; 2.^a ed., 1975, 361.

fácilmente también al estado de necesidad: «La defensa es conforme a Derecho porque soluciona un conflicto de intereses en el sentido deseado por el ordenamiento jurídico... En cambio, la provocación lo único que ha hecho es precisamente crear el conflicto que luego se soluciona mediante la defensa del provocador, y eso es algo sustancialmente distinto. Es cierto que el ordenamiento jurídico tiene que estar interesado en que se solucionen en su sentido los conflictos en los que chocan entre sí intereses jurídicamente protegidos, pero también es seguro que no puede tener el menor interés en que alguien provoque malintencionadamente tales conflictos, con la consecuencia de que entonces el ordenamiento tiene que abandonar un bien jurídico para mantener otro,¹⁸ por eso tal conducta infringe la «prohibición de poner en peligro a otros en su vida o integridad, en su patrimonio o en otros bienes jurídicos».¹⁹ En la misma dirección se manifiestan también, p. ej., SCHRÖDER²⁰ (responsabilidad dolosa o imprudente por la provocación de una situación de legítima defensa, ya que al sujeto le alcanza el reproche de haber provocado con una conducta antijurídica una situación en la que el ordenamiento jurídico se ve forzado a ponerle a su disposición el derecho de defensa), LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER²¹ («tampoco aquí hay contradicción alguna en que el Derecho resuelva —forzadamente— el conflicto de intereses en el sentido del provocador, pero que al mismo tiempo haga de ello un motivo de medidas represivas contra el mismo por haber desencadenado ese conflicto»), o también KÜPER.^{22,23}

KÜPER se limita ciertamente a examinar la aplicabilidad de la teoría de la *actio illicita* al estado de necesidad justificante culpablemente originado, pues reconoce que en la legítima defensa provocada puede haber argumentos en

18. ZStW 84 1972, 15; en pp. 15 y ss. afirma que en el supuesto del estado de necesidad supralegal «no es en absoluto una contradicción que el ordenamiento jurídico justifique una acción porque provoque un mal menor para evitar un mal mayor, pero que desapruebe otra acción del mismo sujeto porque haya dado lugar precisamente a que se llegue a esa situación»; p. 16: al provocador se le reprocha «que haya creado una situación en que el ordenamiento jurídico, para afirmarse, tiene que abandonar los bienes jurídicos del agresor» (similar en p. 26). Por lo demás, BERTEL (pp. 17 y ss., 20, 26 y ss.) limita el reproche a acciones que sean socialmente inadecuadas o no permitidas.

19. BERTEL, ZStW 84 1972, 32.

20. JuS 1973, 160 y ss.

21. StGB, 24.^a ed., 1991, § 32 61. Aquí ciertamente sólo se reconoce la a.i.i.c. en caso de provocación de la agresión de un sujeto que no actúa libremente, mientras que en anteriores ediciones (así p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB 1982, § 32 57, 60) no se producía esa restricción.

22. *Der «verschuldet» rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zur «actio illicita in causa»*, 1983, 42 y ss., *passim*.

23. Algo discrepante de esa línea la fundamentación de ARZT, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, 83: «La *actio illicita in causa* es adecuada para suministrar la fundamentación dogmática-constructiva del hecho de que al defensor, que originariamente había tenido tiempo para hacer intervenir al Estado, pero que no ha utilizado ese tiempo, sino que «sin motivo» se ha puesto en peligro, se le puede dejar —dicho gráficamente— perecer en ese peligro».

contra específicamente condicionados por la legítima defensa —sobre todo, que la conducta previa sólo provoca la situación de colisión si motiva una agresión antijurídica que depende de la libre decisión del provocado—, que impiden o dificultan la aplicación de la a.i.i.c.²⁴ Pero, en cambio, considera que en el estado de necesidad la previa conducta provocadora crea directamente el peligro y con ello la situación de conflicto, y eso justifica una valoración totalmente distinta de la primera y de la segunda acción, ya que, mientras que la acción salvadora es permitida y valorada positivamente como solución de un agudo conflicto de intereses, esa justificación y valoración positiva no le alcanza a la conducta previa, que es la que crea el conflicto y con él la necesidad de lesionar un bien jurídico; por ello, aunque en definitiva esté permitida y autorizada la producción del resultado típico por la acción salvadora, el resultado le es imputable al hecho previo antijurídico, o sea, a la provocación antijurídica de la situación de colisión y de la lesión de bienes jurídicos resultante de la misma.²⁵

2. Como crítica a la teoría de la *actio illicita in causa*, por una parte, se utilizan argumentos específicos de la situación de legítima defensa. De ellos, creo que la objeción más importante es que al provocador —incluso intencionado— le falta el dominio del hecho sobre el curso de los acontecimientos y con ello la cualidad de autor del delito de lesión, ya que queda a la libre decisión del provocado y, por tanto, en sus manos (y también en su responsabilidad) el dejarse o no incitar por la provocación, pasar a la agresión y exponerse con ello al peligro de una lesión producida por la defensa.²⁶

Pero por otra parte se opone un argumento general, que habla en contra de la aplicación de la a.i.i.c. a la provocación de cualesquiera situaciones de justificación: Como expuso por primera vez ROXIN,²⁷ la antijuridicidad de la causa tendría que derivarse sólo del resultado final pretendido y producido, pero ello no es posible, dado que la acción final y sus consecuencias están jurídicamente permitidas y aprobadas. La acción provocadora (p. ej. una burla) puede no ser antijurídica, no estar prohibida como tal, y tampoco puede convertirse en antijurídica por el hecho de pretender o dar lugar a una acción

24. *Der «verschuldete» rechtfertigende Notstand*, 1983, 40 y ss., 48 n. 144.

25. KÜPER, *Notstand*, 1983, 42 y ss.

26. Así ROXIN, *ZStW* 75 1963, 551, 553 (aquí respecto de la provocación imprudente, argumentando que el cuidado objetivamente debido no tiene por qué abarcar la evitación de autopuestas en peligro realizadas libre y conscientemente por otros); BOCKELMANN, *Festschrift für Honig*, 1970, 21; similar KRATZSCH, *JuS* 1975, 339: al provocador no se le puede hacer responsable de algo «que entra exclusivamente en la esfera de responsabilidad de quien no ha resistido la provocación».

27. *ZStW* 75 1963, 546-548.

conforme a Derecho y valorable positivamente; y ello no cambia en absoluto aunque la provocación, p. ej. una injuria pasada, fuera en sí misma antijurídica, ya que el injusto específico de la conducta posterior, como puedan ser unas lesiones, sólo podría producirse por haber pretendido (o al menos por haber producido de modo previsto o previsible) unas lesiones antijurídicas, pero no si el acto lesivo está justificado. De ese modo, concluye ROXIN, mediante la a.i.i.c. se llega «al curioso resultado de que una conducta, que no tiene lo más mínimo de antijurídica en ninguna fase del suceso, aparece como un delito punible.²⁸

A ello se añade una segunda objeción general, a saber, que la justificación y permisión de la acción final sólo sería aparente si en definitiva la misma fuera penada por la lesión de un bien jurídico.²⁹

3. Frente a estas objeciones, los partidarios de la a.i.i.c., como hemos visto anteriormente, insisten en que no es contradictorio en absoluto considerar conforme a Derecho la última fase de la acción en cuanto solucionadora de un conflicto, y en cambio, en cuanto a la acción anterior, en la medida que desencadena el conflicto innecesario y, por tanto, injustificadamente y causa con ello el peligro de lesión de otro,³⁰ calificarla como antijurídica y vincularle el resultado, la lesión del bien jurídico. KÜPER aún da un paso más, y opina que a la acción previa antijurídica y creadora del conflicto y del peligro hay que imputarle justamente por eso el resultado típico a pesar de que en el estado de necesidad justificante provocado no sólo está permitida la acción final, sino que su resultado es un resultado «*permitido*», «*no desaprobado*», esto es, que hay una «aprobación jurídica del resultado» unida al reconocimiento de la facultad de intervenir en estado de necesidad, ya que en la situación de estado de necesidad se suspende la norma protectora, que garantiza la indemnidad de los objetos, en perjuicio de ese bien jurídico.³¹

28. ROXIN, ZStW 75 1963, 548. También y con similar crítica la opinión mayoritaria, p. ej. BOCKELMANN, *Festschrift für Honig*, 1970, 26; HRUSCHKA, JR 1979, 127; CONSTADINIDIS, *Die «actio illicta in causa»*, 1982, 57 y ss. En su AT I, 1992, 431, ROXIN considera contradictorio aceptar que una y la misma acción —el disparo— es tanto jurídica como antijurídica.

29. ROXIN, AT I, 1992, 431, califica la a.i.i.c. como un rodeo generador de confusión: pues si se castiga al provocador, «la aprobación de la legítima defensa no es más que aparente»; y respecto del estado de necesidad justificante provocado cfr. p. 472 (ver tb. *infra* nota 46 y el texto correspondiente a la misma).

30. En cambio, HRUSCHKA, JR 1979, 127 y ss., considera que la creación de un peligro evitable lo que a lo sumo justificaría es introducir un delito de peligro, hoy inexistente.

31. KÜPER, *Notstand*, 1983, 41-47.

IV. TOMA DE POSICIÓN: INAPLICABILIDAD DE LA A.I.I.C. EN CASO DE JUSTIFICACIÓN DEL RESULTADO (DE EXCLUSIÓN DEL DESVALOR DEL RESULTADO) Y APLICABILIDAD EN PRINCIPIO DE LA A.I.I.C. EN CASO DE JUSTIFICACIÓN SÓLO DE LA ACCIÓN (DE EXCLUSIÓN DEL DESVALOR DE LA ACCIÓN)

1. Desde hace ya varios años he mantenido en diversas publicaciones la tesis de que es imposible aplicar la solución de la a.i.i.c. a los supuestos de provocación de una causa de justificación excluyente del desvalor del resultado, pero que en cambio puede aplicarse en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo elimine el desvalor de la acción, pero no el del resultado. Y la misma solución rige, en concordancia con ello, para los supuestos de autoría mediata a través de un instrumento que obra lícitamente, o sea, cuando el sujeto que realiza la acción final justificada no es el mismo provocador, sino un tercero.³²

Ello presupone que hay dos clases de causas de justificación, que se pueden distinguir según que también supriman el desvalor del resultado —y, si se conoce la situación, también el desvalor de la acción (a no ser que la ley exija expresamente una determinada finalidad o motivación como elemento subjetivo de justificación)—, o que sólo excluyan el desvalor —subjetivo u objetivo— de la acción, pero no la subsistencia de un resultado desvalorado y jurídicamente indeseado.³³ Entre las primeras se cuentan, p. ej., la legítima defensa, los derechos o deberes propios del ejercicio del cargo en caso de concurrencia efectiva de sus presupuestos, el ejercicio del derecho de prenda o el consentimiento justificante del titular del bien jurídico. En cambio, existe sólo justificación de la acción p. ej. en el estado de necesidad (incluso en el que toda la doctrina considera «justificante», o sea, en el que se trata de salvar un interés superior), en el que el resultado pese a todo sigue siendo un «mal»³⁴

32. Cfr. LUZÓN, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, 121-126, 249-262; «Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente, Comentario a STS 5-2-1985», *RDCir* 1985, 213 n. 2 (= LUZÓN, *Derecho Penal de la circulación* —DPCir—, 2.ª ed., Barcelona, 1990, 140 n. 2); *ComLP* V, 1985, 235, 253 y ss.; 267 y ss.; *REP* 1987-238, 53 y ss.; «Indicaciones y causas de justificación en el aborto», *CPC* 1977, 648 y ss.; «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones», *La Ley* 1989-3, 580 y ss.; *EPen*, 1991, 78 y ss., 125 y ss., 155 y ss., 185 y ss., 348 y ss.

33. He de subrayar que conscientemente hablo (aquí y en todas mis obras cits. en nota anterior) de supresión del «desvalor del resultado» o del «desvalor de la acción», y no de supresión del «injusto del resultado» o del «injusto de la acción» (como p. ej. hace JESCHECK, *Lehrbuch, AT*, 2.ª, 1972, 242). Pues en sentido estricto no se puede hablar de «injusto del resultado», ya que el (o lo) injusto es el hecho antijurídico, y antijurídica sólo puede ser una acción, en su caso productora de un resultado, pero el resultado mismo no es antijurídico, no infringe norma jurídica alguna, aunque sí puede ser jurídicamente desvalorado como algo indeseable.

34. Esto lo reconoce KÜPER, *Notstand*, 1983, 46, a pesar de su tesis de la aprobación del resultado (cfr. *supra* nota 31).

—aunque sea menor—, es decir, un resultado jurídicamente disvalioso e indeseado, pero no hay desvalor objetivo de la acción debido a la cualidad salvadora de la acción y a la ponderación de intereses. Otros ejemplos pueden ser los de riesgo permitido en casos de carreras automovilísticas o deportes violentos con resultados de lesiones o de muerte, o los casos de vulneración del honor por ejercicio de la libertad de expresión o información (lo que en Derecho alemán se califica como «salvaguarda de intereses legítimos»), supuestos en los que la garantía de determinados intereses, tales como la libertad, los juegos y espectáculos, o la libertad de expresión e información, tienen prioridad frente al riesgo de ciertas lesiones de bienes jurídicos; o también cabe mencionar el cumplimiento de deberes del cargo o el ejercicio de facultades propias del cargo si ha habido una creencia diligente y fundada en la concurrencia de sus presupuestos, que realmente no se dan, como p. ej. en la detención de un sospechoso de la comisión de un delito realmente inocente, o en la condena judicial de un procesado inocente debido a pruebas o testimonios falsos. En todos estos supuestos desaparece sólo el desvalor de la acción, pero no el del resultado lo que, por cierto, no excluye que la acción esté totalmente permitida y a veces no sólo se valore positivamente, sino que incluso se imponga como deber.

2. a) Si la causa de justificación excluye el desvalor del resultado, es decir, que el resultado no es valorado negativamente, sino que a veces es incluso aprobado y positivamente valorado, eso significa que el bien jurídico afectado no es digno de protección en el caso concreto (pérdida de la protección por la conducta —normalmente responsable— del titular del bien jurídico). En tal caso es imposible exigir responsabilidad por la acción final por la vía de la a.i.i.c. a quien provoca «dolosa» o «imprudentemente» la situación de justificación, p. ej. una situación de legítima defensa.

Primero, porque en la mayoría de las ocasiones al provocador de una agresión —incluso aunque actúe precisamente con esa intención— (o al policía que provoca a un tercero a cometer un delito, el cual justifica la detención del delincuente) le faltará el dominio del hecho y, por tanto, no habrá autoría, ya que el sujeto sólo incita a la comisión de una agresión (o de un delito) que depende totalmente de la decisión responsable del provocado. Esta situación sólo cambiaría en caso de provocación de un agresor o delincuente no responsable o no totalmente responsable.

Pero en segundo lugar —y éste es el argumento más importante, pues afecta a todos las hipótesis posibles—, la causación, aun objetivamente imputable, de un resultado no valorado negativamente, sino jurídicamente aprobado, deseado o incluso exigido no puede suponer de ningún modo un hecho

antijurídico constitutivo de delito de lesión, por mucho que la acción provocadora haya dado lugar innecesariamente a la agresión o a la comisión de un delito y con ello al peligro de lesión del agresor o de privación de libertad del delincuente: pues se trata precisamente del peligro de que se produzca un resultado positivo, jurídicamente valioso, y no del peligro de una acción final permitida, pero que tendría un resultado jurídicamente disvalioso. La lesión afecta a bienes jurídicos del agresor o del delincuente jurídicamente no protegidos *in concreto* debido a su conducta, y, en cambio, en la legítima defensa se logra la defensa del orden jurídico y del bien jurídico agredidos, o en la detención policial de un delincuente se posibilita la acción de la justicia. Pues bien, dado que sólo puede haber desvalor de la acción en referencia a la producción querida o descuidada de un desvalor del resultado³⁵ y dado que por ello tanto el desvalor objetivo de la acción como el «desvalor de la intención (que serían necesarios para la antijuridicidad de la primera acción provocadora) sólo se pueden derivar de la adecuación o incluso predisposición de una acción para producir un resultado (o un hecho) jurídicamente desvalorado, es imposible que sea antijurídica —en relación con el tipo de lesión— una acción provocadora que (prescindiendo ahora de su aspecto de provocación del hecho intentado —de la agresión, en su caso— de un tercero) en definitiva conduce a un resultado valioso.

Por eso no es posible fundamentar con una (pretendida) *actio illicita in causa* la existencia de una acción antijurídica de lesiones u homicidio o, respectivamente, de detenciones ilegales, en caso de que alguien, incluso aunque sea intencionadamente, incite a otro a una agresión antijurídica contra él mismo o contra un tercero y a continuación mata o lesiona al agresor en legítima defensa, o en caso de que un policía provoque a alguien a cometer un delito y lo detenga entonces. Tampoco hay hurto si un acreedor pignoraticio convence a su deudor, que pasa por dificultades económicas, de que para él (el deudor) es mejor no satisfacer sus deudas, y a continuación se apodera de una cosa del deudor en virtud de su derecho de prenda. Por los mismos motivos tampoco puede aceptarse que haya autoría mediata (antijurídica) con un instrumento que obra lícitamente en caso de que alguien, provocando a una persona no o no totalmente responsable (pues de lo contrario no tendría el primer dominio del hecho) a realizar una agresión ilegítima, obliga a un tercero a actuar en legítima defensa y a producir de ese modo un resultado jurídicamente aprobado.

35. Así RUDOLPHI, *Festschrift für Maurach*, 1972, 55, 65; CEREZO, *Notas a la traducción de: WELZEL, El nuevo sistema del DP*, Barcelona, 1964, 44 y ss. n. 10; LUZÓN PEÑA, en: *ComLP*, V, 1985, 253; *EPen*, 1991, 142.

b) Esto no significa que el provocador que actúa intencionadamente quede impune. Pues por una parte hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos, y debido a que ya esperaba con anterioridad la posterior agresión planeada por él, el provocador se podría defender con medios menos lesivos y no lo hace justamente por su mala intención, con lo que falta la necesidad del medio defensivo empleado (ello también puede suceder, aunque ciertamente más raramente, en caso de provocación meramente dolosa o imprudente de la situación de legítima defensa).³⁶ Y por otra parte la acción previa puede ser antijurídica en cuanto provocación de una agresión o (para la detención policial) de un delito, aunque no en cuanto provocación de la posterior acción de legítima defensa o de detención, como pretenden los partidarios de la a.i.i.c. En efecto, aunque la doctrina dominante rechaza la punibilidad del agente provocador, a mi juicio, el hecho de incitar a otro a una agresión ilegítima o a la comisión de un delito, por mucho que el provocador quiera impedir después la consumación, es una inducción indirecta a una tentativa idónea o —menos frecuentemente— inidónea,³⁷ y en caso de provocación con la finalidad de una posterior detención puede ser eventualmente incluso inducción a un delito consumado. Ello significa favorecer una puesta en peligro como mínimo del ordenamiento jurídico, y a veces también de bienes jurídicos ajenos (teoría de la participación en el injusto), lo que es contrario a los fines preventivos del Derecho penal, a no ser que haya una causa de justificación que ampare precisamente esa provocación. Y por lo demás, en la determinación de la pena se puede tener en cuenta el menor grado de injusto por la reducción del peligro y por el hecho de que la voluntad del sujeto no pretenda la consumación.

3. a) La situación es totalmente distinta si se provoca una situación de justificación que sólo elimina el desvalor de la acción, pero no el desvalor del resultado. En tal caso es en principio aplicable la construcción de la a.i.i.c. suponiendo, eso sí, que se trate de un delito de resultado sin una forma de ejecución legalmente descrita, pues de lo contrario el principio *nullum crimen sine lege* podría impedir la subsunción de la acción provocadora junto con sus consecuencias en el tipo correspondiente.³⁸

El caso paradigmático al respecto es el de la provocación de un estado de necesidad. En el mismo, para solucionar adecuadamente el conflicto ponderando todos los intereses, no se valora negativamente y por ello está autoriza-

36. Cfr. LUZÓN PEÑA, en *ComLP*, V, 1985, 269; *EPen*, 1991, 156 y ss.

37. LUZÓN PEÑA, *ComLP*, V, 1985, 269; *EPen*, 1991, 157.

38. Ver, para más detalles, *infra* V.

da la acción de estado de necesidad debido a su cualidad de acción salvadora, pero, como ya se ha dicho, subsiste el desvalor del resultado:³⁹ la producción del resultado podrá estar autorizada, pero el resultado es jurídicamente un mal, algo indeseado. El lesionado por una intervención en estado de necesidad no ha perdido la protección de sus bienes jurídicos debido a su conducta, y efectivamente dichos bienes jurídicos no se ven privados de toda protección jurídica: por ello prevé el art. 20,2.º CP en favor del afectado una responsabilidad civil de la persona cuyos intereses se salvaguardan (pero no responsabilidad civil de quien actúa en estado de necesidad, si no es también el beneficiado).

En consecuencia, en caso de provocación imprudente o simplemente dolosa de un estado de necesidad para intereses propios, y también en caso de provocación intencional de un auxilio de terceros en estado de necesidad, en los que pese a la provocación está permitida la acción salvadora como tal, sucede lo siguiente: La acción provocadora crea directamente el peligro para el interés que hay que salvar y, con ello, la situación coactiva que obliga con mayor o menor intensidad a lesionar un bien jurídico y a sacrificar con ello un interés —menos valioso en el estado de necesidad mayoritariamente aceptado como justificante, o equivalente en otra forma de estado de necesidad que también cabe considerar, con la doctrina minoritaria, justificante—⁴⁰ y determina de ese modo el ulterior curso del hecho (creación mediata de un peligro para el bien jurídico lesionado), por lo cual aquí en principio no se plantean dificultades para afirmar que existe dominio del hecho —en una actuación dolosa— o en todo caso determinación objetiva del hecho —en una actuación imprudente—⁴¹ y, por tanto, autoría. Pero, además, la primera acción causa de modo objetiva y subjetivamente imputable e injustificadamente un desvalor del resultado,⁴² por mucho que haya sido causado inmediatamente por una conducta realizada sin desvalor de acción. Por ello, la unión de una conducta previa con pleno desvalor de la acción —ya que aquí concurre

39. Aunque, en caso de que efectivamente se logre salvar otro interés superior o equivalente, pueda haber por ello una disminución del desvalor del resultado; pero pese a todo se sigue lesionando un bien que no ha perdido la protección jurídica. Y por otra parte, no siempre se producirá la salvación del interés superior o equivalente: la eximiente sólo exige para la autorización de la conducta que se obre «para evitar un mal», aunque finalmente no se logre evitar tal mal; ello confirma que lo que se excluye en todo caso es el desvalor de la acción.

40. E incluso el interés (concepto más amplio que el de bien jurídico) lesionado puede ser algo superior al que se intenta salvar si se trata de un estado de necesidad defensivo, en que se reacciona contra la fuente del peligro.

41. Cfr. al respecto ampliamente LUZÓN PEÑA, «La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP* 1989, 889 y ss. (también en *DPCir*, 2.ª, 1990, 105 y ss.; *EPen*, 1991, 197 y ss.).

42. Tb. DENCKER, *JuS* 1979, 782, habla de «imputar el resultado desvalorado» a la conducta previa.

una puesta en peligro dolosa o imprudente referida a un desvalor del resultado y sin las razones que justifican la acción final— con el desvalor del resultado supone la total antijuridicidad de la acción previa junto con sus consecuencias en el sentido del tipo de lesión.

La responsabilidad se determinará según que exista dolo o imprudencia respecto del resultado final⁴³ (no respecto de la creación del peligro que fundamenta el estado de necesidad); y eso explica el hecho de que pueda haber responsabilidad meramente imprudente incluso aunque en la última fase la correspondiente acción en estado de necesidad haya sido dolosa (en el sentido de dolo «neutro»). Así p. ej., si un camión se aproxima peligrosamente a la entrada de un puente estrecho a pesar de que en sentido contrario viene un autobús con preferencia de paso, y entonces el conductor del camión, para no chocar con el autobús con el consiguiente peligro para la vida de muchas personas, se ve forzado a girar a la derecha y a lesionar a un peatón que estaba en ese arcén,⁴⁴ tal conductor obra con dolo directo (de segundo grado) o con dolo eventual en la causación de las lesiones con su acción final, pero ese hecho está justificado por estado de necesidad y desaparece por ello el desvalor de la acción; no obstante, la acción previa imprudente, no cubierta por estado de necesidad, causa de modo objetivamente imputable el resultado de lesiones valorado negativamente, y por eso el sujeto responde en este caso por un delito de lesiones imprudentes.⁴⁵

43. KÜPER, *Notstand*, 1983, 50 y ss., admite la aplicabilidad de la a.i.i.c. en el delito imprudente de resultado por su «apertura» típica (p. 57), pero la niega en el delito doloso de resultado (pp. 59 y ss.), pues según él su comisión requiere más que la mera producción del resultado del hecho y la acción previa aún no posee el sentido de comienzo de la ejecución, sino el de acción preparatoria. Esta posición no me parece convincente (cfr. para más detalles *infra* V).

44. Un supuesto real en el que se inspira el ejemplo del texto, pero en el que no está tan claro si la situación de colisión provocada y finalmente producida es entre un interés —o conjunto de intereses— francamente superior frente a otro inferior (mientras que en el ejemplo del texto, al estar clara la preponderancia de la vida e integridad de múltiples personas frente a la integridad de una, para toda la doctrina hay un estado de necesidad justificante), es el de la STS 15-6-1971, *RDCir* 1971, 366 y ss.: un camión muy cargado desciende sin reducir ni cambiar a marcha más corta por un tramo de carretera con acusada pendiente, que termina en un puente debidamente señalizado y con preferencia de paso para la dirección contraria, y pese a que a la entrada del mismo y en su mismo carril se había detenido un autobús de viajeros que cedía el paso a un camión que venía por el puente en sentido contrario; y cuando el conductor del primer camión quiere frenar, ya muy cerca del autobús, le fallan los frenos y se encuentra ante la alternativa de, o chocar contra el autobús parado o eludir el choque desviándose a la izquierda pero sin poder evitar finalmente dar contra el camión que venía en sentido contrario, causando la muerte a su conductor y lesiones a otros dos acompañantes. Por cierto que esta STS 15-6-1971, sin mencionar formalmente la construcción de la a.i.i.c., resolvió materialmente aplicando exactamente los principios de dicha figura.

45. Así GIMBERNAT, «Dos aspectos de la imprudencia etc.», en *Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención*, Univ. Valencia, 1975, 123 y ss.; LUZÓN PEÑA, «Estado de necesidad (incompleto) en un delito imprudente», *RDCir* 1985, 213 n. 2 (también en *DPCir*, 2.º, 1990, 140 n. 2). Con razonamientos similares, la cit. STS 15-6-1971, *RDCir* 1971, 366 y ss., y LUZÓN DOMINGO, «Nota a STS 15-6-1971», *RDCir* 1971, 367 y ss.

b) Por las mismas razones, en tales causas de justificación excluyentes del desvalor de la acción, pero no del resultado, es perfectamente aplicable la figura jurídica del autor mediato a través de instrumento que obra conforme a Derecho. Por eso nunca ha habido la menor dificultad en aceptarla p. ej. en el caso de provocación, mediante falso testimonio, de una condena conforme a Derecho (pero materialmente injusta) de un inocente.

c) Para concluir, hay que examinar una última crítica de ROXIN contra la aplicación de la a.i.i.c. al supuesto de provocación de un estado de necesidad justificante (que, recuérdese, según la doctrina mayoritaria, es aquél en que se trata de salvar un interés superior a costa de otro menos valioso). Textualmente dice ROXIN:⁴⁶ «Tampoco merece apoyo la *actio illicita in causa* desde el punto de vista de política jurídica. En efecto, si el autor ha de pensar que es cierto que va a estar justificado al emprender el salvamento por esa acción salvadora, pero que va a ser castigado por su conducta previa, la mayoría de las veces se abstendrá de realizar la acción salvadora para no incurrir en responsabilidad penal. Y, sin embargo, al ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor, de tal modo que, si se impone una pena gracias a la *actio illicita in causa*, ¡estaría operando en contra de sus propios intereses!»

Frente a esta objeción se puede aducir lo siguiente:⁴⁷

En caso de estado de necesidad que afecte a *bienes jurídicos ajenos*, o sea, de causación de una situación de peligro para intereses de terceros no

46. AT I, 1992, 472.

47. Me limito a responder a la objeción de ROXIN tal como él la plantea, es decir, en referencia a la provocación de un estado de necesidad por conflicto entre intereses desiguales (o sea, lo que mayoritariamente se considera estado de necesidad justificante). Pues naturalmente tal objeción no afecta al supuesto de provocación de un estado de necesidad por colisión entre intereses equivalentes, no sólo porque para ROXIN, de acuerdo con la mayoritaria teoría diferenciadora, se trataría de provocación de una causa de exculpación, y no de una causa de justificación (aunque, a mi juicio, como he reiterado, sí es causa de justificación), sino en cualquier caso porque para esa situación de conflicto entre intereses equivalentes ya no valdría el fondo de la argumentación de ROXIN de que «el ordenamiento jurídico ha de preferir el salvamento y con ello la preservación de los intereses de más valor» (de modo que obraría contra sus propios intereses si se impusiera una pena en virtud de la a.i.i.c.). Pues si se admite —como creo que hay que admitir— que en una colisión entre intereses equivalentes al ordenamiento le es indiferente cuál se salve y por eso permite la libertad de decisión del particular, entonces, aplicando la a.i.i.c. y castigando por su inicial acción dolosa o imprudente al provocador del estado de necesidad, no se producen en absoluto consecuencias contrarias a los intereses del ordenamiento: si la perspectiva de ese castigo por la a.i.i.c. pudiera disuadir en algunos casos al provocador de llevar a cabo la acción salvadora, se produciría la lesión de un interés equivalente al otro que finalmente no resultaría dañado, y, precisamente por ser equivalentes, el ordenamiento no tiene en principio preferencia por ninguno.

De todos modos, para esta situación de provocación de un conflicto entre intereses iguales también valen en gran medida los razonamientos que a continuación expongo en el texto para la provocación de un estado de necesidad por conflicto entre intereses desiguales.

involucrados, no es cierto que el sujeto que ha creado dolosa o imprudentemente la situación de peligro pueda abstenerse luego de realizar la acción salvadora, y que causa un mal menor, con la finalidad de no incurrir en responsabilidad penal por la a.i.i.c. Pues en primer lugar, si el sujeto no interviene y tampoco hay ninguna otra persona que emprenda la acción salvadora, se realizará el peligro que él ha creado de una lesión de bienes jurídicos aún más grave, y, por tanto, el sujeto tendría que responder por ese delito más grave doloso o imprudente. Precisamente porque el ordenamiento jurídico prefiere la preservación de los intereses de más valor, para el caso de que se realice el peligro creado por el agente de lesión del interés de más valor prevé una pena superior a la que correspondería a la lesión del interés menos valioso, que también sería imputable a la acción previa. Por tanto, el sujeto de ningún modo se ve jurídicamente impedido para emprender la acción salvadora que causa el mal menor, sino que, por el contrario, está obligado a realizarla si quiere evitar la producción de un desvalor del resultado más grave y la correspondiente pena más elevada. Y en segundo lugar, no interviniendo en el momento del peligro, el sujeto tampoco puede eludir la pena porque un tercero lleve a cabo en su lugar la acción salvadora que causa el mal menor, pues la primera acción del autor, al crear el peligro y la situación de colisión, fuerza al tercero a realizar la acción salvadora y determina de ese modo su acción (permitida por falta de desvalor de acción, sin embargo) que causa un desvalor del resultado; por consiguiente, el provocador es responsable, como autor mediato —doloso o imprudente— a través de un instrumento que actúa lícitamente, de la lesión del bien jurídico directamente producida por el tercero y que supone un desvalor del resultado. Es decir, que en tal situación el sujeto que crea el peligro incurriría igualmente en responsabilidad penal tanto si posteriormente actúa como si no actúa y deja que intervenga un tercero; lo que significa que no puede evitar la responsabilidad penal omitiendo su propia acción salvadora y, por tanto, no tiene ningún motivo (penal) para no salvar el bien jurídico que él mismo ha puesto en peligro.

Por lo demás, el ordenamiento jurídico quiere que el interés más valioso puesto en peligro sea salvado o por el autor o por un tercero, pero prefiere que lo sea por la intervención del provocador, ya que éste, por haber creado el peligro, tiene un especial deber de evitación, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad por un delito comisivo, mientras que el tercero no involucrado al principio tiene simplemente la facultad de actuar o a lo sumo un deber simple de actuación derivado de los tipos de omisión propia (p. ej. por el delito de omisión de socorro). En cualquier caso, el sujeto estará más bien interesado en realizar su propia acción salvadora pese a sus efectos de fundamentar su punibilidad, ya que de ese modo se puede esforzar de manera especialmente

te intensa por evitar con seguridad la lesión más grave y la consiguiente pena mayor, y simultáneamente intentar conseguir que se produzca una lesión lo menor posible del interés menos valioso con su correspondiente atenuación en la determinación de la pena, cosa que posiblemente no lograría la intervención de un tercero.

En el caso del estado de necesidad para *bienes jurídicos propios* la situación es ciertamente distinta, pues si el sujeto no interviene activamente para salvar un bien jurídico propio que él mismo ha puesto en peligro, naturalmente que no es responsable penalmente por su autolesión. Pero en la mayoría de los casos se tratará de un peligro para un interés propio que es considerablemente superior al otro interés que hay que perturbar para salvar el propio. Por ello, la perspectiva de una pena proporcionalmente leve —y en caso de mera imprudencia aún más leve—, que conforme a la a.i.i.c. se impondría al sujeto por la lesión del bien jurídico menos valioso, normalmente no será suficiente para contrarrestar el temor del sujeto a la pérdida de su vida, su integridad u otro bien importante. En definitiva, pese a la pena, que con justicia debe imponerse por la causación reprobable de un desvalor del resultado mediante la acción previa, se preferirá el mal menor y se evitará el mal mayor, y esta es una conducta que también prefiere el ordenamiento jurídico a pesar de la provocación (excepto en el caso de una provocación especialmente grave intencional— del necesitado).

En una palabra: que se puede castigar tranquilamente al sujeto por su a.i.i.c. —lo que, además, es justo—, pues el mismo estará no obstante más interesado en realizar la acción de estado de necesidad salvadora del interés más valioso.

V. ¿RESTRICCIONES A SU APLICACIÓN DERIVADAS DE LAS EXIGENCIAS DE TIPICIDAD?

1. Por consiguiente, en caso de provocación dolosa o imprudente de una causa de justificación que sólo excluya el desvalor de la acción, en principio y *materialmente*, o sea, desde la perspectiva del injusto y de los intereses políticocriminales, está totalmente justificado castigar por delito doloso o en su caso imprudente mediante la construcción de la a.i.i.c. Pero podría haber un obstáculo *formal* a la aplicabilidad de la a.i.i.c. si la conducta en su conjunto, a pesar del desvalor de acción de la acción provocadora y de la causación de un desvalor del resultado, no se ajustara a las exigencias del tipo.

Ya he aludido anteriormente (IV.3 a) a que en delitos con modalidades de ejecución legalmente descritas el principio de legalidad podría impedir la sub-

sunción de la conducta en el tipo correspondiente, mientras que en los delitos puros de resultado no parece haber problemas de tipicidad. Y efectivamente, algunos autores opinan, en este sentido, que la vinculación de un castigo a la conducta previa conforme a la a.i.i.c. fracasa ya en aquellos tipos que requieren una conducta con una específica modalidad típica y no una mera causación del resultado: pues la colocación de una causa de la posterior modalidad de acción legalmente requerida mediante la creación de una situación de estado de necesidad aún no constituye en sí misma esa modalidad típica de acción, con lo cual el intento de subsunción de la mera causación en la acción descrita por el tipo vulnera la prohibición de analogía (y en consecuencia opinan, p. ej. que en el «caso de la huida del lugar del accidente» [S BGH 11-10-1968, VRS 36 1969, 23] la causación de un accidente de tráfico con dolo eventual —también respecto de la necesidad de tener que huir después para evitar ser apaleado por otras personas que lo presenciaron— no es ni una huida ni una tentativa de huida del lugar del accidente en el sentido del § 142 StGB, que castiga tal fuga; y que en el llamado «caso de las heces fecales» [S BayOLG 26-5-1978, NJW 1978, 2046], en el que el conductor de un camión con una pesada carga de inmundicias penetra imprudentemente por un camino de tierra poco firme y, al atascarse el camión y amenazar con volcar y sufrir graves daños el vehículo, el conductor decide vaciar la carga en la finca colindante contraviniendo lo dispuesto en la ley alemana de basuras y residuos —AbfG—, entienden, en contra de la S cit. del BayOLG, que el hecho de introducirse imprudentemente con el camión muy cargado de deshechos no es un vertido de residuos en el sentido de los tipos de los § 4 I y 18 I, 1.º de la AbfG).⁴⁸

Prescindiendo de casos concretos, esta solución parece bastante convincente: pues la acción posterior, que realiza la modalidad comisiva requerida por el tipo, está cubierta por una causa de justificación excluyente del desvalor de la acción —v. gr. por estado de necesidad— y, por tanto, no es antijurídica, por lo que de ella no puede derivarse responsabilidad alguna; y la conducta previa dolosa o imprudente, que implica desvalor de acción y conduce a un desvalor del resultado, es decir, que «materialmente» supone un injusto,

48. Así ROXIN, AT I, 47, apoyándose en KÜPER, *Notstand*, 1983, 101, 154 y ss. (aquí ciertamente dubitativo en cuanto al caso de las heces fecales), y en DENCKER, *JuS* 1979, 783. KÜPER, cit., expone ya en pp. 50-55 su rechazo a la aplicación de la a.i.i.c. a delitos imprudentes con determinadas modalidades comisivas tipificadas, fundamentándolo (pp. 54 y ss.) en que, como debido al principio *nullum crimen sine lege* en Derecho penal la antijuridicidad de un hecho está unida a los límites del tipo respectivo, es inadmisible renunciar a la congruencia entre conducta típica y antijurídica y unir un hecho en estado de necesidad, típico pero no antijurídico, con una acción previa imprudente y materialmente antijurídica, pero no (totalmente) típica, formando de ese modo una especie de «tipo mixto» que la ley no conoce.

sin embargo, no es subsumible como tal en la forma típica de ejecución y, por tanto, no es típica.

Ahora bien, ciertamente se podría pensar en superar esas dificultades para aplicar la *actio illicita in causa* en dichos tipos mediante analogía con la *actio libera in causa*.⁴⁹ Así, una buena parte de las variantes de la teoría de la a.l.i.c., tanto defensores del «modelo de la excepción» como del «modelo del tipo»⁵⁰ (o, con otra terminología, partidarios de la «teoría de la anticipación», pero también una parte de los adeptos de la «solución de la tentativa»),⁵¹ sostienen que, en caso de provocación dolosa o imprudente de un estado de inculpabilidad causante de la comisión del hecho, la construcción de la a.l.i.c. también es aplicable a delitos con modos de ejecución típicamente descritos y no sólo a delitos puramente resultativos. Para el modelo de la excepción (o teoría de la anticipación de la culpabilidad) dicha solución no plantea la menor dificultad, pues según esta concepción el tipo que requiere un determinado modo comisivo se realiza con la segunda acción (inculpable), y lo único que sucede es que excepcionalmente la culpabilidad no se constata durante la comisión del tipo (de injusto), sino en el momento anterior de la primera acción que provoca el estado defectuoso (o sea, que crea la inimputabilidad). Pero incluso desde la perspectiva del modelo del tipo (o de la tipicidad), que conecta ya la imputación a la conducta que provoca la inculpabilidad y que es considerada como causación dolosa o imprudente del resultado típico —es decir, en caso de dolo como tentativa causante del resultado— y por eso como una realización del tipo que es culpable en el momento de su comisión, hay algunos partidarios de este modelo que también consideran aplicable la a.l.i.c. a los tipos con modalidades comisivas determinadas, ya que creen que la punibilidad no requiere que el sujeto realice (scil. todas) las peculiaridades de la acción típica en estado de imputabilidad.⁵² Como se ve, de una manera o de otra se renuncia a la coincidencia temporal —o al menos a la total coincidencia temporal— entre culpabilidad y realización del tipo de injusto.

No obstante, parece inadmisible transferir este procedimiento a los casos de la *actio illicita in causa* y renunciar a la coincidencia temporal entre cumplimiento del tipo y antijuridicidad, considerando suficiente como realización de las peculiaridades del tipo en cuanto a la acción ejecutiva la segun-

49. Plantean esa posibilidad (aunque luego la resuelven negativamente) DENCKER, *JuS* 1979, 783; KÜPER, *Notstand*, 1983, 52 y ss.

50. Así la terminología, posteriormente muy extendida, de NEUMANN, *Zurechnung und «Vorverschulden»*, 1985, 24 y ss.

51. Denominaciones formuladas por KÜPER, *Notstand*, 1983, 82 y ss.

52. Así p. ej. ROXIN, *ATI*, 1992, 579.

da acción no antijurídica, p. ej. justificada por estado de necesidad, y situando, en cambio, el momento de la antijuridicidad —por contener el desvalor de la acción y causar el desvalor del resultado— en la primera acción provocadora, que según el modelo de la excepción ni siquiera sería típica y según el modelo del tipo (o de la tipicidad) no sería completamente típica en delitos de esa clase. Y parece inadmisible, por una parte, porque una realización justificada del tipo nunca puede acarrear responsabilidad,⁵³ y por otra parte, porque en virtud del principio *nullum crimen sine lege* en Derecho penal no puede haber injusto sin realización del tipo, sino que sólo puede haber injusto típico, o sea, congruencia entre conducta antijurídica y típica, ya que la tipicidad es «el *prius* no sólo lógico-sistemático, sino también propio del Estado de Derecho, de la antijuridicidad».⁵⁴

2. a) Por tanto, en el aspecto formal, es decir, desde la perspectiva de la tipicidad, sólo se puede aceptar la aplicabilidad de la *actio illicita in causa* en los delitos puros de causación o de resultado, que carecen de tipificaciones especiales de la forma de acción.⁵⁵ No obstante, antes de que podamos confirmar definitivamente esta tesis, hay que examinar una posición parcialmente divergente de KÜPER, que se ocupa a fondo de esta cuestión.⁵⁶

Según KÜPER, en el delito doloso de resultado el resultado típico ha de imputarse a una acción ya típica en sí misma, o sea, que suponga ya un comienzo de ejecución y con ello una tentativa. En su opinión, es cierto que la provocación dolosa de una situación de estado de necesidad causa dolosamente el posterior resultado, pero comisión de un hecho es algo distinto a la mera causación del resultado: pues la acción típica sólo comienza con la tentativa, o sea, con el hecho de disponerse inmediatamente a realizar el tipo, mientras que la conducta previa dolosa que desencadena el estado de necesidad no es más que un acto preparatorio, es decir, un estadio previo a la acción típica;⁵⁷ y las acciones de planificación y preparación, pertene-

53. Y eso si se utiliza la terminología de la concepción mayoritaria de que la conducta puede ser típica aunque no sea antijurídica; es decir, por no hablar de que, según la concepción del tipo total de injusto (o teoría de los elementos negativos del tipo, que personalmente comparto: cfr., entre otros trabajos míos, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, 251 n. 443; «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones», *La Ley* 1989-3, 576 y ss.; tb. en *EPen*, 1991, 72 y ss.; «Concurrencia aparente o real de error sobre presupuestos o sobre límites de una causa de justificación», *PJ* 19-1990, 291 y ss.; tb. en *La Ley* 1991-1, 357 y ss.; *EPen*, 1991, 97 y ss.), una realización justificada meramente de la parte positiva del tipo ni siquiera realiza el auténtico tipo, es decir, el tipo total de injusto.

54. Así la argumentación de KÜPER, *Notstand*, 1983, 55.

55. Así también DENCKER, *JuS* 1979, 782.

56. *Notstand*, 1983, 55 y ss., 59-89.

57. KÜPER, *Notstand*, 1983, 59-64.

cientes a una zona típicamente neutra, como p. ej. la compra de un hacha, no pierden esa neutralidad por mucho que en definitiva se pueda reconducir a ellas el resultado, p. ej. los daños producidos con ese instrumento.⁵⁸ KÜPER reconoce que la acción de provocación posee una cierta peligrosidad para el bien jurídico finalmente lesionado,⁵⁹ que «el autor crea consciente y voluntariamente un peligro para bienes propios que luego le «fuerza» —conforme a su plan— a lesionar en estado de necesidad (conforme a Derecho) el bien ajeno objeto de su intervención, si en esa situación no quiere soportar el peligro con sus consecuencias»,⁶⁰ y que el dominio del hecho del autor sobre la segunda acción se ve «reducido psicológicamente por la coacción de tener que defenderse».⁶¹ Pero a pesar de ello opina que la acción previa le falta la inmediatez del disponerse a actuar, ya que tras la provocación aún ha de producirse, primero, un resultado en forma de peligro para los bienes jurídicos propios, y a continuación la segunda acción de defensa frente al peligro; y en ese sentido cree que es decisivo el hecho de que, aunque ya esté fundada la situación de estado de necesidad, el suceso no se ha «soltado de las manos» en absoluto, sino que el autor aún ha de dar él mismo el paso decisivo de la acción salvadora, y sobre ello decide «él solo en virtud de su dominio del hecho —aunque reducido psicológicamente por la coacción de tener que defenderse—».⁶²

A su juicio, tampoco existe el menor paralelismo entre estos casos de la *actio illicita in causa* y las figuras jurídicas de la *actio libera in causa* dolosa y de la autoría mediata, en las que ya se puede considerar como tentativa la acción provocadora en caso de delitos de resultado: Así expone que en la a.l.i.c. se requiere para la tentativa que se produzca una total incapacidad de culpabilidad y no sólo una disminución de la misma, de tal modo que el sujeto haya perdido el dominio sobre el acontecer posterior, lo que en cambio no sucede en la a.i.i.c.; y que en la autoría mediata un sector considera ya como comienzo de la tentativa la acción del autor mediato que incide sobre el autor directo, porque la actividad de aquél, y no la del instrumento (que obra de modo análogo a una fuerza de la naturaleza), es la única que puede decidir sobre el comienzo de la ejecución típica. Pero en cambio, dice KÜPER, en la a.i.i.c. durante las dos fases del suceso —incluyendo la segunda, de defensa frente al peligro— el agente actúa como autor que domina directamente y sin

58. KÜPER, *Notstand*, 1983, 62.

59. KÜPER, *Notstand*, 1983, 65.

60. KÜPER, *Notstand*, 1983, 70.

61. KÜPER, *Notstand*, 1983, 72.

62. KÜPER, *op. cit.*, 70-72.

introducir a una persona intermedia el curso del acontecimiento y lo mantiene «en la mano». ⁶³

Aparentemente —continúa este autor— puede haber una excepción en casos de escasa distancia temporal entre la creación del peligro y la acción salvadora, pues si se da tal inmediación y estrecha conexión temporal, para la concepción natural de la vida los actos parciales forman una unidad y se puede valorar ya la provocación de la situación de peligro como comienzo de la comisión típica; pero precisamente ello tendría la sorprendente consecuencia de que en ese caso concurriría simultáneamente una agresión ilegítima «actual» al objeto de protección, contra la cual se podría defender su titular en legítima defensa, y como eso haría imposible la justificación de la «acción de estado de necesidad», ésta ya no sería antijurídica *in causa*, sino *in actu*.⁶⁴

De todo lo expuesto, para KÜPER se deriva que es inaceptable la «*actio illicita in causa dolosa*» en caso de provocación de un estado de necesidad justificante; pero en su opinión, como los delitos imprudentes de resultado son «abiertos hacia el pasado» y no contienen el límite temporal del disponerse inmediatamente a actuar, propio de los delitos dolosos, siempre queda la posibilidad de recurrir a una «*actio illicita in causa imprudente*», o sea, que la creación dolosa de una situación de estado de necesidad, que finalmente conduce al resultado lesivo, puede utilizarse como base de una responsabilidad por imprudencia, ya que esa conducta previa también desprecia la prohibición co-contenida en el tipo imprudente de crear «sin cuidado», es decir sin la debida consideración a bienes ajenos, situaciones de colisión que pueden desembocar en una lesión.⁶⁵

b) A mi juicio, no se puede compartir esta posición. Es cierto que, para que sea aplicable la a.i.i.c. a hechos dolosos, ha de haber una acción previa no sólo dolosa y que revele desvalor de acción, sino que sea ya típica, para poder imputarle la causación del desvalor del resultado; pero la provocación dolosa

63. KÜPER, *Notstand*, 1983, 72-78. Por lo demás, en pp. 81-87 rechaza una aplicación paralela a la a.i.i.c. de los modelos de fundamentación de la a.l.i.c., tanto la de la «solución de la tentativa», dado que la acción previa aún no supone disponerse inmediatamente a realizar el tipo y, por tanto, aún no es una tentativa, como la de las «teorías de la anticipación», porque —como ya expone en p. 55 (a mi juicio, de modo en sí mismo correcto: cfr. supra el texto correspondiente a la nota 54)— la ley no conoce una especie de «tipo mixto» compuesto de una acción de estado de necesidad, típica pero no antijurídica, y de una actuación precedente, que ciertamente desencadena ilícitamente un estado de necesidad, pero que no llega a ser típica, y con ese procedimiento habría que renunciar a la requerida congruencia entre conducta típica y antijurídica.

64. KÜPER, *Notstand*, 1983, 78 y ss.

65. Cfr. KÜPER, *Notstand*, 1983, 60, 69 y ss., 81, 88 y ss. En p. 88 insiste en que este resultado no es insatisfactorio, puesto que de todos modos, en determinadas clases de provocación dolosa de la situación de estado de necesidad la ponderación de intereses puede tener la consecuencia de que ya esté excluida *in actu* la justificación del estado de necesidad.

de una causa de justificación excluyente sólo del desvalor de la acción constituye ya una tentativa, es decir, una acción típica.

En efecto, si el sujeto con su acción provocadora crea una situación de colisión en la que se ve forzado a realizar una acción (que excluye el desvalor de la acción, pero sí que causa un desvalor del resultado), entonces resulta que precisamente no es libre el hecho de emprender esa segunda acción, y que su elección u omisión ya no queda totalmente a la libre decisión, «en las manos» del sujeto. Esa falta de libertad puede deberse por una parte a la coacción psicológica a causa del peligro para importantes bienes jurídicos propios que fundamenta el estado de necesidad, pero por otra parte puede basarse también en una coerción jurídica para actuar: pues si p. ej. la provocación del estado de necesidad crea un peligro para bienes jurídicos *ajenos*, el provocador estará obligado jurídicamente a actuar en estado de necesidad si quiere evitar su responsabilidad por el eventual resultado lesivo. Y ello nos proporciona precisamente la fundamentación del hecho de que en la acción provocadora el sujeto ya tiene —al menos en su arranque— el dominio del hecho sobre el curso ulterior de los acontecimientos, incluyendo la acción posterior, y ello a su vez significa disponerse inmediatamente a realizar el tipo de resultado, es decir, el comienzo de la ejecución y, por tanto, una tentativa (típica).⁶⁶

Es posible que sea correcto exigir para la existencia de tentativa acabada que el curso del acontecimiento se haya escapado ya totalmente de las manos del sujeto; pero eso no es necesario para la existencia de una tentativa inacabada, para la que basta el comienzo de la acción de ejecución, que en los delitos puros de resultado ya concurre si hay una conducta que domine el curso del acontecimiento mediante la creación de una situación coactiva (que supradetermina la segunda acción directamente lesiva). Y también en el supuesto de la autoría mediata con instrumento que obra lícitamente —p. ej. en estado de necesidad—, el dominio del hecho del autor mediato y con ello el comienzo de su ejecución del hecho se fundamenta en la creación de una situación coactiva para el ejecutor directo, que de ese modo no puede decidir libremente sobre la comisión del hecho, y para el dominio del hecho del sujeto de atrás no es necesario que el instrumento se encuentre en un estado de total inimpunitabilidad. Así pues, el paralelismo con la situación de la a.i.i.c. es total: el provocador de la situación de estado de necesidad para bienes jurídicos propios o ajenos se utiliza a sí mismo efectivamente como instrumento que obra lícita-

66. En el mismo sentido respecto de la provocación dolosa en la legítima defensa (que en cambio, como se vio más arriba, personalmente considero inidónea para la aplicación de la a.i.i.c.), LENCKNER, GA 1961, 304 y s.; así tb. básicamente BERTEL, ZStW 84 1972, 25 y ss.

mente (sin desvalor de acción en el momento de causar directamente un resultado desvalorado).

Por eso, esa acción de provocación no se parece en absoluto al mero acto preparatorio, como podría ser el del ejemplo mencionado de la compra de una hacha para cometer después unos daños o unas lesiones, en el que el sujeto después de la compra aún sigue pudiendo decidir libremente si emprende o no la ejecución del hecho.⁶⁷ Por tanto, a la provocación, en cuanto tentativa típicamente antijurídica (que supone un desvalor de acción), se le puede imputar perfectamente la causación del desvalor del resultado determinada (dominada) por ella. Y finalmente hay que añadir que no es cierto que si la provocación de la situación de estado de necesidad constituye ya en sí misma una tentativa, será simultáneamente una agresión ilegítima actual a bienes jurídicos ajenos, contra la que podría reaccionar su titular en legítima defensa.⁶⁸ Y no es cierto, porque no toda tentativa ha de ser ya una agresión actual fundamentadora de legítima defensa:⁶⁹ con la provocación de la situación de estado de necesidad, que supone ya una tentativa, todavía no se pone en peligro, en el sentido de una agresión, los bienes jurídicos del tercero; la agresión a sus bienes (y su puesta en peligro) sólo comienza cuando el provocador se dispone inmediatamente a emprender la acción en estado de necesidad, pero ésta está justificada como tal por exclusión del desvalor de la acción—y, por tanto, no es una agresión ilegítima contra la que cupiera legítima defensa.

c) Como conclusión de todo lo dicho resulta que en los delitos puros de resultado tampoco hay el menor obstáculo desde el punto de vista formal de la tipicidad para aplicar la *actio illicita in causa* tanto a la provocación dolosa como a la imprudente de una causa de justificación que —como en el caso paradigmático del estado de necesidad— excluya el desvalor de la acción, pero no el del resultado.

67. KÜPER, *Notstand*, 1983, 65, justifica la consideración de la provocación del estado de necesidad como mero acto preparatorio aduciendo que «tal actuación, a pesar de una cierta “peligrosidad”, normalmente aún no afecta gravemente al orden social... y, además, en ese temprano estadio la voluntad del sujeto se puede modificar discrecionalmente». Pero es que precisamente esto último no es cierto: debido a la coacción creada por el autor —que incluso puede consistir en un deber jurídico de actuación—, la voluntad del sujeto *no* se puede modificar *discrecionalmente*.

68. Este argumento utilizado por KÜPER para casos de inmediación temporal de la acción en estado de necesidad (ver *supra* el texto correspondiente a la n. 55) fue aducido por primera vez por ROXIN, *ZStW* 75 1963, 548, para la provocación en la legítima defensa.

69. Así, con razón, BERTEL, *ZStW* 84 1972, 21.

SOBRE LO INTERNO Y LO EXTERNO, LO INDIVIDUAL Y LO COLECTIVO EN EL CONCEPTO PENAL DE CULPABILIDAD

José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad Carlos III

A modo de introducción, permítanme que recuerde ante Uds. el primer seminario dirigido por el profesor ROXIN, al que asistí en la Universidad de Múnich, que se tituló «*Schuld und Sühne*».

Este método de aproximación al concepto de culpabilidad me pareció muy sugerente. Leí, entonces, el libro de Helmut HARSCH, titulado *Das Schuldproblem in Theologie und Tiefenpsychologie*. Su lectura estuvo acompañada por un sentimiento de culpabilidad, porque en la doctrina penal no parece discutible que el concepto jurídico de culpabilidad debe separarse y prescindir de la idea de culpabilidad.¹

Por mi parte, sigo investigando sobre sus conexiones. Me parece un buen punto de partida la evolución narrada en el Antiguo Testamento desde el entendimiento del pecado, la culpabilidad y la expiación como problemas colectivos, en los que no cuenta el sentimiento individual, y en cuyo contexto tienen lugar los rituales de sacrificios, como expresión de expiación por el atentado colectivo contra el orden divino, hasta la elaboración por los profetas de una estructura individual o personal de la culpabilidad y el pecado, que sitúan en el corazón de los hombres, dejando, así, irresuelto, por cierto, el problema de la maldad originaria, es decir, del mal en Dios, o lo que es lo mismo de su procedencia externa.

La aproximación a la idea teológica de culpabilidad permite, además, utilizar un fructífero método para el análisis del concepto jurídico, en el que se contraponen y relacionan lo interno y lo externo, en sustitución de lo subjetivo y lo objetivo.

1. Véase ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, pp. 6 y ss.

Así justifico el título de esta ponencia, que es la resumen de la parte racionalista de una extensa investigación sobre la culpabilidad penal, en la que, en consecuencia y paradójicamente, a la vez, se trata mucho lo irracional.

El principio de culpabilidad por el hecho va unido al de protección de bienes jurídicos. Esta vinculación no está, por decirlo así, en la «naturaleza de las cosas», pero el discurso sistemático dominante durante mucho tiempo ha presentado como irrenunciable su unión. A su vez, la teoría del bien jurídico se ha desarrollado, sobre todo, como teoría sobre la lesión de bienes jurídicos.² Este deslizamiento no es intrascendente, porque ha permitido durante años, por un lado, atender más al resultado en la teoría del injusto, que al propio sustrato material y social del ilícito penal, deducible del propio concepto de bien jurídico protegido, y no de la lesión de inconexos bienes materiales, espirituales o culturales. Por otro lado, ese deslizamiento de la teoría del bien jurídico ha hecho posible valorar la efectiva lesión de un bien jurídico, a efectos del ulterior juicio de reproche por el hecho delictivo. Por eso, reiteró LÜDERSSEN,³ que en el principio están la causación y la atribución objetiva de resultados desvalorados, y luego, dentro de ese contexto previo, juega la denominada «culpabilidad individual». Es difícil, sin embargo, sustraerse a la pregunta sobre la razón por la que determinados resultados están penalmente desvalorados. La liberal teoría de la lesión de bienes jurídicos ha respondido mediatizando valorativamente la trascendencia social de un hecho a través de los perjuicios a inconexos bienes jurídicos.

En sentido material, pues, la gravedad del injusto penal, es decir, del objeto de referencia del juicio de culpabilidad, suele expresar, también, la gravedad de la culpabilidad. La máxima expresión de esta correlación entre la valoración y el objeto de la misma es la previsión de marcos penales típicos, llamados a reflejar la directa relación existente entre el «valor» del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y la gravedad de la culpabilidad, según el consolidado axioma clásico de que «cuanto más valorable es el bien jurídico (léase: cuanto más desvalorable es la lesión del bien jurídico) más grave es la culpabilidad por el hecho». Este discurso sobre la conminación penal introduce, pues, la culpabilidad por el hecho también en la medición de la pena, ya que *ab initio* la condiciona esencialmente, al determinar el marco penal correspondiente a la culpabilidad. De aquí, precisamente, la denominada *Spielraumtheorie* y los esfuerzos relativizadores de la función de la culpabili-

2. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Críticamente, HASSEMER, en *ZStW*, 1975, pp. 155 y ss. y 163 y ss.

3. LÜDERSSEN, «Erfolgszurechnung und Kriminalisierung», en *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, pp. 13 y ss.

dad en la medición de la pena, realizados, entre otros, por ROXIN. Lesión del bien jurídico, culpabilidad por el hecho y marcos penales típicos constituyen, pues, las bases de un discurso correlativo, cerrado en sí mismo.⁴

De esta forma, el discurso jurídico penal ha conseguido estructurar la psicología social respecto a la «cuestión criminal» mediante referencias desvalorativas a hechos individuales que afectan a valores culturales o espirituales. Incluso la Criminología condiciona su discurso a la explicación de un complejo proceso de imputación individual de un resultado delictivo. No es intrascedente, al respecto, la observación de SACK⁵ sobre cómo la Criminología pretende resolver también los que podrían denominarse «procesos de imputación colectiva» (delincuencia societaria, por ejemplo) mediante orientaciones hacia la responsabilidad individual.

Aunque todavía suele reiterarse que la función básica de la culpabilidad es la de servir de límite a la coacción penal, ya que estaría condicionando la posibilidad de la intervención punitiva del Estado, así como su intensidad, lo cierto es que, tras ese evidente liberalismo, hay muchas más funciones, probablemente trascendentes al mismo. Es, efectivamente, cierto que la culpabilidad penal se desarrolla, al igual que la teoría del bien jurídico, como un discurso ideológico liberal. Por eso, se presenta como garantístico y protector del individuo frente al Estado sancionador. AMELUNG, por su teoría sobre los bienes jurídicos, y JAKOBS, por la de la culpabilidad, por ejemplo, han sido criticados por ROXIN, entre otros, por haberse distanciado del sistema garantístico liberal.⁶

Pero, más allá de esa función, el principio de la culpabilidad individual oculta una explicación interesada de la realidad. Esta afirmación no puede entenderse como una crítica. Es históricamente constatable que el principio de culpabilidad ha sido capaz de consolidar un sistema penal garantístico. Pero eso no obsta para el reconocimiento de su contenido ideológico:⁷ el principio de culpabilidad individual cumple su función como principio organizador de la psicología social. NAUCKE lo ha expresado con especial claridad: «la “imputación subjetiva”, el “hacer-individualmente-responsable”, el “poder ser individualmente culpable” es un principio de organización social tan evi-

4. Críticamente, cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena», en *RFDUC*, Monográfico 3, 1980, pp. 187 y ss. Pretende su explicación exclusivamente preventiva, GIMBERNAT, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en *ZStW*, 1970, pp. 379 y ss.

5. SACK, «Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie», en *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, pp. 362 y ss. En sentido similar, LÜDERSSEN, *Erfolgzurechnung...*, cit., pp. 29-30.

6. ROXIN, *AT*, I, § 2, 33 y § 19, 31 y ss.

7. Cfr. MUÑOZ CONDE, «El principio de culpabilidad», en *III Jornadas de Derecho penal*, Santiago de Compostela, pp. 221 y ss.

dente que ninguna fantasía puede imaginar lo que pasaría si se prescindiese de él».⁸ O, dicho en términos de ROXIN, la culpabilidad individual es un principio jurídico regulador, una «suposición que garantiza la libertad» (*freiheitsverbürgende Annahme*).⁹ Sobre esta base organizativa, se ha construido el derecho al reproche por parte de la sociedad.

Los motivos del reproche son diversos. Prescindiendo del libre albedrío y buscando una base empírico-normativa, se han formulado distintas versiones de la motivabilidad o capacidad de ser motivado por las normas y las penas a la no comisión de delitos. En esa capacidad radica —se dice— la causa o el motivo por el que el hecho delictivo tiene que serle reprochado a su autor. Generalmente las teorías basadas en la motivabilidad normativa disimulan su vinculación con el juicio de reproche, pero lo cierto es que, en caso de confirmarse la motivabilidad del sujeto, la conclusión es que puede emitirse un juicio de reproche contra él, aunque se denomine juicio de atribuibilidad o de atribución del hecho.¹⁰ En el fondo tiene que ser así, puesto que la capacidad de motivación —o de motivación normal, según importante matización de MIR PUIG—¹¹ es indicativa de que el sujeto puede ser considerado responsable, ya que pudo haber actuado de otra manera y, por tanto, su conducta es reprochable.

En este contexto, el sistema dogmático ha construido la superestructura jurídica necesaria para este discurso. Así, la diferencia entre injusto y culpabilidad se erige en el centro de la teoría del delito, hasta el punto de poder escribir ROXIN que tal diferencia «es considerada, con razón, una de las perspectivas materiales más importantes conseguidas por el derecho penal en los últimos cien años».¹² Se intuye en tal diferencia entre injusto y culpabilidad una extraña persistencia, como si no se tratase de una cuestión meramente intelectual. Así, por ejemplo, como FLECHTER¹³ ha señalado, esta división de cate-

8. NAUCKE, *Strafrecht*, AT, p. 231

9. ROXIN, AT, I, § 19, 37 y 42

10. Así, MUÑOZ CONDE, «Über den materiellen Schuld begriff», en *GA*, 1968, pp. 68 y ss.; MIR, *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 155. Paradójicamente, también, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, pp. 44 y ss., notas 93 y 94. Claramente afecto a la tesis motivadora y, precisamente por eso, al «Zur Verantwortung-Ziehen», ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1965, pp. 57 y ss.; el mismo, «Um die Charakterschuld», en *MSchrKrim*, 1967, pp. 116 y ss. Sobre este tema cfr. también, BUCKHARDT, «Charaktermangel und Charakterschuld», en *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, pp. 115 y ss. También, aunque más matizadamente, ROXIN, quien, pese a su crítica al concepto normativo de culpabilidad, mantiene el juicio de reproche, basado en la motivabilidad, como condición necesaria, aunque no suficiente, para la responsabilidad (AT, I, § 19, 13 y 24).

Desvincula la motivabilidad y el juicio culpabilístico de reproche, GIMBERNAT, «El sistema del derecho penal en la actualidad», en *Estudios de derecho penal*, 1976, pp. 98 y ss.

11. MIR, *Función de la pena y teoría delito en el Estado social y democrático de derecho*, p. 99.

12. ROXIN, «Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales», en *Problemas básicos del derecho penal*, p. 200.

13. FLECHTER, «Ordinary language Philosophy und Neubegründung der Strafrechtsdogmatik», en *Seminar: Abweichendes Verhalten*, IV, p. 185.

gorías es superflua para un pensamiento funcional ya que, en todo caso, se trata de saber si, tras la realización de un hecho que afecta a un bien o interés protegido penalmente, un sujeto debe ser condenado a una pena, o bien debe ser sometido coactivamente a otra clase de tratamiento. La cuestión es, pues, si hay necesidad preventiva de pena, o bien de internamiento psiquiátrico coactivo, por ejemplo. Para poder responder hay que comprobar un conjunto de condiciones objetivas y subjetivas para la imputación, que tienen que ver con exigencias sociales. En este contexto, es perfectamente lícito dividir estas condiciones, a efectos sistemáticos, entre condiciones del injusto y de la imputación individual, pero está por justificar¹⁴ la necesidad político-criminal de imprimir un significado material trascendente a dicha división sistemática formal.

Es, en este sentido, muy esclarecedora la categoría sistemática de la «responsabilidad», desarrollada por ROXIN, entre otras razones porque, como él mismo advierte, en sentido amplio el supuesto de hecho de la responsabilidad (*Verantwortlichkeitssachverhalt*) incluye el tipo del injusto y, por tanto, «todos los elementos del injusto son, también, indirectamente criterios de culpabilidad y responsabilidad».¹⁵

Las razones por las que merece la pena huir de la pretensión de emitir un juicio de reproche, tras la constatación de que alguien ha realizado todos los elementos para la imputación individual del hecho, tienen mucho que ver con la crítica a la base del concepto material de culpabilidad, que en otro lugar resumí en los siguientes términos: «La pretensión de erradicar el concepto material de culpabilidad del derecho penal tiene por base el pensamiento de que no existe ya un derecho objetivo y moral al reproche, y la consecuencia práctica es la objetivación utilitaria de la relación de la sociedad con el “delincuente” o, más aún, la erradicación de juicios morales o éticos de desvalor. Se formula, así, un derecho penal estrictamente preventivo y se aportan argumentos para descansar de la angustiosa reiteración histórica de la desigual lucha del bien contra el mal».¹⁶

Tradicionalmente, sin embargo, vienen equiparándose por la doctrina dominante los términos «juicio de reproche» y «juicio de imputación subjetiva», como equivalentes al de «juicio de culpabilidad». Esta equiparación tiene

14. No se trata de una mera preferencia sistemática, por tanto. Además, el lenguaje es significante. Comparto, por lo demás, la idea de ACHENBACH sobre la utilidad para avanzar en la comprensión de la materia de abandonar el término culpabilidad y sustituirlo por el de imputación individual («*Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*», en SCHÜNEMANN (Hrsg.) *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, pp. 135-136).

15. ROXIN, AT, I, § 3, 54 y ss.

16. GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad e irracionalidad...*, cit., p. 130.

su base actualmente —como se señaló anteriormente— en la convicción de que la confirmación penal de la responsabilidad individual por los hechos realizados, el «hacer responsable al autor de sus hechos» y estigmatizarle con el reproche social, cumple funciones irrenunciables de organización de la sociedad, es decir, que el reproche de culpabilidad se comporta como principio de organización social.¹⁷

La invalidación de ese sistema organizativo puede, no obstante, intentarse. La alternativa se basa en el cambio radical de los motivos de la punición: un derecho penal garantístico no necesita reprochar su acción al que ha delinquido para poder fundamentar la imposición de la pena, sino, simplemente, regular las condiciones objetivas y subjetivas exigibles para ello conforme a criterios racionales de política criminal.

El acceso a este derecho penal sin culpabilidad se estructura —una vez elaborada una dogmática penal sin culpabilidad—¹⁸ a través de una teoría de la pena superadora de las actuales teorías de la culpabilidad preventiva.

Por otro lado, la componente garantística del principio de culpabilidad individual ha impuesto el sistema dualista de penas y medidas de seguridad. Pese a la coincidencia de sus fines, el sistema dualista sigue presentándose como inevitable en la actualidad. Su vigencia no puede extrañar si se tiene en cuenta que el dualismo es defendido con la misma intensidad que el principio de culpabilidad individual por el hecho, del que se deduce como necesidad irrenunciable. El origen está claro: la vinculación de la pena a la medida de la culpabilidad por el hecho deja irresueltos muchos problemas de prevención —manifestamente, se dijo, de prevención especial— debido a la peligrosidad de ciertos sujetos. Esta peligrosidad se reconoce en algunos «inimputables» (plenos o con capacidad disminuida), así como en quienes manifiestan una específica tendencia delictiva por su modo de vida. En estos ámbitos la medida de seguridad postdelictual está llamada a cubrir las insuficiencias del derecho penal culpabilístico, ya sea sustituyéndolo, ya acumulándose a él, bajo la máxima de: «penas por la culpabilidad, medidas de seguridad por la peligrosidad». Es constatable que desde sus orígenes el sistema de medidas de seguridad basa su eficacia, sobre todo en la privación de libertad. Esto motivó un correctivo histórico en cuanto a su cumplimiento o ejecución, que vino a denominarse «sistema vicarial».¹⁹ Recientemente, la síntesis justificatoria del

17. HAFFKE, «Schuld und Schuldunfähigkeit», en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, III, p. 164.

18. Cfr. por todos, BAURMANN, «Schulddlose Dogmatik?», en *Seminar: Abweichendes Verhalten*, IV, pp. 196 y ss. De entre todos los problemas dogmáticos me ocupa especialmente el concepto de autor, donde deberían incluirse los criterios imputación personal, y la teoría de la participación, en la que se fortalecerían los criterios autónomos de imputación y, por tanto, los tipos de participación.

19. Con razón, MUÑOZ CONDE, «Culpabilidad y prevención general», en *CPC*, 1980, p. 45.

sistema doble ha dado un giro teórico, impuesto por el desarrollo de la teoría del bien jurídico y por las connotaciones preventivas de la culpabilidad. La aproximación de ambos sistemas se hace evidente; se habla de la completa efectividad para la protección de los bienes jurídicos que puede conseguir la combinación de penas y medidas. Pero, incluso quienes con más convicción defienden los aspectos ventajosos de las medidas de seguridad respecto a las penas (ZIPF ha escrito, por ejemplo: «Están de antemano más orientadas hacia el efecto preventivo y su finalidad de reinserción y aseguramiento se adecúa a su naturaleza. Así, no es causal que su contenido paralelo proceda de reglas médicas: tratamiento, diagnóstico, terapia...»)²⁰ sienten la necesidad de llamar la atención sobre sus peligros frente al garantístico y liberal principio de culpabilidad: «existe el riesgo —advierte el mismo autor— de que se acentúen excesivamente los fines estatales frente a los derechos del individuo».

Esta preocupación ha provocado esfuerzos teóricos tendentes a fundamentar la vigencia del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas de seguridad. Proporcionalidad que se deduce, como argumenta ROXIN,²¹ precisamente, también, del principio de protección de bienes (*Güterabwägung*). Según esto, una medida de seguridad de internamiento puede durar más que la pena correspondiente a la culpabilidad, pero, en todo caso, debe ser proporcional a la importancia del hecho cometido y de los hechos que puedan esperarse del sujeto, así como al grado de su peligrosidad (parágrafo 62 StGB). Por cierto, que esta conclusión tiene en Alemania rango constitucional —tal y como recuerda ROXIN— ya que se deduce de la propia idea del Estado de Derecho.

A pesar del aparente vigor del sistema dualista, su fundamento teórico está, pues, en crisis. Esta se ha agudizado extraordinariamente cuando se ha reconocido que las penas y las medidas de seguridad coinciden en su función protectora de bienes jurídicos y, además, se unifica el fin de ambos instrumentos en la prevención especial. En este contexto, de introducir un tejido de garantías en el ámbito reservado a las medidas de seguridad postdelictuales pone de manifiesto que la culpabilidad no es el único principio garantístico, sino que también las propias exigencias preventivas pueden limitarse, atendiendo a elementales principios de racionalidad político-crílminal.²²

Según la conclusión anterior, también el tradicional sistema dualista queda en entredicho: si penas y medidas de seguridad sirven para lo mismo y

20. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 63.

21. ROXIN, AT, I § 3, 54 y ss.

22. La solución inversa, es decir, la sumisión, también, del derecho de las medidas de seguridad al límite impuesto por el principio de culpabilidad es, sencillamente, irracional. Esto es lo que se pone de manifiesto en la última versión conocida del Anteproyecto de nuevo Código penal de 20 de mayo de 1994.

éstas admiten principios limitativos, es coherente reivindicar un sistema sin culpabilidad, es decir, un sistema monista de medidas preventivo y garantístico, a la vez. A pesar de sus reticencias, ROXIN lo intuyó así cuando escribió «... se puede hablar de una aproximación al sistema monista, en cuanto que tanto la pena como la medida sirven igualmente a la resocialización y a la protección de la sociedad».²³

La discusión, a partir de ahí, se centra exclusivamente en la antinomia entre prevención general y especial.

Como punto de partida para abordar esa polémica merece la pena —como ya hiciera en otro trabajo— apoyarse en ROXIN y HASSEMER.²⁴ «Es obvio —escribió— que si las categorías dogmáticas de antijuridicidad, tipicidad o culpabilidad adquieren nuevos contenidos basados en la teoría de la pena, y que si la teoría de la pena y de su medición —o la de las medidas penales— se reafirman en nuevos contenidos y formulaciones, es, exclusivamente, para resolver la cuestión concreta del nivel soportable o admisible de la injerencia penal en los derechos fundamentales de la persona, en relación con los intereses sociales preventivos».²⁵

Ocurre, sin embargo, que el —a mi entender equivocado— impulso dado en los últimos tiempos a la prevención especial resocializadora, ha conducido a una nueva crisis de la teoría de la pena. Crisis que se basa en las mismas razones por las que he criticado anteriormente el concepto material de culpabilidad: el reconocimiento de que la pena no debe implicar un juicio moral o de desvalor ético sobre el autor y su hecho, sino, exclusivamente, uno de contenido utilitario y social. Arthur KAUFMANN —un gran defensor de la culpabilidad penal y de la resocialización— ha escrito sobre la identidad de fundamento existente entre las ideas de culpabilidad y resocialización: «¡cómo podríamos confiar en algún efecto preventivo de la pena sobre la futura conducta del penado, si el ser humano no tuviera la posibilidad de determinarse a sí mismo y su actuar!». El pensamiento resocializador se basa, precisamente, en la idea de libertad, y no es pensable sin el optimismo de que es posible activar las fuerzas de la autodeterminación libre y responsable; esto es inseparable de la convicción de que el ser humano puede ser «libre».

Paradójicamente, pues, la pretendidamente utilitaria resocialización del delincuente se descubre como idea moral, ética, de concesión de un derecho moralizador (socializador, se dice) al Estado sancionador. A esta crisis filosó-

23. ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, p. 61. En el mismo sentido, AT, I, § 3, 59.

24. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*; EELSCHEID/HASSEMER, «Strafe ohne Vorwurf», en *Seminar: Abweichendes Verhalten*, II, pp. 266 y ss.

25. GÓMEZ BENÍTEZ, *Racionalidad e irracionalidad...*, cit., p. 135.

fica de la idea resocializadora, se une la no menos evidente crisis económica de su puesta en práctica, ya que, en general, la resocialización se ha demostrado mucho más costosa de lo asumido socialmente para la resolución de la cuestión criminal. No es de extrañar, en este contexto, que las críticas a la prevención especial hayan sido muchas y, en general, a mi entender, fundamentadas.²⁶ Por eso se detecta un fortalecimiento de la tendencia preventivo general, al menos en su versión positiva o integradora. Frente a ella han surgido inmediatamente los temores liberales sobre la instrumentalización del individuo en aras del interés general. Algún sector doctrinal ha propuesto, por ello, repensar a KANT y HEGEL, basándose en preocupaciones concernientes al respeto a los derechos fundamentales de la persona.

Las antinomias de los fines preventivos de las penas deben superarse, pues, dirigiéndose contra la idea de la resocialización, es decir, contra la invasión de ese pretendido Derecho penal resocializador en el ámbito de la integración del colectivo social.

Es difícil, en efecto, sustraerse al pensamiento de que el mejor contenido resocializador de que puede dotarse al cumplimiento de las penas o medidas privativas de libertad es la estricta aplicación de los derechos fundamentales constitucionales compatibles a los condenados, cuyas diferencias de asocialidad no deben perturbar el mensaje preventivo general integrador. Es en la conminación penal y en las normas sobre aplicación de las penas y no en su cumplimiento, donde debe manifestarse la flexibilidad penal, en forma, por ejemplo, de penas alternativas capaces de dar respuesta a las distintas necesidades de la prevención general integradora. A su vez, los sustitutivos penales deben perder su connotación «sustitutiva» de las penas cortas privativas de libertad, y entrar directamente en el catálogo de las medidas alternativas, dentro de los marcos penales.

26. Por todos, MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», en *La reforma del derecho penal*, pp. 71 y ss.

LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA EN DERECHO PENAL

Francisco MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Sevilla

La preocupación por la objeción de conciencia y por todos aquellos casos en los que se comete un delito por «razones morales» es ya antigua y ha hecho correr ríos de tinta, y desgraciadamente también de sangre y de lágrimas, a lo largo de la historia. Casos como los de la «*Antígona*» de Sófocles o los más recientes de los jornaleros andaluces que ocupan las fincas en demanda de un puesto de trabajo, o de los «insumisos» u objetores al servicio civil sustitutorio del servicio militar obligatorio, que es del que nos vamos a ocupar aquí con más detenimiento, ponen de relieve hasta qué punto es este un problema universal que enraíza con la más profunda especulación filosófica y jurídica, provocando infinidad de cuestiones de difícil por no decir imposible solución.¹

El Tribunal Constitucional alemán (BVerfG 12, 45, 55) definió la objeción de conciencia como «toda decisión seria de carácter moral, es decir, orientada en las categorías del «Bien» y del «Mal», que el individuo experimenta internamente en una determinada situación como algo vinculante e incondicionalmente obligatorio, de tal forma que no puede actuar contra ella sin violentar seriamente su conciencia».² Esta definición puede considerarse válida, siempre que tengamos en cuenta que estamos aquí ante un concepto de carácter subjetivo que como tal nunca puede constatarse empíricamente, sino todo lo más deducirse, con los medios de prueba reconocidos legalmente, de la conducta externa del individuo, situando su objeción en un determinado contexto de datos externos, éstos sí fácilmente comprobables (pertenencia a un determinado grupo religioso, actividades profesionales, etc.). La distinción «objeción de conciencia»-«objeción de conveniencia» no es, por consiguiente,

1. Sobre los distintos problemas, jurídicos y metajurídicos, que plantea la objeción de conciencia véase TAMARIT SUMALLA, *La libertad ideológica en el Derecho penal*, Barcelona, 1989, pp. 340 y ss.; PALAZZO, «Obiezione di coscienza», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIX, 1979, pp. 539 y ss.

2. Citado *apud* ROXIN, «*Strafrecht*», *Allgemeiner Teil*, Band I, Múnich, 1992, p. 643.

te, fácilmente realizable y siempre puede quedar un margen razonable de duda cuando se trata de saber si la decisión adoptada en un caso concreto fue realmente una decisión de conciencia o no. De todos modos, nunca se debe convertir a los Tribunales de Justicia en confesionarios, convirtiendo el proceso jurídico en el que se diriman cuestiones, penales, administrativas o de cualquier otra índole jurídica, en un proceso inquisitorio de las intenciones, deseos, creencias o ideologías del ciudadano objeto al cumplimiento de alguna norma jurídica.

En todo caso, decisiones de este tipo pueden enfrentar al individuo con la sociedad, con su grupo o con otros individuos de diversas maneras. En este momento, a nosotros nos interesan, y es el supuesto que plantea la mayor parte de los problemas, en la medida en que una decisión de conciencia de esta clase supone la realización de un hecho previsto en la ley como delito y en la medida en que pueda incidir en la exigencia de responsabilidad penal para el autor que lo ha cometido.

Para resolver este problema, conviene distinguir varios supuestos o grupos de casos, que, aun teniendo el mismo origen, pueden tener diversa solución, y, luego, proceder a incardinálos dentro del esquema argumentativo de la teoría general del delito, ubicándolos en la correspondiente categoría en la que deben ser tratados.

A) En primer lugar, conviene señalar que el Estado de Derecho sólo puede sancionar legítimamente un hecho realizado por razón de conciencia, cuando no puede alcanzar sus fines con alternativas que respeten esa conciencia.³ Así, p. ej., si en el famoso caso de los testigos de Jehová que se niegan, por motivos religiosos, a que su hijo reciba una transfusión de sangre, ésta objetivamente no es necesaria o puede ser sustituida por otros sistemas de regeneración sanguínea o cualquier otro tipo de tratamiento médico con más o menos posibilidades, pero siempre dentro de lo admisible científicamente, es evidente que no hay siquiera un hecho típico de omisión del socorro y menos aún de homicidio, cualquiera que sea después el resultado que se produzca.⁴

3. En este sentido ROXIN, ob. cit., p. 644. También del mismo autor: «Die Gewissenstat als Strafbedürfnisgrund», en *Festschrift für Maihofer*, 1988, p. 397.

4. El problema no creo que ni siquiera deba plantearse cuando la negativa a la transfusión provenga del propio paciente, adulto y en pleno uso de sus facultades mentales, pues en este caso se trata simplemente de un ejercicio legítimo del derecho a disponer sobre el propio cuerpo a través del consentimiento como presupuesto de cualquier tipo de intervención médica; por eso me parece especialmente desafortunada la praxis que se lleva a cabo en algunos hospitales españoles todavía de recabar la autorización del juez de guardia para la transfusión, cuando el médico considera que es necesaria y urgente para la salvación del paciente y éste se niega a admitirla. Especialmente preocupante es esta actitud porque además de conculcar

Por las mismas razones, tampoco hay inconveniente en admitir la objeción de conciencia del médico que se niega a participar en un aborto legal, siempre que, naturalmente, ello no impida el derecho de la mujer legalmente reconocido y que el aborto pueda ser realizado por otro médico.⁵ Igual solución habría que darle al caso del sacerdote que se opone a testificar ante un Tribunal de Justicia sobre hechos conocidos por él en secreto de confesión, siempre que el Tribunal pueda llegar al conocimiento de esos hechos de otro modo. Por eso, y con mucha mayor razón, ha de admitirse la objeción de conciencia al servicio militar, cuando se presta voluntariamente un servicio civil social sustitutorio en la forma prevista legalmente. El problema de la «inscripción total», tanto al servicio militar, como al sustitutorio, no debe, por tanto, ser tratado en este apartado, por más que ya advirtamos que la fórmula alternativa que prevé la actual ley española para estos casos no sea la más conveniente para solucionarlos, y, por tanto, no esté exenta de objeciones. Precisamente, y no está de más decirlo ya en este momento, la imposición obligatoria del servicio militar, sin alternativas civiles o sociales al mismo, característica del sistema de la dictadura franquista, motivó en nuestro país las primeras condenas por estos hechos, que revelaban más las peculiaridades de un Estado totalitario que el carácter delictivo de los hechos en sí.⁶

El que las leyes no prevean alternativas que respeten la libertad de conciencia, puede deberse, sin embargo, a que la importancia del bien jurídico conculado por decisión de conciencia es de tal magnitud que no quepa ninguna otra forma de evitar la lesión del mismo que no sea la de prohibir y sancionar en consecuencia la conducta que pueda lesionarlo. Cuando respetar la libertad de conciencia supone tanto como admitir la lesión de bienes jurídicos

el derecho fundamental a la libertad de conciencia, puede conculcar también el derecho del paciente a elegir la forma de tratamiento que le parezca más conveniente, ya que, como lo demuestran los casos de contagio de SIDA debido a transfusiones de sangre, cabe que la negativa se base en criterios médicos puramente objetivos y razonables (véase, sin embargo, el Auto del TS de 14 de marzo de 1979, comentado por BAJO FERNÁNDEZ, *ADPCP*, 1979, p. 491, en el que se rechazó la querella interpuesta contra el Juez que acordó la imposición obligatoria de una transfusión de sangre a una Testigo de Jehová que, conscientemente y apoyada por su marido, la había rechazado, a pesar de conocer la gravedad de su estado; y el de 22 de diciembre de 1983, comentado por Jorge BARRERIRO, *La imprudencia punible en la actividad médica-quirúrgica*, Madrid, 1990, pp. 100 y ss., en el que, además, la sangre transfundida era incompatible con la de la paciente, lo que determinó la muerte de la misma).

5. Sobre los distintos modelos de regulación de la objeción de conciencia del médico en caso de aborto véase GARCÍA ARAN, «La objeción de conciencia en la interrupción voluntaria del embarazo», *RJCat*, 1987, pp. 253 y ss.

6. Sobre la situación de este problema en España a principios de los años setenta en la dictadura franquista, véase mi artículo «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, edit. por MADLENER, PAPENFUSS y SCHÖNE, recogiendo los distintos trabajos presentados en el Symposium internacional celebrado en Ludwigsburg, en octubre de 1971, bajo los auspicios de la Fundación Alexander von Humboldt, Colonia, 1974, pp. 328 y ss. (hay versión española publicada en *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, año 2, n.º 4, 1973).

para la existencia del propio Estado o de su sistema político u orden constitucional, parece lógico que el Estado no conceda ninguna alternativa y sancione el ataque a los mismos. Sería absurdo que el Estado admitiera su propia disolución. Sin embargo, conviene hacer alguna matización, tanto respecto al tipo de ataque, como al tipo de Estado o sistema político que puede atacarse por una decisión de conciencia. Desde luego, no es lo mismo una simple discrepancia respecto a la forma política del Estado, que el homicidio del Jefe del Estado, por más que la motivación de conciencia sea la misma en ambos casos. De un modo general, se puede decir que el empleo de violencia como forma de ataque a los bienes jurídicos estatales no puede justificarse por razones de conciencia. Este es el principal argumento contra el terrorismo. Pero también en este caso cabe hacer alguna matización en función del tipo de Estado y de sociedad contra los que se dirige el terrorismo. Así, p. ej., no es lo mismo la lucha, incluso violenta, contra un sistema político opresor, negador de las libertades y de los derechos humanos más fundamentales, que el atentado terrorista contra una escuela, o contra miembros de las fuerzas de orden público en un país democrático.

Pero fuera de estos casos extremos, el principal grupo de casos en los que se plantean problemas de admisibilidad de la objeción de conciencia son aquellos relacionados con bienes jurídicos de carácter social o político mucho menos enraizados en la conciencia colectiva. La negativa a formar parte de una mesa electoral, constitutiva de un delito tipificado en la Ley electoral, suele ser protagonizada en época de elecciones por algunos testigos de Jehová o de otros colectivos, alegando para ello razones de conciencia.⁷ También se ha puesto de modo hablar de «objeción fiscal» cuando se alega una contradicción irresoluble entre el deber de pagar impuestos y la conciencia del contribuyente que no está de acuerdo con la forma en que después el Estado gasta sus ingresos fiscales.⁸ La opinión jurídica dominante es la de negar, aunque no sean conductas violentas, relevancia alguna eximente a dichas razones, si bien se considera conveniente, sobre todo para el caso de la negativa a formar parte de una mesa electoral, la aplicación de otro tipo de sanciones que no sean necesariamente privativas de libertad.

Mayores problemas plantea el recurso a la sanción penal, y muchos más si ésta es una privativa de libertad, en el caso de objeción al servicio civil sustitutorio del militar, pues aquí, aparte de la escasa relevancia del incumpli-

7. En este sentido véase LANDROVE DIAZ, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Valencia, 1992; GARCÍA RIVAS, «Los delitos de insumisión en la legislación española», en ADPCP, 1992, pp. 881 y ss.

8. Sobre la llamada «objeción fiscal», véase LANDROVE, ob. cit.

miento en sí mismo para conculcar el bien jurídico protegido, la defensa nacional, se puede cuestionar también el objeto jurídico al que la objeción al servicio civil sustitutorio va referido: el servicio militar obligatorio. Desde luego, éste no es, como lo demuestra la existencia de ejércitos profesionales o incluso la inexistencia de ejército en algunos países, un bien jurídico tan fundamental. Y la mejor prueba de ello es el propio servicio civil sustitutorio que se prevé para el caso de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio.⁹ Lo que en ningún caso legitima para que la prestación de este servicio civil sea obligatoria o tenga un carácter punitivo tan gravoso o más para el joven ciudadano objetor que el propio servicio militar. Lo que, a mi juicio, justifica la existencia de los insumisos totales es precisamente el carácter punitivo y obligatorio que se le quiere dar al servicio civil sustituidor, que, por lo menos en España en este momento (1994) no se configura como una verdadera alternativa asumida voluntariamente del servicio militar obligatorio. Como después expondré con más detenimiento, no veo por qué la exención de responsabilidad penal que, a pesar de la clara regulación legal existente en la materia, se ha concedido en algún caso concreto, puede considerarse como una especie de «anarquismo jurídico» o como un peligro para la seguridad del Estado democrático, calificando a los insumisos como «peligrosos terroristas».

Nada hay, en cambio, que objetar contra el castigo de las decisiones de conciencia que directamente conculan bienes jurídicos individuales, como la vida, la integridad física, la libertad y la propiedad, ya que estos bienes jurídicos, además de más importantes que la libertad de conciencia misma, son indispensables para el desarrollo de los demás ciudadanos que obviamente tienen derecho también a su protección jurídica. Precisamente, por eso, se castiga el ataque a algunos bienes jurídicos de carácter político perfectamente discutibles, cuando se emplea violencia y se lesionan o ponen en peligro otros bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad física de las personas. Decisiones de este tipo, aunque estén basadas en la conciencia, son pura y simplemente terrorismo.

Pero no sólo en los casos de terrorismo político, también en cualquier otro supuesto de grave atentado para la vida debe negarse todo tipo de relevancia a las decisiones de conciencia sean del tipo que sean. Así, p. ej., quedan fuera del ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de conciencia también los asesinatos rituales practicados por algunas sectas, o la objeción de conciencia del médico antiabortista llevada hasta el punto de impedir cual-

9. Véase art. 30, 2 de la Constitución y la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y del servicio civil sustitutorio.

quier medida de atención médica a la mujer que muere desangrada después de haberse sometido a un aborto, aunque éste sea ilegal.

Tampoco se puede admitir la libertad de conciencia hasta el punto de sacrificar otros bienes jurídicos individuales menos importantes cualitativamente, pero no por ello menos necesarios para el desarrollo y el bienestar de las personas. Así, p. ej., si algún adulto es aficionado a leer literatura mística o a consumir bebidas alcohólicas, nadie, ateo practicante o miembro de una liga antialcohólica, está legitimado para impedirle que así lo haga. Pero no veo por qué tiene que ser otra la solución si el adulto es aficionado a la literatura pornográfica o al consumo de drogas ilegales.

Una cuestión distinta es la coincidencia de la decisión de conciencia con la del titular del bien jurídico protegido. Cuando, p. ej., el bien jurídico es de libre disposición (propiedad, libertad, intimidad, etc.) no hay ningún problema en admitir la impunidad de quien, p. ej., además de contar con la voluntad del penitente, considera que tres días de meditación en una celda aislada de un convento de clausura le vienen muy bien como expiación de sus pecados, procediendo, en consecuencia, a dejarle encerrado en dicha celda, llevándose la llave. Lo mismo sucede, a mi juicio, con las flagelaciones mutuas como forma de expiación de los pecados, salvo que la voluntad de uno de los flagelantes esté viciada o sea irrelevante.¹⁰ La solución no es, sin embargo, tan clara cuando la decisión del propio titular del bien jurídico afecta a la vida. Sin ánimo de entrar ahora en la polémica sobre los límites de la eutanasia, quiero señalar, sin embargo, que la libertad de conciencia de quien, p. ej. ayuda a morir a un enfermo canceroso terminal, poniéndole una dosis letal, sólo puede llevar a la impunidad, en la medida en que exista petición expresa y seria del moribundo, y no por respeto a la decisión de conciencia en sí misma considerada. De lo que sí debería responder, en cambio, el médico, aunque actuara en conciencia, es de cualquier maniobra obstaculizadora que impidiera el ejercicio del derecho por parte del paciente que ha solicitado ayuda a morir, cuando ésta esté amparada legalmente, o el derecho de la mujer a abortar en los casos reconocidos legalmente.¹¹

B) Todos los casos analizados anteriormente en los que la conciencia puede llevar a la comisión de un delito no tienen, sin embargo, el mismo tratamiento sistemático, ni pueden ser reconducidos a la misma categoría dentro de la teoría del delito, ni, por supuesto, producir las mismas consecuencias

10. Además, estaríamos aquí en un caso de consentimiento válido a un posible delito de lesiones, que tendrá incluso efecto de exclusión de la tipicidad, véase mi *Derecho penal, Parte Especial*, 9.^a ed., Valencia, 1992, p. 105.

11. En este sentido véase la Propuesta del Grupo español de Política criminal en su reunión de noviembre de 1993 en la Universidad Carlos III de Madrid.

jurídicas. Aun admitiendo que muchos de estos supuestos deben quedar excluidos de la sanción penal, no es, desde luego, lo mismo que la exclusión de la misma se deba a la ausencia de tipicidad del comportamiento realizado, a que el hecho esté amparado por una causa de justificación o a que, a pesar de su tipicidad y antijuricidad, falte en el autor del hecho la culpabilidad. El carácter secuencial de la teoría del delito obliga a tratar y ubicar sistemáticamente el problema en alguna de las categorías donde él mismo se plantee, no pudiéndose, en consecuencia, resolver en sede de culpabilidad lo que ya puede quedar exento de responsabilidad penal por estar el hecho justificado o ser atípico. La irrelevancia penal de un hecho por no estar previsto como delito en los correspondientes tipos penales es, por supuesto, la causa de exención más evidente. Pero también puede ser perfectamente legítimo realizar un hecho, cuando el mismo, a pesar de su tipicidad, está amparado por una causa de justificación. Finalmente, queda la constatación de la culpabilidad y, excepcionalmente, la de alguna condición objetiva de penalidad, excusa abso-lutoria, etc., cuando el autor del hecho típico y antijurídico actúa en alguna situación que excluye o anula su culpabilidad, o el legislador concede, por razones de carácter extrapenal, la impunidad o condiciona, por las mismas razones, la penalidad del hecho realizado.¹²

Aplicando estas ideas elementales de la teoría general del delito a la solución del problema de la delincuencia de conciencia, podemos dar por sentado que, desde luego, no habrá siquiera un hecho típico cuando el individuo opta por cumplir la alternativa que el propio Estado prevé para el caso de incumplimiento, motivado por conciencia, de la obligación originaria.¹³ Es éste el caso, cuando, p. ej., el sujeto cumple el servicio civil sustitutorio previsto para los supuestos de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Sin embargo, cuando esa objeción llega hasta el punto de rechazar también la prestación del servicio civil sustitutorio, la llamada «insumisión civil» u «objeción total», e implica la realización de alguno de los tipos delictivos especialmente creados para la penalización de la misma (véase art. 2 Ley Orgánica 8/1984), la problemática de su posible impunidad debe ser situada

12. Naturalmente, hay que ser conscientes de la distinta trascendencia que tiene la ubicación de una exención de pena en las distintas categorías del delito, de ahí que como dice HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 305, el sistema del hecho punible sea secuencial y no puede procederse al tratamiento sistemático de un determinado problema de una forma arbitraria: «el sistema del hecho punible no sólo contiene unas reglas técnicas para la comprobación de la penalidad, sino también una jerarquía normativa de los grados de imputación. El peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de un estadio a otro».

13. En este sentido ROXIN, ob. cit. en nota 3.

en el ámbito de las causas de justificación o de exculpación que puedan concurrir en el caso concreto.¹⁴

A primera vista, parece que cuando la objeción es fundada podría admitirse la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho prevista en el n.º 9.º del artículo 8 del Código penal, por cuanto la libertad de conciencia es un derecho fundamental reconocido como tal en el artículo 16 de la Constitución, carácter del que carece el deber de prestar el servicio militar obligatorio o la alternativa civil prevista en el artículo 33 de la Constitución.

Sin embargo, no puede ignorarse que este planteamiento lleva demasiado lejos, no sólo en este ámbito, sino también en otros más fundamentales, la importancia de la libertad de conciencia como derecho oponible o incluso superior a otros derechos. Una cosa es que el Estado respete la libertad de conciencia individual y otra distinta es que la respete hasta el punto de hacer suya la decisión de conciencia individual contraria a sus leyes, dejando condicionada su aplicación a la aceptación de las mismas por parte del individuo. Una tal pretensión estaría en contradicción con la propia esencia del Derecho, como conjunto de normas objetivas de validez general. Por tanto, no se puede decir que todo ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución pueda ser un ejercicio ilimitado, porque esto supondría tanto como reconocer la existencia de derechos absolutos, que ni la libertad de conciencia, ni ningún otro derecho, por importante que sea, pueden ser. La libertad de conciencia puede todo lo más ser entendida como una exigencia para que el Estado respete o, en la medida de lo posible, tenga en cuenta la conciencia del individuo y no le obligue a actuar en contra de ella, pero no como una exigencia de que el Estado legalice todos los puntos de vista subjetivos fundados en la conciencia.¹⁵

Tampoco creo que sea aplicable la eximente 7.ª del artículo 8 del Código penal, la de actuar el sujeto movido por un estado de necesidad, tan generosamente regulada en nuestro Código y que ya ha sido utilizada por algún juez para absolver a algún insumiso.¹⁶ Ciertamente, podemos encontrarnos aquí

14. Sobre las distintas posibilidades de análisis de este problema desde los distintos estadios de la teoría del delito véase TAMARIT SUMALLA, ob. cit. en nota 1, pp. 387 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia», en *Ley y Conciencia*, edit. por Peces Barba, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1993.

15. Opinión generalmente compartida, aunque no faltan algunos que conceden primacía a la libertad de conciencia, véase, p. ej. PETERS, «Überzeugungstäter und Gewissenstäter», en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, p. 276; en contra ROXIN, *Festschrift für Maihofer*, p. 405; *Festschrift für Horst Schüler-Sprinzen*, 1993, p. 444. De la misma opinión en la doctrina española, GÓMEZ BENÍTEZ, ob. cit. p. 73; también GARCÍA RIVAS, ob. cit., p. 909.

16. Así, p. ej., la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid, de 3 febrero 1992, comentada por GARCÍA RIVAS, ob. cit., pp. 910 y ss., quien niega que se dé la situación de necesidad que requiere la eximente.

con una situación de necesidad motivada por la colisión de dos bienes jurídicos: por un lado, la libertad de conciencia del insumiso a rechazar no sólo el servicio militar obligatorio, sino también el servicio civil sustitutorio, regulado por lo demás de forma bastante ruín y casi punitiva; por otro, el interés del Estado en asegurar la prestación de servicios sociales en beneficio de la colectividad, bien sea a través del servicio de armas, bien a través de cualquier otro tipo de actividad sustitutoria del militar, pero reglamentada por el propio Estado tanto en su extensión, como en la forma de su prestación. El principio de ponderación de intereses, conforme al cual se suelen resolver los casos de colisión entre dos bienes jurídicos, característicos del estado de necesidad, no ayuda mucho en la solución de este problema, al tratarse la libertad de conciencia de un bien jurídico difícil de precisar y, por tanto, difícilmente comparable o ponderable con otros bienes también protegidos jurídicamente y de más precisa delimitación. Conceder a toda costa prioridad jurídica a la libertad de conciencia puede llevar a imprevisibles consecuencias tanto en éste, como en otros ámbitos, como el fiscal, electoral, etc., si no se precisan las razones en las que se basa esa prioridad.

No hay, en cambio, muchas dificultades en admitir en algunos casos de realización, por razones de conciencia, de un tipo delictivo, no amparado por una causa de justificación, la existencia de una causa de excusación o de exclusión de la culpabilidad. Desde este punto de vista, puede, p. ej., admitirse el estado de necesidad en su vertiente de causa de excusación, lo que, sin embargo, supondría la eximente 7.^a del artículo 8 tiene en nuestro Código penal puede tener también este carácter, lo que algunos discutimos,¹⁷ y, en todo caso, obligaría a una ponderación y comparación entre dos bienes jurídicos difícilmente comparables.

En el ámbito de la culpabilidad caben, sin embargo, otras posibilidades dogmáticas más allá de las que brinda el estado de necesidad llamado exculpante. Pero para tratar el problema de la insumisión en el ámbito de la culpabilidad hay que superar, en primer lugar, una concepción puramente formal de la misma, basada solamente en el criterio de la libertad de voluntad, y que considera, por tanto, que el sujeto que realiza un tipo delictivo, la no presta-

17. Que el estado de necesidad sea causa de justificación tanto cuando los bienes en conflicto sean de desigual valor como cuando sea del mismo valor, es algo que, a la vista de la regulación de esta eximente en el Código penal español, viene defendiendo GIMBERNAT ORDEIG, desde su contribución al *Festchrift für Welzel*, 1974, pp. 485 y ss. (hay versión española recogida en sus *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed. 1990, pp. 218 y ss.) y que luego han acogido, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, 3.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 485 y ss.; y MUÑOZ CONDE, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *Derecho penal Parte General*, Valencia, 1993, pp. 297 y ss. A favor de la teoría de la diferenciación, dominante en Alemania, en la doctrina española especialmente CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, II, 2, Madrid, 1990, pp. 24 y ss.

ción p. ej. del servicio civil sustitutorio, invocando que va contra su conciencia, es culpable en la medida en que, pudiendo, no respeta una ley emanada del órgano legislativo competente y representativo de la mayoría democrática. Personalmente,¹⁸ considero que ésta no es la única, ni la mejor fundamentación posible de un concepto material de culpabilidad que esté en consonancia con las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho que preconiza, entre otras, cosas el pluralismo y la participación como valores fundamentales de su ordenamiento jurídico. Efectivamente, cuando la decisión descansa realmente en la libertad de conciencia y el bien jurídico que se pone en peligro con dicha decisión no es uno de los que se puede calificar como indiscutible, no parece conveniente, desde el punto de vista preventivo, general y especial, que la respuesta jurídica sea en todo caso una respuesta penal y, además, tan radical como una larga pena privativa de libertad. No se puede olvidar aquí que el legislador en su afán preventivo general ha previsto un marco penal que va desde los dos años, cuatro meses y un día a seis años, más la inhabilitación absoluta, aunque ello sea en tiempo de paz; en tiempo de guerra la pena privativa de libertad puede llegar, además, hasta los catorce años y ocho meses. Sin embargo, la tolerancia o por lo menos la comprensión hacia el infractor de una norma jurídica, cuando la infracción descansa en una decisión de conciencia y no afecta a los principios fundamentales de la Constitución, ni a los derechos fundamentales reconocidos en la misma, es o debe ser una de las características principales de un orden de libertades. Sobre todo, cuando, como sucede con la llamada «insumisión», sólo se cuestiona un bien jurídico, el carácter obligatorio del servicio militar o de la prestación civil sustitutoria, que de por sí es ya bastante cuestionable y que no goza, ni siquiera legislativamente, de un reconocimiento universal. Es más, no hace falta ser adivino para imaginar que en un futuro no muy lejano, el servicio militar, y, por tanto, la prestación sustitutoria dejarán de ser obligatorios, dando paso a un servicio militar puramente profesional y, en consecuencia, voluntario. Lo que hoy puede parecer utópico, puede ser el revulsivo que transforme la actual situación en una distinta que, a juicio de muchos, es mejor y más deseable. Baste recordar que en España no hace mucho tiempo, bajo la dictadura franquista, muchos jóvenes fueron condenados a largas penas privativas de libertad por negarse a cumplir el servicio militar a cuyo cumplimiento obligatorio no se daba ninguna alternativa civil que hoy, sin embargo, es un derecho reconocido en la propia Constitución. Y quizás lo que hoy para algunos es o debe ser un delito, puede ya ser, en muchos casos, un

18. Un resumen de mi opinión en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, ob, cit., pp. 320 y ss.

servicio a la humanidad, al progreso cívico e incluso a la propia idea de la democracia que se enriquece con tales «desviaciones», sin merma, ni abandono de su prestigio y dignidad.

Esta es también la solución que proponen en Alemania EBERT¹⁹ y RUDOLPHI,²⁰ si bien con distintas matizaciones o fundamentaciones. Mientras que, p. ej., Ebert atiende sobre todo a la situación de conflicto psíquico en que se encuentra el objector, similar a los casos de inimputabilidad por trastorno mental; RUDOLPHI habla de una doble disminución: por un lado, de una menor gravedad del hecho injusto realizado, porque, de algún modo, está dentro del pluralismo característico de la sociedad democrática; y, por otro lado, de una menor culpabilidad, dada la alteración relevante de la normalidad de la capacidad de motivación del que así actúa; lo que todo junto fundamenta la falta de reproche o responsabilidad penal.

Pero tiene razón ROXIN cuando, sin negar que en algún caso concreto puedan darse estas situaciones de casi inimputabilidad o de menor gravedad del injusto o la culpabilidad, afirma que la razón fundamental que conduce a la exculpación o, como él mismo dice, ausencia de responsabilidad, es la falta de una necesidad preventiva de pena, que es también lo que justifica otro tipo de exenciones como el llamado estado de necesidad disculpante o el exceso en la legítima defensa. Fue ya en su escrito programático «Política criminal y sistema del Derecho penal» en 1970²¹ donde propuso fundamentar, por primera vez, la culpabilidad preventivamente, desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena. En efecto, dice ROXIN, hay muchos casos en los que se puede afirmar la culpabilidad, entendida tradicionalmente como posibilidad de poder actuar de otro modo, y en los que, sin embargo, carece de sentido imponer una pena porque, ni desde el punto de vista preventivo general, ni desde el punto de vista preventivo especial, parece necesario recurrir a una respuesta jurídica tan drástica y radical. Aun admitiendo la culpabilidad, continúa ROXIN, debe negarse la responsabilidad penal, es decir, la necesidad de pena.

Pero fue en su trabajo para el homenaje a BOCKELMANN²² donde aplicó este punto de vista para la solución de un problema relacionado con la delin-

19. Véase EBERT, *Der Überzeugungsträger in der neueren Rechtsentwicklung*, 1975, pp. 50 y ss.

20. Véase RUDOLPHI, «Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht», en *Festchrift für Welzel*, 1974, p. 630.

21. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, Barcelona, 1972 (versión original alemana de 1970, hay 23 ed. alemana de 1973), p. 67.

22. Traducido al español por Luzón Peña y recogido en el libro *Problemas básicos del Derecho penal*, con el título: «"Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídico-penales», Madrid, 1976, pp. 200 y ss. (también recogido en: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, recopilación de artículos de ROXIN sobre este tema realizada por MUÑOZ CONDE, Madrid, 1981, pp. 57 y ss., Se cita por esta última).

cuencia por convicción. Se trataba de una mujer perteneciente a la Hermandad evangélica que por motivos religiosos se oponía a que se la practicara una transfusión de sangre. Recabada la opinión del marido, éste se mostró partidario de apoyar la actitud de su mujer, fortaleciendo así su negativa a la transfusión sanguínea. La mujer murió y el marido fue condenado por un delito de omisión del deber de socorro. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania decidió anular la sentencia del Tribunal de lo penal, apoyándose para ello, entre otras consideraciones, en la falta de necesidad de una sanción penal para este tipo de hecho (BVerfGE, 32, 92 ss). ROXIN aprueba esta decisión, porque, señala, aun pudiendo afirmarse teóricamente la culpabilidad, es evidente que falta en este caso la necesidad de una sanción penal, no pudiendo, en consecuencia afirmarse una responsabilidad específicamente penal, pues ni el sujeto se entrometió en el ámbito de la decisión personal que adoptó su mujer (se limitó a recordarle cuál era en este sentido el criterio del grupo religioso al que pertenecían ambos), ni quería con su actitud comprometer la vida de su mujer (*si bien objetivamente se puede considerar que el rechazar la transfusión pudo afectarla seriamente*).²³ Posteriormente, ha desarrollado esta idea en sendos trabajos dedicados específicamente al delincuente por convicción²⁴ y a la desobediencia civil.²⁵ La idea es, pues, ya la misma que propuso de forma esquemática en «Política criminal y sistema del Derecho penal» y ahora acoge también en su Tratado de Derecho penal:²⁶ que la culpabilidad es condición necesaria, pero insuficiente para la imposición de una pena; y que para imponer una sanción penal es necesario que concurra, además de la culpabilidad, la responsabilidad penal, es decir, la necesidad de pena, tanto desde el punto de vista preventivo general, como preventivo especial.

Nada hay que objetar a esta pionera opinión de ROXIN, hoy ya bastante extendida en el ámbito de la Dogmática jurídico-penal alemana²⁷ y que yo también comparto en sus líneas fundamentales.²⁸ Sin embargo, situándonos ya en el plano del Derecho penal vigente en cada país, esta tesis puede ofrecer algunas dificultades cuando se trata de dar cobertura legal a este tipo de exen-

23. Ob. u. cit., p. 91.

24. En *Festschrift für Maihofer*, cit. (nota 3)

25. En *Festschrift für Schüler-Springorum*, cit. (nota 15).

26. *Strafrecht*, cit. (nota 2), pp. 536 y ss.

27. Véase p. ej., los trabajos de ACHENBACH y SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del sistema penal*, traducción de Silva Sánchez, Barcelona, 1991. También los planteamientos de JAKOB van en esa dirección, aunque este autor acentúa el contenido para él exclusivamente preventivo de la culpabilidad (véase ya su *Schuld und Prävention*, Tubinga, 1976, p. 3. Planteamiento que luego recoge en su «*Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 23 ed., 1991, pp. 469 y ss.)

28. Véase p. ej., mi introducción a ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit. (nota 22).

ciones de la responsabilidad penal. En general, ni ROXIN, ni el sector doctrinal suelen ofrecer directamente un precepto legal específico (salvo los casos reconocidos en el Código penal alemán del estado de necesidad disculpante y del exceso en la legítima defensa)²⁹ en el que basar expresamente la exención de pena por falta de necesidad preventiva. Sigue aquí, como ya sucedió en los años veinte con la comadrona de la cuenca minera del Ruhr que inscribía a los hijos de los mineros nacidos en días festivos como nacidos en días laborables, para procurar un día de asueto pagado al padre; o con el cochero de un carro repartidor de cerveza en Múnich que, por orden del dueño y ante la amenaza de despido, tuvo que enganchar a una yegua con tendencia a desbocarse, lo que ocurrió realmente, atropellando a una persona.³⁰ Por esa época desarrolló FREUDENTHAL la idea de la «no exigibilidad de otra conducta», para evitar que en casos como los acabados de señalar se tuviera que castigar necesariamente a estas «pobres gentes» por un delito de falsedad documental o de lesiones.³¹ De acuerdo con esta idea, que después configuró HENKEL como un principio regulativo de todo el ordenamiento jurídico,³² en el ámbito penal no debe procederse a imponer una sanción cuando el sujeto se encuentra en una situación extrema en la que no le es exigible que actúe conforme a derecho, porque ello supondría tanto como exigirle que se comportara como un héroe o como un santo, niveles que evidentemente están más allá de toda exigencia jurídica. Esta idea de la «no exigibilidad» era entonces tanto más necesaria cuanto la eximente de estado de necesidad se regulaba en el Código penal alemán tan estrechamente que prácticamente sólo era aplicable en casos muy contados.³³ A la vista de esta regulación, la doctrina alemana tuvo que recurrir a complicadas construcciones, como la de las causas de justificación supralegales o a esta idea de la no exigibilidad que originariamente se entendió como una causa de exculpación y luego se configuró como un principio informativo general, tanto de las causas de exculpación, como de las causas de justificación.³⁴

29. Cfr. § 35 y 33 StGB.

30. Estos casos están recogidos en el Tratado de Mezger que se hizo eco de la idea de la no exigibilidad como elemento de la culpabilidad, véase su *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, t. II, 33 ed. adicional y puesta al día por Quintano Ripollés, Madrid, 1957, pp. 216 y ss.

31. La idea de la no exigibilidad fue desarrollada por FREUDENTHAL, *Schuld un Vorwurf*, 1922, a partir del concepto normativo de culpabilidad desarrollado por FRANK, y puede considerarse como una de las grandes aportaciones a la humanización del Derecho penal en la época de la República de Weimar. Para una exposición de las ideas de FREUDENTHAL, véase MEZGER, ob. cit., p. 220.

32. Véase HENKEL, «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Prinzip», en *Festschrift für Mezger*, pp. 249 y ss.

33. Véase JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, 490.

34. Véase HENKEL, ob. cit. (nota 32).

En el Derecho penal español, a pesar de que algún sector doctrinal admite las causas de justificación supralegales³⁵ y la doctrina en general acepta la idea de la no exigibilidad como fundamento de algunas causas de exculpación,³⁶ parece necesario y conveniente dar una cobertura legal a una posible exculpación en casos de actuación por decisión de conciencia. Antes ya hemos rechazado, sin embargo, la aplicación del ejercicio legítimo del derecho o del estado de necesidad como posibles causas de exención de la responsabilidad criminal aplicables a estos casos. Las razones, aunque discutibles, para tal rechazo se basan en el carácter de exclusiva causa de justificación que tiene la primera y en la dificultad de proceder a la comparación de los bienes jurídicos en conflicto a que obliga la segunda. Por eso, me inclino por aplicar también aquí y, por lo menos, en algunos casos, sin excluir de un modo absoluto otras posibilidades legales, la regla contenida en el párrafo 3.º del artículo 6 bis, es decir, la exención, o por lo menos atenuación, prevista para los casos en los que el sujeto actúa en la creencia errónea de estar actuando lícitamente. Este precepto *me parece que puede ser aplicado, tanto en su vertiente plenamente eximiente, como atenuante, a muchos delincuentes por convicción o conciencia, como puede ser el caso de los llamados «insumisos», discrepantes o no totalmente conformes con regulaciones jurídicas que como la reguladora de la objeción de conciencia al servicio militar están muy marcadas por tradiciones conservadoras, autoritarias o militaristas, no muy acordes con los anhelos de paz y libertad de una sociedad verdaderamente democrática.*³⁷

Cuando hace ya más de veinte años planteaba en un simposio internacional de penalistas celebrado en la ciudad alemana de Ludwigsburg, bajo los auspicios de la Fundación Alexander von Humboldt,³⁸ la necesidad de un concepto material de culpabilidad en Derecho penal basado en la participación (siquiera potencial) de los ciudadanos en los bienes jurídicos protegidos por las normas penales, más de un colega³⁹ advirtió que una concepción de este tipo podía poner en cuestión la vigencia objetiva de las normas jurídicas, si bien reconocía que era útil para la crítica de algunas normas características de la legislación penal franquista que en el ámbito político criminalizaban el

35. Así, p. ej., CEREZO MIR, *Curso cit.*, I, 1, p. 405.

36. En este sentido fue ya pionera la nota de RODRÍGUEZ MUÑOZ al Tratado de Mezger, t. II, p. 217, aunque advierte de la posibilidad de que se abuse en su invocación. Pero fue SÁINZ CANTERO, *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Granada, 1965, quien desarrolló dicha teoría en el ámbito de nuestra doctrina. Véase también MAQUEDA ABREU, «Exigibilidad y derecho a no declararse culpable», *ADPCP*, 1991, pp. 25 y ss.

37. En este sentido LANDROVE DÍAZ y GARCÍA RIVAS, ob. cit. (nota 7).

38. Véase mi trabajo «Funktion der Strafnorm» cit. (nota 6).

39. Así, p. ej., CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1976, pp. 29 y ss. También VIVES ANTÓN en Prólogo a mi obra: *El error en Derecho penal*, Valencia, 1989.

ejercicio de derechos fundamentales, como el de reunión, asociación o el de libertad de expresión, o en el de las costumbres hechos como el adulterio, el estupro fraudulento de la mujer menor de veintitrés años o el «ricto», con su anuencia.⁴⁰

Actualmente, las normas que hacían posible estas condenas ya no están en vigor y la larga y oprobiosa dictadura franquista ha sido sustituida por un Estado que se define en el artículo 1 de su Constitución como un Estado social y democrático de Derecho que reconoce, entre otros valores, el pluralismo y la legítima discrepancia política. No creo, sin embargo, que mi concepto material de culpabilidad, expuesto por primera vez en 1973 y reiterado, desarrollado y matizado posteriormente en otros trabajos míos,⁴¹ haya quedado obsoleto o sin contenido. Son muchos los penalistas que piensan que el «delincuente de conciencia» no debe considerarse culpable de los actos que realiza conforme a la misma, entre otras cosas porque la conciencia individual debe ser un bastión infranqueable para el poder punitivo del Estado.⁴² Pero hay que reconocer que en la eterna pugna entre culpabilidad y prevención general, aquella casi siempre es sacrificada a los intereses preventivos.⁴³ La tensión dialéctica entre individuo y sociedad se resuelve casi siempre en favor de ésta, no ya sólo porque es más fuerte, sino porque el Derecho penal y todos los sistemas de control social están al servicio de la protección de intereses sociales que no siempre coinciden con los individuales.⁴⁴

Pero muchas veces la existencia del conflicto mismo evidencia una falta de legitimación de las normas. La comisión de un delito no siempre refleja un conflicto entre individuo y sociedad, sino una contraposición entre distintos sistemas sociales y distintas formas de entender la vida. Y precisamente lo que caracteriza a una sociedad democrática y pluralista es la posibilidad de coexistencia pacífica entre distintos sistemas de valores, a veces, contradictorios.

Si se entiende el pluralismo como pluralismo pacífico, en una democracia habrá siempre que admitir un cierto grado de discrepancia y siempre que sea posible habrá que solucionar esta discrepancia por medios no represivos ni violentos. Si, a pesar de ello, las normas jurídico-penales por sus condicionamientos históricos o coyunturales, o por su propia ambigüedad, llegan a penalizar ámbitos en los que es legítima la discrepancia, habrá que entender

40. Véase mi *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, *passim*.

41. Véase: «El principio de culpabilidad», en *Jornadas de Profesores de Derecho penal*, Santiago de Compostela, 1975, p. 231; «Über den materiellen Schuld begriff», *GA*, 1978, p. 69.

42. Así Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 282 y ss.

43. Véase mi trabajo «Culpabilidad y prevención general», en *Derecho penal y Ciencias sociales*, ed. de Santiago Mir, Universidad Autónoma, Barcelona, 1982.

44. Véase mi monografía *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 124 y ss.

que también la «creencia diferente» puede ser tratada, desde el punto de vista del Derecho positivo, como la «creencia errónea» es tratada en el párrafo 3 del artículo 6 bis a del vigente Código penal. Sólo así podrá evitarse que la solución jurídica a determinados conflictos sociales sea siempre una solución punitiva o, lo que es peor, que el Derecho penal sea un instrumento para imponer por la fuerza sistemas de valores o intereses más que cuestionables. Sólo así, puede también la Dogmática jurídico-penal ser una técnica argumentativa que no sirva para la interpretación del Derecho positivo, sino también para su crítica,⁴⁵ algo de lo que creo está muy necesitada la regulación actual de la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio o su sustitutivo civil. En todo caso, parece claro, una vez más, que la elaboración del sistema del Derecho penal y del contenido de sus categorías no puede prescindir de las valoraciones político-criminales que están en su base. Y ésta es la tesis fundamental que el maestro Claus ROXIN nos ha enseñado a toda una generación de penalistas que nos presentamos por todo el mundo orgullosamente como fieles discípulos suyos y admiradores de su magna obra, y que yo he querido exponer hoy aquí con el ejemplo de uno de los temas que él siempre ha tratado con especial profundidad jurídica y con las grandes dotes de humanismo y libertad que le caracterizan.

45. Véase mi *Introducción* cit. (nota 40), pp. 183 y ss. (también mi trabajo «Para una Ciencia crítica de Direito penal», en *Revista de Direito penal*, Rio de Janeiro, vol. 24, 1977, versión española publicada en Argentina en *Doctrina Penal*, 1978)

«COAUTORÍA» ALTERNATIVA Y «COAUTORÍA» ADITIVA: ¿AUTORÍA O PARTICIPACIÓN?

Reflexiones sobre el concepto de coautoría

Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pública de Navarra

I. PLANTEAMIENTO

Los distintos criterios que se manejan en doctrina y jurisprudencia para caracterizar la autoría y distinguir entre autoría y participación muestran sus principales diferencias en el terreno de la distinción entre la coautoría, auténtica forma de autoría, y la cooperación o complicidad en sentido amplio, forma de participación.

En relación con esta última distinción, existen dos grupos de casos que, en mi opinión, ilustran bien las diferencias entre concepciones sobre la autoría, aunque no siempre se trate de casos de gran trascendencia práctica. Son los supuestos que la doctrina alemana ha dado en llamar de *coautoría alternativa* y de *coautoría aditiva*.

En la llamada *coautoría alternativa*, dos o más sujetos (para simplificar, hablaremos de dos) se ponen de acuerdo para cometer un delito, repartiéndose los papeles de manera que uno u otro (nunca los dos: por ello existe relación de alternatividad) realizará la acción típica, según se presenten en la realidad las circunstancias que en el momento de planificar la actuación son sólo una eventualidad basada también en una alternativa; la actuación alternativa tiende a asegurar la realización del hecho típico y del resultado, en los delitos de resultado. Es el caso de dos sujetos, A y B, que se ponen de acuerdo para matar a un tercero del que saben que habrá de pasar bien por el camino X o bien por el camino Y; para asegurar la ejecución, A espera armado en el camino X y B espera armado en el camino Y; finalmente, la persona a quien quieren matar pasa por el camino X, donde A le dispara produciéndole la muerte.¹ O el

1. Caso propuesto por RUDOLPHI, *Fälle zum Strafrecht*, AT, 65 y s.; «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft», en: *Bockelmann-Fs*, 1979, 379. Sobre este mismo ejemplo argu-

supuesto de dos terroristas que, no sabiendo con seguridad cuál será la próxima escala del político al que quieren eliminar, esperan cada uno en el aeropuerto de las dos ciudades alejadas posibles destinos del político; éste llega a uno de los aeropuertos, donde el terrorista que allí se encontraba le da muerte.²

En la llamada *coautoría aditiva*, varios sujetos, previamente acordados, realizan cada uno una acción que, por *sí sola*, se dirige a la realización completa del tipo, teniendo la actuación conjunta el sentido de garantizar que los fallos de la actuación de uno se vean compensados con los aciertos de otro u otros y así sea prácticamente segura la producción del hecho típico y, más concretamente, del resultado en los delitos de resultado. El ejemplo normalmente citado es el de un número elevado de terroristas que, con el fin de no fallar en su propósito de matar a un político, se apostan cada uno en una ventana cercana al lugar por el que ha de pasar el político y, cuando pasa, disparan todos simultáneamente (o en un brevísimo lapso de tiempo) sobre él, no sabiéndose qué bala o balas producen la muerte, pero sabiendo que unas han dado en el blanco y otras no³ o el caso similar del pelotón de fusilamiento que, en contra de las normas del Derecho de gentes, ejecuta a un individuo.⁴

Los supuestos podrían naturalmente complicarse, pero, para facilitar la comprensión de la argumentación y no empañarla con problemas añadidos, partiremos de los casos expuestos.

II. LAS SOLUCIONES DOCTRINALES

1. En relación con la llamada coautoría alternativa

En los casos de la llamada coautoría alternativa, nadie duda, obviamente, del carácter de autor del sujeto A que finalmente dispara sobre la víctima que ha llegado por el camino en que A estaba apostado.⁵ El problema es

mentan ROXIN, «Die Mittäterschaft im Strafrecht», en: JA, 1979, 524; *Täterschaft und Tatherrschaft*, 5.^a, 1990, 650; *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 187 (87); SEELMANN, «Mittäterschaft im Strafrecht», en: JuS, 1980, 574; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch AT*, 2.^a, 1984, 290; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, 376; MIR PUIG, PG, 3.^a, 1990, 420; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, 684.

2. Caso que propone ROXIN, JA, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 650. A él se hace referencia también en MAURACH/GÖSSEL, *AT II*, 7.^a, 1989, 296 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 685.

3. Caso propuesto por HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, 56. Toman el caso para la discusión ROXIN, JA, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 648; *LK*, 119, 1993, § 25 nm. 158 (76); SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch AT*, 2.^a, 1984, 290; BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 372; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, 327; MAURACH/GÖSSEL, *AT II*, 7.^a, 1989, 296; DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 686; BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, 90.

4. Ejemplo de HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 58; lo utilizan SEELMANN, *JuS*, 1980, 574; DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 686.

5. Se ve claramente que da por supuesto que A es autor ya RUDOLPH, *Bockelmann-Fs*, 1979, 379,

decidir si B es coautor del hecho o un partícipe en el mismo.⁶ Al respecto, en la doctrina alemana que se ha ocupado de estos casos⁷ se sostiene por unos —los más— que B es coautor (así ROXIN —aunque no para el segundo de los casos propuestos, es decir, el de los terroristas que esperan en aeropuertos distintos—,⁸ SEELMANN,⁹ MAURACH/GÖSSEL,¹⁰ GÖSSEL¹¹ y BLOY¹²), mientras que otros —los menos— le niegan ese carácter y defienden que B es partícipe en sentido estricto en el delito que A comete como autor (así RUDOLPHI,¹³ STEIN¹⁴ y SCHMIDHÄUSER¹⁵). En España, MIR PUIG no descarta aparentemente la posibilidad de coautoría, limitándose a señalar que el sujeto que en nuestro ejemplo hemos llamado B «por lo menos, podría ser castigado como cooperador necesario del art. 14,3.º CP;¹⁶ y yo mismo me he pronunciado en contra de la calificación de coautor y he abogado por la de partícipe (ya veremos de qué clase).¹⁷

2. En relación con la llamada coautoría aditiva

En los supuestos de la llamada coautoría aditiva, defienden en la doctrina alemana la calificación de coautores de delito consumado para todos los actuantes HERZBERG,¹⁸ ROXIN,¹⁹ SEELMANN,²⁰ MAURACH/GÖSSEL,²¹ GÖS-

quién, como sabemos, propuso el caso; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, 328, señala expresamente que quién dispara a la víctima es «autor inmediato».

6. Así, RUDOLPHI, *Bockelmann-Fs*, 1979, 379, quien se refiere a la posible «coautoría de B en el delito de homicidio de A» (igual en p. 380), expresión que me parece significativa, por las razones a que más adelante me referiré.

7. Más adelante haré una breve referencia a la postura diferenciadora de JAKOBS.

8. ROXIN, *JA*, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.ª, 1990, 650; *LK*, 11.ª, 1993, § 25 nm. 188 (87).

9. SEELMANN, *JuS*, 1980, 574.

10. MAURACH/GÖSSEL, *AT II*, 7.ª, 1989, 296 y ss.

11. GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien», en: *Jescheck-Fs I*, 1985, 554.

12. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 376 y ss.

13. RUDOLPHI, *Bockelmann-Fs*, 1979, 379 y ss.

14. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 328.

15. SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2.ª, 1975, 508; *Studienbuch AT*, 2.ª, 1984, 289 (el supuesto al que se refiere en estas pp. —que también es comentado por otros autores— es el resuelto por BGHSt 11, 268, en que los tres coautores de un hurto con fractura —robo con fuerza por fractura en el Derecho español— habían acordado que se disparara en caso necesario a los perseguidores; en la fuga, uno de los tres sujetos toma a otro de ellos que corre detrás de él por un perseguidor y le dispara; los tres fueron condenados como coautores de una tentativa —que sería frustración en el Derecho español— de asesinato), 290.

16. MIR, *PG*, 3.ª, 1990, 420.

17. DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 684 y ss.; «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», en: *Encyclopedie Jurídica Civitas* (en prensa).

18. HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 60.

19. ROXIN, *JA*, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.ª, 1990, 649 y ss.; *LK*, 11.ª, 1993, § 25 nm. 159 (76).

20. SEELMANN, *JuS*, 1980, 574.

21. MAURACH/GÖSSEL, *AT II*, 7.ª, 1989, 296.

SEL,²² BLOY²³ y BOTTKE.²⁴ Niegan esa calificación SCHMIDHÄUSER,²⁵ JAKOBS²⁶ y STEIN.²⁷ En la doctrina española, en la que apenas se han mencionado estos casos,²⁸ personalmente me he pronunciado expresamente contra la calificación de coautores de un delito consumado de homicidio o asesinato para todos los actuantes.²⁹

III. LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DIFERENTES POSICIONES

A continuación expondré la fundamentación que a las posiciones acabadas de señalar da la doctrina, reservándome la mía para una exposición más amplia que realizaré posteriormente.

1. En relación con la llamada coautoría alternativa

Quienes creen que los supuestos de la llamada coautoría alternativa son casos de auténtica coautoría fundamentan en general su opinión en la existencia de dominio del hecho en los dos sujetos intervenientes, es decir, también en el que espera a la víctima en el camino por el cual finalmente no pasa. Así, siguiendo la argumentación de ROXIN,³⁰ ambos intervenientes tienen el dominio funcional del hecho, pues han establecido un plan común para matar con seguridad a una persona, las contribuciones de cada uno de los dos son *ex ante* imprescindibles para el éxito del plan, y ambos cumplen una función de importancia también durante la ejecución, pues si uno no está en su puesto las posibilidades de éxito disminuyen en un 50%; por tanto, sólo juntos dominan el hecho. Se dan así los tres elementos que ROXIN considera necesarios para que exista el dominio funcional del hecho característico de la coautoría: plan común, esencialidad de la contribución para el éxito del plan, de manera que, retirándola, se desbarate todo el

22. GÖSSEL, *Jescheck-Fs I*, 1985, 554.

23. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 372-376.

24. BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 90 y ss.

25. SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch AT*, 2.^a, 1984, 290.

26. JAKOBS, *AT*, 2.^a, 1991, 623 y ss.

27. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 327 y ss.

28. Los menciona, sin pronunciarse respecto de ellos, MIR, *PG*, 3.^a, 1990, 420 n. 14, quien remite a trabajos de ROXIN y HERZBERG.

29. DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 687 y ss.; «Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria», en: *Enciclopedia Jurídica Civitas* 1995.

30. ROXIN, *JA*, 1979, 524.

mismo, y actuación en fase ejecutiva.³¹ En el supuesto de los terroristas que esperan en aeropuertos de ciudades distintas y distantes no podría, sin embargo, hablarse de coautoría, pues el acuerdo común no se desarrolla en la fase ejecutiva, sino sólo en la fase preparatoria, dada la distancia entre las ciudades, cosa que sí sucede en el ejemplo de los tiradores que se apostan en los dos caminos (o más claramente aún en el caso en que se apostaran en las distintas salidas de la casa de la víctima), en que incluso desde el comienzo de la ejecución la espera en el segundo camino cumple una función esencial, para el caso de que la víctima se vuelva atrás por haberse percatado de la presencia del primer conjurado o por haber percibido ya un disparo fallido de éste y elija el segundo camino.³² BLOY, cuya posición coincide con la de ROXIN,³³ destaca que, en los supuestos de actuación alternativa en que no pueda hablarse de coautoría (y parece referirse a casos como el de los terroristas en los aeropuertos de ciudades distintas), ello se deberá a que las circunstancias de tiempo y lugar no permitirán hablar de una actuación de los dos intervenientes en fase ejecutiva, y no a la propia alternatividad de la actuación.³⁴

En MAURACH/GÖSSEL se habla de «dominio del hecho del colectivo» (del grupo) o de «dominio colectivo del hecho», derivado de que la realización del tipo sólo se asegura por la disposición de todos a la afectación del bien jurídico y se entiende que dicho dominio se da también en el ejemplo de los terroristas que esperan en distintos aeropuertos.³⁵

Aunque JAKOBS adopta una posición diferenciadora según que cada interveniente alternativo co-configure en la misma medida que el otro la contribución de éste (coautoría) o no (participación),³⁶ lo cierto es que, al menos para el primero de los ejemplos propuestos debería afirmar la coautoría, dado que conjuntamente han elegido los caminos, el medio de matar, etc.

Desde la perspectiva del dominio funcional del hecho niega la coautoría en estos supuestos RUDOLPHI, aduciendo que el plan común «no estaba dirigido a una ejecución conjunta de la acción realizadora del tipo legal», sino precisamente a la realización de esa acción por sólo uno de los sujetos.³⁷ Aunque

31. Sobre la concepción de la coautoría en los delitos de dominio y sobre los componentes del dominio funcional del hecho en ROXIN, *vid.* fundamentalmente los siguientes trabajos de éste: *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 275-305, 644-651; *JA*, 1979, 519-526 (*passim*); *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 153 y ss. (73 y ss.).

32. ROXIN, *JA*, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 650; *LK*, 11.^a, 1995, § 25 Nm. 188 (87). Sigue a ROXIN, fundamentando la coautoría en el dominio funcional del hecho, SEELMANN, *JuS*, 1980, 574.

33. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 376 y ss.

34. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 377.

35. MAURACH/GÖSSEL, *AT II*, 7.^a, 1989, 296 y ss. *Vid.* también GÖSSEL, *Jescheck-Fs I*, 1985, 554.

36. JAKOBS, *AT*, 2.^a, 1991, 624.

37. RUDOLPHI, *Bockelmann-Fs*, 1979, 379 y ss.

no alude a la presencia o ausencia de dominio funcional, el rechazo de la coautoría por SCHMIDHÄUSER se basa en que, al no dirigirse a la ejecución conjunta de la muerte, en realidad es dudoso que pueda hablarse de una decisión común fundamentadora de la coautoría,³⁸ en relación con el primer ejemplo citado, señala este autor que, en definitiva, la contribución de quien no dispara ha aumentado la probabilidad de éxito, pero sólo uno ha realizado la acción que realmente ha producido de forma imputable a título de autoría la muerte de la víctima.³⁹

Desde una perspectiva distinta a la del dominio funcional del hecho, ha negado STEIN la coautoría del sujeto apostado en el camino por el que finalmente la víctima no pasa. Piensa este autor, a cuya concepción general de la coautoría me referiré brevemente más adelante, que en los supuestos de actuación conjunta alternativa sólo habría coautoría de esa persona cuando la misma hubiera contribuido a la acción del ejecutor material con otra anterior de una forma específica de la coautoría, por ejemplo, colocándose en su puesto e induciendo así al autor inmediato a ocupar el suyo y actuar según lo acordado; pero, en cualquier caso, faltaría en esos supuestos la necesaria proximidad temporal a la acción del autor inmediato, de manera que no había nunca coautoría y sí participación.⁴⁰ En definitiva, creo que STEIN se opone a la admisión de la coautoría de quien no dispara, incluso en el supuesto modificado que él plantea, por la razón de que la actuación del mismo no se produce en fase ejecutiva.

2. En relación con la llamada coautoría aditiva

Más variadas son las fundamentaciones de la existencia de auténtica coautoría en los supuestos de la llamada coautoría aditiva.

Así, por un lado, nuevamente encabezados por ROXIN, diversos autores intentan fundamentar la coautoría de todos los que disparan desde la idea del dominio funcional del hecho u otras similares. Así, ROXIN fundamenta el dominio funcional del hecho de cada uno de los conjurados en que cada uno aporta en la ejecución una contribución relevante, puesto que precisamente cada conjurado según el plan hace «más probable» el éxito del mismo; *ex ante*, cada contribución tiene la misma importancia para el resultado.⁴¹ Una

38. SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2.^a, 1975, 508; *Studienbuch AT*, 2.^a, 1984, 289 (recuérdese que SCHMIDHÄUSER dirige su argumentación al caso de BGHSt 11, 268).

39. SCHMIDHÄUSER, *AT Studienbuch*, 2.^a, 1984, 290.

40. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 328.

41. ROXIN, *JA*, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 649 y ss.; *LK*, 11.^a, 1993, § 25 Nm. 159 (76).

fundamentación próxima a la de ROXIN ofrecen BLOY y BOTTKE. BLOY argumenta en conjunto de manera próxima a ROXIN, sobre todo en lo que se refiere a la igual importancia *ex ante* de todas las contribuciones,⁴² aunque éste contempla el 25 II StGB como posibilitador de la imputación del resultado a todos los conjurados (permitiendo que éstos respondan por un delito consumado)⁴³ y en ello (sólo en ello) se aproxima a HERZBERG, como veremos; además, indica que, incluso aunque se apreciara una desigual importancia de las contribuciones (por ejemplo, en virtud de la distinta puntería de los conjurados), habría que concluir la coautoría de todos los conjurados porque en todo caso y desde el punto de vista del ataque al bien jurídico, las acciones parciales se dirigen directamente sobre la víctima y no se producen a través de la actuación de otro u otros conjurados como autores inmediatos.⁴⁴ BOTTKE afirma la coautoría apoyándose en su idea del «dominio configurativo» (*Gestaltungsherrschaft*),⁴⁵ que, en la coautoría se concreta en la idea del «dominio configurativo igualitario (o de igual rango) concertado (o coordinado o armonzado)» (*abgestimmt gleichgeordnete Gestaltungsherrschaft*),⁴⁶ idea que el propio BOTTKE considera que se corresponde ampliamente con la del dominio funcional de ROXIN.⁴⁷ En los ejemplos manejados, la contribución de cada uno no es y no debe ser, según este autor, un «co-disparar» (*Mitschießen*), sino un «co-fusilar» (*Miterschießen*); se trata del aseguramiento de la obra conjunta o común, de modo que quien no da en el blanco no realiza sólo su disparo errado, como parece en una contemplación aislada, sino también el fusilamiento: «no sólo produce una estruendosa detonación, sino que mata conjuntamente»; quien viera las cosas de otra forma estaría ignorando «la naturaleza de las cosas prefigurada en la vida y en el lenguaje cotidiano» y «el comportamiento operativo (*scil.* de varios) coordinado entre sí».⁴⁸ En MAURACH/GÖSSEL resulta todavía más fácil la fundamentación de la coautoría en estos supuestos a través del dominio del hecho, puesto que ni siquiera se exige la esencialidad de la contribución individual para el éxito del plan común, entendiendo que se da la participación de cada uno de los conjurados en el «dominio colectivo del

42. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 372-376, especialmente 375.

43. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 373.

44. BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 375.

45. Este concepto es básico en toda la concepción de la autoría de BOTTKE, por lo que respecto de él se puede remitir a todo el trabajo de este autor: *Täterschaft*, 1992, *passim*. La concepción de la autoría que BOTTKE ha expuesto en la monografía acabada de citar, la completa y profundiza en relación con la autoría en la omisión (o, si se prefiere, autoría por omisión) en otra monografía reciente: BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994.

46. *Vid.* BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 87 y ss.

47. Así, expresamente, BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 90.

48. BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 91.

hecho», puesto que «las acciones individuales de cooperación tienen como meta precisamente la afectación completa del bien jurídico».⁴⁹

Por el contrario, HERZBERG, que considera aceptable para otros casos la idea del dominio funcional del hecho y en general declara coincidir materialmente con ROXIN,⁵⁰ cree, sin embargo, que la misma no explica los casos de la coautoría aditiva, pues en los ejemplos citados cada uno de los disparos no es esencial (pues la muerte se producirá igualmente por otro u otros).⁵¹ Sin embargo, HERZBERG cree también que en estos casos existe coautoría de todos los conjurados en un delito consumado de homicidio, pero la misma no se puede basar en la aplicación directa del precepto de la parte especial que castiga el homicidio, pues para algunos sujetos falta ya (o no está probado) el requisito de la causalidad entre su acción y el resultado, sino que su castigo es sólo posible por la existencia del § 25 II StGB, que reza: «Cuando varios cometan el hecho delictivo conjuntamente, cada uno será castigado como autor (coautor)»; este precepto, referido a la coautoría, tendría un carácter constitutivo para la tipicidad de esas conductas;⁵² el mismo, unido a la idea de la «igualdad de rango» de las contribuciones⁵³ de los conjurados —idea que también sostiene para estos casos, siguiendo a HERZBERG, SEELMANN, quien también considera que aquí no se puede hablar de esencialidad de cada contribución individual—,⁵⁴ constituiría la fundamentación de la coautoría en estos casos.

JAKOBS cree que falta «dominio configurativo» en este caso porque cada contribución es superflua; el que ello ocurra alternativamente para todos los intervenientes, sobre todo en casos con dificultades probatorias, sería una consecuencia de los delitos de resultado, que no contemplan responsabilidad alguna por la pertenencia a banda y exigen siempre relación de causalidad entre acción y resultado; «varias veces lo mismo no produce necesariamente algo conjunto».⁵⁵

Asimilando los casos de la llamada coautoría aditiva a los de la llamada coautoría alternativa se pronuncia contra la admisión de auténtica coautoría en ellos SCHMIDHÄUSER, quien reconoce que admitir la coautoría en los supuestos que ahora nos ocupan simplificaría mucho los problemas de prueba, y admite desde su «perspectiva globalizadora» (o de la «contemplación

49. MAURACH/GÖSSEL, *AT II*, 7.ª, 1989, 296. *Vid.* también GÖSSEL, *Jescheck-Fs I*, 1985, 554.

50. HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 57, 70.

51. HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 58.

52. HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 59 y ss., especialmente para la fundamentación de la coautoría aditiva, 60 n. 9.

53. HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 61, 68-70 (especialmente p. 70, para los casos que nos ocupan).

54. SEELMANN, *JuS*, 1980, 574.

55. JAKOBS, *AT*, 2.ª, 1991, 624.

global» o «teoría de la totalidad») sólo coautoría en «casos de clase similar» cuando junto a la acción de matar próxima al resultado se lleven a cabo otras de igual peso, cosa que SCHMIDHÄUSER no parece admitir que ocurra en nuestros ejemplos.⁵⁶

STEIN tampoco cree que en estos casos haya coautoría, porque la realización de los disparos individuales se opone a una norma de comportamiento de autoría inmediata y no de coautoría «pues la peligrosidad relevante para la norma del disparo individual radica en que el mismo —*independientemente* del comportamiento de los otros implicados en el atentado— pueda alcanzar a la víctima».⁵⁷ Sin embargo, habría coautoría (y de delito consumado), en una modificación del caso, de quien realiza el primer disparo, que sirve, según se ha acordado, como señal para que los demás comiencen a disparar, pues aquí la peligrosidad relevante para la norma de la acción de quien da la señal radica, además, en que ha incitado «—en la manera específica de la coautoría—» la realización de los disparos de los demás intervenientes.⁵⁸

IV. POSICIÓN PERSONAL

Una toma personal de postura sobre los casos propuestos exige la explicación previa del propio concepto de autoría y, en concreto, de coautoría. Intentaré hacerlo en pasos sucesivos, valorando a la vez otras posiciones.⁵⁹

56. SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch AT*, 2.^a, 1984, 290 (el ejemplo que pone de auténtica coautoría es el de quien, sin realizar directamente conducta alguna sobre la víctima dirige conforme al plan y durante la ejecución la misma). La concepción general de SCHMIDHÄUSER, que él prefiere no llamar teoría, sobre la autoría (idea de la «contemplación global») puede verse fundamentalmente en las siguientes obras de este autor: *AT*, 2.^a, 1975, especialmente 500-512, 572-577; *Studienbuch AT*, 2.^a, 1984, 283 y ss., 288-292, 330-332.

57. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 327. Este autor piensa que, aunque se admitiera coautoría, ésta no sería de delito consumado, en virtud de las dificultades probatorias (*op. cit.*, 327 y ss.); de acuerdo en esto con él JAKOBS, *AT*, 2.^a, 1991, 624.

58. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 328.

59. Mis planteamientos respecto de diferentes cuestiones relacionadas con la autoría y la participación pueden verse en los siguientes trabajos: DÍAZ Y GARCÍA, «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», en: *La Ley*, 1986-4, 523 y ss., 527-531; «Responsabilidad penal en la ocupación y desvío de un buque por un conjunto de trabajadores en un acto de reivindicación laboral» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.^a, de 12 de febrero de 1990), en: *La Ley*, 1990-4, 1.038-1.045; *Autoría*, 1991; «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?» (Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 8 de octubre de 1991), en: *PJ*, 24 (1991), 206-211 (= «La configuración del dolo en una omisión del art. 338 bis CP»), en: *La Ley*, 1992-2, 566-571); *Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto de la Parte General de un nuevo Código Penal de 1990. Algunas observaciones*, en: *La Ley*, 1992-2, 1.029-1.035 (*passim*); «Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría», en: *Hacia un Derecho penal común europeo. En homenaje al Prof. Claus Roxin con motivo de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, 1995; las siguientes voces de la *Enciclopedia Jurídica Civitas*, 1995: «Autoría»; «Autoría en delitos de imprenta»; «Autoría mediata, coau-

1. Concepto restrictivo y concepto unitario de autor

Me parece importante a la hora de determinar los criterios en virtud de los cuales un sujeto es autor (la coautoría es una clase de autoría) decidir si se opta por un modelo unitario o restrictivo de autoría.⁶⁰ Como es sabido, la doctrina alemana rechaza de modo prácticamente unánime para los delitos dolosos (no así para los imprudentes, en que la situación es prácticamente la contraria) el concepto unitario de autor,⁶¹ que, además, parece difícilmente compatible con la regulación que de la autoría y la participación contiene el StGB. Aunque en España el concepto unitario de autor es también generalmente rechazado,⁶² no me parece tan clara su incompatibilidad con los preceptos del CP referidos a la codelincuencia.⁶³ No estimo, sin embargo, que un concepto unitario de autor, convenientemente desarrollado y matizado,⁶⁴ adolezca de tantos defectos como pretenden sus (casi siempre furibundos) detractores,⁶⁵ como lo demuestra el hecho de que dicho concepto se haya sostenido históricamente y en la actualidad en

toría y autoría accesoria»; «Cooperación ejecutiva, cooperación necesaria y complicidad»; «Encubrimiento o favorecimiento» (aunque se rechaza, con la doctrina prácticamente unánime, que el encubrimiento sea una forma de participación en el delito); «Inducción»; «Participación»; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, «Autoría o participación en determinados supuestos de "vigilancia"» (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989) (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater), 203-212. En lo que sigue, citaré únicamente mi *Autoría*, por tratarse del más comprensivo, fundamentado y extenso de los trabajos mencionados.

60. En cuanto al llamado concepto extensivo de autor, que, en mi opinión, si se desarrolla consecuentemente, no es más que un concepto unitario funcional de autor con ligeros matices, *vid. ampliamente Díaz y García, Autoría*, 1991, 253 y ss.

61. En época reciente lo defienden exclusivamente KIENAPFEL (cito sólo sus trabajos publicados en Alemania), «"Beteiligung" und "Teilnahme". Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB», en: *NJW*, 1970, 1826-1833; *Der Einheitstäter in Strafrecht*, 1971, *passim*; «Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft», en: MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, 21-58; «Schlußwort zu DREHER, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitunrecht. Eine letzte Stellungnahme», en: *NJW*, 1971, 123 y ss.; «Probleme der Einheitstäterschaft», en: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart I (Strafrechtliches Seminar)*, 1973, 63-104; «Das Prinzip der Einheitstäterschaft», en: *JuS*, 1974, 1-7; «Der Einheitsgedanke - lebendiger denn je», en: *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart VII (Strafrechtliches Seminar)*, 1979, 53-84; *AT*, 4.º, 1984, 546-549; y DETZER, «Die Problematik der Einheitstäterlösung» (tesis doctoral, Erlangen-Nürnberg), 1972, 63-276 (y *passim*). Sobre autores de diversos países que defienden un concepto unitario de autor (entre los recientes, sobre todo austriacos), *vid. Díaz y García, Autoría*, 1991, 49 y ss., 60 y ss.

62. *Vid. referencias doctrinales en Díaz y García, Autoría*, 1991, 64 y ss. n. 73.

63. *Vid.*, ampliamente, sobre ello, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 205 y ss. A la misma conclusión llega PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, 322-325. Otros autores también plantean las relaciones entre el CP español y un concepto unitario de autor, si bien las contemplan más bien como reminiscencias históricas (pueden verse referencias a estos autores en las monografías y pp. citadas en esta nota).

64. Entre otras cosas, en el sentido de un concepto unitario funcional y no formal de autor. Al respecto, *vid. Díaz y García, Autoría*, 1991, 65 y ss.

65. Sobre las diversas críticas a que se somete el concepto unitario de autor, tomando posición respecto de las mismas, ampliamente DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 117 y ss.

diversas legislaciones,⁶⁶ señaladamente hoy la austriaca, sin demasiados inconvenientes.⁶⁷ Pese a todo, estimo que el concepto restrictivo de autor posee sobre todo una ventaja que lo hace preferible al unitario: el concepto restrictivo de autor, con su consecuente principio de accesoriad limitada de la participación, permite un mejor recorte o perfilamiento de los tipos frente a la ofrecida por un concepto unitario (incluso funcional) de autor, lo que lo convierte en más acorde con el mandato de concreción o determinación de los tipos y, por tanto, con el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho, y hace las lagunas de previsión legislativa, que se convierten en lagunas de punición, más tolerables que en los sistemas de autoría unitaria, en que conducen a un exceso de punición.⁶⁸ Por todo ello, opto por interpretar los preceptos sobre codelincuencia del CP español desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, como viene haciéndolo unánimemente la doctrina española moderna.⁶⁹ Pero estimo que, una vez tomada la decisión por un concepto restrictivo de autor, hay que ser lo más coherente posible con el mismo, y no ampliar en casos concretos ese concepto de autor por razones de merecimiento y necesidad de pena, de más justa punición, salvo que la propia ley establezca excepciones puntuales a ese sistema restrictivo de autoría, si no se quiere producir un ataque a la seguridad jurídica, tal vez mayor que el que supone un concepto unitario de autor construido prudentemente.⁷⁰

66. *Vid. DÍAZ Y GARCÍA, Autoría*, 1991, 56 y ss.

67. Sostengo, en conclusión, que el concepto unitario de autor no es tan desafortunado como a menudo se pretende, en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 200 (entre otras pp.). En el mismo sentido (y prefiriendo hablar de un «sistema» o «concepto unitario de participación»), PEÑARANDA, *Participación*, 1990, 323; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ, «Autoría o participación en determinados supuestos de “vigilancia”» (Comentario a la STS de 21 de febrero de 1989) (Ponente: Excmo. Sr. Bacigalupo Zapater), en: *PJ*, 27 (1992), 201.

68. Así, señalando también alguna otra ventaja de menor importancia, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 130-133, 201 y ss., 531 (entre otras pp.). Destacan, entre otros, la función de precisión de los tipos que desempeña el principio de accesoriad, ROXIN, *LK*, 11.º, 1993, antes del § 26, 5 (106); RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho Penal*, 1982, 204; HERZBERG, «Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme», en: *ZStW*, 99 (1987), 61, 65 y ss., 67 y ss. En mi opinión, olvida este aspecto (sin duda, por otro lado, limitado) del principio de accesoriad LESCH, «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft —Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke—», en: *GA*, 1994, 118 y ss., quien pone en tela de juicio la idea del mejor cumplimiento del mandato de precisión de los tipos y la mejor adecuación al Estado de Derecho del concepto restrictivo de autor, y quiere desplazar las diferencias entre autoría y participación desde el marco de la realización típica al de las consideraciones de medición de la pena; no obstante destacaré que estoy de acuerdo con este autor en que el concepto restrictivo de autor no es el «garante irrenunciable» de los principios de precisión y adecuación al Estado de Derecho.

69. *Vid. DÍAZ Y GARCÍA, Autoría*, 1991, 251 y ss. (en conclusión); en igual sentido, PEÑARANDA, *Participación*, 1990, 325.

70. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 202 y ss., 531 (entre otras pp.).

2. Los presupuestos de un concepto auténticamente restrictivo de autor

Desde la perspectiva adoptada, creo que conviene reflexionar sobre el papel que desempeñan en un concepto auténticamente restrictivo de autor con accesoria limitada de la participación las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena, presentes, se confiese o no, en éste y en todos los problemas jurídico-penales.⁷¹ Estimo que ese papel es doble: por un lado, en la diferenciación entre autor y partícipes en sentido estricto, habrá que decidir qué sujeto merece y necesita una sanción penal independientemente de la calificación jurídica de la conducta de otros intervenientes (ése será el autor); por otro lado, en la fijación de marcos penales, habrá que ver qué conductas, sin llegar a merecer o necesitar una sanción autónoma, sin embargo, merecen y necesitan una pena tan alta como la del autor y cuáles no.⁷²

Estimo que conducta de autoría es aquella que más directamente se enfrenta a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, o sea, la que más directamente realice el injusto típico, la que la ley tenga una necesidad más perentoria, una urgencia mayor en impedir, la que de modo directo (que no hay que confundir con inmediato) lesione o ponga en el peligro descrito por el tipo el bien jurídico protegido por el mismo o como quiera expresarse la idea que subyace a las anteriores formulaciones.⁷³ Esta conducta es la de quien, cumpliendo el resto de los requisitos típicos y cuando en el tipo no existan razones formales que impidan su castigo, realiza la acción típica nuclear.⁷⁴

Lo anterior permite ya tomar postura frente a algunos de los criterios utilizados para fundamentar la solución de los casos que nos ocupan, aunque antes dedicaré unas palabras a la teoría objetivo-formal que, aunque abando-

71. Sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y su relevancia para los elementos del delito, recientemente en la doctrina española, LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en: *ADP*, 1993, 21-33, donde, entre otras muchas, se recogen posiciones más respecto de la relevancia de esas categorías en el ámbito de la codelincuencia.

72. Así, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 453 y ss., 456, 531 y ss. (entre otras pp.).

73. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 454, 532 (entre otras pp.). Similar, citándome, LUZÓN PEÑA, *ADP*, 1993, 27 y ss.; ya antes, LUZÓN PEÑA, «La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en: *Estudios Penales*, 1991, 217 y ss., había expresado que se podía encontrar un fundamento material y prejurídico —aunque formulado «en términos de cierta relatividad»— al criterio de autoría que propone para los delitos puros de resultado en «la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado», que podría ligarse al específico fundamento jurídico-penal de la autoría, que LUZÓN formula en términos parecidos a los que yo propongo. Aunque mi concepción de la autoría se diferencia claramente de la de STEIN, puede apreciarse una semejanza entre la fundamentación señalada y la fundamentación normativa que propone este autor: *vid. STEIN, Beteiligungsformenlehre*, 1988, 221 y ss., 283 y ss. También diferente, pero con puntos de contacto, BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 290 y ss. *Vid.* también BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 21 y ss.

74. Así, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 513, 532 (entre otras pp. y como resumen de una larga argumentación desarrollada en confrontación con la teoría objetivo-formal en las pp. anteriores).

nada en Alemania, sigue teniendo muchos defensores y muy cualificados en España, pugnando con la teoría del dominio del hecho en cuanto a cuál sea la teoría dominante.⁷⁵ No me ocuparé sin embargo de otras teorías, remitiendo al respecto al estudio amplio que he realizado en otro lugar.⁷⁶

3. Valoración de la teoría objetivo-formal

Aunque, que yo sepa, no se ha intentado resolver los casos de las llamadas coautoría alternativa y aditiva mediante los criterios propios de la teoría objetivo-formal, si estos casos se empiezan a plantear en España, lógicamente muchos autores y gran parte de la jurisprudencia del TS deberían acudir a ella.⁷⁷ No se trata aquí de especular sobre la solución a que esta teoría llegaría en relación con tales casos, aunque creo que seguramente negaría siempre la coautoría en la actuación alternativa, por no realizar acciones ejecutivas ni típicas quien espera en el camino por el que finalmente no pasa la víctima, y tal vez la versión más clásica de la teoría objetivo formal afirmara la coautoría de delito consumado en los supuestos de actuación aditiva, por realizar todos acciones ejecutivas en relación con la muerte, si bien la versión que considera que autor es quien realiza acciones típicas no tendría por qué llegar a la misma conclusión. Y creo que no es necesaria tal especulación, porque la teoría objetivo-formal, pese a contar en su haber con el importante acierto de haber conectado estrechamente autoría y realización del tipo,⁷⁸ es rechazable o es incompleta. En España, la teoría objetivo-formal se mantiene hoy día en dos versiones:

75. En cuanto a la situación actual de la doctrina y la jurisprudencia españolas en materia de codelincuencia, creo que se puede obtener una visión muy completa de las mismas acudiendo a las múltiples referencias que se encuentran a lo largo de los trabajos de PEÑARANDA, *Participación*, 1990, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, y CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español», en: *ADP*, 1992, 491-514.

76. Así, respecto de las teorías subjetivas, que todavía cuentan con algunos defensores en la doctrina alemana y, sobre todo, aunque sea de manera limitada, en la jurisprudencia del BGH, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 289 y ss. Sobre la doctrina del acuerdo previo, sustentada, aunque en retroceso, por el TS español, *op. cit.*, 349 y ss. Acerca de las teorías objetivo-materiales distintas a las del dominio del hecho, *op. cit.*, 535 y ss. En relación con las teorías mixtas y con la idea de la valoración global de SCHMIDHÄUSER, *op. cit.*, 697 y ss. También se exponen y valoran con cierto detenimiento las posiciones de algunos partidarios de la teoría del dominio del hecho en las que aquí no me detendré: así, la de BLOY (DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 604 y ss.) y, aunque en aspectos más concretos, la de JAKOBS (DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 657 y ss., 671 ss.).

77. Sobre quiénes defendieron la teoría objetivo-formal en Alemania, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 411 y ss. En cuanto a los defensores españoles (en el pasado y hoy en día), *op. cit.*, 419 y ss., y respecto de la jurisprudencia española, *op. cit.*, 425 y ss. Una exposición y valoración amplia de las distintas variantes de la teoría objetivo-formal y de la que defiende en España RUIZ ANTÓN (que tiene notas comunes con ella, pero no es idéntica) puede verse en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 442 y ss.

78. En este sentido, por muchos y desde fuera de la propia teoría objetivo-formal, ROXIN, *Täterschaft*, 5.º, 1990, 35 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 450 y ss.

a) *La (co)autoría como realización de acciones ejecutivas*

Para una de ellas, es autor (y, por tanto, coautor) quien realiza cualquier acción ejecutiva. Los principales defensores actuales de esta versión, que ha ido perdiendo adeptos, en España son VIVES ANTÓN⁷⁹ y COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN,⁸⁰ siendo sostenida también por muchas sentencias del TS.⁸¹ Dejando al margen las críticas tradicionales a la teoría objetivo-formal, que la acusan de indeterminación, de incapacidad de explicar la autoría mediata y de incapacidad de explicar la coautoría, de las que me he ocupado extensamente en otro lugar,⁸² y que no me parecen decisivas, creo que, desde la perspectiva

79. VIVES, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal. (La regulación de prensa en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, 1977, 179 y ss. y *passim*.

80. COBO/VIVES, *PG*, 3^a, 1990, 572 y ss.

81. *Vid. DÍAZ Y GARCÍA, Autoría*, 1991, 447 n. 122.

82. *Vid. DÍAZ Y GARCÍA, Autoría*, 1991, 464 y ss., 466 y ss., 480 y ss. En estas pp. explico detenidamente por qué esas críticas no son contundentes, explicación que sólo muy resumidamente realizamos DÍAZ Y GARCÍA/DE VICENTE REMESAL, *PJ*, 27 (1992), 205 y ss. A estas explicaciones resumidas se refiere críticamente BACIGALUPO, «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», en: *PJ*, 31 (1993), 35 y ss. Para continuar el diálogo científico establecido con BACIGALUPO a raíz del comentario que diversos autores realizamos a la STS 21-2-1989, de la que fue ponente el citado catedrático y magistrado del TS (cuya labor en relación con la jurisprudencia del TS en materia de autoría y participación resulta muy meritoria), señalaré que me ratifico en mi idea de que la teoría objetivo-formal no es incompatible con la autoría mediata, por mucho que incluso algunos ilustres defensores de dicha teoría, como los citados por BACIGALUPO (y otros: *vid. DÍAZ Y GARCÍA, Autoría*, 1991, 473 y ss.), coincidieran en señalar esa incompatibilidad (otros no: *vid.*, p. ej., los citados en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 474 y ss.); insisto en que la incompatibilidad se da sólo si se identifica el postulado central de la teoría objetivo-formal con la ejecución física y de propia mano del delito, cosa que no me parece hacer justicia a muchos representantes de esa teoría (*vid.*, en España, el trabajo dedicado a la autoría mediata por un destacado defensor de la teoría objetivo-formal como es RODRÍGUEZ MOURULLO, «El autor mediato en Derecho penal español», en: *ADP*, 1969, 461 y ss.). Por lo demás, pese a reconocerle sus aciertos, ni en mis trabajos ni en el publicado con DE VICENTE me he mostrado partidario de la teoría objetivo-formal, sino que más bien he sido crítico con ella, sobre todo con la versión que identifica autoría y realización de acciones ejecutivas (como bien puede verse en el texto del presente trabajo), por lo que no he tenido que salvar los supuestos problemas de compatibilidad de la teoría objetivo-formal con «una redefinición ampliada de la acción ejecutiva», como nos achaca BACIGALUPO. La contradicción en que incurrimos, según BACIGALUPO, al declarar compatible la teoría objetivo-formal y la coautoría, pero a la vez señalar que, especialmente en los delitos llamados puramente resolutivos, es necesario un criterio material caracterizador de la autoría, no es tal contradicción: creo que, desde la teoría objetivo-formal se puede explicar la coautoría, *aunque la caracterización de la coautoría derivada de esa teoría no me parece la más correcta*. Por razonar paralelamente: el que yo no comparto la teoría del dominio del hecho y, en concreto, la idea del dominio funcional para caracterizar la coautoría, no debe llevarme a la conclusión de que la teoría del dominio del hecho es incompatible con la coautoría, sino simplemente a la de que los límites de esa figura se establecen mejor con otro criterio. Por fin, y ya no en relación con la teoría objetivo-formal, sino con mi propia concepción de la autoría como realización de acciones nuclearmente típicas, señala BACIGALUPO, *PJ*, 31 (1993), 37, que «desemboca, en realidad, en la errónea conclusión de que todos los delitos serían de propia mano»; evidentemente, ni yo solo ni con DE VICENTE, he llegado en ningún trabajo a esa conclusión, y creo que sólo se puede llegar a ella si *erróneamente* se equipara realización de acciones nuclearmente típicas con ejecución de propia mano de las mismas, es decir, si se repite el razonamiento por el que se rechaza la compatibilidad de la autoría mediata y la teoría objetivo-formal; sólo que considero que tal razonamiento es aún menos sostenible en relación con mi concepción de la autoría.

del concepto restrictivo de autor de la que he partido, esta versión no es aceptable.

Ello se debe a que no todas las acciones ejecutivas demuestran un igual enfrentamiento a la norma o una igual relación con el injusto típico: mientras que algunas (las nuclearmente típicas, como por ejemplo la de clavar el cuchillo en un delito de lesiones) se enfrentan directamente a la norma, otras (como la de sujetar a la víctima en ese mismo delito para que otro clave el cuchillo) lo hacen de forma indirecta; dicho de otro modo, la conducta de sujetar hace que la posibilidad de impedir la infracción de la norma directamente contenida en el tipo de lesiones sea menor que en el caso de conductas preparatorias, pero la de apuñalar hace imposible la evitación de la infracción. Por tanto, la ley tendrá mayor interés o urgencia en evitar la conducta de apuñalar que la de sujetar, cosa que conseguirá estableciendo una amenaza de pena autónoma para la primera (autoría) y dependiente de lo que otros hagan para la segunda (participación).⁸³

b) *La (co)autoría como realización de acciones típicas*

La versión hoy día más extendida en España de la teoría objetivo-formal es la que estima que autor en sentido estricto es quien realiza el correspondiente tipo de la parte especial, aquel cuya conducta es subsumible sin más en el correspondiente tipo de la parte especial. Sus principales defensores son GIMBERNAT ORDEIG,⁸⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO,⁸⁵ QUINTERO OLIVARES,⁸⁶ RODRÍGUEZ DEVESA,⁸⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO,⁸⁸ y PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ.⁸⁹ La discrepancia fundamental entre estos autores es que, para unos, la realización parcial de acciones ejecutivas que no encaja sin más en el tipo correspondiente de la parte especial no es autoría —aunque a veces, de manera que induce a error, se le denomine

83. Así, más detalladamente, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 454 y ss., 485 y ss., 530, 589.

84. GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, 215-221; «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts», en: *ZStW*, 80 (1968), 915 y ss., entre otras pp.; *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, 1979, 142 y ss.

85. R. MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, 287; *ADP*, 1969, 461 y ss., 476 y ss.; en: CÓRDOBA RODA/R. MOURULLO, *Comentarios al Código Penal I*, 1972, 801 y ss., 811 y ss.

86. QUINTERO, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, 74-77; *PG*, 2.º, 1989, 538, 546 y ss., 548.

87. R. DEVESA, *PG*, 9B, 1985, 796, 797 y ss. (idéntico, R. DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PG*, 16.º, 1993, 796, 797 y s.)

88. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, 2.º, 1986, 469 y ss., 471, 479, 480-483, 486-488.

89. PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ*, 27 (1992), 200.

coautoría—, sino participación,⁹⁰ mientras que, para otros, esa misma coejecución no es autoría en sentido estricto, pero sí coautoría, verdadera autoría y no participación, en virtud de una ampliación o extensión del concepto de autor operada por el art. 14,1.^º CP.⁹¹ En cuanto a esto último, no puedo coincidir, desde la perspectiva restrictiva adoptada, con los autores que consideran que cualquier coejecución es autoría, pues se está sosteniendo lo mismo que en la primera versión de la teoría objetiva-formal, que ya he rechazado, aunque en esta otra al menos se reconoce la ausencia de autoría en sentido estricto y la existencia de una extensión del concepto de autor que estos autores creen que cuenta con cobertura legal.

Pero, por lo demás, creo que básicamente es correcta esta versión de la teoría objetivo-formal, pues lo que hace es conectar al máximo tipo y autoría. Sólo discrepanía de ella en que, según creo, en algunos delitos que describen más de una acción típica no siempre la realización de cualquiera de ellas fundamenta autoría, sino sólo la de la que he denominado acción (o acciones) típica(s) nuclear(es); pero este matiz, que aquí no puedo desarrollar, es secundario y plantea una cuestión de interpretación de algunos tipos de la parte especial más que de concepción de la autoría.⁹² Pero el que esta versión de la teoría objetivo-formal sea correcta no implica que sea completa. Y estimo que no lo es porque, especialmente en los delitos llamados puramente resultativos o de pura causación (el ejemplo paradigmático es el homicidio), en que la ley no describe acciones típicas concretas, la versión de la teoría objetivo-formal que nos ocupa no consigue ofrecer un criterio material para establecer cuándo hay autoría en esos delitos,⁹³ criterio que creo que es posible determinar, como se verá.

90. Así, claramente, GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 271; ZStW, 80 (1968), 916, 932 y ss.; QUINTERO, *Delitos especiales*, 1974, 79 y ss.; PG, 2.^a, 1989, 548, 55 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 2.^a, 1986, 514.

91. Así, R. MOURULLO, *Comentarios I*, 1972, 822, 827; PEÑARANDA/SUÁREZ, PJ, 27 (1992), 200.

92. Respecto de este matiz, *vid.* mi posición, confrontada con las de otros autores, en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 504 y ss., 680. Ha de tenerse en cuenta sin embargo que sólo me he dedicado a fundamentar con cierto detenimiento por qué en la violación considero que sólo es acción típica nuclear el acceso carnal y no la aplicación de violencia o intimidación; al margen, he hecho alguna consideración en relación con los más graves robos con violencia y poco más, precisamente porque considero que decidir qué acciones son nuclearmente típicas en los supuestos de más de una acción típica (no centrales en el contexto de una concepción de la autoría) requiere un estudio pormenorizado de la correspondiente figura de la parte especial; por ello creo que no supone una crítica contundente —aunque, desde luego, sí digna de tenerse en cuenta en el momento de abordar esos supuestos concretos— a mi construcción de la autoría la que se centre en supuestos de este tipo, como las que realizan CEREZO, «Autoría y participación en el Borrador de Anteproyecto de Código Penal, Parte General, de octubre de 1990», en: *Presupuestos para la Reforma Penal*, Universidad de la Laguna, 1992, 43 y ss. (toma como ejemplos el que sujeta en el asesinato —conducta que puede ser constitutiva de alevosía, elemento típico del asesinato en el art. 406 CP—, el que emplea violencia o intimidación en la violación, y el que realiza los actos de fuerza en el robo con fuerza; CEREZO argumenta también con la injusticia político-crímenal de mi solución en relación con la tentativa de coautoría en el supuesto de la violación, cuestión que escapa ya del marco de este trabajo); y, parcialmente y en relación con el robo con fuerza, PEÑARANDA/SUÁREZ, PJ, 27 (1992), 199 y ss.

93. Sobre ello, ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 488 y ss.

4. Valoración de la teoría del dominio del hecho

Tal vez ese criterio material al que acabo de referirme podría ser el del dominio del hecho, doctrina absolutamente dominante en Alemania⁹⁴ y que goza de una aceptación cada vez mayor en España, hasta el punto de que seguramente hoy ya es doctrina ligeramente dominante sobre la teoría objetivo-formal,⁹⁵ habiendo sido utilizada también en múltiples ocasiones y cada vez con más frecuencia por la jurisprudencia del TS.⁹⁶ Como el presente trabajo se centra en casos de supuesta coautoría limitaré mi análisis a algunas concepciones del dominio del hecho en relación con la coautoría.⁹⁷

a) *La idea del dominio funcional del hecho*

Prescindiendo de otras concepciones que diseñan el dominio del hecho en la coautoría de forma que el mismo, en ocasiones, viene prácticamente a coincidir con el acuerdo previo, cosa que me parece inaceptable, centraré mi atención en la idea mucho más matizada, del dominio funcional, diseñada por ROXIN y aceptada por diversos autores en Alemania y por la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho en España, aunque no siempre se utilice esa terminología.⁹⁸

Extrayendo, para resumir, una frase de la mucho más rica exposición de

94. Amplias referencias a los defensores de la teoría del dominio del hecho en Alemania pueden encontrarse en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 545 y ss.

95. *Vid.* La relación de defensores (que a fecha de hoy habría probablemente que ampliar) contenida en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 561 y ss. Cercana, aunque no idéntica a la teoría del dominio del hecho, es la teoría de la pertenencia del hecho al autor sustentada por MIR PUIG, *PG*, 3.º, 1990 (ya enunciada en *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Jescheck II*, 1981, 914, 934, 949), al que han seguido algunos de sus discípulos: SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», en: *CPC*, 38 (1989), 388, 388 n. 98, entre otros trabajos; CORCOY BIDASOLO/JOSHI JUBERT, «Delitos contra el patrimonio cometidos por medios informáticos», en: *RJC*, 1988-3, 136. Una exposición y valoración crítica de esa teoría la realizó en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 613 y ss. También la idea de la determinación objetiva y positiva del hecho que defendemos LUZÓN PEÑA y yo, a la que más adelante me refiero, está emparentada con la teoría del dominio del hecho.

96. *Vid.* referencias en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 563 y ss.

97. Una exposición y una valoración crítica muy amplias de la teoría del dominio del hecho, en sus diferentes variantes —aunque con especial atención a la caracterización de ROXIN— y en relación con las distintas formas de autoría la he llevado a cabo en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 545 y ss.

98. *Vid.* múltiples referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 651 y ss. Autores como HARDWIG, «Über den Begriff der Täterschaft. Zugleich eine Besprechung der Habilitationschrift von Claus Roxin "Täterschaft und Tatherrschaft"», en: *JZ*, 1965, 667; GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 145; y posteriormente CUERDA RIEZU/RUIZ COLOMER, «La aplicación en España del Derecho Comunitario y el Derecho Penal español: algunas reflexiones. Comentario a la STS (Sala 2.º) de 21 de diciembre de 1988», en: *La Ley*, 1989-2, 371, creen que la idea del dominio funcional del hecho constituye el punto más débil de la construcción de ROXIN.

ROXIN sobre lo que sea el dominio funcional caracterizador de la coautoría en los delitos de dominio,⁹⁹ posee éste y, por tanto «es coautor... todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa».¹⁰⁰ La construcción se basa en las ideas del autor como figura central del acontecer típico, de la división del trabajo y de que, en la manera señalada, cada sujeto no sólo domina su propia aportación, sino que participa en el dominio conjunto del hecho.¹⁰¹ Los concretos elementos del dominio funcional del hecho son el plan común, que no es algo tan estricto como un plan detallado o un acuerdo expreso y previo,¹⁰² la esencialidad de la contribución del sujeto concreto para el éxito del plan común, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía),^{103, 104} y, por fin, que la contribución esencial se produzca en la fase ejecutiva.¹⁰⁵

Antes de valorar la idea del dominio funcional, conviene preguntarse si,

99. Tal exposición puede verse, como he señalado anteriormente, en ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 275-305, 644-651; JA, 1979, 519-526; LK, 11.^a, 1993, 25 nm. 153 y ss. (73 y ss.). Una exposición resumida, con la correspondiente valoración crítica, de la concepción general de ROXIN sobre el dominio del hecho la he abordado en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 583 y ss.; sobre el dominio funcional, especialmente, *op. cit.*, 596 y ss., 651 y ss.

100. ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 280.

101. *Vid.*, p. ej., ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 278 y ss.

102. Así, ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 285; JA, 1979, 519; LK, 11.^a, 1993, § 25 nm. 173 y ss. (81 y ss.)

103. ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 278 y ss., 283, 619, 649; «Sobre la autoría y la participación en el derecho penal» (trad. de E. Bacigalupo), en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, 1970, 67 y ss.; JA, 1979, 523-525; LK, 11.^a, 1993, § 25 nm. 189 y ss. (87 y ss.)

104. Creo que mi resumen (en este y en otros trabajos) de la idea de la esencialidad de la contribución dentro del dominio funcional —y teniendo en cuenta, como lo hago, los demás requisitos del mismo— se corresponde con lo expuesto por ROXIN, y no creo que pueda deducirse que yo identifico dominio del hecho con causalidad; sin embargo, BACIGALUPO, *PJ*, 31 (1993), 37, señala: «DÍAZ CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL entienden el dominio del hecho como causalidad en el sentido de la equivalencia de las condiciones. Es decir, si suprimido mentalmente el aporte el plan no se realiza, el que lo realizó codomina el hecho. Pero esta no es la teoría del dominio del hecho, sino una variedad de las teorías material-objetivas, llamada la *teoría de la necesidad* de la contribución». Al margen de que, como he dicho, la comprensión del dominio del hecho que BACIGALUPO nos atribuye no se corresponde con la que realmente tenemos, hay que precisar que no es fácil compaginar un entendimiento del dominio del hecho como causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones (que no distingue entre las diversas condiciones de un resultado, siendo todas ellas causas del mismo) con una confusión de la teoría del dominio del hecho con la teoría de la necesidad (que parte precisamente de la idea de que es posible distinguir entre condiciones necesarias y no necesarias de un resultado).

105. ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 294-305; *Homenaje-J. Asúa*, 1970, 67 y ss.; JA, 1979, 522 y ss.; LK, 11.^a, 1993, § 25 nm. 179 y ss. (84 y ss.).

en los dos grupos de supuestos planteados, existe dominio funcional y, por tanto, y para quienes acepten este criterio como válido, coautoría.

En los supuestos de la llamada coautoría alternativa, aunque con algunas dudas, me inclino a pensar que tiene razón en sus observaciones, desde la propia idea del dominio funcional, RUDOLPHI y que, por tanto, no habría coautoría de quien se aposta en el camino en el que finalmente la víctima no pasa; esta posición no supone una «concepción demasiado estrecha» del dominio funcional, como cree ROXIN.¹⁰⁶ Y ello porque resulta discutible la esencialidad (entendida como capacidad de desbaratar el plan) *ex ante* de la contribución de ambos sujetos entendida al modo de ROXIN: si, como ROXIN afirma, la retirada de una contribución reduce al 50 % las posibilidades de éxito, entonces no hace necesariamente fracasar el plan, sino sólo eventualmente (queda otro 50 % de posibilidades de éxito). No obstante, con ello no pretendo discutir que la contribución de cada sujeto (al margen de que su retirada haga o no fracasar el plan) sea muy importante *ex ante*; pero creo que tal vez esa contribución esencial se produce sólo en la fase preparatoria y consiste en «estar dispuesto a todo» cada uno de los sujetos, mientras que no es tan segura la esencialidad en fase ejecutiva, pues de hecho quien se aposta en el camino por el que no pasa la víctima parece que no contribuye en ese momento al éxito del plan común; ciertamente frente a ello, se puede alegar, como hemos visto que hace ROXIN, que la espera en el otro camino contribuye al éxito del plan también en la fase ejecutiva por cubrir las eventualidades de «vuelta atrás» de la víctima. Si ello es así, entonces creo, sin embargo, que ROXIN debería admitir la coautoría también en el supuesto de espera en aeropuertos de ciudades distintas, pues también en él es pensable una vuelta atrás o un cambio de destino del avión, por producirse por ejemplo un aviso por radio de que en el primer aeropuerto de destino se ha denunciado la presencia del terrorista. De todas maneras, esta objeción es poco importante, ya que todo depende de cómo configuremos el supuesto y con qué amplitud se esté dispuesto a concebir la fase ejecutiva. Esencial en contra de la admisión de existencia de dominio funcional del hecho en este caso me parece la objeción de RUDOLPHI de que «como punto de referencia del dominio del hecho no se está eligiendo ya el acontecer concreto realizador del tipo, sino un hecho conjunto que va más allá de éste»;¹⁰⁷ con esta objeción tal vez estemos, sin embargo, trascendiendo ya el análisis de la solución del caso y nos hallemos más bien en el de la crítica general de la idea del dominio funcional, a la que enseguida volveré.

106. ROXIN, JA, 1979, 524 y ss.; *Täterschaft*, 5.º, 1990, 650; *LK*, 11.º, 1993, § 25 nm. 188 (87).

107. RUDOLPHI, *Bockelmann-Fs*, 1979, 381.

En los supuestos de la llamada coautoría aditiva, me parece también dudosa la esencialidad de la contribución¹⁰⁸ de cada intervintente, y creo que no me baso para señalar esta duda en una «contemplación *ex post*», que estima ROXIN que es la razón por la que no le alcanza la crítica de HERZBERG.¹⁰⁹ Realmente, la retirada de la contribución de un sujeto no es tampoco *ex ante* esencial en el sentido de ROXIN porque, si se retira la misma, no fracasa todo el plan, sino que hay un punto menos de seguridad de éxito; o dicho de otro modo, la contribución de cada uno no es requisito de la posibilidad de éxito del plan, sino que, como el mismo ROXIN señala,¹¹⁰ simplemente lo hace «más probable»; pero eso ocurre en casi todos los casos de participación. Los propios conjurados saben *ex ante* que en la fase ejecutiva algunos no ejercerán influencia en absoluto en el resultado. En resumen, parece que, desde el punto de vista de la autoría (no entro aún en el terreno de la participación), el supuesto recuerda más a la superposición de acciones individuales (pluriautoría) que a una acción conjunta basada en la división del trabajo. Sólo los problemas probatorios hacen que quien dio mortalmente en el blanco (o los que conjuntamente hirieron de forma mortal) no responda(n) como (co)autor(es) por el delito consumado. Pero creo que intentar resolver los problemas probatorios construyendo una coautoría de todos los conjurados no es un expediente adecuado; afirmar que todos son coautores porque *ex ante* estaban todos en la misma posición de dominio tal vez sea confundir dominio real con dominio potencial, y poder dominar no es todavía dominar.¹¹¹

Sea como sea lo anterior, he de decir que la razón fundamental por la que no me parece convincente la argumentación de la coautoría a través del dominio funcional en los supuestos que nos ocupan es que considero insuficiente el criterio del dominio funcional para fundamentar con carácter general la coautoría, desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor desarrollado de forma estricta que he adoptado. Considero requisito necesario para poder hablar de coautoría la existencia de un acuerdo de voluntades, entendido como una especie de dolo común, porque sólo así se respeta el principio de

108. Duda de que se dé la esencialidad de la contribución, entendida en el sentido de ROXIN, en el ejemplo de «coautoría» aditiva que manejamos HERLITZ, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin*, 1992, 373 (en el marco de una crítica general de la idea del dominio funcional del hecho: *op. cit.*, 368 y ss.).

109. ROXIN, JA, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 649; *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 159 (76).

110. ROXIN, JA, 1979, 524; *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 649 (aquí señala que de cada uno de los que disparan «podría depender el éxito» —el subrayado es mío—); *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 159 (76).

111. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 687. Sobre el dominio potencial, *op. cit.*, 599 y ss.

responsabilidad subjetiva (mal llamado de culpabilidad)¹¹² y, sobre todo, porque es el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos lo que permite hablar de una *acción conjunta* que supera a las acciones parciales de cada uno, si bien esto no es suficiente para sustentar ya la coautoría, pues el siguiente paso será contrastar si esa acción conjunta es una acción de autoría (nuclearmente típica, por tanto).¹¹³

En cuanto a la esencialidad de la contribución, al margen de que es dudoso que en algunos ejemplos de coautoría de los que ofrece ROXIN se pueda hablar de «figura central»,¹¹⁴ y de las dificultades en la determinación de cuándo hay esencialidad,¹¹⁵ que no invalidan por sí solas el criterio del dominio funcional, lo fundamental es que la esencialidad de la que habla ROXIN no confiere al sujeto un dominio del hecho «con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato», en palabras de GIMBERNAT,¹¹⁶ o, más concretamente, como señala LUZÓN PEÑA,¹¹⁷ el dominio que confiere la prestación de cualquier contribución esencial es puramente negativo (aunque más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva). El que realiza una aportación esencial, lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el «si» del hecho, detenta un poder sobre el «no», sobre la «no producción» del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo, por mucho que el sujeto vigile y vigilie, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otro la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente, sin embargo, el robo. Entre ellos hay, por tanto, una diferencia de grado de

112. Sobre la denominación de ese principio, *vid.*, entre otros, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sus titutivos penales*, 1979, 44 n. 93; siguiéndole, DE VICENTE REMESAL, «Violación-estupro: error sobre la edad de 12 años», en: *CPC*, 28 (1986), 96 y ss. y n. 40 de esas pp.; DÍAZ Y GARCÍA, «Algunas consideraciones sobre el tipo de apoderamiento de determinados objetos destinados al servicio público (Art. 249, 2.º CP. A propósito de la línea jurisprudencial que arranca de la STS 8-11-1988)», en: *PJ*, 16 (1989), 188 n. 12.

113. Más detenidamente, sobre el papel que asigno al acuerdo en la coautoría, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 653 y ss.

114. Aunque en mi opinión ello es en gran medida irrelevante. *Vid.* al respecto la crítica a ROXIN señalada en el texto ejercida por GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 146 y ss., y mi opinión al respecto: DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 667.

115. En este sentido, acusando a ROXIN de una vuelta a la antigua teoría de la necesidad, GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 149; similar, JAKOBS, *AT*, 1983, 515 y ss. Defendiendo el criterio de ROXIN frente a la crítica de GIMBERNAT, CEREZO, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», en: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, 177 y ss. (el trabajo está publicado en alemán: «Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft», en: *Welzel-Fs*, 1974, 635 y ss.). Relativizando la crítica de GIMBERNAT, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 668 y ss.

116. GIMBERNAT, *ZStW*, 80 (1968), 933 y ss.

117. LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 205 y ss., 206 n. 23. Destacan también el carácter meramente negativo del dominio funcional del hecho VALDAGUA, «Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten», en: *ZStW*, 98 (1986), 871 (en este caso, desde dentro de la teoría del dominio del hecho y considerándolo suficiente para fundamentar la coautoría); PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ*, 27 (1992), 197.

dominio, que, desde la perspectiva por mí adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas.¹¹⁸ Será la de quien domine positivamente el hecho la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, esa será la conducta de autoría.¹¹⁹

Por fin, el requisito de actuación en fase ejecutiva es, en principio y como señala GIMBERNAT,¹²⁰ en cierta medida contradictorio con la idea de ROXIN de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con sólo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria.¹²¹ Realmente creo que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente RUDOLPHI al referirse a la «adscripción al tipo» (*Tatbestandbezogenheit*) del concepto de dominio

118. Esta es la importancia que tiene que el dominio del hecho sea negativo o positivo, naturalmente desde mi perspectiva de un concepto restrictivo de autor (que, como he dicho, no es el único posible y tolerable) que conserve al máximo sus ventajas. Aunque creo que la idea estaba expresada sin ambigüedad en mis anteriores trabajos, la aclaro expresamente a la vista de que BACIGALUPO, *PJ*, 31 (1993), 37 y ss., en relación con esta idea (y en referencia a mi trabajo conjunto con DE VICENTE ya cit.), estima que «no se comprende qué importancia tiene que el dominio del hecho sea “negativo” o “positivo”» (p. 37). Estima, además, BACIGALUPO, *PJ*, 31 (1993), 37, que «la teoría del dominio del hecho no conduce a un dominio negativo en la forma en que lo postulan DÍAZ CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL, pues lo que configura la realización concreta del hecho es el aporte positivo del participante y no la omisión de su retirada. En este sentido, es evidente que el que sujeta a la víctima del homicidio o la lesiona, domina positivamente el hecho, pues hace algo que configura el hecho en su realización». Al respecto creo que la utilización de los términos «positivo» y «negativo» es una cuestión convencional y tal vez BACIGALUPO y yo no hablamos de lo mismo; ciertamente, todos los que realizan una aportación no absolutamente ineficaz —no sólo los supuestos «evidentes» citados por BACIGALUPO— configuran el hecho (si no, el hecho sería otro), pero, si esa configuración es el dominio del hecho (yo no lo creo así), entonces sí nos acercaríamos a la comprensión del mismo en un sentido muy cercano a la causalidad tal y como la entiende la teoría de la equivalencia de las condiciones; también cabría conceder a BACIGALUPO que todos los sujetos que realizan esas aportaciones poseen un dominio positivo del hecho, pero que en unos casos es un dominio de mayor grado que en otros. De todas formas, creo que la terminología «dominio positivo» y «dominio negativo» es expresiva y que la idea de la esencialidad en el dominio funcional supone un dominio negativo, pues es el propio ROXIN, *Täterschaft*, 5.^a, 1990, 278, quien (implícitamente) lo confirma: «Para ambos (*scil.* coautores) la situación es, por tanto, la misma: sólo pueden realizar su plan en tanto actúen conjuntamente, pero cada uno puede desbaratar el plan retirando su contribución al hecho. Por eso tiene el hecho en sus manos».

119. Mi argumentación respecto del carácter meramente negativo del dominio funcional puede verse en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 669 y ss., 675 y ss.

120. GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 149 y ss.

121. En este sentido se puede entender la (algo exagerada en sus términos) crítica de LESCH, *GA*, 1994, 124 y ss. a la exigencia de actuación en fase ejecutiva también por parte de BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 90. BOTTKE, como los autores que con ROXIN sustentan esa exigencia, fuerza su concepto de (co)autoría con este requisito para no alejar la coautoría de la realización típica; para quienes como LESCH, *GA*, 1994, 118 (con especial claridad), no identifiquen (co)autoría y realización típica la exigencia de actuación en fase ejecutiva pierde sentido.

del hecho en la coautoría.¹²² Pero, en definitiva, y desde mi perspectiva, la exigencia de actuación en fase ejecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones que quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila en un robo y quien toma la cosa; más bien creo, como he venido señalando, que guardan una relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores.¹²³

En definitiva, la idea del dominio funcional no me parece adecuada para caracterizar la coautoría, porque amplía (aunque de manera más tolerable que otras concepciones menos exigentes en materia de coautoría) el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo, perdiéndose con ello en parte las ventajas que hacían aconsejable optar por un concepto restrictivo de autor.¹²⁴

b) *La idea del dominio configurativo de BOTTKE*

Lo dicho respecto del dominio funcional debería valer en cuanto a la resolución de los casos de coautoría aditiva que BOTTKE propone fundamentar en su idea del dominio configurativo, pues el mismo BOTTKE, como sabemos, resalta la coincidencia con el dominio funcional. Aunque no es este el lugar oportuno para hacer una valoración a fondo del conjunto de la concepción de BOTTKE sobre la autoría, dada la riqueza de contenidos de la misma y la fundamentación de filosofía del lenguaje y desde el prisma de la legitimación democrática del Derecho penal que el autor alemán le procura,¹²⁵ que justificarían un análisis más detenido del que aquí se puede

122. RUDOLPHI, *Bockelmann-Fs*, 1979, 369-387 (*passim*); la preocupación de este autor porque la autoría, de la clase que sea, no rebase el ámbito de lo típico, se observa también en su trabajo «*Täterschaft und Teilnahme bei der Strafvereitelung*», en: *Kleinknecht-Fs*, 1985, 383. La idea de la adscripción al tipo (*Tatbestandsbezogenheit*) ha sido adoptada literalmente por BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 369.

123. *Vid.* mi valoración del requisito de la actuación en fase ejecutiva en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 672 y ss. Por cierto, tal valoración no consiste —como parece deducirse de la observación que me hace BACIGALUPO, *PJ*, 31 (1993), 38— en reprimir a quienes defienden este requisito el dejar fuera del concepto de coautor a quienes realizan contribuciones en fase preparatoria (me parece preferible exigir este requisito que prescindir de él), sino en mostrarlo como exponente de las dificultades de compaginar la idea del dominio basado en la esencialidad de la contribución y la adscripción de la coautoría (como auténtica autoría) al tipo (a la realización típica).

124. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 675 y ss. (entre otras pp.); *vid.* también, en sentido similar, COBO/VIVES, *PG*, 3.º, 1990, 571.

125. El esfuerzo de BOTTKE por fundamentar desde la filosofía del lenguaje y como base de una concepción democrática del Derecho penal su concepción de la autoría recorre toda su obra *Täterschaft*, 1992; *vid.*, expresamente sus presupuestos, en *op. cit.*, 9 y ss.

abordar.¹²⁶ Sin embargo, sin que con ello quiera decir que se produce una vuelta a las viejas argumentaciones sobre la naturaleza de las cosas, las concepciones populares o el lenguaje común, que no han sido demasiado productivas en sede de autoría,¹²⁷ tal vez habría que meditar si la referencia —incluso una referencia no simplista, sino fundamentada, como la de BOTTKE— a la naturaleza de las cosas y al lenguaje cotidiano en Derecho penal no debería agotarse en el cumplimiento de una función limitativa (en un desarrollo adecuado —y no tan «literalista» o «de Diccionario» como a veces realizamos los penalistas— por tanto, de la vieja idea del límite interpretativo supuesto por el tenor literal de los tipos), siendo ya más difícil sustentar un papel creativo o fundamentador de esos fenómenos para la dogmática del Derecho penal. Tal vez se deba a las diferencias entre idiomas, pero no me parece tan evidente como a BOTTKE que en el ejemplo de actuación aditiva todos los conjurados «maten conjuntamente», porque no sólo «co-disparan» o disparan juntos, sino que «co-fusilan»; es cierto probablemente que el hecho no se puede contemplar *sólo* como un conjunto de disparos aislados y que existe una conexión entre unos y otros (conexión que, como veremos, en mi opinión fundamenta una forma de participación), que tal vez permita hablar de co-fusilar o de fusilamiento conjunto, pero que esto equivalga a co-matar o matar conjuntamente —que es precisamente lo que exigiría el tipo del homicidio o el asesinato en la coautoría— no resulta evidente en el idioma español.¹²⁸

5. Valoración de la posición de HERZBERG (la igualdad de rango y el carácter constitutivo del § 25 II StGB)

Como señala el propio ROXIN, la solución de HERZBERG de los casos de la llamada coautoría aditiva no supone una diferencia con la de ROXIN, más allá

126. La monografía de BOTTKE (*Täterschaft*, 1992) y su concepción de la autoría es el objeto del ya citado trabajo de LESCH, *GA*, 1994, 112-127, quien se muestra (dura y radicalmente) crítico con la misma; más allá de la crítica, el trabajo de LESCH apunta algunas ideas que estimo muy interesantes, cuya consideración detenida no puede ser abordada aquí (*vid.*, p. ej., sus reflexiones sobre la autoría y la participación en el delito imprudente: LESCH, *GA*, 1994, 119-122).

127. *Vid.* mi opinión al respecto en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 145 y ss., 460 y ss., entre otras pp.

128. A lo largo de todo el trabajo que LESCH dedica a criticar la concepción de BOTTKE se pone en tela de juicio el excesivo valor que este último da a la naturaleza de las cosas y al lenguaje cotidiano, advirtiendo con frecuencia que BOTTKE no atiende de manera suficiente (sobre todo en el marco de un trabajo que pretende orientarse hacia un Derecho penal común europeo) a las peculiaridades de cada idioma; LESCH cita al respecto en varias ocasiones los diferentes significados de la palabra «autor» en español (*vid.* LESCH, *GA*, 1994, 114 y ss., 122 y ss.); también destaca LESCH, *GA*, 1994, 113, las diferencias de regulación de las formas de intervención en diferentes ordenamientos europeos.

de la «divergencia terminológica». ¹²⁹ Efectivamente, me parece que, trascendiendo los casos planteados, desde la perspectiva que he adoptado es insuficiente la remisión por HERZBERG a la igualdad de rango o importancia *ex ante* de los coautores, pues en numerosos casos ignora precisamente la diferencia existente entre quien domina el hecho de forma negativa y quien lo hace de manera positiva, es decir, remite a una falsa igualdad de rango. ¹³⁰ Interesante me parece la referencia de HERZBERG al carácter constitutivo del § 25 II StGB, pues supone una declaración expresa de que el concepto de autoría que se maneja en la coautoría constituye una extensión —según HERZBERG legalmente sancionada, eso sí— del concepto de autor derivado de los tipos, que es el que realmente responde a un concepto restrictivo de autor que conserve sus principales ventajas. ¹³¹

6. Valoración de la construcción normativa de STEIN

Como se habrá comprobado por lo que hasta aquí llevo dicho, la fundamentación normativa de su construcción que pretende STEIN no está demasiado alejada en su núcleo de la que yo he propuesto. STEIN relaciona las diferentes formas de intervención con distintas normas de conducta que se caracterizan por su diferente grado de perentoriedad o urgencia (*Dringlichkeit*). ¹³² La mayor perentoriedad correspondería a las normas de conducta de autoría, que son distintas según la forma de autoría, pero igual de perentorias, ¹³³ frente a las cuales las normas de conducta de participación tienen en común el «que su peligrosidad se opera a través del comportamiento futuro de otro contrario al deber, estando este comportamiento del sujeto de delante prohibido por un deber de comportamiento completo y poseyendo aquél (*scil.* el sujeto de delante) una capacidad completa de cumplimiento del deber. Precisamente con ello se erige una “barrera de protección” relativamente estable para el objeto del bien jurídico mediante el deber impuesto al sujeto de delante, de modo que sería con seguridad defendible también el dotar a las normas de conducta de participación con carácter general de una menor perentoriedad.

129. Así, ROXIN, JA, 1979, 524.

130. Al respecto, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 671 y ss., con referencia también a otros autores.

131. Así, en referencia a HERZBERG y a otros autores, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 676. En definitiva, ese carácter constitutivo que HERZBERG atribuye al § 25 II StGB sería el mismo que atribuyen al art. 14, I.º CP R. MOURULLO y PEÑARANDA/SUÁREZ, según hemos visto anteriormente (aunque, como sabemos, el criterio que estos autores utilizan para caracterizar la coautoría es distinto del de HERZBERG).

132. *Vid.* STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 238-261 y *passim*.

133. Así, expresamente, STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 239.

dad»,¹³⁴ posibilidad de la que no habría hecho uso el StGB al dotar del mismo grado de perentoriedad a las normas de la inducción (pues el § 26 conmina con la misma pena la inducción que la autoría) y sí respecto de la complicidad (en que hay una rebaja obligatoria de pena, según el § 27).¹³⁵ Sin entrar en una valoración en detalle de esta postura,¹³⁶ diré que, en mi opinión, STEIN está confundiendo consideraciones de magnitud de pena con las del propio carácter distintivo de la autoría: la mayor urgencia o perentoriedad de la prohibición de la autoría se muestra, en mi opinión, también frente a la inducción, en que la responsabilidad del autor no está sometida al principio de accesoriedad limitada, al contrario que la del partícipe (incluido el inductor).¹³⁷ Por otro lado, creo que STEIN se queda corto, pues no basta con ofrecer un fundamento normativo más o menos convincente de las formas de intervención en el delito, sino que es conveniente y posible ofrecer algún criterio material con cierto carácter general practicable a la hora de distinguir entre autoría y participación, criterio que se echa de menos en STEIN.

En cuanto al modo en que STEIN concibe la coautoría, éste es ciertamente peculiar. Para él, «las normas de conducta de la coautoría comprenden aquellos modos (prohibidos) de comportamiento, cuya peligrosidad se produce a través de la conducta futura de un sujeto que actúa delante, al cual se le impone un deber de conducta completo, y que posee íntegra capacidad de cumplimiento del deber, pero en el cual el proceso de motivación está, sin embargo, por otro lado tan avanzado en la dirección de la infracción del deber y la conducta contraria al deber planeada es ya tan inminente, que el deber no tiene prácticamente probabilidad alguna de desplegar su eficacia determinadora»;¹³⁸ por ello, STEIN estima que la frontera entre la coautoría y la participación coincide aproximadamente con la que existe entre actos preparatorios y acciones de tentativa del autor individual que realiza todos los actos por sí

134. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 241.

135. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 241-247.

136. Una exposición y una valoración algo más amplias de la construcción de STEIN puede hallarse en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 660 y ss., 700 y ss. *Vid.* también la crítica, con la que no siempre estoy de acuerdo, de ROXIN, *Täterschaft*, 52, 1990, 625 y ss.; *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nm. 13 (16), 161 (77); CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, antes del § 25 nm. 68 (412); por su parte, WESSELS, *AT*, 22.^a, 1992, 153, considera acertadas las objeciones de ROXIN y CRAMER. Mi fundamental discrepancia con la crítica de estos autores es su consideración de que es imposible hacer distinciones relativas a la perentoriedad en la prohibición de comportamientos (un comportamiento estaría prohibido o no, no más o menos prohibido), consideración que, de manera similar, ahora también quiere hacer valer LESCH, *GA*, 1994, 115, contra la concepción de la autoría de BOTTEKE. Y discrepo no tanto en cuanto a lo que se achaca a STEIN, en lo que seguramente, al menos en parte, tienen razón estos autores, sino de la validez general de una crítica a la distinción en cuanto a la perentoriedad de la prohibición —que, por tanto, podría afectar también a mi fundamentación de la autoría restrictiva—; *vid.* al respecto, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 705.

137. DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 703 y ss.

138. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 322.

mismo,¹³⁹ lo que le lleva a coincidir en los resultados en gran medida, según creo, con la antigua teoría de la simultaneidad,¹⁴⁰ pues el criterio de distinción es más bien de carácter temporal (entre fase preparatoria y fase ejecutiva) que de contenido material de la conducta del sujeto (como lo sería si se fijara en si éste realiza acciones auténticamente ejecutivas o no), rechazando STEIN tanto la exigencia de plan común como la de esencialidad de la contribución.¹⁴¹

Este modo de comprensión de la coautoría, en que ésta se refiere siempre a un sujeto que actúa detrás del autor inmediato (incluso si varios sujetos actúan a la vez, estarían actuando «detrás» según STEIN)¹⁴² probablemente explique la negación por este autor de coautoría en los casos de actuación alternativa y actuación aditiva, pues en ellos el peligro de la actuación del sujeto no pasa a través de la actuación de otro (el autor inmediato), aunque sería discutible la referencia a la lejanía temporal entre las acciones para negar la coautoría en el supuesto de actuación alternativa que propone como posible realización del peligro en el modo de la coautoría (y que conocemos: inducción al otro, mediante la ocupación por el primero de su propio puesto, a que actúe según lo acordado). Pero, como ha señalado con acierto ROXIN,¹⁴³ el contemplar al coautor siempre como sujeto que actúa detrás de otro (en el fondo, concebir la coautoría como una especie de autoría mediata disminuida en cuanto pasa por la actuación libre, consciente y responsable de un tercero)¹⁴⁴ y no como sujeto responsable por sus propias acciones en fase ejecutiva resulta un pensamiento extraño, y se ignora, además, que en esa fase ejecutiva el deber todavía puede cumplir su función motivadora en relación con el desistimiento; pensamiento extraño, en mi opinión, si, como considero correcto, la coautoría, como toda forma de autoría, se fundamenta en la realización del tipo. Además, como ya he señalado anteriormente, no toda acción ejecutiva —y mucho menos, por tanto, toda acción realizada en fase ejecutiva— es acción de autoría, desde la perspectiva que he adoptado. En definitiva, la estructura de la coautoría que propone STEIN me parece más adecuada para una forma de participación (especialmente grave, si se quiere) que para una forma de auténtica autoría restrictiva.¹⁴⁵

139. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 405.

140. *Vid.* mi opinión sobre ella en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 538 y ss.

141. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 326 y ss.

142. STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 330.

143. ROXIN, *LK*, 11.^a, 1993, § 25 nn. 161 (77).

144. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 663.

145. En relación con el concepto de coautoría de STEIN, con algunas de estas observaciones y otras más, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 660 y ss.

7. La realización conjunta de la acción típica nuclear y la idea de la determinación (o dominio) positiva compartida o conjunta del hecho como característica de la coautoría

Ya he señalado que, desde una perspectiva que pretenda respetar al máximo las ventajas de un concepto restrictivo de autor, me parece que la autoría no puede ser otra cosa que la realización del correspondiente tipo de la parte especial. Coincido por ello, matices al margen, con una de las versiones de la teoría objetivo-formal. Pero, en los delitos puramente resultativos, es necesario, además, un criterio material que indique tal realización. El criterio más adecuado para ello es, en mi opinión, el propuesto por LUZÓN PEÑA, tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes, de la determinación objetiva y positiva del hecho,¹⁴⁶ si es que se entiende, lo que me parece dudosos, que lingüísticamente resulta imposible o forzado hablar de dominio objetivo del hecho.¹⁴⁷ La determinación *del hecho* o *del curso* del hecho no debe confundirse con la determinación *al hecho* (en el sentido del inductor, por ejemplo). Autor sería el sujeto que (solo, a través de otro o junto con otros) determina positiva (y objetivamente) el hecho, la producción del resultado, es decir, puede decidir positivamente el sí y el cómo de la misma. Con ello se caracteriza a la persona o personas que ejercen el más alto grado de control sobre el acontecer típico (mayor que quienes no lo dominan, pero también mayor que quienes lo dominan sólo negativamente) y, por tanto, que de modo más directo se enfrentan a la prohibición o mandato típicos.

Lo dicho ha de valer para toda forma de autoría que verdaderamente lo sea. La acción típica, determinadora positivamente del hecho, es básicamente la misma en la autoría inmediata, mediata y en la coautoría; sólo que en cada forma de autoría se realiza de una manera distinta (en la autoría mediata y la coautoría es necesario acudir a principios estructurales que expliquen por qué y cuándo es posible realizar acciones a través de otro o junto con otros). En la coautoría se trataría de la realización conjunta de la acción típica nuclear por más de un sujeto, lo que se concreta en los delitos puramente resultativos mediante el criterio de la determinación positiva conjunta del hecho.¹⁴⁸ El

146. Al respecto, *vid. LUZÓN PEÑA, Estudios Penales*, 1991, 197 y ss. (*passim*); ya antes, «Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales (Comentario a la Sentencia TS 27-1-1984)», en: *Derecho Penal de la Circulación*, 22, 1990, 88 y ss. Mi defensa del criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, puede verse, entre otros trabajos, en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 631 y ss., 677 y ss., entre otras muchas pp.

147. Al respecto, *vid. LUZÓN PEÑA, Estudios Penales*, 1991, 203 y ss.

148. Sobre esta, resumidamente, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 677 y ss., 690.

acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen. Pero ello no es suficiente para hablar de coautoría, pues también explica acciones conjuntas de coparticipación y podría hablarse incluso de un hecho conjunto de todos los intervenientes en la empresa delictiva en la línea de un concepto unitario de autor.¹⁴⁹ Por tanto, para que esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica nuclear, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos.¹⁵⁰

Este concepto de coautoría es claramente más restrictivo que los que normalmente se defienden en la doctrina,¹⁵¹ y sólo alcanzaría a los supuestos de *actuación correlativa* de varios sujetos de los que sólo del conjunto (y no ya de alguno de sus individuos) pueda decirse que realiza la acción típica nuclear o determinante positivamente del hecho.

149. Así, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 524 y ss., 652. De acuerdo conmigo, PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ*, 27 (1992), 201. En sentido similar, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2.º, 1975, 505; BLOY, *Beteiligungsform*, 1985, 367.

150. Así, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 653 n. 381, 677, 690, entre otras pp.

151. Así lo señalo p. ej. en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 677; también, respecto de mi concepción de la coautoría, PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ*, 27 (1992), 198. Estos autores, aun reconociendo el carácter restrictivo de mi construcción, han señalado (PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ*, 27, 1992, 198 y ss.), con gran agudeza y exemplificando con distintos supuestos que yo mismo he propuesto en mi monografía sobre la autoría, que tampoco el concepto de coautor que mantengo se corresponde con quien realiza el correspondiente tipo de la parte especial (o la acción típica nuclear del mismo) y, por tanto, también resulta extensivo de la tipicidad (*vid.* también, aunque no en relación con mi concepción, las interesantes observaciones de LESCH, *GA*, 1994, 118, 125), sucediendo, además, que cada coautor (entendido como yo lo hago) no domina positivamente el hecho; la coautoría, aun entendida a mi manera, no podría prescindir de la idea de la imputación recíproca. Aunque las observaciones merecen una atención que en este trabajo no puedo prestarles, señalaré que efectivamente acepto la idea de la imputación recíproca (basada en la existencia de un plan común con división del trabajo o acumulación de esfuerzos) en la coautoría, pero evidentemente lo hago de forma más limitada que las otras construcciones, pues sigo exigiendo (como en toda forma de autoría) que la acción realizada sea la típica nuclear, la determinante positivamente del hecho; cuando digo que toda forma de autoría debe ser realización de la acción típica nuclear no quiero decir que todas las formas de autoría sean variantes de la autoría inmediata individual; precisamente el poder decir que el autor mediato y el coautor realizan la acción típica nuclear requiere acudir a explicaciones estructurales (si se quiere, a criterios de imputación) que permitan hablar de actuación a través de otro (autoría mediata) o de actuación conjunta de varios (coautoría). En la coautoría, cada coautor *por sí solo* no realiza la acción típica nuclear ni determina positivamente el hecho, pero sólo del conjunto de los verdaderos coautores (no de sólo alguno de ellos, pero tampoco de ellos y además de otros intervenientes con tareas acordadas en un plan) se puede decir que determina positivamente el hecho (en ese sentido hablo de realización *conjunta* de la acción típica nuclear y de determinación positiva compartida o conjunta del hecho). Por otro lado, creo que el tenor de los tipos de la parte especial no impide incluir directamente en ellos la coautoría, tal y como yo la entiendo, pues tal tenor no impone que la acción típica haya de ser realizada por un solo sujeto —ni tampoco de propia mano— (*vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 95 y ss., entre otros lugares).

8. Ni la «coautoría» alternativa ni la aditiva son coautoría, sino participación

Por tanto, en mi opinión, ni la llamada coautoría alternativa ni la llamada coautoría aditiva son auténticos supuestos de coautoría.

En la actuación alternativa, el dominio positivo del hecho de matar lo tiene por sí solo quien espera en el camino por el que pasa la víctima y dispara sobre ella (autor inmediato individual). El mostrarse decidido a matar no es lo mismo que matar. Que sea el azar el que haya decidido que uno se aposte en un camino y otro en otro y que, por tanto, el azar haya decidido por fin quién mata, quién es autor es algo que no varía la situación objetiva, pues se pueden construir casos (no es el presente) en que el azar determine incluso que quien se muestra dispuesto a todo no responda penalmente en absoluto.¹⁵²

En cuanto a los supuestos de actuación aditiva, la que realmente ha determinado positivamente la muerte es la acción de quien dio en el blanco (o el conjunto de disparos que produjera la herida mortal). Es un supuesto de autoría individual (o conjunta en el supuesto de herida mortal producida por varias balas) de delito consumado, a la que sin duda se suman varias conductas de autoría individual de tentativa (acabada) de delito (delito frustrado en el Derecho penal español) de homicidio o asesinato. Sólo el problema probatorio (cuando lo haya)¹⁵³ impedirá castigar al autor del delito consumado como tal, pero no se puede suplir, en mi opinión, esa dificultad en la prueba con el expediente de la coautoría.¹⁵⁴

La negación de la coautoría en ambos casos no implica la falta de responsabilidad penal, en relación con el delito consumado, de quienes no son autores (o no ha podido demostrarse que lo sean) del mismo, pues creo que a dichos sujetos se les puede castigar como partícipes en tal delito, y, por cierto, con la misma pena que el autor, en el Derecho español, como enseguida trataré de demostrar.

152. Esta argumentación, en relación con los supuestos de actuación alternativa, en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 684. Sobre el papel del azar en relación con la responsabilidad penal y la autoría, *vid.* GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 79-81; DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 391 y ss., 392 n. 79.

153. En la discusión de los supuestos de actuación aditiva se piensa en casos en que no está probado, p. ej., de quién o quiénes partió la bala o balas que hirieron mortalmente al sujeto, pero es evidente que las técnicas probatorias (balísticas, p. ej.) pueden en ocasiones determinar claramente quién disparó esa bala o balas y quién, sin embargo, no dio en el blanco, o acertó pero produjo una herida que, ni por sí sola ni en conjunto con otra u otras, resultó mortal. En estos supuestos, será claro quién es el autor individual (o los coautores, en su caso) de la muerte; y convendría preguntarse si quienes en nuestros ejemplos consideran que todos los que actúan aditivamente son coautores de delito consumado seguirían manteniendo esa calificación respecto de quienes se sabe con seguridad que no acertaron en el blanco (o acertaron sin eficacia mortal).

154. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 687.

V. EL CARÁCTER INSATISFACTORIO DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN: LA EXTENSIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR

Tal vez el castigo de todos los conjurados como autores de delito intentando no resulte demasiado insatisfactorio en el Derecho penal alemán, pues el § 23 II StGB establece sólo una rebaja facultativa de la pena del delito consumado para la tentativa (al contrario que el Derecho español, que establece, en el art. 52 CP, una rebaja obligatoria en uno o dos grados para la tentativa de delito y, en el art. 51 CP, de un grado para el delito frustrado), rebaja que el juez podría no apreciar en nuestro supuesto, llegándose así para todos a la misma pena que en la coautoría del delito consumado. Pero, al margen de que esta sería una solución que quedaría al arbitrio judicial, ha de tenerse en cuenta que el castigo de la tentativa sólo es general, según el § 23 I StGB, en los delitos graves (*Verbrechen*) y no en los leves (*Vergehen*), en que también se puede presentar el supuesto de actuación aditiva.

Por lo demás, castigar, en nuestros casos de actuación alternativa o aditiva, a quien no es autor individual a través de otra forma de participación en el delito consumado, supone tenerlo que hacer, en el Derecho alemán, como cómplices, con la consecuencia de la rebaja obligatoria de pena a los mismos respecto del autor (art. 27 II StGB), solución que, en estos y en otros muchos casos, se considera insatisfactoria por la importancia de la colaboración prestada por esos sujetos. Ello explicaría —e incluso podría hacer tolerable, si se mantiene dentro de determinados límites—¹⁵⁵ la extensión de la autoría que en general la doctrina alemana opera en materia de coautoría,¹⁵⁶ extensión que, con un reconocimiento más o menos abierto, sí se admite a menudo mediante circunloquios, como es, entre otros,¹⁵⁷ el utilizado por HERZBERG de la referencia al carácter constitutivo del 25 II StGB.¹⁵⁸ Además, esta interpretación extensiva se ve posibilitada por la vaga dicción del § 25 II StGB que habla de «comisión conjunta del delito».¹⁵⁹

155. Como los que señalan los seguidores de la idea del dominio funcional.

156. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 676 y ss.

157. Así, las explicaciones de diversos autores alemanes y españoles que recojo en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 676. También podrían denotar ese carácter extensivo de la coautoría expresiones como la utilizada por RUDOLPHI —quien no es precisamente un autor con un concepto muy extensivo de coautoría— al preguntarse, en los supuestos de actuación alternativa, como señalé en una nota al comienzo del trabajo, si en ellos se puede hablar de «coautoría de B en el delito de homicidio de A», forma de expresión que parece recordar más a la utilizada cuando se habla de la participación en hecho ajeno.

158. En otro contexto, pero de manera similar, se refiere al carácter constitutivo del 25 II StGB KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, 60 y ss., quien alude al carácter material de participación que posee la coautoría.

159. Así lo señalo en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 677 n. 461; *vid.* también *op. cit.*, 746 n. 87.

VI. EL CARÁCTER SATISFACTORIO DE LA SOLUCIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: LA VARIEDAD DE FORMAS DE PARTICIPACIÓN

1. Planteamiento

Las cosas se presentan de otra forma, sin embargo, en el Derecho penal español. Según creo, toda clase de autoría se desprende directamente de los tipos de la parte especial.¹⁶⁰ El CP contiene varias figuras de participación; una de ellas, la complicidad o cooperación no necesaria, está conminada con pena inferior en grado a la del autor (art. 16 y 53 CP). Pero existen otras tres figuras que, en mi opinión, son también de participación en sentido estricto y que conminan la conducta de ciertos intervenientes con la misma pena del autor, y, además, creo que se pueden encontrar razones de merecimiento y necesidad de pena (aplicadas aquí a la magnitud del marco penal, no al carácter autónomo o accesorio de la responsabilidad penal) que justifican por qué ello es así. Se trata de las figuras del art. 14 CP,¹⁶¹ que enumero muy resumidamente.¹⁶²

El art. 14,1.^º se refiere a «los que toman parte directa en la ejecución del hecho» y creo que comprende a los que denomino *cooperadores ejecutivos*, sujetos que realizan acciones ejecutivas no típicas, típicas no nucleares o, en los delitos especiales, a los *extranei* que, junto a los *intranei*, realizan acciones típicas nucleares. La razón de la equiparación de pena al autor podría radicar en la proximidad de esas acciones a la realización típica, que implicaría una alta peligrosidad de las mismas (en cuanto hacen más difícil en ese estadio la evitación del peligro principal prevenido por la norma), incluso sin necesidad de comprobar su importancia en el caso concreto.¹⁶³

160. Esta opinión no es en absoluto doctrina unánime en España; al respecto, *vid. Díaz y García, Autoría*, 1991, 708 y ss.

161. Con excepción de la figura del forzar a otro del primer inciso del art. 14,2.^º CP, en cuya interpretación aquí no me detendré. *Vid.*, al respecto, ampliamente, *Díaz y García, Autoría*, 1991, 720 y ss.

162. Además de las citas que siguen, una síntesis de mis opiniones sobre las formas concretas de participación del CP puede verse en las voces «Cooperación ejecutiva», «cooperación necesaria y complicidad», e «Inducción», en: *Encyclopedie Jurídica Civitas*, 1995, (donde también he elaborado la voz «Participación», dedicada a cuestiones generales de ésta).

163. Esta concepción del art. 14,1.^º es minoritaria. Sobre ella y algunos otros aspectos del art. 14,1.^º CP me remito a *Díaz y García, Autoría*, 1991, 532 y ss., 639, 715 y ss., 719, entre otras pp. En relación con mi concepción del art. 14,1.^º CP, debe señalarse que no siempre es fácil decidir si un sujeto realiza acciones ejecutivas; así, en el supuesto de la STS 21-2-1989, en que un sujeto espera al volante de un coche, realizando funciones de vigilancia, a quienes realizan actos de intimidación y apoderamiento, propios del robo violento, conduciendo el vehículo en la fuga del lugar (el TS consideró al sujeto coautor del robo), *Díaz y García/De Vicente, PJ*, 27 (1992), 211, señalamos que «parece claro» que el sujeto no realizó ninguna acción ejecutiva; sin embargo, nuestra consideración era errónea en cuanto a la «claridad» de que no se realizaran acciones ejecutivas por parte del sujeto; efectivamente, al no consumarse el robo hasta

La inducción del art. 14,2.^º se equipararía en pena a la autoría por suponer la creación o puesta en marcha (haciendo nacer en otro la resolución delictiva) de un peligro de comisión de un delito por otra persona, escapando el peligro en gran medida al control de quien lo creó; la ley tendría especial interés en que no se provoquen esos procesos peligrosos.¹⁶⁴

Por fin, el art. 14,3.^º CP castiga con la pena del autor a «los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado». Se trata de la *cooperación necesaria* y el motivo de la equiparación de su pena a la de la autoría radicaría en la propia importancia que la contribución de este partícipe posee (o que los otros intervenientes le dan) para el buen fin de la empresa delictiva.¹⁶⁵ El criterio con el que se determine esa importancia es algo en que aquí no me puedo detener, aunque me inclino por una combinación de la idea de la escasez, propugnada por GIMBERNAT,¹⁶⁶ y la del dominio funcional del hecho.¹⁶⁷

Creo que la existencia de estas figuras de participación permite un castigo adecuado de la conducta de intervenientes muy importantes, sin necesidad de convertirlos en (co) autores, de manera que en el Derecho penal español puede defenderse de forma menos problemática que en el alemán un concepto auténticamente restrictivo de autor que conserve sus ventajas.¹⁶⁸

Teniendo presente lo anterior, propongo las siguientes soluciones de los casos de actuación alternativa y aditiva.

que exista un mínimo de disponibilidad pacífica, la huida en el coche puede considerarse una acción ejecutiva (así lo plantean PEÑARANDA/SUÁREZ, *PJ*, 27, 1992, 202; y, en el mismo comentario, SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA, *PJ*, 27, 1992, 215 y ss., quienes creen incluso que se trata de una acción típica de apoderamiento). Pues bien, aunque sin duda nos equivocamos en cuanto a la claridad con que descartamos que estuviéramos ante una acción ejecutiva, y reconociendo lo discutible del tema, sigo pensando que no nos hallamos ante una acción típica de apoderamiento, ni ante una acción ejecutiva no estrictamente típica de apoderamiento, sino ante un acto de apoyo (similar, por ejemplo, al que hubiera supuesto la realización de actos de distracción a los posibles perseguidores mientras los autores huían) a la acción ejecutiva de huida de los verdaderos (co)autores; por ello, mantengo mi idea de que nos encontramos ante un cooperador necesario del art. 14,3.^º CP (DÍAZ Y GARCÍA/DE VICENTE, *PJ*, 27, 1992, 212), lo que en definitiva supone una responsabilidad igual a la del cooperador ejecutivo (14,1.^º CP) y, en los casos en que no existan problemas de accesoriedad, igual a la del coautor.

164. *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 532, 533, 639.

165. Esta tampoco es una interpretación unánime de la figura del art. 14,3.^º CP en la doctrina española. Al respecto, me remito a DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 533, 743 y ss.

166. *Vid.* GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 151 y ss., 194 y ss.

167. Apunto esta combinación de ideas en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 400 n. 111, 533, 657 n. 392, 668 y ss., 746; «Cooperación ejecutiva, cooperación necesaria y complicidad», en: *Enciclopedia jurídica*, Civitas 1995.

168. En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 533, 693, entre otros lugares.

2. La solución de los casos de actuación alternativa

En los supuestos de actuación alternativa, quien se aposta en el camino por el que finalmente aparece la víctima y dispara sobre ella es autor del homicidio o asesinato. El otro sujeto no podrá ser condenado como cooperador ejecutivo porque parece que el hecho de apostarse y esperar en el otro camino no es una acción ejecutiva en el sentido de comienzo de la tentativa, pero sí será probablemente cooperador necesario, por la importancia *ex ante* de su conducta para las posibilidades de éxito del plan. Pero, aunque se negara tal importancia en el plano objetivo por la ausencia de relación de causalidad entre la acción de colocarse en el camino y el resultado de muerte de la víctima, se podría seguir planteando una cooperación necesaria moral, en el sentido de que el mostrarse dispuesto a matar si la víctima pasara por su camino, refuerza de manera importante la resolución delictiva del otro sujeto (y viceversa), o, visto desde una perspectiva subjetivizada de la idea del dominio funcional, porque normalmente los dos intervenientes habrán condicionado de manera expresa o tácita su intervención a que el otro cumpla con su parte. Por tanto, al sujeto se le castigaría como cooperador necesario *con la misma pena que al autor*. Y la calificación no varía en el supuesto de los terroristas que esperan en aeropuertos de ciudades distintas y distantes.¹⁶⁹

3. La solución de los casos de actuación aditiva

En los supuestos de actuación aditiva, nos hallamos ante un problema de prueba (cuando realmente lo haya). De todos los sujetos sabemos que, como mínimo, realizaron —como autores individuales— una tentativa (delito frustrado) de homicidio o asesinato. Tal vez pudiera resultar discutible si cada uno fue cooperador necesario de la conducta de los demás, por los problemas que hemos planteado anteriormente en relación con la esencialidad de la contribución, aunque quizás sí exista un dominio negativo del hecho desde un punto de vista subjetivo: el de la importancia que a la conducta de cada conjurado da *ex ante* el conjunto de los demás, que podría llegar a ser tal que supusiera un condicionamiento recíproco de la propia actuación a la de los demás.

Pero aunque no se pudiera calificar a cada sujeto de cooperador necesario, se podría castigar a cada interveniente *con la misma pena que al autor del delito consumado* calificándole de cooperador ejecutivo, pues de cada conju-

169. Realizo esta argumentación en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 684 y ss.

rado sabemos que, como mínimo, participó con una acción ejecutiva de homicidio o asesinato (el verdadero autor desconocido también);¹⁷⁰ e incluso si se negara la influencia objetiva de la conducta de cada uno en la producción del resultado, podría en mi opinión defenderse la calificación de cooperación ejecutiva moral o, para que las palabras no suenen contradictorias, cooperación moral mediante la realización de acciones ejecutivas (que normalmente tendrán más influencia en la decisión del autor que las de complicidad moral).

Si las anteriores soluciones no parecen suficientemente fundadas, o bien habría que conformarse aquí con la calificación de cada interviniente como cómplice, al menos moral, en el delito consumado del autor, o como autor de una tentativa de delito (delito frustrado, concretamente), o, lo que sería más satisfactorio, acudir a un concurso ideal de ambas calificaciones. La posibilidad concursal podría contradecir aparentemente el principio de que cuando un sujeto interviene en un hecho como autor y como partípice a la vez, esta última calificación cede ante la primera. Pero en los casos de actuación aditiva la autoría de cada sujeto no es de delito consumado, sino frustrado y tal vez sea sostenible que el hecho de que la misma conducta constituya un favorecimiento del delito consumado de otro supone un desvalor adicional.¹⁷¹

VII. AL PROFESOR CLAUS ROXIN

Como se ve, mi solución a los casos estudiados y mi propio concepto de coautoría discrepan bastante de los de ROXIN, tal vez en parte debido a la diferente regulación de la codelincuencia en el Derecho penal alemán y en el español. Sin embargo, creo que sin las esenciales aportaciones de este autor a la teoría de la autoría seguramente hoy se estarían discutiendo los problemas de la misma de una forma distinta y menos enriquecedora. En concreto, antes de ROXIN, la aplicación de la teoría del dominio del hecho a la distinción entre coautor y cooperador presentaba unos perfiles muy difusos y es ROXIN el que ofrece unos más precisos, sobre los que la doctrina posterior discute, adhiriéndose o distanciándose.¹⁷² GIMBERNAT decía en el año 1964 que «en la cién-

170. Puesto que el mismo, por definición, realiza acciones ejecutivas (es decir, no se le está presumiendo una conducta no probada), y, además, considero que el tenor del art. 14,1.º CP no excluye formalmente la conducta del autor, incluso cuando él sea el único ejecutor (*vid. mi argumentación al respecto: DÍAZ Y GARCÍA, Autoría, 1991, 715 y ss.*), y menos aún la del autor que actúa junto a otros ejecutores (como sucede en el caso que nos ocupa).

171. Toda la argumentación de este apartado la realizo en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 687 y ss., 687 n. 484.

172. Ya lo señalé en DÍAZ Y GARCÍA, *Autoría*, 1991, 652. Similar ya antes GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 144.

cia universal del Derecho penal, la alemana ha ocupado desde v. LISZT y BENDING un primerísimo puesto. *Täterschaft und Tatherrschaft* es una de las obras que se pueden presentar cuando alguien pregunte el porqué de ese puesto».¹⁷³ Las cinco ediciones de la obra y su vigencia treinta años después confirman lo acertado de la afirmación.

Creo por ello imprescindible felicitar a la Universidad de Barcelona por contar desde estos días con un nuevo Doctor *honoris causa* de la talla científica del Profesor ROXIN. Agradezco a dicha Universidad y al Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, a los Profesores MIR PUIG y SILVA SÁNCHEZ, la invitación a participar en estos actos de homenaje al Profesor ROXIN.

Y, sobre todo, quiero felicitar al Profesor Claus ROXIN por el nuevo doctorado *honoris causa*, y desearle, querido maestro, que siga por muchos años ofreciéndonos los frutos de su impresionante quehacer científico y obsequiándonos con las atenciones que sólo un talante personal tan excepcional como el suyo puede prodigar a quienes no nos acercamos a sus obras y a su persona con otro fin que el de aprender.

Muchas gracias.

173. GIMBERTAT, «Recensión a ROXIN, Claus: "Täterschaft und Tatherrschaft" 1963», en: *ADP*, 1964. 553.

DOS CUESTIONES BÁSICAS DEL DESISTIMIENTO EN DERECHO PENAL

Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA

Profesora titular de Derecho penal. Universidad Complutense.

Letrada del Tribunal Constitucional

Mi intervención va a versar sobre dos aspectos básicos del desistimiento, en cuyo tratamiento puede apreciarse la actual importancia de la política criminal en la elaboración de la teoría general del delito y de los conceptos con los que trabaja: la voluntariedad del desistimiento y el fundamento de la impunidad de la frustración y tentativa desistidas.

I

Comenzaré por el problema de la voluntariedad del desistimiento, requisito al que tanto el CP alemán como el español condicionan la impunidad de la tentativa y de la frustración desistidas. El problema evidentemente consiste en determinar el contenido de dicha exigencia y a ello quiero dedicar los primeros minutos de mi intervención, no sin antes advertir que no pretendo ofrecer una fórmula mágica cuya aplicación permita decidir, ante cualquiera de los numerosísimos supuestos de desistimiento imaginables, cuándo nos encontramos ante uno voluntario o involuntario. Mi intención es mucho más modesta. Consiste en una breve reflexión sobre el estado de la cuestión para, valorando las posturas enfrentadas, señalar los cauces por los que, a mi juicio, han de discurrir futuras reflexiones.

Como es sabido, las innumerables aportaciones al respecto suelen ser reconducidas a dos grandes grupos: las teorías psicológicas y las valorativas —también denominadas teorías normativas—.

En una primera aproximación, y a salvo las necesarias matizaciones, suele decirse que las teorías psicológicas son aquellas que conciben la voluntariedad como un fenómeno psicológico, atendiendo al grado de repercusión psicológica de las causas del desistimiento y haciendo depender la concurrencia de este requisito de si el abandono de la consumación se debió a una deci-

sión libremente adoptada por el sujeto o fue, por el contrario, resultado de una coacción o presión psicológica.

Por el contrario, las teorías valorativas, que han experimentado un importante auge en los últimos tiempos, y para las que el impulso del Profesor ROXIN ha sido decisivo, consideran que la decisión sobre la voluntariedad o involuntariedad del desistimiento constituye una cuestión eminentemente valorativa, de tal manera que el desistimiento sólo puede ser calificado de voluntario cuando obedezca a unos motivos que le hagan merecedor de la impunidad. Lo determinante de la voluntariedad no residiría, pues, en la libertad, sino en el merecimiento de pena.¹ Las formulaciones concretas del postulado valorativo son casi tan numerosas como sus defensores. Se exige para afirmar la voluntariedad del desistimiento que se trate de un desistimiento meritorio desde la perspectiva de la «moral esotérica del Derecho»,² que responda a unos motivos que permitan interpretarlo como un retorno del sujeto a la legalidad, que pueda ser contemplado como una reconciliación con el ordenamiento jurídico,³ que manifieste una disminuida intensidad criminal o la insignificancia de la culpabilidad del agente,⁴ que resulte poco razonable desde la óptica del operar delictivo,⁵ que ponga de manifiesto la innecesidad de la pena tanto desde una perspectiva preventivo-general como preventivo-especial,⁶ que consiga restablecer la paz jurídica que se vio alterada con la realización de los actos ejecutivos,⁷ etc. Sólo en estos casos el sujeto merecerá la impunidad, por lo que sólo en estos casos el desistimiento puede ser calificado de voluntario.

Pues bien, opino que la idea fundamental de las teorías valorativas, es decir, el carácter determinante del aspecto valorativo de los motivos en la definición de la voluntariedad es difícilmente sostenible. Por ello las teorías valorativas en bloque, y con independencia de sus múltiples y particulares formu-

1. ROXIN, «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch» en *Festschrift für Heinitz zum 70 Geburtstag*, Berlín, 1972, pp. 251 y ss., p. 255.

2. BOCKELMANN, «Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?», en *NJW*, 1950, pp. 1.417 y ss., p. 1.421.

3. ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Berlín-Nueva York, 1976, p. 314; WALTER, *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens in der zurechnenden Strafrecht*, Gotinga, 1980, p. 67.

4. RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, vol. II, 18.^a ed., (arts. 1-22), Barcelona, 1972, p. 103. En un sentido similar, para Krauß lo decisivo es si el autor ha sido capaz de anular con su desistimiento la impresión de su personal peligrosidad puesta de manifiesto en los actos ejecutivos («Der straffrechende Rücktritt vom Versuch», *JUS*, 1981, p. 888).

5. ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, pp. 255-256.

6. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona, 1972, pp. 100-101.

7. SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2 Teil: Schuld und Kriminalpolitik», en *GA*, 1984, pp. 293 y ss., p. 324.

laciones, me parecen rechazables. Y ello por lesionar abiertamente el principio de legalidad, en cuanto amplían injustificadamente las posibilidades de castigo, al exigir, para afirmar la voluntariedad del desistimiento, algo a lo que la ley para nada alude: unos motivos a valorar positivamente desde una óptica ética, social o normativa. Entiendo que el configurar el término voluntario como lo hacen las teorías valorativas desborda con mucho las fronteras de la interpretación. Esta ha de tener por límite el tenor literal del precepto, es decir, la totalidad de los significados que el lenguaje general atribuye a una expresión o término y cuando se rebasa dicho límite ya no se está interpretando, sino que se trataría en expresión de LARENZ de una «formulación modificativa del derecho»⁸ que, al ser en este caso claramente contraria al reo, debe proscribirse sin timidez.⁹

En efecto, de los múltiples significados que a la voz *voluntad* se le atribuyen, ninguno de ellos alude al contenido de los motivos. Resultaría, pues, contrario al lenguaje corriente decir que un sujeto que, sin estar física ni psíquicamente coaccionado, abandona libremente la consumación de un delito no desiste voluntariamente tan sólo porque su desistimiento no puede interpretarse como un retorno a la legalidad, porque la prevención especial aconseja el castigo, o porque haya obrado por motivos interesados o éticamente disvaliosos, o porque su desistimiento sea incapaz de restaurar la confianza de la sociedad en el respeto a las normas. Por otra parte el Código Penal tampoco utiliza el término voluntario con un específico contenido en el que puedan encontrar un apoyo las teorías valorativas.

8. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Traducción de Enrique Gimbernat, Barcelona, 1966, p. 256.

9. La vulneración del principio de legalidad no constituye una crítica usual a las teorías valorativas. Sí alude a este defecto Horst SCHRÖDER, quien entiende que la regulación que el Código Penal alemán ofrece del desistimiento parte de la intensidad y no de la cualidad de los motivos, por lo que exigir, para la voluntariedad, unos motivos a valorar positivamente desde el punto de vista ético constituye una inadmisible analogía contra reo («Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch», en *MDR*, 156, pp. 321 y ss., p. 323). También MAURACH/GÖSSEL de forma tajante, dándole la razón a LACKNER (*StGB*, 17 ed., Múnich, 1987, § 24, 3b, bb) en su apreciación de que las teorías valorativas traspasan los límites de la interpretación, por lo que sólo pueden poseer un *valor de lege ferenda* (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 6.^a ed., Heidelberg, 1989, § 41, p. 50). En nuestro país, correctamente aunque con cierta «timidez», SÁINZ CANTERO afirma que dada la redacción del art. 3 CP «*cuálquier criterio que restrinja el ámbito de eficacia eximente de la voluntariedad puede significar una extensión del área de lo punible contraria al reo* (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed., Barcelona, 1990, p. 796). MIR PUIG, que constata el obstáculo que supone para estas teorías el tener que superar la letra de la ley que concede impunidad a todo desistimiento «propio y voluntario». Por ello «tal restricción deberá considerarse prohibida por el principio de legalidad si se entiende como una forma de ampliación analógica de lo punible (permitiendo castigar supuestos en que concurre desistimiento voluntario por analogía con los que no lo son) y sólo podrá admitirse si se fundamenta como resultado de una interpretación restrictiva del término «voluntario», aunque parece considerar viable esta última posibilidad, compartiendo el postulado básico de las teorías valorativas (*Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1990, pp. 381-382).

Resumiendo, mientras que el Código Penal hable de desistimiento voluntario y no de desistimiento desinteresado, altruista, o motivado por el deseo de volver a la legalidad, la exigencia de estos u otros móviles que permitan calificar el desistimiento de valioso como requisito para afirmar su voluntariedad y con ello la impunidad, debe rechazarse por lesionar el principio de legalidad, pudiendo tan sólo las teorías valorativas tener un valor *de lege ferenda*.

Evidentemente la crítica de una teoría es mucho más fácil que la construcción de una alternativa válida, y, rechazado el camino emprendido por las teorías valorativas, vuelve a surgir el problema de difícil solución: ¿en función de qué criterio deberá enjuiciarse la voluntariedad del desistimiento?, ¿habrá que retomar la fórmula extrema de FRANK y negar la voluntariedad tan sólo en los casos de imposibilidad absoluta de consumar o, por el contrario también puede negarse la voluntariedad en los supuestos de imposibilidad relativa?

En contra de esta última vía se ha argüido que sólo la imposibilidad absoluta de consumación excluye la libertad. Si el autor desiste porque, por ejemplo, en contra de sus previsiones han aumentado considerablemente las dificultades o las posibilidades de ser descubierto, todavía existe por definición la posibilidad objetiva de consumar, y con ello la de decidir, por lo que el desistimiento deberá ser considerado voluntario.¹⁰

Sin embargo, no considero correcta esta afirmación de que tan sólo la imposibilidad absoluta de consumar excluye la voluntariedad. Imaginemos una persona que es obligada a entregar el dinero de la caja fuerte bajo la amenaza de lesiones. Objetivamente nadie niega la existencia de una alternativa con dos opciones: dejarse lesionar o entregar el dinero. Aunque el sujeto mantuviese la frialdad de ánimo suficiente para ponderar los pros y contras de ambas posibilidades, decidiéndose por la segunda, no creo que nadie se atreviera a afirmar que la persona de nuestro ejemplo ha entregado voluntariamente el dinero exigido. Lo mismo ocurre en los casos de desistimiento.

10. Según ROXIN el afirmar la involuntariedad en estos supuestos significaría negar la posibilidad de seguir actuando, lo cual constituiría una ficción insostenible (*Festschrift für Heinitz*, p. 252). También ULSENHEIMER (*Grundfragen...*, pp. 299-230). Para WELZEL «una verdadera coacción sólo existe cuando se produce una total paralización anímica; cualquier graduación en función de la intensidad de los motivos es arbitraria» (*Strafrecht*, 11.^a ed. p. 198). En el mismo sentido JAKOB en *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín, Nueva York, 1983, 2.^a ed., 1991. Aplicando estos argumentos a la concreta regulación que el Código Penal ofrece de la frustración en el sentido que ésta existe cuando el resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del agente, escribe RODRÍGUEZ MOURULLO: «Ahora bien, psicológicamente hablando la evitación de la consumación aparece como “dependiente de la voluntad del autor” cuando realmente sea el efecto de una decisión volitiva del agente, aunque esta decisión fuese motivada por una imposibilidad objetiva de elección. También en estos casos existiría un «yo no quiero actuar» (*Comentarios*, p. 101).

Ahora bien, la voluntariedad del desistimiento no sólo queda excluida en aquellos supuestos en que la razón desencadenante del desistimiento tuvo tal grado de influencia psíquica que excluyó la libertad de decisión —extremo éste por otra parte de difícil comprobación—, sino también por razones objetivas y con independencia de la constatación fáctica de la repercusión psíquica de los motivos. Como acertadamente reitera el Tribunal Supremo español,¹¹ la voluntariedad puede negarse en supuestos de impedimentos relativos. Si un sujeto decide matar a una persona impunemente y en el momento de disparar aparece un testigo inesperado, evidentemente la consumación es todavía posible, dado que aún se está a tiempo de apretar el gatillo, pero no creo que suponga una vulneración del significado común de las palabras afirmar que su desistimiento es involuntario. Precisamente son en estos supuestos intermedios entre la imposibilidad absoluta de consumar y aquellos en los que el autor desiste por motivos puramente internos, sin que hayan variado las circunstancias objetivas, donde se acentúa la dificultad de determinar la voluntariedad o no del desistimiento. Como pauta general considero acertado el criterio de ZU DOHNA,¹² según el cual sería involuntaria la renuncia a la consumación en aquellos supuestos en los que, a pesar de ser todavía posible la producción del resultado típico, circunstancias sobrevenidas imposibilitan o dificultan relativamente la realización del plan del autor, la obtención de la finalidad perseguida, pudiéndose prescindir en estos casos de intentar determinar qué grado de presión psicológica es necesaria para excluir la libertad de la decisión.¹³

Evidentemente los criterios apuntados requieren precisión pero pienso que, como pautas generales, señalan el camino correcto por el que deberían discurrir futuras reflexiones. Además de su compatibilidad con el tenor literal de la ley, permiten conseguir unos resultados político-criminales tan satisfactorios como los perseguidos por las teorías valorativas.

II

En íntima conexión con el problema de la voluntariedad encontramos el del fundamento de la impunidad que conlleva el desistimiento voluntario, por

11. Sobre el requisito de voluntariedad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento en Derecho Penal*, Madrid, 1994, pp. 30 y ss.

12. «Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts» en *ZStW*, 59 (1940), pp. 541 y ss.

13. Por ello considero incorrecto calificar esta tesis u otras similares de «teorías psicológicas», dado que en ella lo decisivo es la posibilidad o no de realización del plan, de consecución del objetivo pretendido, no el proceso interno de formación de la voluntad.

lo que quisiera dedicarle unas breves reflexiones. Se trata evidentemente de hallar la razón por la que la ley renuncia a castigar a aquel que, tras haber realizado todos o parte de los actos ejecutivos, en sí mismos punibles, evita voluntariamente la consumación.

Las respuestas a esta pregunta son numerosas: las teorías político-criminales o del estímulo, las teorías jurídicas, las premiales, las teorías de la disminución de la intensidad de la voluntad criminal o las del fin de la pena.¹⁴ Sin embargo, a mi juicio, ninguna de ellas resulta totalmente convincente. A parte de las críticas concretas y puntuales que a cada una puedan dirigirse, casi todas comparten un defecto: si bien las razones con las que pretenden explicar la impunidad por desistimiento pudieran ser válidas *de lege ferenda*, no lo son *de lege lata*, por resultar incompatibles con la regulación que el Código Penal ofrece del desistimiento, y por ser incapaces de explicar los requisitos a los que éste condiciona la impunidad.¹⁵

Así, por ejemplo, las teorías político-criminales o del estímulo, que entienden la impunidad por desistimiento como un incentivo para que el sujeto renuncie a la consumación, no explican por qué se concede el perdón cuando el desistimiento obedece a otras razones diferentes a las de lograr la impunidad —que es lo que en la mayoría de los supuestos de desistimiento sucede.¹⁶ Asimismo tampoco aclaran la renuncia total a la pena, pues el pretendido efecto estimulante posiblemente podría también lograrse mediante una atenuación obligatoria,¹⁷ opción esta adoptada en algunos países como Inglaterra, Israel o Australia, sin que ello aparentemente redunde en una disminución del número de renuncias voluntarias a la consumación.^{18,19}

La teoría de la disminución de la intensidad criminal, según la cual, como su nombre indica, el fundamento de la impunidad se debe a la reducida intensidad de la voluntad criminal que el sujeto pone de manifiesto con su desistimiento, tampoco resulta convincente. Entre otras razones porque en modo

14. Enumeración pormenorizada de las diferentes teorías sobre el fundamento de la impunidad por desistimiento en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, «El delito y su exteriorización», Buenos Aires, 1970, pp. 799 y ss.

15. Crítica pormenorizada de cada una de estas teorías, en MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal*, pp. 37 y ss.

16. BOCKELMANN, «Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?», en *NJW*, 1950, pp. 1.417 y ss., pp. 1.419-1.420; SCHRÖDER, *MDR*, 1956, p. 322; ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 272; WELZEL, *Strafrecht*, 196; SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Berlín, 1972, pp. 21-23; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, pp. 24-25, entre otros muchos.

17. *Vid.* ULSENHEIMER, *Grundfragen...*, p. 73, con referencias bibliográficas de los autores que ejercitan dicha crítica en nota 250.

18. *Vid.* JESCHECK, «Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat», *ZStW*, 99 (1987), pp. 11 y ss., p. 122.

19. Una exposición exhaustiva de los reproches esgrimidos contra las teorías político-criminales en ULSENHEIMER, *Grundfragen...*, pp. 64 y ss.

alguno consigue explicar el requisito de la evitación de la consumación, a la que la ley condiciona la impunidad. La disminución de la energía criminal quedaría igualmente patente cuando el sujeto, a pesar de sus esfuerzos no consigue la evitación del resultado.²⁰

Por su parte las teorías que esgrimen la innecesariedad de la pena tanto en su versión preventivo-general como preventivo-especial, de las que uno de sus principales representantes es el Profesor ROXIN, tampoco convencen. Según estas últimas teorías, que revisten múltiples formulaciones, en los supuestos de desistimiento voluntario la pena sería innecesaria por suponer dicho desistimiento un retorno del sujeto a la legalidad, por dejar de aparecer a los ojos de la sociedad como un delincuente, por borrar el mal ejemplo generado, etc.

Pero, al igual que ocurre con las otras teorías, la existencia de supuestos en los que por imperativo legal hay que afirmar la impunidad a pesar de que la pena pudiera seguir cumpliendo una función, demuestran la incorrección de estas tesis. Imaginemos un sicario que, además de un asesino a sueldo es un mujeriego empedernido y que, en el momento de disparar, impresionado por la belleza de su víctima, decide seducirla en vez de matarla. A mi juicio la involuntariedad del desistimiento en este caso es incuestionable y, con ello, la impunidad, a pesar de no poner de manifiesto ni un retorno del sujeto a la legalidad, ni el propósito de motivarse conforme a las normas, ni que el sujeto pueda dejar de ser contemplado como un delincuente —expresiones todas ellas utilizadas por los defensores de esta teoría. Si se castigara en estos supuestos apelando a la pretendida utilidad preventivo-especial de la sanción, lo que en último extremo estaría decidiendo la pena no sería la actuación del sujeto en el caso concreto, sino su peligrosidad manifestada en su *modus vivendi*. Tampoco desde el punto de vista de la prevención general positiva se podría fundamentar la impunidad. No veo por qué la conducta descrita va a borrar la alteración de la paz jurídica producida por los actos ejecutivos verificados, más si tenemos en cuenta que la no lesión del bien jurídico se debió tan sólo a la feliz concurrencia casual de dos circunstancias: la extraordinaria belleza de la víctima y el ser el sujeto un seductor empedernido.

Desde el punto de vista de la prevención general intimidadora, el castigar en muchos supuestos de desistimiento voluntario podría servir para disuadir a la generalidad de los ciudadanos de poner irrespetuosamente en peligro los bienes jurídicos de los demás, peligro que en muchas ocasiones, tras la realización de todos los actos ejecutivos, puede resultar muy difícil de neutralizar.

20. En este sentido, ULSHENHEIMER, *Grundfragen*, p. 86.

Pero si la impunidad que acompaña al desistimiento voluntario no puede ser explicada como un estímulo, no como un premio o acto de gracia, ni es consecuencia de la ausencia de algún requisito para poder hablar de tentativa o frustración, ni la teoría de la innecesidad de la pena ofrece una respuesta satisfactoria, ¿cómo explicar entonces por qué el legislador deja impune al sujeto a pesar de haber realizado actos ejecutivos en sí mismos punibles? Una respuesta a este interrogante que no sólo posea un valor de *lege ferenda*, sino que resulte compatible con la regulación legal del desistimiento, puede hallarse a mi juicio, en primer lugar, en razones de equidad.

Así, resultaría a todas luces injusto valorar jurídicamente de la misma manera el supuesto del sujeto que dolosamente despliega una actividad peligrosa encaminada a la lesión de un bien jurídico, lesión que no llega a producirse por circunstancias ajenas a su voluntad, por ejemplo, por la intervención de la policía o porque la bala no dio en el blanco, que aquellos otros casos en los que la no producción de la efectiva lesión del bien jurídico trae causa en la renuncia voluntaria del sujeto activo a la consumación. No se trata de premiar a este individuo, se trata tan sólo de valorar desigualmente lo que es sustancialmente diferente.^{21, 22}

Pero esta idea no bastaría para fundamentar la impunidad. El contraargumento con el que podría atacarse salta a la vista: con aparente razón podría argüirse que, desde el punto de vista expuesto, resultaría más lógico y equitativo responder al desistimiento voluntario con una atenuación obligatoria de la pena y no con la impunidad. Y ello porque, si se afirma la impunidad del sujeto que eficaz y voluntariamente desiste, se estaría incurriendo en otra injusticia comparativa: el tratar de la misma manera al sujeto que jamás se rebeló contra el ordenamiento jurídico que a aquel que manifestó exteriormente su voluntad delictiva llevando a cabo un comportamiento peligroso para los bienes jurídicos. Por jugar con argumentos de la misma naturaleza que los arriba expuestos, ésta parece ser una crítica contundente. A pesar de ello, aún podría justificarse la impunidad por desistimiento.

21. Esta idea ya fue puesta de manifiesto por GUTMANN (*Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch und bei der tätige Reue*, Hamburgo, 1963, pp. 70-72), aunque no como explicación única de la impunidad por desistimiento. Este autor adopta una postura ecléctica, argumentando también con la idea de desminución de la intensidad de la voluntad criminal, la desaparición de la inquietud generada en los miembros de la comunidad jurídica por los actos ejecutivos verificados, la innecesidad de la pena, e incluso acudiendo a la concepción del Derecho penal como un sistema de recompensas, en el cual el autor mediante su buen comportamiento consigue la impunidad (*Die Freiwilligkeit...*, pp. 64 y ss.).

22. Así la STS de 7 de diciembre de 1987 (A.9645) que esgrime como uno de los fundamentos de la impunidad por desistimiento razones de justicia comunitativa, pues «no puede tratarse igualmente al que desiste voluntariamente que al que se abstiene en contra de su voluntad». Sobre el fundamento de la impunidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal*, pp. 63 y 64.

La idea de la justicia comutativa no implica la necesidad de castigar penalmente todo lo que pueda parecer disvalioso, al igual que no por el simple hecho de que la incriminación de un comportamiento pueda ser útil desde un punto de vista preventivo, éste necesariamente ha de incriminarse. A mi juicio la impunidad y no la atenuación en estos casos puede resultar coherente con los principios de *ultima ratio* y de *intervención mínima* que han de inspirar el ejercicio del *ius puniendi*, así como en el valor que nuestro Código Penal concede a la efectiva producción del resultado.

Idea hoy generalmente aceptada es que el fin último del Derecho penal consiste en la evitación de la lesión de bienes jurídicos. Sin embargo, el Derecho penal —se continúa— no puede prohibir la mera causación de resultados. Con el fin de impedirlos lo único que puede hacer es dirigirse a los ciudadanos prohibiéndoles la realización de conductas peligrosas. Es así como la función preventiva desemboca en la explicación de las normas penales como normas de determinación.²³

Pero el que únicamente puedan prohibirse comportamientos *ex ante* peligrosos y no meras causaciones de resultados no ha de ensombrecer una idea: que es la evitación de dichos resultados la que inspira la prohibición de comportamientos peligrosos y que la efectiva lesión de los bienes jurídicos sólo se produce con la consumación. Es por ello que, en nuestro actual ordenamiento penal, el castigo de actos ejecutivos, a pesar de no haber conllevado la lesión del bien jurídico, posee un carácter excepcional.²⁴ Y es este carácter excepcional de la punición de las fases imperfectas de ejecución, unido a los principios de *última ratio* e *intervención mínima*, lo que hace comprensible e incluso plausible que se renuncie a la pena cuando el sujeto, a pesar de tener en sus manos la efectiva lesión del bien jurídico, renuncia voluntariamente a ella; cuando en último extremo, por voluntad del sujeto, no se ha frustrado la finalidad que motiva la prohibición de conductas peligrosas: la evitación de la lesión de bienes jurídicos.

III

Para concluir lo dicho hasta el momento, quisiera poner de manifiesto el peligro que, a pesar de sus grandes ventajas, conlleva el gran auge de la polí-

23. *Vid.* por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, pp. 142 y ss.

24. Lo cual no tiene que ser contradictorio con la idea de que el Derecho penal sólo puede prohibir comportamientos peligrosos como medio para la evitación de la lesión de bienes jurídicos. Relacionando las ideas de protección de los bienes jurídicos como fin del Derecho penal, la prevención general y la punición de las fases imperfectas de ejecución, *vid.*, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Madrid, 1984, pp. 245-246.

tica criminal en la Ciencia Penal. Como es sabido la política criminal no sólo es tenida en cuenta actualmente en la formulación de propuestas *de lege ferenda*, sino también *de lege lata* mediante la interpretación de la norma en función de las necesidades político-criminales. A esto no hay nada que objetar, sino todo lo contrario, puesto que no debemos resignarnos a una dogmática que se limite a aclarar el texto de la ley de una manera mecánica y acrítica. Ahora bien, y esto es necesario tenerlo muy en cuenta para que no se materialice el peligro al que antes aludía, la interpretación de la ley orientada a la obtención de resultados político-criminalmente satisfactorios, es tan sólo admisible en la medida en que no deje de ser una interpretación. La letra de la ley, aunque pueda parecernos manifiestamente mejorable, constituye el punto de partida de la interpretación, pero también, y esto es un principio generalmente admitido, su límite máximo. Toda interpretación que suponga una modificación del tenor literal, sobre todo si amplía el ámbito de la punición, tan sólo puede tener el valor *de lege ferenda*. Una dogmática que no garantice el indeclinable principio de legalidad merece críticas mucho más fuertes de las que hasta el momento se le hayan podido dirigir: el permitir la inseguridad jurídica y dar cabida a la arbitrariedad, además de carecer de la autoridad que sólo posee una dogmática basada en y de conformidad con el texto de la ley.

LA UNIDAD DE DELITO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Antonio CUERDA RIEZU

Catedrático de Derecho penal. Universidad de León

Por segunda vez en este mismo curso académico, el Profesor ROXIN recibe el homenaje de ser investido Doctor *honoris causa* por una universidad española. Si en diciembre de 1993 este acto se celebraba en la Universidad Complutense de Madrid, ahora se lleva a cabo por la Universidad de Barcelona. Como persona que ha trabajado en el Instituto que dirige el Profesor ROXIN en Múnich, me siento muy honrado de haber participado en el Homenaje de Madrid y de poder participar ahora en éste de la Universidad de Barcelona. Espero que mi gratitud hacia él por su hospitalidad humana y científica quede claramente manifestada con este trabajo sobre la unidad de delito.

I. INTRODUCCIÓN: LA VIOLACIÓN ÚNICA O CONTINUADA POR INSATISFACCIÓN O DOMINIO DEL FUROR ERÓTICO

En la sentencia de 31 de enero de 1986 (A. 211) se recoge un supuesto de hecho que, entre otros extremos, contiene un caso de violación plural a una misma joven: primero la viola el sujeto A, a continuación la viola el sujeto B, y vuelve a violarla nuevamente el sujeto A. El Tribunal Supremo considera que no es posible apreciar delito continuado entre las dos violaciones efectuadas por el sujeto A, por lesionarse un bien eminentemente personal como es el de la libertad sexual. Sin embargo, y de manera sorprendente, esta sentencia declara que respecto al sujeto A sólo existe una acción punible porque se trata de un caso en que la repetición inmediata del acceso sexual con un mismo sujeto pasivo y bajo la misma situación intimidatoria se ha efectuado por «insatisfacción o por dominio del furor erótico». Con este argumento de la insatisfacción o dominio del furor erótico, esta resolución descarta la posibili-

dad de aplicar las reglas del concurso real y aprecia en definitiva un único delito de violación.¹

Posiblemente el Tribunal Supremo llegó a la calificación del delito único porque las otras soluciones que le quedaban le resultaban inviables o bien le parecían injustas. Era inviable la solución del delito continuado, porque el propio Tribunal había declarado en anteriores ocasiones que el delito de violación no era susceptible de continuidad delictiva por atacarse con él un bien eminentemente personal,² a pesar de que el artículo 69 bis del Código Penal deja en este aspecto un cierto margen de libertad para apreciar o no el delito continuado.³ Y quizás le parecía injusta, por desproporcionadamente grave, la solución de aplicar el concurso real, lo que supondría imponer cumulativamente dos penas de reclusión menor. Conviene recordar, además, que tradicionalmente se ha considerado excesiva la pena de reclusión menor prevista para el delito de violación.

No obstante, la solución finalmente adoptada —la de un sola acción de violación— constituye una tesis sorprendente puesto que supone dar un valor sustancial y beneficioso a un instinto, en este caso el sexual, que carece de fundamento alguno. Más bien puede sostenerse exactamente lo contrario, esto es, que el delito de violación y los demás contra la libertad sexual pretenden encauzar el instinto sexual, prohibiendo las conductas socialmente inaceptables. No tiene sentido entonces que ese mismo instinto sirva para justificar la unificación de dos conductas de violación con el argumento de que el sujeto estaba «dominado por el furor erótico».

Por otra parte, la unificación de acciones a través del instinto no satisfecho podría ser trasladada al ámbito de otras figuras delictivas: ¿por qué no castigar por un solo delito de lesiones cuando se golpea a una persona en momentos distintos si ambas acciones estaban «dominadas por el furor de venganza»? ¿o por qué no aplicar la pena de un solo delito de robo cuando se sustraen objetos en ocasiones diferentes pero tales sustracciones estaban «dominadas por el furor del lucro»? Expresaré esta objeción en otros términos: no está justificado otorgar la eficacia de unificar conductas a un instinto

1. El Tribunal Supremo también ha estimado un único delito de violación en un caso en que se realizan dos coitos con una misma víctima, en la STS 19-10-1989 (A. 8065).

2. Así, con anterioridad a la existencia del art. 69 bis CP, *vid.*, por ejemplo, SSTS: 21-4-1980 (A. 1462); 25-6-1981 (A. 2793); 27-10-1981 (A. 3894); 28-5-1983 (A. 2794).

3. El párrafo segundo del art. 69 bis CP dispone lo siguiente: «Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Tras la vigencia de este art., la jurisprudencia seguía rechazando la posibilidad de aceptar un delito continuado de violación, por entender que con él se atacaba un bien eminentemente personal; *vid.*, por ejemplo, SSTS 3-3-1984 (A. 1699); 8-6-1984 (A. 3527); 14-7-1984 (A. 4051); 31-12-1985 (A. 6476); 31-1-1986 (A. 211).

—el sexual— y no otorgarle la misma eficacia a otros instintos o motivaciones humanas —como el deseo de venganza o el afán de lucro—.

Con posterioridad a esta sentencia, la línea seguida de forma predominante por el Tribunal Supremo ha cambiado. Con carácter general rechaza la continuidad delictiva en el delito de violación por tratarse de una ofensa a un bien eminentemente personal, como es la libertad sexual. Pero en los casos de reiteración inmediata de violación, por insatisfacción o dominio del furor erótico, con un mismo sujeto pasivo y bajo una misma situación intimidatoria, admite ahora no unidad de acción sino delito continuado.⁴ La posibilidad de estimar un delito continuado de violación a estos supuestos no está vedada por este artículo 69 bis, pues su último párrafo permite la aplicación del delito continuado respecto a infracciones contra la libertad sexual, en función de «la naturaleza del hecho y del precepto infringido». Parece, por tanto, que es la especial naturaleza del hecho en los casos de insatisfacción o dominio del furor erótico, lo que fundamenta la continuidad delictiva.

Este cambio jurisprudencial —de apreciar en estos casos unidad de acción a estimar delito continuado— no es meramente nominativo, sino que tiene consecuencias en materia de pena. Efectivamente, el delito continuado permite una exasperación o agravación de la pena «hasta el grado medio de la pena superior»,⁵ posibilidad esta que, lógicamente, no existe en la unidad de acción. En definitiva, la apreciación de un delito continuado de violación faculta al Tribunal para imponer una pena más elevada que si se estima una única acción de violación.

Si hasta ahora he expuesto la evolución del Tribunal Supremo sobre este punto, ha sido porque me parece suficientemente revelador de la inseguridad que rodea al tema de la unidad de delito. Pero sólo con esto no me parece posible sentar conclusiones definitivas. Será, por tanto, necesario contrastar estas sentencias sobre el delito de violación con otras declaraciones jurisprudenciales más generales.

II. EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DEL CONCURSO

La doctrina científica suele comenzar la teoría del concurso con la distinción entre la unidad de acción y la pluralidad de acciones, para lograr así un

4. *Vid.* en este sentido SSTS: 7-3-1988 (A. 1585); 27-5-1988 (A. 3850); 18-6-1988 (A. 5043); 6-10-1988 (A. 7676); 13-12-1988 (A. 9504); 24-1-1989 (A. 1322); 5-5-1989 (A. 4949).

5. Sobre la interpretación de este inciso, cfr. CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la Pena*, 1992, pp. 103 y ss.

criterio que permita a su vez diferenciar entre concurso ideal y concurso real; de esta manera se establece una correlación entre unidad de acción y concurso ideal por un lado, y pluralidad de acciones y concurso real, por otro.⁶ Aunque no tan explícitamente se acepta también que los supuestos «no concursales» —por ejemplo, un disparo que provoca una sola muerte, un golpe que origina una herida a una sola víctima, un apoderamiento de una sola cosa constitutivo de hurto—, deben englobarse en la categoría de la unidad de acción. Sobre esta base, la primera relación antes mencionada —unidad de acción/concurso ideal— se amplía también a estos casos «no concursales». En definitiva, el concurso ideal y los casos «no concursales» coinciden en un presupuesto común: el de la unidad de acción.

El Tribunal Supremo español adopta un punto de partida para la teoría del concurso muy similar. En su opinión, la regla general es que cada acción constituye un solo delito y las excepciones se construyen a través del concurso ideal, del delito continuado, del delito permanente y del habitual, mientras que la pluralidad de acciones da lugar al concurso real (STS 27-10-1981, A. 3894). En otra resolución ha afirmado que «es preciso distinguir el supuesto de una acción delictiva, abarcando con una sola manifestación de voluntad uno o más resultados, del caso en que se dan varias acciones por la renovación de voliciones correlativas a los distintos resultados» (STS 28-1-1988, A. 501).

De esta manera, la clave de la teoría concursal es la unidad de acción, con lo que el problema se desplaza a averiguar cuál es el criterio adoptado por la

6. En este sentido, la mayoría de la doctrina española: ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2.^a ed., 1986, pp. 488 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., 1989, p. 635; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., 1990, pp. 278 y ss.; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., 1990, pp. 839 y ss. y 854; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 1993, p. 406 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESASERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16.^a ed., 1993, p. 847 y ss. (implícitamente).

Otro sector de la doctrina española parte de la unidad y pluralidad de hechos, si bien le otorga a esta distinción los mismos efectos que a la de unidad y pluralidad de acciones. Así: CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código Penal*, t. II, 1976, p. 314; VIVES ANTÓN, *La estructura de la teoría del concurso de infracciones*, 1981, pp. 9 y ss. (aunque acepta también la unidad de acción entendida en sentido amplio); BUSTOS, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., 1989, p. 300; COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., 1990, p. 592 (aunque aceptan también la unidad de acción entendida en sentido amplio); MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., 1990, pp. 720 y ss.

Se separa de esta postura SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 111 y ss.

También en la doctrina alemana se parte de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones. Cfr., por ejemplo: VON HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932 (reimpresión de 1970), p. 172; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. 2, 1981, (trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde), p. 995; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2.^a ed., 1984, p. 437 (núm. marg. 4); BAUMANN/WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 9.^a ed., 1985, p. 650; MAURACH/GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, 7.^a ed., 1989, pp. 405 y ss. (núm. marg. 17); STREE en «Schönke/Schröder», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.^a ed., 1991, núms. marginales 1 y ss., previos al § 52. Cfr. además la monografía de BRINGEWAT, *Die Bildung der Gesamtstrafe*, 1987, p. 10.

jurisprudencia para determinar esa unidad de acción. Ahora bien esta tarea de la determinación de unidades de acción no va a resultar nada fácil porque en la vida real la actividad humana se presenta como un continuo, que normalmente se da sin cesuras apreciables.⁷ No obstante, se suele admitir que para que ese continuo de conducta humana sea operativo jurídicamente, debe ser dividido en unidades de acción.

III. ¿ACEPTA LA JURISPRUDENCIA EL CRITERIO DE LA UNIDAD NATURAL DE ACCIÓN?

El criterio de la unidad natural de acción recibe esta denominación porque es un criterio esencialmente valorativo, según el cual lo decisivo para la unidad no es algo puramente objetivo (como la exigencia de una inervación muscular) ni puramente subjetivo (como la unidad del plan del autor), sino que lo decisivo es que la propia realidad de la vida —o la propia naturaleza de las cosas— valore como una unidad de sentido una pluralidad de manifestaciones de voluntad. Esta unidad de sentido «natural» es determinada por un espectador imparcial, quien decide si una serie de actos son considerados como unidad o pluralidad de acciones. La concepción natural de la unidad de acción fue obra especialmente de la jurisprudencia alemana,⁸ concepción en la que actualmente aún sigue anclada.⁹

Si tenemos en cuenta las declaraciones generales de la jurisprudencia española sobre este punto da la impresión de que adopta el criterio de la unidad natural de acción. Según este criterio existe unidad de acción cuando varias actuaciones de igual significación jurídico-penal se encuentran vinculadas por una estrecha conexión espacial y temporal de tal manera que aparezcan como una unidad objetiva a un observador imparcial (STS 8-2-1989,

7. Cfr. PUPPE, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen. Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung* (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge t. 34), 1979, p. 245.

8. Es posible obtener una visión bastante completa de la evolución de la jurisprudencia alemana al respecto con una lectura sucesiva de las siguientes obras: HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, zugleich ein Beitrag zur Strafrechtsreform*, 1925, p. 13 y ss., recoge la primera época; un análisis exhaustivo ofrece después MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, 1964, p. 13 y ss.; también resulta aconsejable BLEI, «Die natürliche Handlungseinheit», JA, 1972-1973, p. 711 y ss.; más cercano a la actualidad VOGLER, en *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. 2, 10.^a ed., 1978, núms. marginales 9 a 14 previos al § 52.

9. Cfr. STREE, en «Schönke/Schröder», cit., núm. marginal 23 previo al § 52.

El Tribunal Federal alemán entiende que existe unidad natural de acción «cuando entre una pluralidad de actividades típicas homogéneas, que se presentan estrechamente ligadas en el tiempo y en el espacio y que surgen de una decisión unitaria de la voluntad, existe una conexión inmediata tal, que la actuación global del autor se presenta, según una consideración imparcial, de un tercero, como un hecho unitario»; cfr. el texto de la sentencia en DALLINGER, *MDR*, 1973, p. 17.

A. 1505).¹⁰ Pero es la sentencia de 25 de junio de 1983 (A. 3583) la que con mayor detenimiento se ha ocupado de precisar los requisitos de la unidad de acción; tales requisitos son:

- a) El elemento subjetivo de que concurra un *único acto o manifestación de voluntad*, que tal vez podría ser denominado, más correctamente, *voluntad o decisión unitaria*.
- b) El elemento objetivo de que todos los actos estén *vinculados temporal y espacialmente de forma estrecha*, sin que se presente discontinuidad o ruptura entre ellos.
- c) El elemento normativo de la *identidad del tipo realizado*.

Aunque estos requisitos manifiestan una cierta similitud con los exigibles en el delito continuado, esta sentencia se preocupa de resaltar las diferencias entre la unidad de delito y el delito continuado. En primer lugar, expresa que la figura del delito continuado admite el *dolo continuado*, es decir, que cada acto vaya acompañado de su correspondiente voluntad de realización. Y en segundo lugar, añade que el delito continuado permite una conexión espacial y temporal más laxa entre los diversos actos que lo componen.

La primera duda que surge ante las resoluciones expresadas del Tribunal Supremo español, es si adoptan consecuentemente el criterio de la unidad natural de acción.

1. La perspectiva valorativa adoptada

En primer lugar, hay que resaltar que la jurisprudencia española no insiste expresamente en la valoración social o natural derivada de la apreciación de un espectador imparcial. Para la concepción natural este punto resulta básico, porque permite fundamentar la unidad de acción en el dato de que «cualquiera que enjuiciara la pluralidad de actos apreciaría una unidad de sentido». Y precisamente este punto básico es el que se le puede criticar a la concepción natural, pues no hay unidades de sentido inequívocas y válidas generalmente en la sociedad. El mero hecho de levantar una mano puede tener distintos significados según las circunstancias, como el votar en una asamblea, saludar, señalar a

10. En sentido similar la STS 26-12-1987 (A.9879), que manifiesta lo siguiente: el autor «ha realizado «un solo hecho», en los términos del artículo 71 del Código Penal (primer inciso), pues ha ejecutado una única acción, toda vez que sólo ha realizado un movimiento corporal impulsado por una decisión voluntaria (unidad natural de acción)».

alguien, etc.¹¹ Y tampoco el lenguaje común puede ser de mucha ayuda en la búsqueda de un criterio de unidad social, pues un solo término puede agrupar una pluralidad de fenómenos, pero también otra expresión igualmente legítima puede descomponer ese todo en diferentes acciones independientes; así, la más diversa variedad de bocetos, proyectos y estudios realizados por Picasso para el *Gernika*, puede designarse a la vista del cuadro final como «la obra» del artista; pero de la misma manera se puede hacer referencia a ese cuadro como un proceso compuesto de muy diversas acciones.¹² En definitiva, esta crítica apunta a la inseguridad de la valoración social o natural.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia española formula los elementos que debe cumplir la unidad de acción, parece que implícitamente está aceptando que esos elementos deben ser valorados por el juez. No ya por un espectador imparcial, sino por el juez. Pero entonces, la perspectiva escogida no es puramente social, natural o prejurídica, sino que tiene tintes jurídicos. Podremos decir entonces que la decisión es insegura y está fundada en la «intuición jurídica», cierto es, pero no podremos decir que la decisión es insegura porque está fundada en la «intuición social».

2. El carácter natural o jurídico de los elementos de la unidad de acción

Para analizar si la jurisprudencia del Tribunal Supremo adopta el criterio de la unidad natural de acción no basta con atender a la perspectiva valorativa de la que parte, sino que es preciso, además, comprobar si los concretos elementos o requisitos que exige para la unidad de acción tienen un verdadero carácter natural.

a) El elemento subjetivo de la voluntad o decisión unitaria

Por lo que respecta a este elemento, en principio parece que no hay duda sobre su carácter natural o social. La jurisprudencia no exige unidad de dolo o unidad de imprudencia, conceptos estos de naturaleza jurídica, sino simplemente de unidad de decisión. Pero, sin embargo, salta a la vista que el contenido de este elemento es tan similar al de unidad de dolo global (o «plan preconcebido») que admite el delito continuado, que surge la duda de si en realidad se trata de un requisito de auténtica naturaleza jurídica, sólo que encubierta con un ropaje terminológico natural o social.

11. El ejemplo es de KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, t. 96, 1984, p. 8.

12. Hace referencia a esta flexibilidad del lenguaje COENDERS, *Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetz*, 1921, pp. 33 y ss.

Ahora bien, a pesar de esta duda, no me gustaría dejar zanjado el tema del elemento subjetivo sin hacer un par de precisiones. La primera es que dada su naturaleza subjetiva o psíquica, no es apreciable externamente por los sentidos, por lo que resulta imposible enjuiciar si la decisión se ha adoptado unitaria o sucesivamente. En efecto, no hay manera de saber si el sujeto ha decidido dar varios golpes a la víctima en un único momento o en varios momentos, como tampoco hay manera de saber si el dirigir una catarata de insultos contra alguien fue decidido de forma unitaria o sucesiva. En definitiva, no podemos introducirnos en la mente de una persona para contabilizar sus decisiones.

La segunda precisión sobre el elemento de la decisión unitaria complementa a la anterior. Lo que sí nos puede servir de ayuda para contabilizar decisiones son, no las decisiones mismas, sino los objetos de referencia de esas decisiones, es decir, las acciones o manifestaciones de voluntad. En la medida en que esas acciones se produzcan simultáneamente o con una muy corta separación temporal entre sí, habrá más posibilidades de entender que constituyen una unidad. Por ejemplo, es más factible unificar una serie de puñetazos sucesivos, realizados sin interrupciones, contra una víctima, que si hoy se da un puñetazo y mañana otro. Esta matización pone de relieve que la unidad de acción depende fundamentalmente, no de una decisión unitaria, sino de elementos objetivos.

b) El elemento objetivo de la estrecha vinculación temporal y espacial de los actos. De los requisitos exigidos para la unidad de acción, es este de la vinculación de los actos en el tiempo y en el espacio el que con más seguridad se puede calificar de natural o social. Cualquiera estará dispuesto a aceptar la unidad si una serie de comportamientos humanos se suceden inmediatamente en un mismo lugar. Ciertamente la jurisprudencia toma en consideración las circunstancias cronológicas y espaciales para apreciar o no la unidad de acción. Así, por ejemplo, respecto al delito de injurias contra agentes de la autoridad del artículo 245 del Código Penal;¹³ o respecto a los delitos de atentado y desacato;¹⁴ o respecto a un caso de violación desistida seguida de homicidio de la víctima;¹⁵ o respecto al delito de robo con fuerza en las cosas.¹⁶

Pero el problema de este elemento objetivo consiste sobre todo en su aplicación práctica: ¿en qué casos se da esa estrecha vinculación y en qué

13. *Vid. STS 19-1-1982 (A. 106).*

14. *Vid. STS 30-3-1982 (A. 2039).*

15. *Vid. STS 15-12-1986 (A. 7915).*

16. *Vid. STS 13-4-1982 (A. 2084).*

casos no se da? Para facilitar el análisis me centraré en la jurisprudencia sobre este punto en relación con el robo violento o intimidatorio. He aquí tres resoluciones significativas:

En una sentencia del Tribunal Supremo se enjuicia el siguiente supuesto de hecho: los atracadores de un banco sustraen una cantidad de dinero a la sucursal y aprovechan, además, para apoderarse del dinero que portaba en una bolsa un cliente que entró mientras se producía el atraco; el Tribunal Supremo resuelve que se trata de unidad de acción porque los apoderamientos a la entidad bancaria y al cliente son sucesivos y el lugar en que se produjeron los hechos es el mismo.¹⁷

En otro supuesto dos sujetos que actúan de acuerdo para robar, golpean cada uno a una de las dos víctimas, uno con un arma de fuego en la cara y otro con un objeto contundente en la cabeza, apoderándose del dinero que llevaban; el Tribunal Supremo entiende que, dado que la violencia o intimidación opera de forma individualizada sobre personas distintas no es posible apreciar unidad delictiva, aunque se cumplan los requisitos de la unidad de acción.¹⁸

En un tercer caso, los sujetos maltratan de obra a la víctima y se apoderan de un billete de mil pesetas y otro de un dólar, y a continuación del coche de la misma víctima; la sentencia que resuelve este caso califica el suceso como unidad de acción, puesto que el apoderamiento de las distintas cosas fue simultáneo y sin solución de continuidad.¹⁹

De estas resoluciones se deriva una considerable inseguridad en la aplicación del elemento de la estrecha vinculación espacial y temporal de los actos. Casos muy similares, en los que se cumple este elemento, son resueltos de manera desigual y, además, en función de otras consideraciones que no tienen nada de naturales o sociales, sino que son estrictamente jurídicas, como ocurre con el carácter eminentemente personal del bien jurídico lesionado o con la existencia de uno o varios sujetos pasivos.

La naturaleza del bien jurídico —personalísimo o no— y la unidad o pluralidad de sujetos pasivos afectados son criterios que el Tribunal Supremo considera determinantes para condenar por unidad o pluralidad de

17. STS 28-1-1988 (A. 501); literalmente se expresa en ella lo siguiente: «los dos apoderamientos si bien sucesivos tienen lugar en un mismo contexto de acción, delimitado por el lugar mismo en que acontecieron los hechos».

18. STS 25-6-1983 (A. 3583).

19. STS 26-12-1988 (A. 9689), que expresa lo siguiente: «pues como se dice muy acertadamente en la sentencia recurrida el apoderamiento de las distintas cosas pertenecientes a la víctima fue simultáneo sin solución de continuidad, por lo que el delito es uno sea cual fuere el número de cosas u objetos de los que se hubiere apoderado el sujeto o sujetos activos, sin que deba fraccionarse la actividad delictiva y reputar cometidas tantas infracciones como sean las cosas que fueron objeto de apoderamiento».

acciones.²⁰ Las sentencias de 22-4-1983 (A. 2260) y 14-10-1983 (A. 4744) califican de «jurisprudencia constante» esta opinión, que se puede sintetizar en las siguientes declaraciones: 1.º) la regla general es que la pluralidad de sujetos pasivos determina la existencia de otros tantos delitos y, por consiguiente, en tal caso hay que apreciar pluralidad de acciones; 2.º) esta regla general admite una excepción en los casos de delito continuado, puesto que el artículo 69 bis del Código Penal incluye dentro de la continuidad delictiva las acciones u omisiones que ofendan a varios sujetos; 3.º) se reconoce una excepción de la excepción (y, por tanto, un retorno a la regla general), porque el delito continuado no es aplicable cuando la ofensa se dirige contra bienes jurídicos eminentemente personales, de manera que en tal hipótesis —y con independencia del número de sujetos pasivos— es preciso estimar pluralidad de acciones; y 4.º) en los delitos contra la propiedad cabe aceptar la unidad de acción o el delito continuado a pesar de la pluralidad de sujetos pasivos.

En aplicación de esta doctrina jurisprudencial, se ha estimado pluralidad de acciones por ser varios los sujetos pasivos afectados con relación a los delitos de abusos deshonestos,²¹ las detenciones ilegales,²² la corrupción de menores del artículo 452 bis b), 1.º del Código Penal,²³ o el rapto,²⁴ y por el contrario se ha estimado que la pluralidad de sujetos pasivos no impedía la unidad de acción en casos de desacato del artículo 244 del Código Penal,²⁵ o de atentado,²⁶ en los que primordialmente se lesiona el principio de autoridad. Mucho más discutibles son las sentencias que en casos de delitos complejos que afectan a un bien jurídico personalísimo y, además, a un bien jurídico patrimonial aceptan la unidad de acción pese a la pluralidad de sujetos pasivos, como por ejemplo robo con violencia o intimidación ejercidas sobre varias personas,²⁷ o robo con toma de varios rehenes.²⁸

20. La ciencia penal española no le da tanta relevancia al número de sujetos pasivos. Cfr. en este sentido: JIMÉNEZ DE ÁSUA, «Estafa continuada (Recurso de casación por infracción de ley)», en su libro *Defensas penales*, t. 1, Barcelona, 1983, (1.ª ed., 1935), p. 70; CUELLO CONTRERAS, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito *sui generis*», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 31, 1978, p. 69, nota 80; CUERDA RIEZU, *Concurso de delitos y determinación de la pena*, Madrid, 1992, p. 158 y ss.

21. Delitos existentes hasta la reforma de 1989. *Vid.* en este sentido las siguientes SSTS: 22-4-1980 (A. 1467); 16-10-1980 (A. 3707); 6-3-1981 (A. 1082); 20-11-1981 (A. 4351); 23-11-1981 (A. 4432).

22. Así SSTS: 6-7-1983 (A. 4099); 25-10-1986 (A. 6233).

23. *Vid.* STS 22-1-1985 (A. 337), que relaciona otras muchas más en el mismo sentido.

24. Así STS 3-5-1982 (A. 2625).

25. De este modo SSTS: 4-6-1984 (A. 3505); 25-11-1988 (A. 9245).

26. Así STS 6-10-1982 (A. 5606).

27. En este sentido: STS 6-3-1991 (A. 1919); S. de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar 3-7-1985 (A. 6578).

28. Así SSTS: 6-5-1987 (A. 3014); 6-7-1987 (A. 5280).

Pero lo importante de este análisis jurisprudencial sobre el criterio del número de sujetos pasivos es que en la valoración influyen ante todo razones de Derecho —y no razones naturales o sociales—, como el carácter personalísimo o no del bien jurídico lesionado.

c) El elemento normativo de la identidad del tipo realizado.

En cuanto a este tercer elemento, resulta obvio que no es posible considerarlo de carácter natural o social, sino estrictamente jurídico. La jurisprudencia alemana exige el elemento de la homogeneidad de los diversos actos, que sí puede ser caracterizado como elemento natural o social. Pero la jurisprudencia española no requiere tal homogeneidad sino directamente que los actos realicen el mismo tipo, y es indiscutible que el concepto de identidad del tipo realizado es un concepto jurídico.

Si se adoptara consecuentemente una postura natural o social los tipos no tendrían por qué ser vinculantes para decidir acerca de la unidad. Por ejemplo, el hecho de matar a otro para apoderarse de su pertenencia, debería ser valorado desde una perspectiva natural como dos acciones, la de matar y la de sustraer, porque son objetivamente distintas entre sí y no representan conductas homogéneas. En definitiva, queda claro a mi entender que este elemento de la identidad del tipo no tiene naturaleza social o prejurídica.

3. Resultados

De lo analizado hasta ahora sobre la postura de la jurisprudencia española respecto a la unidad de acción, cabe extraer las siguientes conclusiones parciales: primera, que acepta implícitamente la perspectiva valorativa propia del juez y no la de un espectador imparcial. Y segunda, que los elementos exigidos para la unidad de acción bien presentan una gran similitud con otros de naturaleza jurídica (como es el caso del elemento psicológico de la decisión o voluntad unitaria), bien manifiestan una inseguridad en su aplicación práctica, introduciéndose incluso otras consideraciones jurídicas que son las que realmente fundamentan la solución (como es el caso del elemento objetivo de la estrecha vinculación espacial y temporal de los actos), bien son de naturaleza puramente jurídica (como es el caso del elemento normativo de la identidad del tipo realizado).

Por consiguiente, el Tribunal Supremo no comparte rigurosamente el criterio de la unidad natural de acción, aunque en sus declaraciones generales sobre el tema se manifieste partidario de este criterio. Más bien adopta una postura predominantemente jurídica para delimitar la unidad de acción.

En mi opinión, esta postura jurídica es la más correcta. Pues, ¿por qué

debe decidir acerca de las unidades básicas del Derecho penal un «espectador imparcial» sirviéndose de «criterios sociales o naturales»? ¿qué legitimidad tiene para ello? Si se trata de determinar cuándo se presenta una unidad de acción en sentido penal, lo lógico es que la decisión dependa de criterios jurídico-penales. De manera que sólo el legislador está legitimado para configurar unidades de acción en sentido penal. Es más, el legislador es soberano —dentro, claro está, de los límites constitucionales— para configurar unidades de acción más amplias o menos amplias, subdivisibles o no en otras unidades de sentido más reducidas. Pero lo relevante es que se les otorga el carácter de unidad.

El criterio que debe decidir acerca de la unidad en Derecho penal debe ser pues el de la unidad típica de acción.

IV. LA UNIDAD TÍPICA DE ACCIÓN

Se habla de unidad típica de acción para poner de relieve que no es de la sociedad sino del Derecho de donde hay que extraer los elementos para diferenciar la unidad y la pluralidad de acciones. Y fundamentalmente de los tipos penales, en el sentido de figuras delictivas. Pues mediante los tipos se deduce aquello que es contemplado como algo unitario, con independencia de que se pueda descomponer o no en actos parciales más reducidos. Santiago MIR PUIG ha resumido con una imagen muy gráfica este planteamiento: «La descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de unidad de hecho».²⁹

Y si los tipos de la Parte Especial del Código describen unidades, habrá un solo delito cuando se presente una *única realización del tipo*. Ahora bien, por lo general, el tipo no nos indica cuándo sus elementos se han realizado en una sola ocasión. Por otro lado, se añade la dificultad de que algunos elementos o presupuestos típicos admiten o presuponen una pluralidad; así, por ejemplo, el Código Penal prevé el hecho de cooperar o proteger la prostitución «de una o varias personas».³⁰ Por ello se acude a la idea de que el *cumplimiento de los presupuestos mínimos del tipo legal* da lugar siempre a unidad de acción.³¹

29. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., 1990, p. 722. En sentido similar SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, 1986, p. 115.

30. Art. 452 bis a) 1.^º CP.

31. En este sentido: MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, cit., p. 72; VOGLER, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, cit., núm. marginal 15 previo al § 52; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, vol. 2, 1981, p. 997.

Un solo acto de cooperación a la prostitución de una persona basta, según esto, para la realización del tipo, y en consecuencia constituye unidad de delito. Lo mismo ocurre con el hurto de una sola cosa o la falsificación de una sola moneda:³² para el tipo basta con su realización mínima, por lo que en estos casos habrá un único delito.³³

V. LA UNIDAD TÍPICA Y EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA DEL CONCURSO

La idea básica que se deduce del criterio de la unidad típica es la siguiente: es necesario pero también suficiente para apreciar unidad de delito que se realicen una sola vez todos y cada uno de los elementos del tipo legal. Ahora bien, si esto es así, no basta con la realización única de la acción, sino que también deben realizarse una sola vez —como mínimo— los restantes elementos típicos, sean cuales sean estos. Por consiguiente, entran en consideración aquí, además de la acción, el resultado y la causalidad en los delitos de resultado,³⁴ la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, el sujeto pasivo, los elementos subjetivos, etc.; y los elementos típicos particulares que exija la figura delictiva de la que se trate.

Sin embargo, el criterio de la unidad típica se encuentra en franca contradicción con el punto de partida que generalmente se acepta en la teoría del concurso. Conviene recordar que este punto de partida consiste en la distinción entre la unidad y la pluralidad de acciones, de modo que la unidad de acción es el presupuesto común de la unidad de delito y del concurso ideal. Pero si para la unidad de delito es exigible —como mínimo— la realización única de todos y cada uno de los elementos de la figura delictiva, es evidente que este presupuesto no es el que rige para el concurso ideal, que como es sabido requiere simplemente la unidad de acción o de hecho. Y es lógico que los presupuestos sean distintos en uno y otro caso, porque la unidad de delito es una figura no concursal, mientras que el concurso ideal pertenece con todo derecho a la teoría del concurso.

32. Sobre falsificación de moneda, *vid.* STS 21-12-1983 (A. 6717). Y sobre expedición de moneda falsa, *vid.* STS 8-3-1988 (A. 1596).

33. No me ocupo aquí del problema contrario, es decir, de hasta qué punto pueden sobrepasarse los presupuestos mínimos del tipo y seguir reconociendo todavía unidad de acción. Me refiero, concretamente, a los casos de realización repetida del tipo y de realización progresiva del tipo, que un sector doctrinal denomina con la expresión «unidad típica de acción en sentido amplio».

Tampoco hago referencia al elemento de la habitualidad, que presenta dificultades específicas. Sobre este tema *vid.* MIR PUIG, «La "habitualidad criminal" del art. 4 LPRS», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974, pp. 103-147; y STS 4-5-1984 (A. 2472).

34. Sobre la relevancia del resultado para la unidad típica insiste MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 723.

Posiblemente, la identificación de los presupuestos de la unidad de delito y del concurso ideal que efectúan la doctrina dominante y la jurisprudencia, obedezca a la influencia que ha ejercido la teoría de la unidad.³⁵ Esta teoría estima que el concurso ideal representa una sola infracción porque en él sólo hay una acción. Puesto que el concurso ideal es sancionado con una sola pena (aunque con una cierta agravación) y también la unidad de delito es igualmente sancionada con una pena, es explicable que la teoría de la unidad pretendiera acercar ambas figuras unificando no sólo sus consecuencias jurídicas sino también sus presupuestos. Pero como se ha comprobado, lo cierto es que los presupuestos de la unidad de delito no coinciden con los del concurso ideal.

VI. CONCLUSIONES

Para concluir sólo quiero insistir en dos reflexiones finales:

Primera, que aunque la jurisprudencia española se declara partidaria del criterio de la unidad natural de acción, lo cierto es que su postura es en gran parte jurídica.

Y segunda, que para decidir sobre la unidad de delito lo relevante no es sólo la unidad de acción, sino la realización unitaria —como mínimo— de todos los elementos típicos de una figura delictiva.

35. Advierte esta posibilidad SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, cit., p. 112.

V
COMUNICACIONES

OBSERVACIONES METODOLÓGICAS SOBRE LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO*

Francisco BALDÓ LAVILLA

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Barcelona

I

1. En nuestro pasado reciente, siempre ha existido un vivo debate acerca de cuál es el papel que respectivamente desempeñan el legislador, la jurisprudencia y la dogmática jurídico-penal en la *construcción del sistema de la teoría del delito* y, en general, en la construcción del Derecho penal. Debate este que salvando sus caracteres propios y privativos ha de recoger, a mi juicio, al existente en el ámbito más general de la metodología del Derecho y, ante todo, ponerse en *relación* con una de sus principales elaboraciones: la de la teoría del llamado *desarrollo continuador del Derecho*.¹ Y ello, porque es

*. Redactado antes de la aprobación del nuevo Código penal de 1995.

1. *Vid.*, sobre el concepto de «desarrollo continuador del Derecho», y sin ánimo de exhaustividad, BYDLINSKI, F.: *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2.^a ed. (1991); el mismo autor: «Hauptposititionen zum Richterrecht», *JZ*, 1985, pp. 149 y ss.; PAWLOWSKI, H.M., *Methodenlehre für Juristen*, 1981; LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. Rodríguez Molinero), 2.^a ed. (de la 4.^a ed. alemana), 1980; el mismo autor: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.^a ed. (1983); el mismo autor: «Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem», *ER. Huber-FS* (1973), pp. 291 y ss.; el mismo autor: «Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem», *NJW*, 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss.; el mismo autor: «Der Richter als Gesetzgeber?», *Henkel-FS* (1974), pp. 31 y ss.; ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 2.^a ed. (1972); ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.^a ed. (1960); el mismo autor, *Einführung in das juristische Denken*, 8.^a ed. (1983); KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2.^a ed. (1976); ZIPPELIUS, R.: *Juristische Methodenlehre*, 4.^a ed. (1985); CANARIS, C.W.: *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*, 1.^a ed. (1964), 2.^a ed. (1983); el mismo autor: *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 1.^a ed. (1969), 2.^a ed. (1983); WIEACKER, F., *Gesetz und Richterkunst*, 1957; COING, H.: *Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts*, *JuS*, 1975, pp. 277 y ss.; SCHÜNEMANN, B.: *Der vier Stufen der Rechtsgewinnung*, 1974; el mismo autor: «Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre», *U. Klug-FS* (1983), pp. 169 y ss.; el mismo autor: «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts», *P. Bockelmann-FS* (1979), pp. 117 y ss.; el mismo autor: *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978.

precisamente esta teoría la que en mayor medida y con mayor profundidad se ha ocupado del papel que juegan cada uno de estos operadores jurídicos. De ahí que no pueda resultar extraño el que aquí queramos ensayar una aproximación a esta teoría, *en la medida en la que muestra cómo se puede llegar a erigir «legítimamente» el «constructo» de la teoría del delito* y, por añadidura, el del Derecho penal. Todo ello nos obligará a poner de manifiesto algunas ideas que, sin ser nada nuevas en ámbitos ajenos al Derecho penal, pueden ayudar a explicar cómo se construye el mencionado sistema o, cuando menos, a describir cómo se puede llegar a construir desde una orientación particular. Ya de antemano queremos anticipar, sin embargo, el punto de vista metodológico que se tiene por válido. Vaya pues por delante la hipótesis de la que se parte: *el Derecho es desarrollado por el legislador, por los tribunales y por la ciencia del Derecho*.² Que el legislador crea el Derecho, ni parece controvertido, ni merece mayores explicaciones. Baste simplemente con decir que en nuestro modelo constitucional el legislador es el destinatario directo de la competencia primaria legiferante. La segunda parte de la afirmación, esto es, la de que los tribunales y la ciencia del Derecho participan asimismo en el proceso de «desarrollo» del Derecho y que, por tanto, desempeñan una labor «creadora», ya merece en cambio una aclaración, al menos desde la óptica del Derecho penal.

2. Mas antes de entrar en el análisis de las cuestiones ya apuntadas quizás resultará conveniente realizar una breve descripción del recorrido que han seguido algunas de las ideas que subyacen a esta hipótesis de partida hasta ahora sólo anticipada.³ En efecto, la cuestión de si, y en qué medida, el juez puede o debe desempeñar una labor creadora en la aplicación del Derecho ha ocupado a generaciones de teóricos del Derecho. *En un principio* reciente se partió de la prohibición de que el juez desarrollara una labor creadora, de que era posible aplicar el Derecho sin, por así decirlo, transformarlo, dejándolo tal cual, de que ello era posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de la interpretación era cerrado y de que el Derecho no presentaba lagunas. En el campo del Derecho penal, se llegó incluso a postu-

2. LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss., p. 1.

3. Recorrido que en síntesis sigue la descripción que hace KAUFMANN, Art., en: «Problemgeschichte der Rechtsphilosophie», en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Art. KAUFMANN y W. HASSEMER (eds.), 5.^a ed. (1989), pp. 25 y ss. Otras exposiciones sobre la misma cuestión, pero vista desde la óptica del Derecho penal, pueden encontrarse en: MIR PUIG, S.: «Dogmática creadora y política criminal», *R/Cat.* 1978, pp. 649 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, 1992, pp. 43 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, 1988, *passim*; VIVES ANTÓN, T.S., «Dos problemas de positivismo jurídico», en: *La libertad como pretexto*, 1995, pp. 135 y ss.

lar por algún autor —FEUERBACH— la necesidad de prohibiciones de interpretación. La mencionada prohibición de que el juez desarrollara una labor creadora pronto se mostró, sin embargo, como irrealizable, y no sólo por la «lagunasidad» del Derecho, sino ante todo porque se constató que toda interpretación implica una interacción entre el sujeto intérprete y el objeto interpretado. De suerte que se llegó a la conclusión de que, cuando menos, no era «posible» aplicar el Derecho «neutralmente». De ahí que actualmente se tienda a superar el esquema sujeto-objeto que durante mucho tiempo han intentado mantener importantes corrientes teóricas —así, por ejemplo, la *jurisprudencia de conceptos*—. Superación que se ensaya modernamente desde diversas orientaciones: la *analítica*, la *hermenéutica*, la *tópica*, la *retórica*, etcétera. Algunas de ellas pueden complementarse mutuamente para evitar en lo posible los peligros que comporta el asumir radicalmente visiones unidireccionales. Así, a modo de ejemplo, se afirma que la orientación analítica sin hermenéutica resulta vacía y, complementariamente, que la orientación hermenéutica sin analítica resulta ciega. Con el *cambio de paradigma* se han abandonado los antiguos postulados anteriormente señalados y ya no se parte de la prohibición de que el juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el Derecho sin un legítimo desarrollo continuador del Derecho, de que, consecuentemente con ello, esta labor no es posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de la interpretación no es cerrado y de que el Derecho presenta lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción, etcétera. Por lo demás, se constata que desde la lógica formal, como desde la analítica, se corre el peligro de convertir el Derecho en un sistema axiomático que no dé respuesta a los verdaderos conflictos sociales. Y, para subvenir a este peligro, algunas orientaciones metodológicas como las de la jurisprudencia tópica o la retórica trabajan con la imagen de un «sistema abierto» que parte de la suposición de que el número de criterios para tomar una decisión correcta es en esencia ilimitado: así, la ley, la naturaleza de las cosas, la orientación a las consecuencias, la seguridad jurídica, los intereses individuales o supraindividuales, el uso del lenguaje, etcétera. Idea esta, la de un sistema abierto, que también es asumida por la hermenéutica jurídica. Para ella, obtención del Derecho significa «argumentación correcta en un sistema abierto» —partiendo igualmente de que el número de posibles argumentos es ilimitado—. *En definitiva*, y para finalizar esta breve visión panorámica e introductoria con las palabras de un filósofo del Derecho asimismo penalista —Art. KAUFMANN— podemos decir que todo ello se expresa en esencia en los siguientes términos: «(...) Bajo el imperio... (del)... formalismo también prevaleció en la metodología jurídica el concepto de que la creación del derecho

sería un simple proceso lógico, concretamente la *subsunción* de un conjunto de circunstancias vitales bajo la norma legal. Pero el proceso de creación jurídica muestra una estructura esencial más complicada, que contiene momentos productivos, dialécticos, posiblemente intuitivos, en todo caso no exclusivamente lógico-formales, y que el juez nunca infiere una decisión *sólo de la ley*, sino que llega al caso siempre con un determinado *preconcepto*, establecido principalmente por la tradición y la situación (...).⁴ Y, abundando en ello, «(...). El Derecho no resulta ni de una *naturaleza* concebida como siempre, ni simplemente de la formulación general-abstracta de la ley. Estas son, en cierta forma, sólo materia prima, de la cual, en un *acto de formación procesual* (la jurisprudencia y, en general, la actividad jurídica), debe surgir el derecho concreto».⁵ Pues bien, más adelante se verá que las ideas hasta aquí sólo esbozadas subyacen de una forma más o menos explícita o precisa, aunque sea con orientaciones diversas, en la metodología constructiva de la teoría del delito de destacados penalistas españoles: así, cuando menos, en ciertas declaraciones programáticas de CEREZO MIR,⁶ MIR PUIG,⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO,⁸ SILVA SÁNCHEZ,⁹ TORÍO LÓPEZ¹⁰ y VIVES ANTÓN.¹¹

II

3. Hechos estos breves apuntes iniciales acerca de la evolución de la teoría del desarrollo continuador del Derecho, pasaremos ya a desarrollar la hipótesis inicial en sus aspectos más controvertidos. Los *tribunales* desarrollan el Derecho en la medida en que lo «aplican».¹² Y ello, en tanto que en nuestro modelo constitucional son los destinatarios directos de la competencia primaria de «aplicación de la Ley». En efecto, así como no se puede dudar de que en nuestro modelo constitucional el legislador posea la competencia primaria

4. Y, añade, en las siguientes líneas: (...) «Un hombre que crea poder pensar y juzgar todo racionalmente (deducir sus decisiones sólo de la ley), tiene con seguridad una racionalidad subdesarrollada» (KAUFMANN, Art., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1992 [trad. L. Villar Borda], ed. Temis, pp. 25-26).

5. KAUFMANN, Art., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit., p. 39.

6. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I* (Introducción. Teoría jurídica del delito/1), 4.^a ed., 1994, p. 178.

7. MIR PUIG, S., *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss.

8. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aplicación judicial del Derecho...*, cit., *passim*.

9. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 145.

10. TORÍO LÓPEZ, A., «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», *ADPCP*, 1989, p. 512.

11. VIVES ANTÓN, T.S., *Dos problemas de positivismo jurídico*, cit., 1995, pp. 135 y ss.

12. *Vid.*, BYDLINSKI, F., *JZ*, 1985, pp. 149 y ss., p. 149, sobre el denominado «Derecho judicial» (*Richterrecht*), en contraposición con el «Derecho codificado» (*Kodexrecht*).

legiferante, así mismo tampoco cabe duda de que los tribunales posean la competencia primaria de «aplicación de la Ley» ¿Supone ello que actúen en cierto sentido como co-legisladores? Ciertamente. Se admite en nuestros días mayoritariamente que siendo como es la aplicación del Derecho —esto es, la actualización de la norma en atención al caso concreto—¹³ función encomendada a los tribunales, el cumplimiento de esta labor obliga a ir más allá de la pura y neutra construcción de silogismos «formales». Ello supone el reconocimiento actualmente aceptado de que la aplicación de la Ley no es un proceso meramente lógico, sino que exige regularmente de los operadores jurídicos la formulación de múltiples valoraciones. Reconocimiento, éste, que constituye una muestra más de la transición de la *jurisprudencia de conceptos* a la *jurisprudencia de intereses*¹⁴ —aunque no sólo constituye una muestra de la mencionada transición,¹⁵ sino que subyace también a otras corrientes metodológicas más modernas:¹⁶ así, las mencionadas orientaciones *analítica*, *hermenéutica*, *tópica* o *retórica*—. En efecto, se parte actualmente de la convicción comúnmente aceptada de que la aplicación del Derecho supone algo más que la mera «subsunción» de un caso en el supuesto de hecho abstracto de una norma¹⁷ o,

13. LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, p. 1.

14. Cfr., sobre ello, BYDLINSKI, F., *JZ*, 1985, pp. 149 y ss., p. 149.

15. HERNÁNDEZ MARÍN, R. (*Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 1986, p. 224) señala que «Para intentar averiguar en qué consiste el método científico-jurídico preconizado por la jurisprudencia de intereses (...) es necesario tener presente tres tesis sostenidas por los representantes de esta escuela: *en primer lugar*, que la subsunción es siempre necesaria; *en segundo lugar*, que se trata de una subsunción bajo la ley; y, *en tercer lugar*, que no se trata de una subsunción lógica, sino teleológica, que se trata de una subsunción bajo los juicios de valor o ideas de valor legales, o bajo la situación de intereses contemplada por el legislador, o bajo el espíritu de la ley, o bajo los intereses legislativos, etc.».

16. *Vid.*, sobre ellas, por ejemplo, las aportaciones de G. ELLSHEID, W. HASSEMER, F. HAFT, U. NEUMANN, L. PHILIPPS y U. SCHROTH, en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Art. KAUFMANN y W. HASSEMER (eds.), 5.^a ed. (1989).

17. *Vid.*, LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, p. 1, p. 3 (y también, sin embargo, la referencia a ZIPPELIUS, R., «Zum Problem der Rechtsfortbildung», *NJW*, 1964, p. 1981); asimismo, el mismo autor, *Henkel-FS* (1974), pp. 31 y ss., p. 31. LARENZ estima que la aplicación de la Ley no se agota en la mera subsunción, sino que exige en gran medida valoraciones del aplicador. MÜLLER (MÜLLER, F.: *Juristische Methodik*, 2.^a ed. [1976], p. 134) entiende que una Jurisprudencia sin decisiones ni valoraciones no sería ni práctica ni real. ESSER (ESSER, J.: *Vorverständnis*..., cit., p. 9) entiende que las valoraciones poseen una importancia central en cualquier decisión problemática. KRIELE (KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung*..., cit., p. 96) considera que no se puede desconocer el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico contenido en toda interpretación. KAUFMANN, Art., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 1992 (*Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2.^a ed., 1991), pp. 25-26 y *passim*. Sobre todo ello, *vid.*, asimismo, ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1989, pp. 27 y ss.; y DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3.^a ed. (1993), pp. 220 y ss.; CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, 1992, pp. 103 y ss.; y, en el ámbito del Derecho penal español, por ejemplo, MIR PUIG, S.: *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación*..., cit., pp. 102 y ss., y p. 124; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aplicación judicial del Derecho*..., cit., *passim*, pp. 14-15; CÓRDOBA RODA, J., «Consideraciones sobre la jurisprudencia penal», *RJCat*, 1974, pp. 122 y ss.; CUERDA RIEZU, A., *El legislador y el Derecho penal (una orientación a los orígenes)*, 1991, *passim*, p. 81; MUÑOZ CONDE, en: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 1993, pp. 119-125.

dicho en pocas palabras, de que *la aplicación del Derecho no se agota en la mera subsunción*.¹⁸ O, también, de que *toda «interpretación» supone una labor «creadora»*.¹⁹ De ahí que actualmente también se reconozca por la generalidad que no sólo los sistemas anglosajones de *case-law*, sino también los ordenamientos jurídicos continentales de «Derecho codificado» poseen un componente de «Derecho judicial», sobre todo, en el marco del denominado «desarrollo continuador del Derecho».²⁰ La función que despliega este desarrollo continuador del Derecho consiste en *precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas o allí donde las leyes presentan incompletitudes que requieren ser colmadas*.²¹ Siendo así que, a juicio de LARENZ, el juez no sólo desarrolla el Derecho allí donde integra una laguna, sino también, en realidad, en muchos casos en los que hace un tiempo se hablaba —incorrectamente— de simple subsunción. Ello se hace especial e inequívocamente patente en diversos ámbitos. Así, entre otros, a) en el campo de los «conceptos jurídicos indeterminados»,²² en el campo de los «conceptos normativos»,²³ en el campo de los «conceptos jurídicos necesitados de concreción»²⁴ y en el campo de las «cláusulas generales»;²⁵ b) en el campo de la constatación

18. LARENZ, K., *Henkel-FS* (1974), p. 31.

19. *Ibidem*, p. 31 (citando a GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 3.^a ed., p. 365) y, en el ámbito del Derecho penal español, por todos, MIR PUIG, S.: *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss.

20. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo I, § 3.

21. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo I, § 3. Sobre el arsenal hermenéutico, *vid.*, por ejemplo, ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 211 y ss. Con todo, no se olvide la transición mencionada entre el catálogo cerrado de SAVIGNY y los catálogos abiertos que postula, por ejemplo, la moderna hermenéutica jurídica. Por lo demás, sobre la controversia entre las teorías objetivas, subjetivas o mixtas de la interpretación, *vid.*, en el ámbito del Derecho penal, por todos, STRATENWERTH, G.: *Zum Streit der Auslegungstheorien*, O.A. *Germann-FS* (1969), pp. 258 y ss. y CUERDA RIEZO, A., *El legislador...*, cit., pp. 86 y ss. y las interesantes consideraciones que hace este autor en alusión a las tesis de BYDLINSKI.

22. *Vid.*, sobre los conceptos jurídicos indeterminados, en general, ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, cit., capítulos VI y VII; ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III; y, en el ámbito específico del Derecho penal, HAFT, F., «Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht», *JuS*, 1975, pp. 477 y ss.

23. Sobre los elementos normativos y su relación con la cuestión aquí examinada, *vid.*, en general, ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., capítulos VI y VII; ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III; y, en el ámbito del Derecho penal, por ejemplo, JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed. (1991), 4/29 (p. 80).

24. *Vid.*, en general, LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, p. 1 y, para el ámbito del Derecho penal, LENCKNER, T., «Wertaufüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz “nullum crimen sine lege”», *JuS*, 1968, pp. 249 y ss. y pp. 304 y ss.

25. Sobre las cláusulas generales, *vid.*, en general, ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., capítulos VI y VII; ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III; y, en el ámbito de la literatura penal, HAFT, F., «Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht», *JuS*, 1975, pp. 477 y ss.; NAUCKE, W., *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973; CLASS, W., «Generalklauseln im Strafrecht», *Eb. Schmidt-FS*, pp. 122 y ss.; JAKOBS, G., *Strafrecht. AT*, cit., 4/32 (pp. 81-82); MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976 (reimp. 1982), p. 146; VIVES ANTÓN, T.S., *Dos problemas de positivismo jurídico*, cit., 1995, p. 154.

e integración de «lagunas»;²⁶ y, asimismo, c) en el campo de la «corrección del Derecho legal defectuoso».²⁷ En el primero (a), el juez opera concretando el margen interpretativo que manifiesta la regulación textual —ámbito de la *interpretación «secundum legem»* o interpretación en sentido estricto—. Aquí se prefiere hablar actualmente de proceso de concreción de la norma, y no de proceso de subsunción. En el segundo (b), el juez opera desarrollando el Derecho *suplendi causa*, i. e., colmando la laguna legal —*desarrollo continuador del Derecho «praeter legem»*—.²⁸ Y en el tercero (c), el Juez opera, *corrigiendi causa*,²⁹ corrigiendo un defecto legal —entiéndase, en los casos en los que ello es legítimo—.³⁰ Como consecuencia de todo lo cual se puede afirmar que la interpretación de la Ley en sentido estricto —hasta el límite del sentido literal posible—³¹ y el desarrollo continuador del Derecho —a través de la integración de lagunas conforme a la ley— son dos niveles de un mismo proceso.³²

4. A nadie se le ocultará que todos estos ámbitos en los que se ha mencionado que la teoría general exige de un desarrollo continuador del Derecho son especialmente numerosos en el ámbito del Derecho penal y que, por tanto, una construcción legítima del sistema del Derecho penal no puede sino tener en cuenta estos conocimientos interdisciplinares que nos proporciona la metodología del Derecho. En efecto, bastará en este momento con mencionar tan sólo algunos ejemplos de elementos normativos, de cláusulas generales y de posibles lagunas que condicionan la construcción del sistema de la teoría del delito —en particular— y la del Derecho penal —en general—. Así, exis-

26. *Vid.*, por ejemplo, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., *passim*; ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., capítulos VI y VII; el mismo autor, «Der Begriff der Rechtslücke», *W. Sauer-FS* (1949); ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III.

27. *Vid.*, ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., capítulos VI y VII; ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III.

28. Como señala ENGISCH (ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., p. 138), *supplet praetor in eo, quod legi deest*.

29. *Ibidem*, p. 138.

30. Sobre el desarrollo continuador del Derecho *contra legem*, *vid.*, además de las obras generales ya citadas, y, en especial, en el ámbito del Derecho penal, KREY, V.: «Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung *contra legem* (I y II)», *JZ*, 1978, pp. 361 y ss. (I) y pp. 428 y ss. (II); el mismo autor: «Rechtsfindung *contra legem* als Verfassungsproblem (III)», *JZ*, 1978, pp. 465 y ss. Como norma general, es válido el principio según el cual la interpretación *contra legem* es «ilegítima». Ello, sin embargo, presenta importantes excepciones. Por ejemplo, las de los casos de corrección de manifiestos errores regulativos del legislador (así, en los casos de erróneas referencias cruzadas entre preceptos).

31. Sobre el sentido literal posible, *vid.*, por todos, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 6 y ss., p. 10. *Vid.*, asimismo, la precisión que hace respecto al mismo, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 119, en nota 369 «no existe un único sentido literal posible, más bien existen posibles sentidos que permiten la literalidad o textualidad de la Ley».

32. Así, LARENZ, K., *Henkel-FS* (1974), p. 32.

ten algunos elementos normativos en el seno del Derecho penal que se prestan con mayor facilidad a una concreción, como es el caso por ejemplo del elemento «ajenidad» de los delitos patrimoniales y, otros, por el contrario, cuya concreción ya es mucho más complicada, como es el caso por ejemplo del concepto de «agresión ilegítima» presupuesto de la legítima defensa —¿incluye las agresiones constitutivas de faltas, las omisivas, las imprudentes, las inidóneas, etcétera?—.³³ Como ejemplos de cláusulas generales, pueden señalarse los términos «actos lúbricos o de exhibición obscena» de los delitos contra la libertad sexual o el término «necesidad racional» de la legítima defensa.³⁴ Y como casos de posibles lagunas podrían señalarse algunas integrables legítimamente y otras que no lo son. Entre estas últimas cuenta, por ejemplo, la extensión del parricidio a las parejas llamadas de hecho y, entre las primeras, a juicio de algún autor, la del denominado «estado de necesidad defensivo».³⁵ Siendo así las cosas, no cabe sino reconocer que en la construcción del sistema del Derecho penal habrá que tener en cuenta los conocimientos que aporta la teoría del desarrollo continuador del Derecho para concretar o integrar todos los elementos de esta clase que pertenezcan al Derecho penal. No existe otra *alternativa*. Salvo que se quiera pensar que en todos estos casos lo correcto y respetuoso con el principio de legalidad no es establecer las reglas del legítimo desarrollo continuador del Derecho penal, sino operar a la inversa y suprimir de la legislación penal todas estas constelaciones de casos problemáticos que requieren de un desarrollo, cuando menos, judicial. Hasta donde alcanzo, a esta opción alternativa sólo cabe dar una respuesta: es imposible. Lo que no significa, en cambio, que por ello deban dejarse de respetar las reglas de la correcta *técnica legislativa*. Como señala CEREZO, «El principio de legalidad... es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Ello exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumamente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real».³⁶ Lo mismo cabe apuntar respecto a las categorías negativas del hecho punible: por ejemplo, las causas de justificación. Ciertamente, tampoco aquí le es posible al legislador aprehender toda la multiplicidad y multiformi-

33. *Vid.*, sobre este particular, BALDÓ, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 264 y ss.

34. *Ibidem*, pp. 264 y ss.

35. *Ibidem*, pp. 121 y ss. y los autores allí citados.

36. CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*, cit., p. 178. Asimismo, *vid.*, GARCÍA ARÁN, M., en: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 96-97, señalando la necesidad de que el juez concrete las determinaciones legales.

dad de contextos en los que existen buenas razones para estimar permitida la realización de un tipo de injusto fundamentador. De ahí que las reglas permisivas revistan una formulación si cabe aún más genérica y, en su formulación, se haga profusión de la utilización de elementos normativos, cláusulas generales, etc.³⁷ Por lo demás, hay que apuntar que ni siquiera adoptando la aparente vía alternativa mencionada podrían obviarse los problemas mencionados, pues como ya se reconoce modernamente, tampoco los elementos llamados descriptivos están exentos de generar problemas interpretativos. Piénsese tan sólo en un delito emblemático del Código Penal —por ejemplo, el del homicidio— e inténtese apuntar el contenido semántico de los términos «matar» «a otro». Dejando de lado el núcleo conceptual de tales términos, esto es, situándonos en las zonas grises, todo son problemas —nos estamos refiriendo, en esencia, a la cuestión del inicio y final de la vida—.³⁸

5. Esta primera aproximación podría bastar para poner de manifiesto cómo los tribunales participan necesariamente en el desarrollo del Derecho —si bien, ciertamente, de una forma «continuadora»—.³⁹ Antes de entrar en un análisis algo más pormenorizado de todo ello, y para completar dicha aproximación, habrá que ocuparse asimismo de la segunda parte controvertida de la hipótesis inicial, esto es, la de que también la propia *ciencia del Derecho* participa en el desarrollo del Derecho. Y ello, siquiera sea de forma mediata, accesoria o subordinadamente a través de su influencia en la tarea legiferante, en la jurisprudencia y en el resto de operadores jurídicos.⁴⁰ Empezaremos por constatar el alcance de esta afirmación a través de la descripción de lo que realmente hace la dogmática jurídico-penal, para después pasar a la cuestión de si puede legítimamente hacer lo que sin duda hace. Para comprobar lo que *realmente hace* la comunidad científica que forma la dogmática jurídico-penal basta con echar un simple vistazo a los manuales al uso y después reflexionar acerca de una cuestión que a mi juicio se contesta por sí misma. Pensemos ¿se puede honestamente dudar de que la teoría de la acción jurídico-

37. BALDÓ, F., *...estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, cit., pp. 34-35.

38. Hay que poner de relieve que, como acertadamente señala BACIGALUPO (BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., 1990, pp. 36-37), la diferencia entre los llamados elementos normativos y los llamados descriptivos no es en la mayoría de los casos tan grande como pudiera pensarse. Por lo demás, otros ejemplos pueden encontrarse en: ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, 3.^a ed., 1993, pp. 281 y ss.

39. *Vid.*, asimismo, respecto a ello, DÍAZ PALOS, F., *La jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal*, 1991, *passim*, pp. 29 y ss., y los destacados autores allí citados: HERNÁNDEZ GIL, JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRÍGUEZ MOURULLO, GARCÍA DE ENTERRÍA, PIETRO CASTRO, VALLET DE GOYTISOLO, etc.

40. LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss., p. 1. Sobre la incidencia de la dogmática o Ciencia del Derecho en el desarrollo continuador del Derecho, *vid.*, por todos, en el ámbito del Derecho penal, MIR PUIG, S., *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss., estimando con razón que ésta «participa» en la creación del Derecho.

penal, la teoría de la autoría, la teoría del error, la teoría de la omisión —en especial, la de las fuentes de las llamadas posiciones de garante—, la teoría de la imputación objetiva, la teoría de la *actio libera in causa*, el concepto de dolo, el de imprudencia, el de inimputabilidad, entre tantos otros que conforman el sistema actual de la teoría del delito, constituyen constructos en buena medida «supralegales» que, siendo elaborados por la dogmática jurídico-penal, acaban mediáticamente formando parte del *corpus iuris* que «aplican» los tribunales.⁴¹ Pasando ahora a la segunda cuestión, esto es, la de si es *legítimo* que la dogmática jurídico-penal *haga lo que realmente hace*, empezaremos por apuntar las manifestaciones programáticas de algunos significados autores. Manifestaciones programáticas que como no podía ser de otro modo inciden decisivamente en la construcción que efectúan estos autores en los sistemas de la teoría del delito que defienden. Ya ha transcurrido un cierto tiempo desde que entre nosotros MIR PUIG señalara que el Derecho penal positivo constituye el marco de referencia dentro del cual al dogmático le está permitido desarrollar una labor «creadora».⁴² Postura ésta que ya no puede considerarse aislada en el seno de la ciencia del Derecho penal española. Entre otros, TORÍO apunta que, en la parte especial del Derecho penal, la figura de delito proporciona sólo un marco lingüístico, por lo demás fluido, dentro del cual ha de circunscribirse la interpretación y que en el ámbito de la parte general ello sucede aún si cabe de forma más aguda, pues, respecto a numerosos problemas de la máxima significación, el Derecho positivo no proporciona ni siquiera premisas, sino tan sólo puntos de apoyo para el desarrollo teórico del concepto.⁴³ SILVA SÁNCHEZ constata que la tesis según la cual el objeto de la dogmática aparece representado de modo esencial por el Derecho positivo, se encuentra ya en trance de decidida superación.⁴⁴ Añadiendo que «El Derecho positivo se limita a establecer un marco para la reflexión dogmática, sin ejercer una vinculación intensa sobre la elaboración conceptual y sistemática propia de ésta. Otro tanto sucede con las “estructuras del ser”. (...). La dogmática actual se configura ampliamente como “dogmática creadora” o “dogmática crítica” tomando partido por determinadas opciones

41. *Vid.*, apuntando el carácter extra legal de algunas de las constelaciones de casos aquí mencionadas, TORÍO LÓPEZ, A., *ADPCP*, 1989, pp. 489 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 205, pp. 181 ss. y MUÑOZ CONDE, en: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 124-125.

42. MIR PUIG, S., *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss., señalando, además, que la participación en la creación del Derecho es función de la dogmática y, el mismo autor, *Derecho Penal. Parte General*, 3.^a ed. (1990), pp. 118-119.

43. TORÍO LÓPEZ, A., *ADPCP*, 1989, p. 512.

44. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 104, y pp. 102-178, examinando profundamente la cuestión del rol de la dogmática contemporánea.

valorativas y contribuyendo, en definitiva, aunque sea subordinadamente, a la creación del Derecho». ⁴⁵ Y VIVES ANTÓN, entiende que del «(...) modo de concebir la jurisprudencia se desprende que, en el quehacer del jurista intervienen, tres tipos de discurso: a) el discurso legislativo, compuesto por las diferentes proposiciones formuladas en las leyes positivas; este discurso juega, en todo caso, el papel de lenguaje objeto. b) El discurso que trata de captar la racionalidad de ese lenguaje objeto, por medio de la referencia al conjunto de valoraciones aceptadas, rechazadas o «conciliadas» en él, a las realidades sociales relacionadas con esas valoraciones, a sus fines, consecuencias, etc. Se trata, obviamente, de un metalenguaje, sin el cual el análisis del lenguaje legal sería sencillamente imposible. Y c) el discurso que, partiendo de los juicios formulados en el metalenguaje b), lleva a cabo la interpretación del lenguaje objeto a). (...)».⁴⁶

6. La orientación metodológica que con sus naturales diferencias muestran estos autores —por mencionar tan sólo a algunos—⁴⁷ no sólo me parece que recoge perfectamente la realidad de lo que reconoczamoslo o no hace la ciencia del Derecho penal,⁴⁸ sino que más allá de todo ello se me alcanza como la orientación más plausible de una Ciencia del Derecho penal moderno —a nuestro juicio y por abreviar: una orientación hacia un sistema abierto que permita introducir valores y respete la naturaleza y estructura de las cosas en la medida en que sean indisponibles—. En efecto, si bien es cierto que se puede describir la *evolución* moderna del Derecho penal a través de la *teoría de ciclos*, mostrando esta evolución una permanente tensión entre el *ontologismo* y el *normativismo*, que va resolviéndose cíclicamente con propensión en una u otra orientación, también lo es que actualmente la sistemática de la teoría del delito se orienta preferentemente en algunas direcciones prometedoras: por ejemplo, a) la finalista —WELZEL—; b) la racional-teleológica —ROXIN—; c) la funcionalista basada en la teoría de los sistemas —JAKOBS—; y d) la lógico-analítica —HRUSCHKA—. Pues bien, todos estos «ismos» muestran de una forma u otra cómo en la construcción del sistema del Derecho penal juegan un papel destacado elementos que se reconozca o no a mi

45. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 145.

46. VIVES ANTÓN, T.S., *Dos problemas de positivismo jurídico*, cit., p. 141. Y, afirmando, por lo demás (p. 139), que la jurisprudencia constituye una ciencia hermenéutica.

47. En una línea afín, *vid.*, entre otros, BACIGALUPO, E., *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 13 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte General*, 1978, p. 74.

48. BACIGALUPO (BACIGALUPO, E., *Delito y punibilidad*, 1983, p. 13), pone de relieve que «(...) de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que pueda deducir su decisión de los textos legales.».

juicio trascienden al propio Derecho penal entendido en sentido normativo «puro». Así, y por expresarlo en pocas palabras, el finalismo destaca la referencia a la naturaleza de las cosas y la indisponibilidad de las estructuras lógico-objetivas. La escuela racional-teleológica destaca el papel que juega la política criminal en la construcción de un modelo «abierto», «histórico» y «orientado a fines». La escuela lógico-analítica destaca el papel que juegan las estructuras y el análisis de cuño filosófico-analítico en la construcción de cualquier sistema, si bien programáticamente se orienta hacia un sistema «cerrado», «ahistórico» y «geométrico». La escuela funcionalista de cuño sistemático destaca por manifestar las interacciones comunicativas y por mostrar cómo estabilizarlas desde una óptica sociológica. Pues bien, ninguna de estas direcciones poseería un futuro si en la construcción del sistema del Derecho penal nos situáramos en el plano de lo «puramente» normativo. Y, por lo demás, tampoco me parece que el efectuar objeciones desde concepciones estrechamente formalistas del principio de legalidad a la introducción de elementos «trascendentales» de uno u otro cuño sea muy realista como ya se ha mostrado.⁴⁹ Cuestión distinta es la de que en esta tarea «creadora» que afecta a la construcción del sistema, el dogmático o el juez operen sin *restricción* alguna. Muy al contrario, la libertad operativa que poseen al desarrollar esta función —la de precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el «arsenal hermenéutico» deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas o allí donde las leyes presentan «incompletudes» que requieren ser colmadas— debe respetar las *reglas* procedimentales del desarrollo *legítimo* del Derecho. Entre las cuales, como se verá más adelante destacan, en el ámbito del Derecho penal, la prohibición de analogía *in malam partem*, la prohibición de restricción teleológica de reglas permisivas o autorizadoras, por debajo de su núcleo conceptual básico, y la prohibición de extensión teleológica ilegítima. No, en cambio, la prohibición de interpretación extensiva dentro del tenor literal posible o la obligación de interpretar la ley penal lo más restrictivamente posible. En definitiva, aquí se parte de que, pasados ya los tiempos en los que toda la dogmática del Derecho penal se consideraba plasmada expresamente en los propios preceptos que formaban el Derecho penal objetivo, hoy se admite más o menos generalmente, al menos en los estados con una dogmática más avanzada,⁵⁰ que la mayor parte de la dogmática jurídico-penal constituye un «*constructo*» no expresamente plas-

49. *Vid.*, la crítica de Art. KAUFMANN arriba mencionada (KAUFMANN, Art., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, cit., pp. 25-26).

50. *Vid.*, por todos, SCHÜNEMANN, B., «Introducción al pensamiento sistemático en Derecho penal», en: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* (introd., trad. y notas de J.M. Silva Sánchez), pp. 31 y ss.

*mado por el legislador en el Derecho penal objetivo.*⁵¹ Todo ello, no sólo tiene que ver con la consideración de la teoría del delito como «metalenguaje» explicativo del propio «lenguaje» expresado en la Ley penal.⁵² También tiene que ver con cambios en la concepción del propio sistema del Derecho penal y con cambios substanciales —al menos en nuestro país— de algunos de los principios básicos que lo informan. Nos estamos refiriendo en esencia a la concepción del principio de legalidad y al rol que desempeña el operador jurídico —sobre todo el juez— en la construcción del sistema. Frente a una concepción estrechamente formal del principio de legalidad y de sus principios derivados —reserva de ley, mandato de determinación y prohibición de analogía—, se sostiene aquí una concepción material y realista. Concepción que, por un lado, fundamentará materialmente y, por otro, definirá, los presupuestos del «legítimo» «desarrollo continuador del Derecho» penal. Por lo demás, permítaseme en este punto hacer un breve excursus sobre uno de los principios fundamentales del Derecho en general y del Derecho penal en particular: el *principio de seguridad jurídica*. A mi juicio, el sistema de la teoría del delito constituye un «constructo» histórico al que difícilmente puede sobreponerse el legislador. Cosa ésta que, contra lo que pudiera parecer en un principio, me parece positiva. En lo sustancial, y más allá de su innegable belleza plástica, no considero acertada la famosa frase de von KIRSCHMANN según la cual «tres líneas del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura». Esta sólo es relativamente cierta para la parte especial. Respecto a la parte general, que ha sido el producto de siglos de evolución, estimo que esta afirmación sólo parcialmente puede considerarse acertada. Y ello es de la máxima importancia, pues considero que en el seno de la parte general, aporta más «seguridad jurídica» una construcción dogmática bien desarrollada por los teóricos, bien asentada entre los operadores jurídicos y bien conocida por los destinatarios de las normas primarias, que cualquier determinación pretendidamente exhaustiva del legislador. De lo contrario puede suceder lo que ya hace algún tiempo apuntó GIMBERNAT:⁵³ «(...) En otros países de dogmática menos desarrollada el contenido de los manuales y comentarios es muy distinto: los supuestos dudosos (muchas veces sin que se tenga siquiera conciencia de que existen o de las dudas que ofrecen) son resueltos inconexamente, de caso en caso, y nadie puede decir, de antemano, cuál es el tratamiento jurídico que van

51. Así, MIR PUIG, S., *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pp. 72 y ss.; TORÍO LÓPEZ, A., *ADPCP*, 1989, pp. 489 y ss., p. 489, pp. 491-492, p. 500, p. 512.

52. Así, HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum allgemeinen Teil*, 2.^a ed. (1988), Vorbemerkung, XI-XXV.

53. GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», en: *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed. (1981), p. 127.

a recibir: la respuesta que el jurista tiene que dar con excesiva e insoportable frecuencia, cuando le preguntan qué es lo que dice el Derecho penal sobre éste o sobre el otro supuesto es: «No lo sé». A la vista de estas clarividentes palabras, podemos entonces preguntarnos: ¿Sería esto seguridad jurídica? Por lo demás, y también con relación a este principio, estimo que la verdadera y eficaz seguridad jurídica se consigue con algo mucho más importante que las apelaciones a un principio de legalidad más o menos formal o material; se consigue con un estricto sometimiento a los cánones hermenéuticos en la determinación del tipo penal, que sólo así se convierte en verdadero tipo de garantía —para el ciudadano—. En una frase —y para concluir con todo lo anteriormente dicho—: no hay vuelta a FEUERBACH.

III

7. Aceptada la realidad de que el proceso de aplicación de una norma a un caso no se agota en la simple, neutra y automática «subsunción», sino que requiere en la mayoría de los supuestos de un desarrollo continuador del Derecho en el ámbito judicial, la cuestión inmediata que se plantea reside en determinar cuál es la *legitimación* que posee el juez para actuar de esta forma.⁵⁴ Es decir, se impone determinar bajo qué presupuestos y límites le está «permitido» al juez desarrollar el Derecho a partir, cuando menos, del sentido literal posible de los términos legales, de la *ratio legis* y de la *ratio iuris*.⁵⁵ Todo ello, tiene que ver, en primera línea, con la vinculación de la judicatura a la Ley —principio de legalidad— y con la relación entre los poderes judicial y legislativo —separación de poderes—.⁵⁶ Y, en último término, plantea una cuestión constitucional —o, si se quiere, también, de competencias constitucionales—. Siguiendo a ZIPPELIUS puede afirmarse que en la medida en que el legislador haya resuelto las cuestiones jurídicas, y el contenido del tipo legal pueda ser determinado sin ambigüedades por medio de la interpretación, el operador jurídico quedará sometido en lo esencial a las soluciones determinadas por el tipo legal y a sus criterios de decisión.⁵⁷ En esta medida, se puede decir que también las cuestiones de justicia han sido

54. *Vid.*, sobre todo ello, de momento, por ejemplo, LARENZ, K.: *H. Henkel-FS* (1974), pp. 39 y ss.; ZIPPELIUS, R.: «Legitimation im demokratischen Verfassungstaat», en: N. ACHTERBERG (ed.), *Legitimation des modernen Staates*, 1981; ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pp. 27 y ss.

55. Sobre esta cuestión se pronuncia el Tribunal Constitucional alemán en la sentencia publicada en: *NJW*, 73, 1221 (*vid.*, LARENZ, K.: *H. Henkel-FS* (1974), p. 39, not. 23).

56. LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, p. 2.

57. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo I, § 3.

«pre-resueltas» por el legislador.⁵⁸ Así las cosas, la autolimitación de una dogmática al servicio de la aplicación del Derecho se corresponde con el principio de la «división de poderes» y sirve al mismo tiempo a la «seguridad jurídica».⁵⁹ Ahora bien, siendo todo ello difícilmente cuestionable, no cabe por menos que reconocer como igualmente cierto que los conceptos jurídicos poseen una significación que deja regularmente un *marco de juego*, se entiende, interpretativo —que lo es tanto más cuanto mayor es la espiritualización de las normas a interpretar (baste comparar la concreción de ciertas normas administrativas con la de las normas penales o constitucionales básicas)—. De ahí que, muchas veces, en el ámbito de la interpretación, se aluda a la existencia de conceptos jurídicos «vagos» o «porosos» —en la terminología actual—.⁶⁰ Esta zona borrosa del contenido significativo de las palabras puede, en efecto, ser estrechada metodológicamente por medio de la interpretación.⁶¹ Pero, por regla general, no puede ser completamente eliminada. Ello, se quiera o no, es un hecho. Ciertamente, no se puede negar que la interpretación no constituye un método exacto, sino que conduce, la mayoría de las veces, a una *decisión* entre los múltiples principios interpretativos que entran en discusión (cánones interpretativos) y entre las múltiples posibilidades de interpretación.⁶² Cánones interpretativos entre los que, por lo demás, es cuando menos cuestionable el que se pueda establecer una *jerarquía* entre ellos.⁶³ En ese caso, la decisión que inexorablemente habrá de tomar el operador jurídico en la aplicación de la Ley se «legitimará» entonces cuando conduzca a una solución más justa que las restantes —de entre todas las posibles—. De este modo, la interpretación se coloca al servicio de la Justicia. A juicio de un sector de la doctrina que ha profundizado en esta materia, cuando

58. *Ibidem*, capítulo I, § 3.

59. *Ibidem*, capítulo I, § 3; CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 116, pp. 175 y ss., p. 184.

60. Cfr., DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, cit., pp. 108-109, y las referencias que hace a REIN —que señala que las palabras poseen un campo de referencia indefinido consistente en un foco central y una nebulosa de incertidumbre— y HECK —que se refiere a ello con los términos alemanes «núcleo conceptual» (*Begriffskern*) y «techo conceptual» (*Begriffshof*)—. Y, asimismo, *vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pp. 123 y ss., en las que señala, además de lo anterior (pp. 130-134), entre otras importantes, la cuestión de la vaguedad y porosidad de los términos que integran los lenguajes ordinarios tal y como ha demostrado la filosofía analítica.

61. Sobre los cánones de la interpretación en el ámbito del Derecho penal, *vid.*, los diversos puntos de vista de: COBO-VIVES, *Derecho Penal. PG*, cit., pp. 91 y ss.; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, 1993, pp. 177 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., pp. 290 y ss.; GARCÍA ARÁN, M., en: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 115 y ss. No se olviden, sin embargo, las conclusiones básicas ya apuntadas a las que llega la moderna hermenéutica jurídica. Sobre ella, *vid.*, por ejemplo, CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, pp. 103 y ss., pp. 130 y ss., pp. 152 y ss.

62. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo I, § 3. Así lo reconoce, en el ámbito del Derecho penal, CUERDA RIEZU, A., *El legislador...*, cit., pp. 73-97.

63. *Vid.*, en el ámbito del Derecho penal español, CUERDA RIEZU, A., *El legislador...*, cit., pp. 86 y ss.

las normas, a pesar de emplear todos los esfuerzos interpretativos, no conducen a una solución justa desde el punto de vista del «sentimiento jurídico», aparecen como necesitadas de complemento. Y, entonces, o bien exigimos este complemento de *lege ferenda* o bien constatamos ya de *lege lata* la existencia de una laguna.⁶⁴ Así, la interpretación de las leyes, en el aspecto de determinación del significado «acertado» del término dentro del marco de su sentido «posible», plantea la cuestión de las razones legitimadoras de la elección.⁶⁵ La interpretación debe realizar la finalidad regulativa del legislador, puesto que en un Estado con división de poderes la competencia de regulación le ha sido atribuida a él. A ello contribuye el tradicional criterio teleológico.⁶⁶ Criterio que, por lo demás, sirve a la «Unidad del Derecho»⁶⁷ y a garantizar el respeto al principio de «no contradicción interna».⁶⁸ En todo ello, más que consideraciones lógicas, son las teleológicas las que juegan un rol principal. La interpretación de una norma debe estar en armonía con la finalidad y representación que de la justicia posea el ordenamiento jurídico, allí donde sea posible. Así pues, la interpretación debe elegir un significado que se acerque en la mayor medida posible a la idea de justicia dominante en la comunidad.⁶⁹ No obstante, esta idea puede cambiar con el paso del tiempo. Para estas mutaciones de sentido rige la siguiente consideración: el fundamento de la legitimidad del Derecho hoy aplicable no reside en el pasado sino en el presente.⁷⁰ Con todo, hay que recordar que en cuanto la Ley ha decidido una cuestión jurídica inequívocamente y ha determinado precisamente los criterios de su solución, el juez está sujeto a tales criterios. Ello demarca el límite de la *legítima* interpretación y del *legítimo* desarrollo continuador del Derecho *praeter legem* e ir más allá supondría invadir el campo *ilegítimo* del desarrollo continuador del Derecho

64. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo I, § 3.

65. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III, § 9; MIR PUIG, S.: *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss.

66. Sobre la *ratio* teleológica como criterio interpretativo y sobre la *ratio* teleológica como criterio de construcción sistemática, *vid.*, además, de las obras generales ya citadas, y para el ámbito del Derecho penal, HERZBERG, R.D.: «Kritik der teleologischen Gesetzesauslegung», *NJW*, 1990, pp. 2.525 y ss.; SCHAFFSTEIN, F.: «Zur Problematik teleologischer Begriffsbildung im Strafrecht», *R. Schmidt-FS* (1936); SCHMIDHÄUSER, E.: «Teleologisches Denken in der Strafrechtsanwendung», *Th. Württenberger-FS* (1977); el mismo autor: «Über einige Begriffe der teleologischen Strafrechtslehre», *JuS*, 1987, pp. 373-380; STRÄTENWERTH, G.: *O.A. Germann-FS* (1969), pp. 258 y ss.

67. Sobre el principio de la unidad del ordenamiento jurídico, *vid.*, por todos, ENGISCH, K.: *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1935; el mismo autor, *Einführung*..., cit., 8.^a ed., p. 160.

68. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III, § 10

69. *Vid.*, ZIPPELIUS, R.: «Legitimation im demokratischen Verfassungstaat», en: N. ACHTERBERG (ed.), *Legitimation des modernen Staates*, 1981; el mismo autor: *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Bundesverfassungsgericht-FS* (1976), II, pp. 108 y ss.; el mismo autor: «Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen», *H.J. Bruns-FS* (1978), pp. 1 y ss.

70. *Vid.*, sobre todo ello, ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo I, § 4 y ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*..., cit., pp. 211 y ss.

contra legem. Esto es, contra el «Plan Legislativo». O, en otras palabras, contra las ideas político-jurídicas del legislativo. Por lo demás, a ello hay que añadir que las exigencias constitucionales plantean un límite ulterior y de primer nivel («interpretación conforme a la Constitución»).⁷¹ Todo ello lo exigen el principio del Estado de Derecho, el principio de seguridad jurídica y el principio de división de poderes. Sólo en el marco del margen de interpretación que dejan los criterios legales, le queda al operador jurídico —primariamente, al juez— la función «legítima» de prestar una contribución a la solución de la cuestión.⁷² Y contribuir, con ello, al desarrollo «continuador» del Derecho. Veamos pues por dónde discurren los límites de la interpretación. Las *palabras* con las que el legislador expresa los contenidos regulativos plasmados en las normas jurídicas constituyen signos de «representaciones subjetivas». Podemos denominar como «contenidos representativos» a determinados contenidos de experiencia y de sentido que son comunicables —transsubjetivos— a través de signos. Las palabras se refieren a estos contenidos, siendo aptas para excitar transsubjetivamente su reproducción en la mente de los comunicantes —cuestión, esta última, que está en la base de no pocas construcciones sistemáticas actuales⁷³ y que posee *amplias consecuencias*—.⁷⁴ A estos contenidos de significado les

71. *Vid.*, sobre la interpretación conforme a la constitución y los límites que ésta plantea, además de las obras generales ya citadas, en especial, KRIELE, M.: *Theorie der Rechtsgewinnung...*, cit., *passim*; ZIPPETLIUS, R.: *Bundesverfassungsgericht-FS* (1976), II, pp. 108 y ss.; y, en especial, para el Derecho penal, SCHÜNEMANN, B.: *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, 1978, *passim*; SCHIFFAUER, P., *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis. Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie*, 1979, *passim*; en el ámbito del Derecho penal, *vid.*, VIVES ANTÓN, T.S., «Reforma Política y Derecho penal», en: *La libertad como pretexto*, 1995, pp. 119 y ss., analizando las consecuencias que ésta genera para la construcción de la teoría del delito, y 121 y ss.; y, en su aplicación concreta a una figura delictiva, LAURENZO COPELLO, P., *El aborto no punible*, 1990, pp. 8 y ss.

72. Función que debe desplegar «desarrollando el Derecho». Por así decirlo, continuándolo, acabándole de dar forma. Con todo, no hay que olvidar que el proceso de enjuiciamiento rara vez está libre de subjetividad, prejuicios o, en definitiva, de justicia propia. Por todo ello, es, por lo menos, razonable, exigir que se expidiese. Así pues, resulta obligado para el operador jurídico el reflejar los hitos fundamentales de su proceso de razonamiento —motivación— (HASSEMER, W., *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. y notas de F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO ZAPATERO), 1984, pp. 111-112 (HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, pp. 73-80, sobre todo, pp. 78-79). En una línea afín, MUÑOZ CONDE, F., en: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 123; BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1990, p. 45; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 186.

73. Este es el mecanismo a través del cual, por ejemplo, en el marco del Derecho penal, las normas primarias desarrollan su función preventiva incidiendo en el proceso de motivación de su destinatario. Proceso este que puede ser caracterizado como «proceso comunicativo». Sobre esta cuestión, que aquí sólo se menciona a título de ejemplo, *vid.*, GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, cit., pp. 105 y ss.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., pp. 56 y ss., pp. 106 y ss.; el mismo autor, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.ª ed. (1982), pp. 42 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, 1975, pp. 50 y ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., «Alcance y Función del Derecho Penal», en: *Estudios Penales* (1991), pp. 15 y ss. (ADPCP, 1989, pp. 5 y ss.); SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pp. 353 y ss.

74. Entre estas «amplias» consecuencias a las que aludimos, y por circunscribirnos en este momento sólo al ámbito del Derecho penal, piénsese, a título de ejemplo, en la siguiente. Los que sosteneremos que el

podemos llamar conceptos. Con todo, las palabras a través de las cuales el legislador expresa contenidos regulativos presentan, decíamos, amplios problemas de «ambigüedad».⁷⁵ Que las palabras puedan ser ambiguas significa, en especial, que los contenidos representativos que los distintos comunicantes atribuyen a éstas —como signos—, pueden diferir en mayor o menor medida de unos a otros. Ello plantea a su vez, y consiguientemente, un problema semántico. La mayoría de las palabras poseen un «margen de significado», esto es, permiten asociar a ellas distintas «representaciones». Ello obliga a determinar la base de referencia verbal y el margen interpretativo de la Ley.⁷⁶ Para ello, se parte necesariamente del tenor literal o textual de la Ley. Este, sin embargo, como ya ha quedado dicho, deja abierto normalmente un margen de significado, según el sentido posible de la palabra. El *límite del sentido posible de las palabras* es también el *límite de la interpretación*⁷⁷ —según un sector doctrinal, este «sentido posible» de las palabras se configura a partir del uso del lenguaje en la comunidad jurídica—. Este uso del lenguaje es la convención sobre el «horizonte» de aquella idea que debe ser representada por una palabra. El que las palabras jurídicas posean un margen de significado constituye una desventaja desde la óptica de la seguridad jurídica.⁷⁸ Sin duda. Y ello, en cuanto afecta negativamente a la «calculabilidad y previsibilidad del Derecho».⁷⁹ Mas constituye a su vez una ventaja que no hay que desdenar apriorísticamente desde el punto de vista de la «flexibilidad del Derecho».⁸⁰ Este margen de significado presta a los términos legales una cierta capacidad de adecuación a la multiformidad de las situaciones de la vida y problemas jurídicos regulados y, ante todo, permite su adecuación a los cambios evolutivos de la sociedad y a los cambios de las representaciones ético-sociales dominantes. Función que aflora de forma especialmente clara, cuando

Derecho penal constituye un sistema de «directivas» (*vid.*, por ejemplo, BALDÓ, F., *...estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, cit., pp. 33 y ss.) y que, por tanto, las normas dirigidas a los ciudadanos constituyen «normas de comportamiento», hemos de orientar regularmente la interpretación de las mismas en términos de «lenguaje ordinario», para no diluir su virtualidad dialogal. En efecto, para que un Derecho penal preventivo pueda desplegar más eficazmente su función de motivación debe partir regularmente del sentido común que se atribuye a las palabras en términos lenguaje ordinario. *Vid.*, asimismo, sobre esta cuestión, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 131, nota 430.

75. LARENZ, K., *NJW*, 1965, Heft 1/2, pp. 1 y ss., p. 1.

76. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III, § 9.

77. Cfr., CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 6 y ss., p. 10; y, asimismo, en el ámbito del Derecho penal, entre otros muchos, por ejemplo, BAUMANN, J.: «Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht», *MDR*, 1958, pp. 394-395; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, cit., p. 184; CUERDA RIEZU, A., *El legislador...*, cit., p. 93; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., p. 119.

78. Sobre la seguridad jurídica, *vid.*, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 116, pp. 175 y ss., p. 184.

79. ZIPPELIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III, § 9.

80. *Ibidem*, capítulo III, § 9.

menos, en el marco de las cláusulas generales y en el ámbito de las reglas permisivas.⁸¹ Todo ello hace posible un compromiso entre la necesaria «seguridad jurídica» y la exigible «justicia referida al caso».⁸² Por lo demás, por un lado, manifiesta una vez más la tensión teórica que existe entre los que abogan por sistemas de Derecho codificado y los que abogan por sistemas de Derecho del caso, pero por otro, muestra también que las distancias entre ambos sistemas no son tan amplias como *prima facie* pudiera parecer.⁸³ En efecto, el margen de significado que el propio legislador otorga a la Ley proporciona y a su vez «legitima» al juez a adecuar la norma a las necesidades de justicia del caso concreto y a actualizarla a la realidad social. El legislador que dicta la norma general del art. 3,1 del CC, definidora de las reglas interpretativas, no puede desconocer que las normas que dicte con posterioridad se interpretarán, cuando menos, conforme a los criterios por el mismo sentados en el mencionado precepto. Uno de los cuales es precisamente la realidad social a la que «sucesivamente» se aplicarán. Lo contrario quiebra las reglas básicas de la comunicación.

IV

8. De la mencionada función que despliega el denominado «desarrollo continuador del Derecho», esto es, como ya se ha señalado, precisar, complementar y corregir el Derecho en los puntos en los que el arsenal hermenéutico deja abierta la elección entre múltiples alternativas interpretativas o allí donde las leyes presentan incompletitudes que requieren ser colmadas, pasaremos ahora a ocuparnos de la *constatación e integración de lagunas*.⁸⁴ Esto es, de aquel ámbito en el que el juez opera desarrollando el Derecho *suplendi causa*, colmando una laguna legal —desarrollo continuador del Derecho *praeter legem*—. Posteriormente, por lo demás, describiremos los presupuestos y límites del desarrollo judicial «legítimo» del Derecho. Y ello, por ser este un tema central de la teoría de la aplicación del Derecho. No sólo por su importancia intrínseca,

81. A modo de ejemplo, y desde la óptica del Derecho penal, puede mencionarse aquí la regulación del estado de necesidad en el art. 8, 7.^º del CP, que incluye la siguiente cláusula general: «que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar». *Vid.*, por lo demás, las obras de los autores anteriormente citados con relación a las cláusulas generales: HAFT, NAUCKE y CLASS.

82. Sobre todo lo anterior, *vid.*, ZIPPENIUS, R., *Juristische Methodenlehre*, cit., capítulo III, § 9.

83. Sobre ello, *vid.* las reflexiones que realiza: MELERO, F.J., «Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal (introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano)», *ADPCP*, 1994, pp. 81 y ss.

84. En el ámbito del Derecho penal, *vid.*, sobre los presupuestos y límites a la constatación e integración de lagunas, JAKOBS, G., *Strafrecht. AT*, cit., 4/40-41 (pp. 86-87).

sino también por su marcado carácter revelador del quehacer judicial y de la función auxiliar que puede desempeñar la dogmática jurídico-penal, tanto mediamente en apoyo de la labor judicial, como directamente en la construcción del sistema del Derecho penal. En una primera aproximación al núcleo de las cuestiones que seguidamente nos ocuparán, y siguiendo a CANARIS, apuntaremos que el concepto de «laguna jurídica» se determina, por una parte, por el uso general del lenguaje y, por otra, por la tarea jurídica específica del propio concepto de laguna.⁸⁵ Según el sentido general del lenguaje, se muestra la *laguna* como una «*incompletud contraria al plan*» (*planwidrige Unvollständigkeit*).⁸⁶ O en otras palabras, como una «omisión», como un vacío no esperable en un conjunto. ENGISCH, en la misma línea, la conceptúa como una «*incompletud insatisfactoria dentro de un todo*».⁸⁷ Regresando de nuevo al primer autor, éste indica que la tarea específica del concepto de laguna jurídica consiste en la delimitación del ámbito de la «obtención del Derecho» *praeter legem*. Por ello, se requiere una determinación más próxima del concepto de laguna en dos direcciones: por una parte, se debe partir del concepto de «*incompletud*»⁸⁸ y, con ello, traer a colación los *límites de la obtención del Derecho «secundum legem»* —frente a la obtención del Derecho *praeter legem*—; y, por otra parte, debe investigarse el punto de partida a partir del cual se dictará el «*juicio de valor*» conforme al cual se puede afirmar la «*contrariedad al plan*» y, por ello, dónde discurre la línea de separación de la obtención del Derecho *contra legem* frente a la *legítima obtención del Derecho «praeter legem»*.⁸⁹ Así las cosas, la obtención del Derecho *praeter legem* limita por debajo con la interpretación en sentido estricto o interpretación *secundum legem* y, por arriba, con la interpretación y con el desarrollo continuador del Derecho *contra legem* —interpretación o desarrollo, por tanto, «*ilegítimos*»—. Y supone, tanto una incompletud —pues de lo contrario nos moveríamos en el ámbito de la interpretación *secundum legem*—, como su contrariedad al plan legislativo —dado que si esta incompletud fuera acorde con el plan legislativo nos moveríamos en el marco de la obtención del Derecho *contra legem*—. En efecto, supone una incompletud porque si la regulación de un caso concreto es completa el jurista debe limitarse a concretar su sentido textual posible conforme al arsenal hermenéutico disponible. Y supone una contrariedad al plan legislativo porque si la regulación de un caso concreto

85. CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 197-198.

86. Ya es clásica la denominación «*incompletud contraria al plan*». Sobre ello, *vid.*, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 3 y ss., pp. 20 y ss.; ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 5. ed., pp. 137 y ss.; cfr., asimismo, DÍEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas...*, cit., pp. 277 y ss.

87. ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., p. 138-139.

88. CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 3, pp. 6 y ss.

89. *Ibidem*, pp. 197-198.

es incompleta, pero conforme al plan legislativo, el jurista debe limitarse a postular lagunas *de lege ferenda*. Esto último es especialmente importante porque significa que en este caso le estará vedado al jurista el proceder a un legítimo desarrollo continuador del Derecho, esto es, carecerá de competencia para continuar el Derecho. Ello implica, como más adelante veremos, que el jurista no podrá intentar integrar una incompletud por cualquier medio —como la analogía—, pues no estará entonces integrando una laguna jurídica en sentido estricto, sino una laguna *de lege ferenda*. En pocas palabras, el jurista sólo estará legitimado para desarrollar el Derecho allí donde lo continúa conforme al plan legislativo, pero no allí donde no se puede afirmar que lo continúe porque ello supondría contrariar el plan legislativo. De ahí la importancia que para la determinación del concepto de laguna jurídica poseen tanto el concepto de «incompletud», como el concepto de «contrariedad al plan». Veamos todo ello con mayor detalle. Las «disposiciones de la ley», delimitadas por el «sentido posible de las palabras», constituyen el criterio de distinción del ámbito de las lagunas frente a la obtención del Derecho *secundum legem* —interpretación en sentido estricto—. Donde por el contrario faltan las valoraciones legales, debe hablarse de «libre obtención del Derecho».⁹⁰ Con todo, el cuerpo jurídico se muestra con cierta frecuencia «lagunoso». Cosa esta que ocurre siempre que manifiesta una «incompletud», una omisión o una ausencia que no era esperable. Si esta incompletud se muestra como contraria al propio plan legislativo, podremos hablar, en una primera aproximación, de la existencia de una laguna «jurídica». De no ser así, y mostrarse la constatada incompletud como conforme al propio plan legislativo, no podremos hablar de una laguna «jurídica» —o laguna *de lege lata*—, sino, a lo sumo, de un *error de política-jurídica*⁹¹ o de una laguna *de lege ferenda*. Pues bien, sólo cuando se cumplan las condiciones descritas para el primer caso se podrá considerar «legítimo» un desarrollo continuador del Derecho *prae ter legem* —en aras de colmar la laguna en cuestión—. Y, consiguientemente, sólo se podrá afirmar que el juez «desarrolla» «legítimamente» el Derecho allí donde, por así decirlo, lo «continúa» o «complementa», le acaba de dar forma, según «*lo que el propio Derecho esperaba de sí mismo*» conforme al plan legislativo. Y no, por el contrario, donde a pesar de constatarse una omisión legal, ésta no constituya una ausencia no esperable dentro de un todo. Puesto que entonces el colmar la incompletud no posee el sentido de llenar una «omisión indeseada», sino el sentido de llenar una «ausencia deseada». Siguiendo a CANARIS, el criterio para la constatación de la «contrariedad al plan» y, con ello, de la delimitación frente a la obtención del Derecho *contra legem*, únicamente

90. CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 7, p. 120, p. 165, p. 197.

91. *Ibidem*, p. 21, pp. 64 y ss.

puede ser la voluntad del Derecho vigente. En este ámbito, hay que partir de la teleología inmanente de la Ley, del conjunto del ordenamiento jurídico —incluyendo, por ello, los Principios Generales del Derecho, en parte supralegales—, para hacer posible una comprensión completa del ámbito de la obtención del Derecho *praeter legem* con ayuda del concepto de laguna.⁹² Así las cosas, con este autor, cabe afirmar que allí donde el Derecho vigente no requiere una regulación, no existe, como ha quedado dicho, una laguna, sino en todo caso un «error político-jurídico».⁹³ Y, en concreto, no debe verse laguna alguna en los casos llamados de «silencio de la Ley». Especialmente cuando una cuestión cae en el campo del denominado «ámbito libre de Derecho»⁹⁴ o cuando interviene el *argumentum e contrario*.⁹⁵ Por lo demás, la aceptación de una laguna presupone siempre la prueba positiva de la «contrariedad al plan». Siendo así que, si esta prueba positiva fracasa, no está facultado el juez al desarrollo continuador del Derecho. O, al menos no a su desarrollo «legítimo». Terminológicamente puede hablarse aquí de *argumentum e silentio*⁹⁶ para distinguir este caso de los dos mencionados de «silencio cualificado de la Ley». La irrelevancia jurídica de un supuesto de hecho para un determinado sector jurídico procesal autónomo debe verse como la característica del ámbito libre de Derecho. Con ello se constituye al ámbito libre de Derecho como base de un presupuesto negativo del proceso. El *argumentum e contrario* se caracteriza porque aquí el principio de igualdad negativo exige, para un caso no regulado, la consecuencia jurídica contraria a la regulada en un determinado tipo legal —conclusión de no-semejanza—,⁹⁷ y debe distinguirse de los casos de prohibición de analogía,⁹⁸ en los cuales, justamente al contrario, debe afirmarse una laguna. Sucediendo sólo que su integra-

92. *Ibidem*, p. 29, pp. 35 y ss.

93. *Ibidem*, p. 21, pp. 64 y ss., p. 66 *in fine*, p. 76 *in fine*, p. 77 *in fine*, p. 121 *in fine*.

94. Sobre él, *vid.*, ENGISCH, K.: «Der rechtsfreie Raum», *ZStaatsW*, 108 (1952), pp. 385 y ss.; CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 29, pp. 30 y ss., p. 54, p. 58, p. 114.

95. CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 29, pp. 35 y ss., p. 197.

96. *Ibidem*, pp. 43 y ss., p. 123, p. 198

97. *Vid.*, sobre el *argumentum e contrario*, además de la obra citada de ALEXY (ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 267), CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 29, pp. 35 y ss.

98. Sobre ella, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, *vid.*, por ejemplo, ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 227, pp. 268 y ss.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M.: *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, 1986, *passim*; FALCÓN Y TELLA, M.J.: *El argumento analógico en el Derecho*, 1991, *passim*, pp. 189 y ss.; ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, 1989; CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 38 y ss., p. 169, p. 172, pp. 175 y ss.; HASSEMER, W.: «Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz», en: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (ed. A. KAUFMANN/W. HASSEMER), 5. ed. (1989), p. 212 y ss.; el mismo autor, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, 1968, pp. 160 y ss.; HELLER, T., *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, 1961, *passim*; KAUFMANN, Arthur, *Analogie und «Natur der Sache»*, Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2.ª ed. (1982), *passim*; KLUG, U., *Juristische Logik*, 3.ª ed. (1966), pp. 97-123; SCHIFFAUER, P.: *Wortbedeutung und Rechterkenntnis. Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie*, 1979, *passim*.

ción esta vedada por la ley por razones de seguridad jurídica.⁹⁹ Interviene finalmente el *argumentum e silentio* cuando el ordenamiento jurídico,¹⁰⁰ agotadas todas las vías de constatación de lagunas, no da ninguna respuesta positiva a una cuestión.¹⁰¹ De ahí que CANARIS abogue por un concepto de laguna como incompletud contraria al plan —legislativo— dentro del marco del Derecho positivo medida bajo el baremo del conjunto del ordenamiento jurídico vigente.¹⁰² A pesar de todo lo ya descrito, a juicio de este autor, su propia primera definición aproximativa es demasiado general como para que sea útil, en el caso concreto para la «constatación» de una laguna. Por ello, propone poner de relieve qué partes del ordenamiento jurídico son respectivamente para ello significativas, en orden a, de esta forma, obtener *baremos* practicables para la constatación de lagunas. A su juicio, si bien todos los elementos del ordenamiento jurídico puedan servir para la *constatación de lagunas*, de entre ellos destacan, sin embargo, los siguientes. a) Las disposiciones del Derecho positivo;¹⁰³ b) los valores inmanentes a las disposiciones legales;¹⁰⁴ y c) tanto los Principios Generales del Derecho como los valores jurídicos.¹⁰⁵

99. Sobre el «argumentum e contrario» y la prohibición de analogía, *vid.*, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 38; *vid.*, asimismo, ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía...*, cit., pp. 101 y ss.; FALCÓN Y TELLA, M.J.: *El argumento analógico...*, cit., pp. 163 y ss.

100. *Vid.*, sobre el *argumentum e silentio*, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 43 y ss., p. 123.

101. Sobre todo ello, *vid.*, *ibidem*, pp. 197-198.

102. *Vid.*, *ibidem*, pp. 198-200.

103. Según CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., donde es más sencilla la constatación de una laguna es allí donde resulta de las propias «disposiciones del Derecho positivo» —sea de una norma concreta, sea de un conjunto de ellas—. Como característica común, señala, en ellas el juez se ve situado ante la elección entre la «denegación de Derecho» y el «complemento de la Ley». Con ello, en último término, es la propia prohibición de denegación de justicia la que obliga en estos casos al «desarrollo continuador del Derecho». En efecto, al extraer un caso del ámbito libre de regulación jurídica convertimos el caso en relevante jurídicamente, hacemos de él una cuestión jurídica. Si la Ley no proporciona una respuesta a esta cuestión jurídica, la prohibición de «non liquet» —vertiente procesal del principio de pretensión de validez de las normas— exige un complemento de la ley por parte del juez —en nuestro país, el art. 17.º del CC: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, atendiendo al sistema de fuentes establecido»; que está legitimada a ello, puesto que desarrolla el plan legislativo —respeta la sujeción a Derecho y, consiguientemente, no actúa *contra legem*— (pp. 198-200).

104. A juicio de CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, también las valoraciones concretas que se hallan tras las disposiciones de la Ley deben traerse a colación en el proceso de constatación de lagunas. Estas valoraciones concretas que se hallan inmanentes en la Ley son de significación, en especial, en unión con el «principio de igualdad» —en su vertiente positiva y negativa— (p. 8, p. 48, pp. 63 y ss., p. 70, p. 100, p. 109 *in fine*, p. 118, pp. 132 y ss., p. 146, p. 175). En este ámbito, CANARIS entiende que la delimitación entre lo que deba entenderse por «laguna» y lo que deba entenderse por «error político-jurídico», con frecuencia, sólo se puede llevar a cabo con ayuda de la «conclusión analógica» o del *argumentum a fortiori* (pp. 70 y ss., p. 133, p. 143, p. 161). Lo mismo vale para la «reducción teleológica». Así, puede suceder que sea la propia *ratio legis* del precepto la que invoca directamente su restricción, porque su tenor literal se ha conformado demasiado ampliamente en relación a su sentido. Por el contrario, en la medida en que el tenor literal del precepto es demasiado estrecho para su ámbito de aplicación total —y no para un caso parecido—, la *ratio legis* hace lícita su ampliación; aquí se puede hablar de «extensión teleológica» (sobre ella, p. 79, pp. 81 y ss., p. 133, p. 161).

105. *Ibidem*, p. 28, p. 49, p. 63, p. 92, pp. 99 y ss., pp. 109-111, pp. 113 y ss., p. 116, p. 118.

9. Constatada la existencia de una laguna y los procedimientos de integración de lagunas, conviene poner de relieve en este punto que no todos sus *procedimientos de integración* son válidos y/o lícitos en la totalidad de los sectores del ordenamiento jurídico. En efecto, hay que resaltar que si ya era cierto que no toda incompletud constituía una laguna, sino sólo aquéllas que representaban incompletudes contrarias al plan legislativo, es asimismo cierto que incluso cuando existen verdaderas lagunas jurídicas no todas ellas pueden ser colmadas conforme a criterios de integración legítimos. Ello trae a colación la cuestión específica de los *límites de la «legítima obtención del Derecho «praeter legem»*. Límites que pueden resultar de que la integración de lagunas, o bien no es «posible», o bien no es «lícita».¹⁰⁶ En el primer caso, nos hallamos frente a las llamadas «lagunas no integrables»; en el segundo, fundamentalmente (aunque no sólo), frente a la «prohibición de analogía».¹⁰⁷ Pues bien, aquí nos interesará especialmente el grupo de casos en el que se considera que no es lícita la integración de lagunas. En efecto, recordaremos que, el que el proceso de aplicación de la Ley no se agote en un mero proceso de subsunción de un caso en el supuesto de hecho abstracto de una norma y que el juez deba desplegar en todo caso una labor creadora para aplicar la Ley, no supone que esta tarea no esté sometida a límite alguno. Ciertamente, una cosa es que el juez no sea un mero y neutral autómata y otra bien distinta es que pueda operar libre e irrestringidamente. Para que el juez se mantenga en el ámbito legítimo del desarrollo continuador del Derecho, debe respetar no sólo los límites del arsenal hermenéutico dentro del sentido literal posible de los términos legales, sino también respetar la no integración de lagunas a través de procedimientos ilícitos. De otra forma, su labor creativa pasa con razón a considerarse rectamente una labor de «libre creación de Derecho». De ahí que convenga detenerse en alguno de los límites que debe respetar para que su competencia de complemento normativo se justifique y sea legítima. Mas antes, hay que destacar que, en el ámbito del Derecho penal y de la teoría jurídica del delito, ello es especialmente importante, puesto que en este sector del ordenamiento jurídico los límites del «legítimo desarrollo continuador del Derecho» son mucho más estrictos que en otros ámbitos, como por ejemplo, en el del Derecho civil. Ello por un lado. Y, por otro, porque paradójicamente pocos sectores del ordenamiento jurídico poseen un grado tan alto de «dogmática creadora» como el que manifiesta la teoría del delito. Teoría que, como ya ha quedado dicho, en gran medida

106. *Ibidem*, pp. 202-203.

107. *Ibidem*, pp. 202-203.

constituye un constructo sistematizado de interpretaciones que en la mayor parte de los casos son más *praeter legem* que *secundum legem*.¹⁰⁸ Entrando en la cuestión de los límites de la integración de lagunas, lo primero que hay que señalar, con CANARIS, es que, contra el «dogma de la ausencia de lagunas en el seno del Derecho»,¹⁰⁹ debe afirmarse la posibilidad de que existan lagunas no integrables —fundamentalmente por errores en los preceptos técnico-jurídicos—.¹¹⁰ Dicho lo cual, podemos ya pasar a describir los límites que cabe imponer a los procedimientos de integración de lagunas, allí donde sean integrables. Esto es, a delimitar los procedimientos de integración de lagunas lícitos frente a los procedimientos de integración de lagunas ilícitos. Cuestión esta que no es generalizable para todos los sectores del ordenamiento jurídico.

10. *En el ámbito del Derecho penal*, ha de someterse en primer lugar a consideración el procedimiento analógico como medio de integración de lagunas. Partimos aquí, con la doctrina dominante, de que toda verdadera laguna que muestre la regulación jurídico-penal puede ser lícitamente integrada a través de dicho procedimiento, siempre que ello no perjudique al reo.¹¹¹ Ello supone que, como regla general, habrá que estimar *prohibida* únicamen-

108. *Vid.*, de nuevo, MIR PUIG, S.: *RJCat*, 1978, pp. 649 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación...*, cit., pp. 72 y ss.; TORÍO LÓPEZ, A., *ADPCP*, 1989, pp. 489 y ss., p. 489, pp. 491-492, p. 500, p. 512.

109. Sobre el mismo, *vid.*, ENGISCH, K., *Einführung...*, cit., 8.^a ed., p. 160; CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, pp. 152 y ss.; y, en el ámbito del Derecho penal, VIVES ANTÓN, T.S., *Dos problemas de positivismo jurídico*, cit., p. 143.

110. CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., p. 164, p. 202.

111. A favor, la doc. dom. española. Así, por todos: CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*, cit., pp. 181-185. En contra de cualquier clase de analogía, cuentan, por ejemplo, en la doctrina española: COBO-BOIX y MADRID CONESA y a favor sólo de la analogía *intra legem* o interpretativa: CUELLO CONTRERAS. En general, y sin ánimo de exhaustividad, *vid.*, si bien con posturas no siempre coincidentes, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 95 y ss.; COBO-VIVES, *Derecho Penal. PG*, cit., pp. 126 y ss.; CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*, pp. 181-185; BACIGALUPO ZAPATER, E., «La garantía del principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el Derecho penal», *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2 (1983), pp. 13 y ss.; BOIX REIG, J.: «Significación jurídico-penal del artículo 25,2.^d de la Constitución», en: *Escritos penales*, 1979, pp. 107 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C.: *La justificación penal: fundamento, naturaleza y fuentes*, 1982, pp. 111 y ss.; COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador, Comentarios a la Legislación penal*, t. I, *Dº penal y CE*, 1982, 191 y ss.; CÓRDOBA RODA, J.: «Principio de legalidad penal y Constitución», Armin Kaufmann-GS (1989), pp. 81-84; GARCÍA ARÁN, M., en: MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 112-115; MADRID CONESA, F.: *La legalidad del delito*, 1983; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Principio de legalidad*, NEJ Seix, t. XIV, 1971; HASSEMER, W.: *Rechitssystem und Kodification...*, cit., p. 212 y ss.; el mismo autor, *Tatbestand und Typus...*, cit., pp. 160 y ss.; HIRSCH, H.J.: «Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot», *Zong Uk Tjong-GS* (1985), pp. 50 y ss.; KAUFMANN, Arthur, *Analogie und «Natur der Sache»...* cit., *passim*; KREY, V.: *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, 1976, *passim*, pp. 199 y ss.; SAX, W.: *Das strafrechtliche «Analogieverbot»*, 1953, *passim*; SCHÜNEMANN, B.: *Nulla poena sine lege?*, cit., 1978; el mismo autor: *P. Bockelmann-FS* (1979), pp. 117 y ss.; el mismo autor, *U. Klug-FS* (1983), I, pp. 169 y ss.

te la *analogía «in malam partem»* como procedimiento de integración de lagunas, ya que sólo esta última excede de los límites legítimos del desarrollo continuador del Derecho en el ámbito del Derecho penal. En concreto, ello significa que, desde el punto de vista de los presupuestos fundamentadores de la punibilidad —ya afecten al injusto, a la culpabilidad u a otras categorías que condicione la punibilidad—, así como de las consecuencias jurídicas, la analogía *in malam partem* queda completamente excluida como medio de integración de verdaderas lagunas o, si se quiere, que este medio de integración no es lícito en el ámbito del Derecho penal. Ello no es controvertido respecto a la parte especial. Mas tampoco ha de valer la analogía *in malam partem* como medio legítimo de integración de lagunas para la parte general, en cuanto ello redunde en perjuicio del reo —por más que algún sector doctrinal minoritario, al menos en Alemania,¹¹² postule que en el ámbito de la Parte General es lícita cualquier clase de analogía—. Pormenorizando algo más la cuestión se puede afirmar que en la *parte especial* es posible y legítimo recurrir al procedimiento analógico como medio de integración de lagunas, en todos aquellos supuestos en los que ello redunde en beneficio del autor del delito: así, respecto a todas aquellas *causas de exclusión, levantamiento personal o atenuación de la pena* previstas en la parte especial. Aunque, recuérdese, ello exige siempre que se constate previamente la existencia de una verdadera laguna conforme a los criterios ya descritos. En cambio, no es lícito el procedimiento analógico respecto a todos aquellos elementos que fundamenten la punibilidad. Un ejemplo de analogía prohibida en el ámbito del Derecho penal sería equiparar la convivencia marital al matrimonio real a los efectos del delito de parricidio. Y, en la *parte general*, será lícita la integración de lagunas a través del procedimiento analógico, en el ámbito de las *causas de justificación, exculpación o exclusión de la punibilidad*, así como en el ámbito de otras instituciones como, por ejemplo, la del *desistimiento voluntario*, pues en estos casos ello redunde en beneficio del reo. Y no, por ejemplo, respecto a la *autoría y participación*, en la medida en la que con ello se amplíe el círculo de posibles autores por encima del sentido literal posible de las reglas de autoría. En este punto hay que recordar, de nuevo, que el que la analogía *in bonam partem* posea la virtualidad indicada no significa que se pueda aplicar sin más en todos los casos en los que la regulación vigente presenta una incompletud, sino sólo en aquellos en los que previamente se ha constatado que existe una verdadera laguna —esto es, una incompletud contraria al plan legislativo—. Ello es de la máxima importancia, pues sólo así el procedimien-

112. *Vid.* los autores que menciona KREY —postura que él no comparte— (KREY, V.: *Studien zum Gesetzesvorbehalt...*, cit., p. 228, nota 1).

to de integración se mantendrá en el ámbito del desarrollo continuador del Derecho y no invadirá el ámbito de la libre creación de Derecho. Con todo, hay que reconocer que existen casos en los que la integración de una laguna por el procedimiento analógico puede producir distintos efectos según cual sea la posición de los sujetos intervenientes en el hecho. Y, ciertamente, resultar para algunos *in bonam partem* y, para otros *in malam partem*. Ello es lo que sucede en algunos supuestos de ampliación analógica *in bonam partem* de una *regla permisiva*, en los que, como ya ha señalado algún sector doctrinal,¹¹³ ésta puede redundar en una ampliación del ámbito de lo prohibido. En estos casos me inclino a pensar que, con todo, habrá que aceptar como lícita la vía de integración de lagunas a partir de la analogía *in bonam partem*, pues la ampliación del ámbito de lo prohibido no se produce directamente, sino sólo «*indirectamente*». Sirva de ejemplo el siguiente: en la medida en la que el ejercicio de una acción que resulta permitida al amparo de una causa de justificación construida analógicamente amplía las facultades agresivas del autor, en la misma medida restringe las posibilidades de oposición que frente a la misma pueda poseer el que resultará afectado por la agresión que ésta supone. Con lo cual, en caso de que el afectado se exceda en sus facultades de oposición, verá ampliada su responsabilidad. Ciertamente, el ampliar las facultades de ejercicio de la eximente de estado de necesidad para un sujeto implica correlativamente que el sujeto que resultará afectado por dicha acción permitida deberá quedar sometido a un deber de tolerancia más gravoso. Por último, hay que reconocer que a pesar de todo la analogía *in malam partem* podrá tener una virtualidad «*indirecta*» en Derecho penal, cuando éste efectúe remisiones legítimas de cualquier clase a otros sectores del ordenamiento jurídico en los que ésta sí esté admitida —sea a través de leyes penales en blanco que respeten la teoría del complemento indispensable, sea a través de elementos normativos de contenido jurídico, sea a través de reglas permisivas, o sea, como fuere—.

11. Apuntado lo anterior, respecto a las limitaciones del procedimiento analógico como medio legítimo de desarrollo continuador del Derecho penal, hay que añadir que éste no es el único medio de integración de lagunas que está sometido a límites en el ámbito del Derecho penal. En efecto, es de la máxima importancia señalar que, junto a la analogía prohibida, debe situarse la «prohibición de reducción» o de *restricción teleológica*.¹¹⁴ En efecto, como

113. *Vid.*, entre otros, HIRSCH, H.J., «Rechtfertigungsgründe und Analogieverbot», en: *Zong Uit Tjong-GS* (1985), pp. 50 y ss.; KREY, V., *Studien zum Gesetzesvorbehalt...*, cit., 199 y ss.; ZUGALDÍA ESPÍNAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 287, nota 373, citando también en este sentido a BACI-GALUPO.

114. *Vid.*, BALDÓ, F., ...estudio sobre las «situaciones de necesidad», cit., *passim*.

bien indica LARENZ,¹¹⁵ la restricción o reducción teleológica constituye el procedimiento inverso al procedimiento analógico. Y se diferencia de la interpretación restrictiva de la misma forma que la analogía de la interpretación extensiva, i.e., en el sentido de que ambas exceden del sentido literal posible de los términos legales.¹¹⁶ Siendo así que, por ejemplo, en el ámbito de ciertos sectores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, en el ámbito del Derecho penal o, en general, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, no debería admitirse la restricción teleológica de reglas permisivas, por debajo de su núcleo conceptual básico.¹¹⁷ Pues cuando el juez opera una restricción teleológica de una regla permisiva o autorizadora, por debajo de su núcleo conceptual básico, opera como cuando extiende el ámbito regulativo de un tipo legal sancionador por encima de su sentido literal posible. Esto es, incrementando el ámbito de lo prohibido en perjuicio de reo. De ahí que en estos sectores del ordenamiento jurídico haya que situar a la restricción o reducción teleológica *in malam partem* junto a la prohibición de analogía *in malam partem*.¹¹⁸ Un ejemplo de restricción teleológica prohibida en el ámbito del Derecho penal sería el restringir en general la regla permisiva de la legítima defensa, en el sentido de que sólo justificase la conducta defensiva frente a agresiones graves. Pues ello, restringe su núcleo conceptual básico contra el plan legislativo. Otros ejemplos de restricciones teleológicas «legítimas» e «ilegítimas» son, a mi juicio, los siguientes. Constituye una restricción teleológica «legítima» de la eximente de legítima defensa aquella que se realiza para que abarque sólo los casos de agresiones dolosas y no los casos de agresiones imprudentes —que pasarán a regularse conforme a las reglas del estado de necesidad defensivo—. Pues, con ello no se viola el núcleo conceptual básico de la eximente conforme a la *ratio legis* del precepto que resulta de las ideas rectoras y principios operativos que subyacen a la misma —esto es, el plan legislativo—. En cambio, es correcto sostener que constituye una restricción teleológica «ilegítima» de la eximente de legítima defensa el exigir que en ella se observen reglas de proporcionalidad más allá de los casos de desmedida desproporcionalidad, pues con ello se restringe su núcleo conceptual básico —en cambio, en los casos de desmedida proporcionalidad, sí cabe admitir una restricción teleológica legítima por no desnaturalizar el núcleo conceptual

115. *NJW*, 1965, Heft 1/2, p. 1, p. 5; *vid.*, asimismo, CANARIS C.W., *Die Feststellung von Lücken...*, cit., pp. 74 y ss., p. 79, p. 133, p. 144, p. 161, pp. 181 y ss.

116. Cfr., asimismo, COBO-VIVES, *Derecho Penal. PG*, cit., p. 126.

117. Ejemplos de restricciones teleológicas «legítimas» e «ilegítimas» pueden encontrarse en: BALDÓ, F., ...*estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, cit., *passim*.

118. En la misma línea, probablemente, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho penal*, cit., p. 287.

básico de la eximente conforme al plan legislativo que obliga, a mi juicio, a respetar el principio de solidaridad mínima—.¹¹⁹ Por lo demás, y para acabar, pese a la opinión contraria de algún destacado autor y de alguna jurisprudencia, a mi juicio, ni debería resultar prohibida en el ámbito del Derecho penal la *interpretación extensiva dentro del tenor literal posible*,¹²⁰ ni debería resultar obligada la *interpretación más restrictiva de entre las posibles*.¹²¹

V

12. Las reflexiones hasta aquí apuntadas permiten concluir confirmando la idea directriz que ha guiado todas las consideraciones hasta aquí reflejadas, esto es, la de que *la moderna teoría del «desarrollo continuador del Derecho» muestra el camino metodológico que permite erigir legítimamente el «constructo» de la teoría del delito* y, por añadidura, el del Derecho penal, pues esta teoría establece los presupuestos y límites tanto de la interpretación *secundum legem* o interpretación en sentido estricto, como los presupuestos y límites de la constatación e integración de lagunas o, en sentido amplio, interpretación *praeter legem*. Y, por lo demás, no sólo muestra el camino metodológico a seguir en esta construcción de la teoría del delito, sino que a su vez, *legitima y limita las reglas a seguir desde cualquier orientación concreta que se quiera dar a la teoría del delito* —esto es, desde cualquiera de sus «ismos»—. Por todo ello, no se puede aquí sino destacar su importancia.

119. Sobre todo ello, *vid.*, con mayor amplitud, BALDÓ, F., *...un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, cit., pp. 263 y ss. y Parte Primera.

120. Por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit. p. 96.

121. Por todos, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I*, pp. 181-182.

EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO ANTE COMPORTAMIENTOS REALIZADOS EN INTERÉS PROPIO

Norberto J. DE LA MATA

Profesor titular de Derecho penal. Universidad del País Vasco

I

En el libro colectivo que se publicó en 1966 como Homenaje a HELLMUTH MAYER con ocasión de su setenta cumpleaños, el profesor ROXIN participaba con un artículo¹ en el que reflexionando sobre una idea expuesta por el homenajeado tres décadas antes² sentaba las bases de una tesis que todavía hoy sirve de marco para una viva discusión sobre el ámbito de aplicación del consentimiento presunto en los delitos de carácter patrimonial y la interpretación, en estos delitos, del concepto de apropiación.

Como señala ROXIN, el específico trabajo de MAYER, que versaba sobre el tratamiento penal del dinero como objeto de los delitos patrimoniales, concluía en la tesis de que «el dinero del que un individuo puede disponer ha de considerarse como de ajena pertenencia, aunque coincidan en él la titularidad posesoria y dominical, si tiene el compromiso de conservarlo a disposición del acreedor, y aun cuando éste no pudiera ejercitar una acción reivindicatoria».³

Con esta idea MAYER respondía al planteamiento que en la segunda mitad del siglo XIX exponen autores como FINGER o SCHWARZE, al analizar diversos supuestos de hecho en el ámbito de actuación del delito de apropiación indebida (*Unterschlagung*), y que, sintéticamente, viene a expresar cómo aten-

1. Claus ROXIN, «Geld als Objekt von Eigentums— und Vermögensdelikten», en *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Friedrich Geerds und Wolfgang Naucke, Duncker und Humblot Verlag, Berlín, 1966, pp. 467-484.

2. Hellmuth MAYER, «Eigentum an Geld und strafrechtliche Konsequenzen», en *Der Gerichtsaal*, 1934, pp. 100-125. También, posteriormente, en «Die Untreue», en *Materialen zum Strafrechtsreform*, Band 1: *Gutachten der Strafrechtslehre*, Bonn, 1954, pp. 333-386.

3. MAYER, «Eigentum an Geld» (cit. n.º 2), pp. 109-110.

diendo a la estricta accesорiedad del Derecho penal en relación con el Derecho civil en cuanto a la delimitación del significado de conceptos jurídicos procedentes de esta rama del ordenamiento jurídico, todos los casos de apropiación de dinero deberían ser considerados atípicos por ausencia de ajenidad en el objeto apropiado.⁴

El punto de partida de esta interpretación se encuentra en la propia legislación civil, conforme a la cual creen poder afirmar que la posesión de dinero conlleva automáticamente la propiedad sobre el mismo —en razón de una fungibilidad extrema que impide toda acción reivindicatoria—, a no ser porque exista un acuerdo entre quien entrega y quien recibe dicho dinero contrario a la transmisión dominical.⁵

Para sancionar penalmente esta clase de conductas habría de acudirse a tipos penales tales como la gestión desleal del patrimonio ajeno (*Untreue*) o la estafa (*Betrug*),⁶ tipos que, sin embargo, sólo podrían ser aplicables, al movernos en el campo de actuación de los delitos patrimoniales en sentido estricto, cuando existiera un daño económico.⁷

Ante la imposibilidad, desde esta perspectiva, de aplicar el tipo de apropiación indebida a apropiaciones de dinero —solución evidentemente insatisfactoria, máxime teniendo en cuenta que constituye precisamente éste el objeto material sobre el que con mayor frecuencia recae la conducta del sujeto activo de dicho delito— y tratando de lograr una solución más acorde con la realidad social, fue tomando cuerpo la teoría que preconizaba un tratamiento legal excepcional del dinero como objeto material del delito de apropiación indebida, de cara a poder aceptar la relevancia o irrelevancia típica de la conducta enjuiciada con independencia de que quien la realice sea o no propietario civil del dinero que incorpora a su patrimonio.⁸ Lo que en cierta manera se pretende, sin llegar a proponer un concepto penal de propiedad, es desvincular el concepto de ajenidad penal del correspondiente concepto civil y atender a las relaciones de hecho que sobre la conciencia de lo ajeno se tiene en los usos sociales, reconocer en el propio tipo de apropiación indebida la espe-

4. August FINGER, *Die Veruntreuung von Baarcautionen*, Tempsky Verlag, Viena, 1890, pp. 28 y ss.; y Friedrich Oskar SCHWARZE, «Die Unterschlagung an vertretbaren Sachen, insbesondere an Geldstücken», en *Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht*, begründet von Th. Golddammer, 1859, pp. 293 y ss.

5. En este sentido, por todos, SCHWARZE, «Unterschlagung» (cit. n.º 4), pp. 289 y ss. Insiste en la argumentación el propio MAYER, «Eigentum an Geld» (cit. n.º 2), pp. 100 y ss.

6. Así, SCHWARZE, «Unterschlagung» (cit. n.º 4), p. 298.

7. Sobre esta exigencia, que la doctrina alemana no traslada a los delitos contra la propiedad o delitos patrimoniales en sentido amplio, véase sintéticamente Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pp. 57 y ss.

8. Tratamiento legal excepcional que se intenta incorporar al ordenamiento vigente en los Proyectos alemanes de Código penal de 1925, 1927 y 1936, en sus §§ 300, 348.2 y 445.3, respectivamente.

cificidad de las apropiaciones de dinero y regularlas expresamente de modo tal que sea posible su incriminación.⁹ La ajenidad no vendría cifrada entonces por el carácter de propietario del dinero en sentido jurídico estricto, sino por la consideración social de lo ajeno.

Las reflexiones de estos autores sobre la peculiaridad de la transmisión en propiedad de dinero se limitan, sin embargo, a constatar un hecho, proponiendo una reforma legal que permitiera corregir la deficiencia que ellos observan, de los que no llegan, sin embargo, a obtener conclusiones *de lege lata*. Conscientes de la necesidad de que el tipo penal de apropiación indebida sea aplicado también ante apropiaciones de dinero, van a concluir señalando cómo también éstas son subsumibles en dicho tipo, salvo que se produzca una compensación a tiempo del daño causado;¹⁰ así, apelando a la existencia del tipo de apropiación indebida, por un lado, y, por otro, a una realidad social que distingue entre poseedor y propietario, estos autores aceptarán la incriminación como delito de apropiación indebida también de las apropiaciones de dinero, a pesar de considerar que no se trata de la apropiación de algo ajeno. De ahí las matizaciones en este sentido de MAYER para superar el escollo dogmático que impide apreciar la ajenidad de un dinero indiscernible, acudiendo a un concepto de no pertenencia en el que, al margen de las consideraciones del Derecho civil, se tenga en cuenta la distinción «social» entre poseedor y propietario y la obligación de aquél de mantener en todo momento la cantidad de dinero que recibe del titular legítimo a disposición de éste.¹¹

II

Esta propuesta, sobre la que apenas se insiste en la doctrina alemana tras el trabajo de MAYER, es recogida, como se ha señalado, por ROXIN, sin aceptar las conclusiones a que llega el autor de Rostock, para analizar, conforme a la razón de las cosas, como él mismo subraya citando a BOCKELMANN,¹² diferentes supuestos de hecho en el ámbito de los delitos patrimoniales en sentido amplio, introducir en la discusión de la doctrina penal alemana la «Teoría de

9. MAYER, «Eigentum an Geld» (cit. n.º 2), pp. 109 y ss.

10. FINGER, *Veruntreuung* (cit. n.º 4), p. 32.

11. Véase sobre este planteamiento DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad* (cit. n.º 7), pp. 222-226.

12. Paul BOCKELMANN, «Literaturbericht über die Monographie Baumanns: Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1957, p. 279.

la deuda de valor» y reflexionar sobre el ámbito de aplicación del consentimiento presunto.¹³

ROXIN plantea, casuísticamente, diferentes supuestos de apropiación indebida, hurto, recepción y cobro indebido, cuyo denominador común se encuentra en la privación a un sujeto de una determinada cantidad de dinero. La peculiaridad de este objeto, de carácter extremadamente fungible, le lleva a detenerse en su análisis tratando de desarrollar, modificado, el pensamiento de MAYER y de obtener unas conclusiones relevantes para la práctica judicial.¹⁴

En varios de estos supuestos que comenta ROXIN la figura del consentimiento presunto ha sido el instrumento utilizado por la doctrina dominante alemana para contrastar la responsabilidad penal de quien interviene sobre una cantidad de dinero, en principio, ajena. Así, en el arquetípico caso de utilización temporal para fines propios de los fondos que un gestor recibe para su custodia y/o administración la tipicidad del comportamiento venía siendo afirmada por dicha doctrina dominante, salvo que pudiera constatarse la existencia de un consentimiento por parte del titular, normalmente presunto. De este modo se permitía excluir la responsabilidad penal, según postura mayoritaria en sede de antijuricidad, en supuestos que cumplen formalmente los requisitos típicos objetivos y subjetivos de un delito patrimonial y que, sin embargo, no se entienden ni merecedores ni necesitados de protección penal.¹⁵ Como causa de justificación supralegal, representaría la constatación de un caso excepcional de negación de la antijuricidad,¹⁶ caso excepcional al que, sin embargo, se recurre frecuentemente. A este respecto ha de observarse que la concepción formal de la protección de la propiedad, que emana de una posición tradicional eminentemente positivista, considera que los tipos penales de hurto y apropiación indebida, a los que habría de recurrirse en el caso comentado, garantizan la titularidad dominical de un sujeto frente a cualquier perturbación o menoscabo;¹⁷ ello, a pesar de que el titular no tenga interés alguno

13. ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 469 y ss.

14. En estos términos plantea su trabajo el mismo ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), p. 469.

15. Véase esta argumentación con más detalle en DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad*, (cit. n.º 7), pp. 410 y ss.

16. En este sentido, entre otros, Theodor LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, begründet von Dr. Adolf Schönke, fortgeführt von Dr. Horst Schröder, 24. neubearbeitete Auflage von Dr. Theodor Lenckner, Dr. Peter Cramer, Dr. Albin Eser, Dr. Walter Stree, C. H. Beck Verlag, Múnich, 1991, n.º 54 y ss. antes del § 32. Asimismo, entre otros, Claus ROXIN, «Über die mutmaßliche Einwilligung», en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Günter Stratenthaler, u. a., Walter de Gruyter Verlag, Berlín, 1974, pp. 447 y ss.; Klaus TIEDEMANN, «Die mutmaßliche Einwilligung, ins besondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder», en *Juristische Schulung*, 1970, p. 108; y Heinz ZIPP, *Einwilligung und Risikoubernahme im Strafrecht*, Luchterhand Verlag, Neuwied, 1970, p. 53.

17. Por todos, Eduard DREHER/Herbert TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 46. neubearbeitete Auflage des von Otto Schwarz begründeten Werkes, erläutert von Dr. Eduard Dreher, fortgeführt von Dr. Herbert Tröndle, C. H. Beck Verlag, Múnich, 1993, § 242, n.º 4 y ss. y 22 y ss.

en el mantenimiento de dicha propiedad y aun en el caso de que no se produzca daño alguno a su patrimonio globalmente considerado, de modo tal que toda intervención o ataque contra una cosa ajena representará una apropiación ilícita, salvo que concurra una causa de justificación como el consentimiento del titular. Recurso éste, como se ha destacado, repetidamente utilizado, sin embargo, para evitar el rigor de la ley penal ante supuestos no reveladores de la especial dañosidad que debe motivar la aplicación de la misma.¹⁸

La constatación de que en muchos de estos supuestos de ningún modo pudría recurrirse al consentimiento presunto, por la manifiesta oposición del sujeto pasivo a que de cualquier modo se intervenga en los bienes de su propiedad,¹⁹ produce una insatisfacción —reconocida incluso por los partidarios de la concepción formal de la propiedad—²⁰ que ha conducido, desde estas posiciones, a reinterpretar el consentimiento presunto y a considerar que, a pesar de la oposición del titular, dicho consentimiento puede ser apreciado como causa de justificación en todos aquellos casos en que el interés del propietario sea insignificante. Esto es, se extiende el ámbito de aplicación de esta figura en atención a la intrascendencia de los intereses afectados, como ocurre, por ejemplo, en alguno de los clásicos supuestos, expuestos por ROXIN, de intercambio de unos bienes por otros o de utilización temporal de fondos ajenos.²¹

ROXIN, sin embargo, propone otra vía de tratamiento de estos supuestos que todavía hoy —en la reciente segunda edición de su Tratado, refiriéndose precisamente a los casos de apropiación de dinero y refrendando con ello la

18. Véase, por todos, Erich SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB, Band I, Allgemeiner Teil* (§§ 1-79b), *Band II, Besonderer Teil* (§§ 80-358), von Dr. Hans-Joachim Rudolphi, Dr. Eckhard Horn, Dr. Erich Samson, 5. neubearbeitete Auflage, Stand 30. Lieferung, Metzner Verlag, Fráncfort del Main, 1993, 242, n.º 91 y ss.

19. En ello insiste, por ejemplo, Paul BOCKELMANN, *Strafrecht. Besonderer Teil/I (Vermögensdelikte)*, 2. völlig neubearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, Múnich, 1982, pp. 34-35, subrayando que son irrelevantes todo tipo de consideraciones sobre la compensación de lo tomado o criterios similares, una vez confirmado que el propietario se oponía expresamente a la acción del sujeto activo, lo que se manifiesta especialmente en las apropiaciones cometidas por funcionarios públicos, a los que como insistentemente viene señalando la jurisprudencia alemana les está expresamente prohibida toda utilización de fondos públicos.

20. Ya Hans-Herbert THODE, *Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen*, Schletter Verlag, Breslau, 1926, p. 23, subrayaba lo absurdo de considerar típicas conductas absolutamente irrelevantes, pero entendía que así se deduce de la redacción legal dada a los delitos contra la propiedad, que protegen ésta tal y como la define el Derecho civil, lo que obliga consiguientemente a su protección aun cuando falte un interés realmente sustancial que proteger. Esta incongruencia se asume en cierta medida en aras de una pretendida seguridad jurídica, reconduciéndola a diversas propuestas *de lege ferenda*, como las que realizará, por ejemplo, Elisabeth LAMPRECHT, *Probleme der Unterschlagung*, Dissertation, Múnich, 1961, p. 74, reclamando la necesidad de convertir los delitos de apropiación en delitos de enriquecimiento o bien de crear tipos específicos de apropiación de cosas sin intención de enriquecimiento, sancionados con pena de escasa entidad.

21. Véanse en esta línea las consideraciones de TIEDEMANN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), pp. 108 y ss.

opinión expuesta hace treinta años—, le lleva a señalar expresamente cómo aunque se admite el consentimiento presunto como causa de justificación de comportamientos que el sujeto activo realiza en beneficio propio, nunca podrá aceptarse el mismo cuando consta la negativa del sujeto pasivo, conocida por el autor, y aun en el caso de la insignificancia del comportamiento de éste, sin que ello signifique, por otra parte, afirmar la presencia de un hecho típico, que requerirá la confirmación de una apropiación que puede no producirse.²²

III

La argumentación que propone ROXIN para resolver esta clase de supuestos, centrada específicamente en la peculiaridad del dinero como objeto material de los delitos patrimoniales, será una referencia básica para los autores que desde entonces se han ocupado de casos similares.²³

ROXIN toma como punto de partida de su postura la construcción teórica civilista de la deuda de valor monetario. Esta establece que ante la existencia de una deuda de dinero, lo que un sujeto (deudor) debe a otro (acreedor) es un concreto importe de dinero y no cosas de determinada calidad, como ocurre con el resto de las deudas de género.²⁴ Esta tesis, mantenida por un sector de la doctrina civil, que él ya entonces citaba como dominante,²⁵ implica considerar que lo que el sujeto ha de entregar para satisfacer su deuda debe ser el valor patrimonial incorporal expresado en el importe de la deuda, siendo indiferente los signos monetarios concretos que incorporen dicho valor.²⁶

Trasladando este pensamiento al Derecho penal, ROXIN considera que la apropiación de dinero no consiste en la consecución de determinados objetos, sino en que el autor, procurándose unos billetes o monedas, incorpora a su propio patrimonio una cantidad de valor (*Wertsumme*) que le es privada a

22. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Auflage, C. H. Beck Verlag, Múnich, 1994, p. 680.

23. ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 467 y ss. Con anterioridad, había expuesto la problemática que desarrolla en este artículo en «Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht», en *Juristische Schulung*, 1964, pp. 373 y ss. Posteriormente, centrándose específicamente en el análisis de la institución del consentimiento presunto, en «mutmaßliche Einwilligung» (cit. n.º 16), pp. 447 y ss.

24. ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 469 y ss. También, en «mutmaßliche Einwilligung» (cit. n.º 16), pp. 462 y ss.

25. Cita ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 469 y ss., entre otros, a Karl LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts. Band 1: Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, Múnich, 1964, pp. 143 y ss.; y a Harry WESTERMANN, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 4. Auflage, C. F. Muller Verlag, Karlsruhe, 1960, pp. 135 y ss.

26. ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), p. 469.

otro: conforme a esta idea, sin consecución de un valor patrimonial no puede afirmarse la presencia de una apropiación. Él acepta como evidente que si nos atenemos a los concretos billetes sobre los que actúa un sujeto la relevancia típica del supuesto que se analice habrá de fundamentarse exclusivamente en la incorporación patrimonial de dichos billetes, considerados en su individualidad; advierte, sin embargo, que por la peculiaridad del objeto apropiado lo que en realidad debería indagarse en cada caso concreto es si se ha producido la incorporación al patrimonio de un valor en dinero, que de forma correlativa suponga la privación de dicho valor para el propietario originario.²⁷

ROXIN renuncia a enjuiciar este tipo de supuestos desde la perspectiva de la presencia o no del consentimiento del titular y centra sus consideraciones en torno a la peculiaridad del objeto material, que permitirá excluir la relevancia penal del supuesto cuando no concurra un injusto merecedor de pena (*strafwürdiges Unrecht*) o afirmarla en caso contrario.²⁸

Tomando para explicar su tesis el cambio arbitrario de dinero, en sus propias palabras como primer ejemplo «prácticamente importante», señalará que no puede afirmarse que el sujeto activo que cambia unos billetes por otros se apropie de dinero alguno —entendido como «suma de valor»—, puesto que el sujeto pasivo dispone de la misma cantidad antes y después de dicho cambio.²⁹ ROXIN concede que pueda existir un comportamiento arbitrario prohibido por el Derecho, contra el que el propietario tiene derecho a defenderse, pero entiende que ello no obliga a afirmar la presencia de un delito contra la propiedad.³⁰

Idéntica argumentación desarrolla en cada uno de los supuestos que comenta. Así también, por ejemplo, por referir el que sin duda alcanza mayor relevancia práctica, indicará que en principio quien en un momento de apuro económico temporal toma una suma de dinero de una caja a la que tiene acceso, aun con la firme intención de restituir dicha suma al día siguiente a aquél

27. Con ello, ROXIN concibe los delitos de apropiación como delitos patrimoniales, si bien sólo en cierta medida y precisamente en aquellos casos en los que el objeto de apropiación consista en dinero; de ahí que sus tesis se anticipen de algún modo, aunque sin la detallada fundamentación que él explica, por los autores encuadrados en la denominada teoría patrimonialista de los delitos contra la propiedad: véase, por todos, C. FUCHS, «Kritische Erörterungen von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen», en *Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht, begründet von Th. Goltdammer*, 1884, pp. 174 y ss.

28. ROXIN, «mutmaßliche Einwilligung» (cit. n.º 16), p. 462. Así, de entre los casos que plantea en «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 467 y ss., en los supuestos de utilización indebida de fondos o intercambio de dinero, por ejemplo, argumentará para excluir la sanción penal, mientras que en los casos de recepción sustitutiva lo que pretenderá será explicar la exigencia de dicha sanción.

29. Hace referencia ROXIN al supuesto denominado por la doctrina alemana como intercambio arbitrario de dinero: extensamente sobre este caso, DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad* (cit. n.º 7), pp. 17 y ss.

30. ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 470-472.

en que reciba su salario, se apropia efectivamente de un dinero ajeno debiendo considerársele autor de un hurto consumado y no únicamente de una utilización temporal impune. La voluntad de restitución no impide esta calificación al representar únicamente un acto posterior, ajeno a la realización del hecho típico. Pero frente a la doctrina dominante basada en una concepción estrictamente formal de la propiedad, destaca ROXIN, sin embargo, que cuando un sujeto que no dispone en un determinado momento de dinero de su propiedad —no lo lleva consigo, aunque sí es titular de una cantidad equivalente a la que precisa disponer—, toma de otro sujeto, y gasta, la cantidad requerida, el hecho de que disponga de suficientes fondos en su casa o en una cuenta bancaria obliga a aceptar que en todo momento tendrá capacidad de reponer lo tomado, lo cual implica negar que el propietario haya sido desprovisto de una cantidad de dinero, pues en cuanto éste lo reclame podrá disponer de cantidad equivalente a la sustraída, siempre que exista, por supuesto, voluntad de restitución.³¹

Es importante señalar el esfuerzo de este autor por restringir el criterio apuntado al ámbito del dinero, no considerándolo aplicable al resto de los bienes fungibles, en los cuales considera existen suficientes características particulares que, aun dentro del mismo género, permiten diferenciar unas cosas de otras.³² Sólo allí donde, como ocurre con el dinero, cuente únicamente el valor patrimonial incorporeal, puede excluirse desde su planteamiento la incriminación conforme a un delito de apropiación.

En todo caso, destaca cómo el tratamiento de esta clase de supuestos habrá de ser obligadamente diferente en aquellos casos en que las unidades de dinero están individualizadas a través de su propietario: así, por ejemplo, en una colección de monedas de dinero de curso legal. Ante dicha individualización, quien arbitrariamente realice un cambio, mezcla, utilización o gasto deberá ser sancionado conforme al delito de apropiación correspondiente; y ello no representa una excepción a su posición respecto al tratamiento general de la apropiación de dinero, sino únicamente una consecuencia congruente con la propia regulación civil que distingue la deuda de dinero de la deuda de pago en especie, en la cual determinadas monedas son debidas como objeto corporal concreto y no como valor monetario.³³ Admite ROXIN, además, que el propietario del dinero pueda tener un interés digno de protección de que se respete su titularidad sobre los concretos billetes y monedas que posee. Pero en los casos en que se compruebe la existencia de dicho interés considera

31. ROXIN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), p. 462.

32. ROXIN, «*Geld als Objekt*» (cit. n.º 1), p. 471.

33. ROXIN, «*Geld als Objekt*» (cit. n.º 1), p. 469, siguiendo a LARENZ, *Schuldrechts* 1 (cit. n.º 25), p. 143.

cuestionable la necesidad de imponer una sanción al autor de la acción enjuiciada, que, en todo caso y de aceptarse, entiende sería consecuencia jurídica no de un injusto de hurto, sino de un ataque contra la propiedad que habría de ser juzgado más levemente, puesto que el daño experimentado por el propietario no residiría en la característica privación duradera de la posición de propietario, sustancial a los delitos de apropiación.³⁴

En definitiva, lo que pretende con los diferentes supuestos que casuísticamente va analizando es subrayar que el dinero es un bien de naturaleza fungible, instrumento de valoración y cambio de bienes, que aparece incorporado en unas monedas y billetes que no tienen mayor valor que la suma que representan, y que, por ello, no se hace necesario recurrir a la idea de consentimiento presunto para excluir la relevancia penal en muchos de ellos.

La tesis que ROXIN defiende ha sido adoptada por varios autores, no tanto respecto a las conclusiones a las que este autor llega, sino más bien en cuanto a la necesidad de atender —a la hora de calificar el comportamiento del sujeto activo como delito de apropiación— al valor y significado para el sujeto pasivo del objeto tomado.³⁵

La crítica a esta construcción, sin embargo, deriva de las propias premisas de que parten quienes la mantienen, sustentadas en una concepción formal de la propiedad en cuanto objeto de protección de los delitos de apropiación.³⁶

34. ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 471-472 recogiendo como posibilidad de tipificación la previsión del Proyecto alemán de 1962, cuyo 251 penaliza la mera desposesión (*Sachenentziehung*), y subrayando la diferencia de esta figura con la apropiación, caracterizada por la privación permanente de la condición de propietario.

35. Véanse, por ejemplo, los planteamientos de autores como Jost BENFER, *Besonderes Strafrecht. Band 1: Straftaten gegen den einzelnen*, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1986, p. 104; Wolfgang BITTNER, *Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik des Vermögensdelikte*, Dissertation, Gotinga, 1972, pp. 83 y ss; Peter CRAMER, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Gehlen Verlag, Berlin, 1968, p. 78; Albin ESER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, begründet von Dr. Adolf Schönke, fortgeführt von Dr. Horst Schroder, 24. neu bearbeitete Auflage von Dr. Theodor Lenckner, Dr. Peter Cramer, Dr. Albin Eser, Dr. Walter Stree, C. H. Beck Verlag, Múnich, 1991, 242, n.º 6; Hans-Joachim HIRSCH, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, herausgegeben von Hans-Heinrich Jescheck, Wolfgang Ruß, Günther Willms, Walter de Gruyter Verlag, Berlín, 1978 a 989, n.º 129 antes del § 32; Dieter MEYER, «Zum Problem der Ersatzhehlerei an Geld», en *Monatsschrift für deutsches Recht*, 1970, p. 378; Harro OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Duncker und Humblot Verlag, Berlín, 1970, pp. 188 y ss., 224 y 251; y TIEDEMANN, «mutmaßliche Einwilligung» (cit. n.º 16), p. 108. Por supuesto, también por quienes asumen los planteamientos de una concepción material de la propiedad (véase, a este respecto, DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad* [cit. n.º 7], pp. 352 y ss.).

36. Véase DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad* (cit. n.º 7), pp. 389 y ss.; y, más concretamente, «Zur Diskussion um den funktionalen Eigentums— und Vermögensbegriff im Strafrecht», en *Der Baustein des europäischen Strafrecht*, herausgegeben von Bernd Schünemann und Carlos Suárez González, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 1994, pp. 227 y ss. (próximamente aparecerá la versión en castellano en el Libro Homenaje al Prof. Klaus Tiedemann).

Así, siguiendo la doctrina mayoritaria —y al margen de consideraciones sobre los delitos patrimoniales en sentido estricto a los que también alude ROXIN—³⁷ se identifica el bien jurídico de los delitos construidos sobre el concepto de apropiación con la propiedad como se define en Derecho civil, obviando, sin embargo, dos importantes consecuencias que de dicho planteamiento debieran derivarse: en primer término, que ello obliga a considerar típico cualquier ataque a la relación de propiedad que conlleve una expropiación permanente para el titular, aunque de él no se derive perjuicio económico alguno; en segundo término, que la propiedad formal sobre una cantidad de dinero se asocia a la de los signos que lo representan y no al valor abstracto que incorporan, esto es, se es propietario de unos concretos billetes o monedas que tienen un determinado valor y no de una cantidad de dinero.³⁸

Al advertir esta dificultad, ROXIN pretende fundamentar su posición acudiendo a la doctrina del Derecho de obligaciones, donde parece ganar terreno la tesis que concibe las deudas de dinero como deudas diferenciadas tanto de las deudas de género como de las obligaciones específicas y en las que lo relevante es únicamente el importe debido y no aquello con que haya de satisfacerse al acreedor. Trasladando esta diferenciación al Derecho penal sería posible, a su juicio, considerar que en el ámbito de los delitos de apropiación lo que ha de cuestionarse es si ha habido o no apropiación de valor, con independencia de que el sujeto pasivo se haya visto privado de unos determinados signos monetarios.

Ciertamente esta construcción, con independencia de que la tesis que la sustenta sea o no mayoritaria en el propio Derecho de obligaciones, pone de relieve la particularidad del dinero como objeto material de apropiación y es por ello tremadamente atractiva. Ahora bien, no puede obviarse el hecho de que desde la perspectiva formal de la que todavía parten los autores que asumen planteamientos como el de ROXIN los criterios para definir el concepto de propiedad se derivan del Derecho de cosas y no del de obligaciones. Y, atendiendo al Derecho de cosas, que el titular del dinero en cuestión no sufra la pérdida material de éste con la operación de intercambio es irrelevante en cuanto a la confirmación de la lesión de su propiedad, que, según opinión mayoritaria, no tiene que ir acompañada de daño patrimonial alguno.³⁹

El planteamiento de ROXIN implica aceptar que el ataque a la propiedad

37. Véanse sus referencias al delito de recepción en ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), pp. 472-474.

38. Véase, sobre estas consideraciones, Hans-Georg BOLLWEG, «Geldwechsel», en *Juristische Analysen*, 1985, pp. 605-611.

39. Véase, detenidamente, DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad* (cit. n.º 7), pp. 69 y ss. y 325 y ss.

ajena debe quedar impune en los supuestos en que no se produzca menoscabo alguno a intereses del sujeto pasivo en relación con las facultades que emanen de la propiedad de que es titular. Esta consecuencia, sin embargo, no puede admitirse de entender que el objeto de protección de los delitos contra la propiedad es la relación jurídico-formal de propiedad; sí, por el contrario, definiendo la propiedad, en cuanto objeto de protección penal, desde puntos de vista que atiendan al interés patrimonial del propietario, en una perspectiva de carácter material que es la que en realidad, al menos tácitamente, viene a proponerse. Sin embargo, desde esta nueva perspectiva, la postura de ROXIN quizás sea insatisfactoria por defecto, en el sentido de que sólo contempla un determinado grupo de supuestos caracterizados por suponer todos ellos una apropiación de dinero, únicos a los que aplica sus postulados. No se acierta a ver por qué limitar a los supuestos de apropiación de dinero —o incluso de bienes fungibles en general— los argumentos que conducen a excluir la tipicidad de la apropiación cuando no hay un daño de tipo económico y por qué se atiende únicamente a los intereses económicos del titular, sin tener en cuenta, por ejemplo, que al propietario le puede interesar por razones objetivas mantener su dinero disponible en todo momento y precisamente en los concretos billetes y monedas sobre los que actuará el autor del ataque.

El intento de ROXIN y, con él, de otros autores de someter el tratamiento de la apropiación de dinero conforme a la razón de las cosas y a su función en el tráfico económico sólo es lógicamente aceptable en cuanto se asuma una concepción material de la propiedad en base a la cual, y previamente definido el contenido que a ella se otorga, puedan resolverse cuantos casos se planteen en el ámbito de esta clase de delitos. Mientras tanto, habrá de operarse, como hoy en día sigue manteniendo la mayoría de los autores de la doctrina alemana, con la institución del consentimiento presunto,⁴⁰ aceptado que éste como causa autónoma de exclusión de la responsabilidad penal puede aplicarse tanto ante supuestos en los que el sujeto activo actúa en interés ajeno como en aquellos otros en los que realiza un interés propio.⁴¹

40. En este sentido, por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar* (cit. n.º 18), § 242, n.º 1 y ss.

41. Así lo admite en la actualidad la doctrina dominante: por todos Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Duncker und Humblot Verlag, Berlín, 1988, pp. 346 y ss.; Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Franz Vahlen Verlag, Múnich, 1994, pp. 300 y ss.; Reinhart MAURACH/Heinz ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch. Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, begründet von Dr. Reinhart Maurach, 7. Auflage fortgeführt von Dr. Heinz Zipf, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1987, pp. 346 y ss.; ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), pp. 674 y ss.; y Johannes WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 23. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1992, pp. 108 y ss. En contra, sin embargo, entre otros, Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlín, 1992, p. 119.

IV

La discusión sobre la figura del consentimiento presunto se incorpora a la dogmática penal alemana por MEZGER.⁴² Existe un consenso más o menos generalizado en esta doctrina a la hora de reconducir la diversidad de supuestos en que puede entrar en juego a dos grandes grupos de casos: 1.º aquéllos en los que el sujeto activo actúa en beneficio del titular y sin interés personal; y 2.º el de los que representan una renuncia del sujeto pasivo a su interés, en favor del sujeto activo o de un tercero. El primer supuesto se sustenta dogmáticamente en el principio del «interés preponderante», en tanto que el segundo se asienta sobre el criterio de la «renuncia del propio interés».⁴³ Con relación a los delitos contra la propiedad, aunque no exclusivamente, se admite por cierto sector de la doctrina un tercer grupo de supuestos, ya más discutido, en el que se incluyen determinados casos de lesiones insignificantes, con independencia de cuál sea la presunción sobre la voluntad del sujeto pasivo:⁴⁴ la admisión de este criterio puede suponer, sin embargo, tener que acudir a criterios tales como el de adecuación social, el principio de bagatela o la ausencia de lesión material del bien jurídico, que obligarían a reformular la fundamentación dogmática original del consentimiento presunto, abandonando los criterios tradicionales de entendimiento del mismo y ampliando de modo considerable, además, su ámbito de aplicación.⁴⁵

Al margen de esta última interpretación, que ya he cuestionado en otro lugar,⁴⁶ sobre los criterios que permiten constatar la existencia de un consentimiento presunto en los dos grupos de casos a los que alude la doctrina alemana dominante interesa realizar alguna precisión que, específicamente referida a su aplicación en el ámbito de los delitos de apropiación, viene efectuando dicha doctrina.⁴⁷

42. Edmund MEZGER, «Die subjektive Unrechtselemente», en *Der Gerichtsaal*, 1924, pp. 287 y ss.

43. ROXIN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), pp. 447 y ss. En sentido similar, JESCHECK, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), pp. 346 y ss.; Karl LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und die wichtigsten Nebengesetzen*, 20. neubearbeitete Auflage des von Dr. Eduard Dreher und Dr. Hermann Maasen begründeten Werkes, C.H. Beck Verlag, Múnich, 1993, n.º 19 y ss. antes del § 32; LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar* (cit. n.º 16), n.º 54 antes del § 32; y SAMSON, *Systematischer Kommentar* (cit. n.º 18), n.º 81 y ss. antes del 32. En la doctrina española, véase en el mismo sentido, por todos, Enrique CASAS BARQUERO, *El consentimiento en el Derecho penal*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1987, pp. 103-108.

44. Con carácter general pero especial referencia al ámbito de los delitos contra la propiedad, véase sobre esta tendencia doctrinal Hermann EBEL, «*Die Zueignung von Geldzeichen*», en *Juristenzeitung*, 1983, p. 10.

45. De ahí que autores como JESCHECK, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), p. 348; y ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), p. 680, indiquen que esta clase de supuestos no puede solucionarse con ayuda del consentimiento presunto.

46. DE LA MATA, «*Zur Diskussion*» (cit. n.º 36), pp. 227 y ss.

47. Al margen de su consideración en las obras de carácter general, la figura del consentimiento presunto ha sido analizada recientemente por Klaus GEPPERT, «*Anmerkung zum BGH, Beschl. v. 25.3.1988*», en *Juristenseitung*, 1988, pp. 1.024-1.029; Winfried HASSEMER, «*Mutmaßliche Einwilligung bei ärztlichen*

En primer lugar, ha de subrayarse que el consentimiento presunto sólo puede entrar en juego cuando no puede conocerse la decisión real del sujeto pasivo o no puede esperarse a que ésta sea emitida. Si anticipadamente, movido por la presunción de que el consentimiento sería denegado en caso de ser solicitado, se obra sin esperar a conocer la voluntad del titular del bien en litigio, carecerá de relevancia la alegación de la presunción del consentimiento. Únicamente cuando la actuación responda a una precipitación irreflexiva habría de atenderse dicha alegación, pero ya basándose en la creencia, errónea, del consentimiento o bien a la creencia, también errónea, de que no podía haberse obtenido en tiempo oportuno una declaración del titular al respecto. En definitiva, sólo cuando el consentimiento real del propietario no pueda conocerse objetivamente cabrá cuestionarse la posible concurrencia del consentimiento presunto.⁴⁸

Conforme a este entendimiento, el consentimiento presunto no representa sino un complemento del consentimiento expreso; la presunción que le da base ha de dirigirse justamente al conocimiento de la voluntad real del titular del bien protegido, de tal manera que sólo si aquella presunción se basa en criterios objetivos previamente establecidos puede otorgársele eficacia eximente aun cuando se demostrara que realmente la voluntad del titular no era la de consentir el comportamiento del autor del hecho; de ahí que insista la doctrina alemana en rechazar su admisión cuando pueda y deba presumirse una negativa del titular.⁴⁹

De esta forma el criterio para determinar cuándo estamos realmente ante un consentimiento presunto, y no ante un mero actuar prescindiendo de averiguar la postura del titular y esperando y deseando la complacencia de éste, es el del juicio objetivo que emitiría un observador imparcial con los conocimientos del sujeto activo sobre la efectiva voluntad del sujeto pasivo del posible delito. Y sólo si del juicio de ese observador imparcial se dedujera que esta voluntad era acorde con el comportamiento que el sujeto activo lleva a cabo cabría apreciar una conducta conforme a derecho.

Eingriffen», en *Juristische Schulung*, 1989, pp. 145-146; Andreas HOYER, «Anmerkung zu BGH, Besch. v. 25.3.1988», en *Strafverteidiger*, 1989, pp. 245-246; y Heinz MULLER-DIETZ, «Mutmaßliche Einwilligung und Operationserweiterung-BGH, NJW 1988, 2310», en *Juristische Schulung*, 1989, pp. 280-286, si bien en todos los casos a partir de un supuesto de intervención médica. Como se deduce de los ejemplos a que acuden los autores en las obras de carácter general referidas en las notas 41 y 43, el primer grupo de casos abarcará la mayoría de los comportamientos que se desarrollen en este tipo de intervención, en tanto será más frecuente que los casos de actuación en interés de quien alega el consentimiento puedan venir referidos a los delitos patrimoniales, si bien no necesariamente.

48. ROXIN, «mutmaßliche Einwilligung» (cit. n.º 16), p. 461.

49. Es doctrina absolutamente dominante: véase, en el ámbito de los delitos contra la propiedad, por todos, ROXIN, «Geld als Objekt» (cit. n.º 1), p. 470; y Walter SAX, «Bemerkungen zum Eigentum als strafrechtlichem Schutzgut», en *Festschrift für Franz Laufke zum 70. Geburtstag*, Holzner Verlag, Wurzburgo, 1971, pp. 323-324. De ahí que en muchos casos no pueda recurrirse a este instituto en los ejemplos que propone ROXIN, como él mismo señala.

Ese juicio objetivo que se establece para determinar la viabilidad del consentimiento presunto debe basarse, a su vez, en diferentes criterios, que, en relación con los delitos contra la propiedad, habrían de referirse al potencial patrimonial del sujeto activo, las relaciones personales y profesionales entre éste y el sujeto pasivo, o la costumbre o práctica diaria del ámbito jurídico-económico en que se desarrolle la conducta analizada.

V

En la doctrina española, la alusión al consentimiento presunto en relación con determinados delitos contra la propiedad se aprecia en varios autores, siquiera de forma somera, en observaciones formuladas al hilo de la discusión sobre el carácter excluyente de la tipicidad o de la antijuricidad del consentimiento expreso,⁵⁰ no existiendo unidad de criterio ni a la hora de determinar su naturaleza,⁵¹ ni a la hora siquiera de aceptar su viabilidad como causa de exclusión de responsabilidad de carácter autónomo, a lo que sin duda contribuye la ausencia de regulación legal específica.⁵²

50. Aluden al consentimiento presunto en el ámbito de los delitos de apropiación, entre otros, Miguel BAJO FERNÁNDEZ/Mercedes PÉREZ MANZANO, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Ed. Ceura, 2.^a ed., Madrid, 1993, p. 77; Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed. aumentada, corregida y puesta al día, Ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 166; Eugenio CUELLO CALON, *Derecho Penal. T. II. Parte Especial. Vol. II* (Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), 14.^a ed. (reimpresión), Ed. Bosch, Barcelona, 1980, p. 848; Juan José GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho penal (Parte especial). II. Delitos contra la propiedad*, dirigida por Manuel COBO DEL ROSAL, EDERSA, Madrid, 1992, p. 45; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 220; Joan J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 2.^a ed. corregida y puesta al día, Ed. J.M.^a Bosch, Barcelona, 1992, p. 256; Antonio QUINTANOR RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal. T. II*, 2.^a ed. puesta al día por Carlos García Valdés, EDERSA, Madrid, 1977, pp. 124 y ss.; José María RODRÍGUEZ DEVEZA, «*Hurto*», en *Nueva Encyclopediadjurídica Seix*, t. XI, Ed. Seix, Barcelona, 1963, p. 210; José Antonio SAINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 151; y Tomás Salvador VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 828.

51. Discrepancia que ya se observa en las obras de carácter general: véase, por todos, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3.^a ed. corregida y puesta al día, Ed. PPU, Barcelona, 1990, pp. 553 y ss.; o Francisco MUÑOZ CONDE/Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 312 y ss. Exhaustivamente y con extensa bibliografía, José CEREZO MIR, «El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Deveza*, t. I, Ed. UNED, Madrid, 1989, pp. 202 y ss., distinguiendo la diversidad de naturaleza, conforme a la doctrina más extendida, en función del bien jurídico tutelado.

52. Véanse las reticencias que manifiestan, por ejemplo, CEREZO, «El consentimiento» (cit. n.^o 51), p. 236; Agustín JORGE BARREIRO, «La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, p. 21; o Carlos María ROMEO CASABONA, «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, p. 278.

La naturaleza jurídica del consentimiento presunto ciertamente parece confusa. Señala ROXIN que estamos ante una figura que se sitúa entre el consentimiento expreso y el estado de necesidad justificante, pero que presenta una estructura diferente de ambos y que, por tanto, puede ser admitida como causa de justificación independiente.⁵³ La doctrina alemana ha definido el comportamiento de quien actúa amparándose en la existencia del consentimiento presunto como la conducta arbitraria de un sujeto que ataca una esfera jurídica ajena, que conduce, a diferencia del consentimiento expreso, a una conducta típica pero justificada, por ampararse el hecho en un juicio de probabilidad objetivamente hipotético sobre la verdadera voluntad del lesionado.⁵⁴ De ahí, como indica ROXIN, que se conceptúe esta figura como causa de justificación «de riesgo permitido» que entra en juego cuando la decisión del titular del objeto tutelado no puede ser conocida por el sujeto activo, quien, de no actuar, favorecería un incremento de riesgo o de lesión de un bien en situaciones muy concretas que a menudo se transforman en urgentes situaciones de necesidad,⁵⁵ definición que, no obstante, parece más bien referida al grupo de casos que el mismo ROXIN considera como actuaciones en interés ajeno.⁵⁶

Es evidente la distinción que ha de hacerse entre consentimiento expreso y presunto, puesto que en éste se parte precisamente de un desconocimiento de la voluntad del titular del bien protegido. Pero tampoco es equiparable al estado de necesidad, en cuanto la apreciación de esta circunstancia atiende exclusivamente a una ponderación de los bienes lesionado y salvado y a una situación de urgencia que requiere la intervención inmediata. Los criterios de admisión del consentimiento presunto son otros, aun cuando entre ellos haya de tomarse en consideración la lesividad de la conducta amparada en la presunción del consentimiento.⁵⁷ Ha de tenerse en cuenta que en muchos casos de consentimiento presunto no se presenta realmente una situación de necesidad: así, en todos aquellos que no requieren una intervención inmediata, sino

53. ROXIN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), p. 447. En el mismo sentido, por todos, GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlín, 1991, pp. 449 y ss.; KUHL, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), p. 300; o WESSELS, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), p. 108. Véase, sin embargo, en contra, OTTO, *Allgemeine Strafrechtslehre* (cit. n.º 41), p. 119. En un primer momento, para Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Auflage, Walter de Gruyter Verlag, Berlín, 1969, p. 92, representaría una norma extraordinaria del estado de necesidad justificante. Posteriormente, autores como JESCHECK, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), p. 346; TIEDEMANN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), p. 109; o WESSELS, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), p. 108, lo han derivado del consentimiento justificante.

54. Por todos, ROXIN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), p. 453.

55. ROXIN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), p. 453.

56. ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), p. 682.

57. Véase a este respecto ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), pp. 682 y ss.

que únicamente vienen referidos a actuaciones de un sujeto que obra en la creencia de que su comportamiento sería aprobado por la voluntad del titular del bien al que afecta, por la ausencia de lesión a intereses de su titularidad o por la renuncia a ellos, lo que de hecho ocurre en la mayoría de los supuestos englobados bajo la categoría de «actuación en propio interés».⁵⁸ El consentimiento presunto representa una figura que permite actuar ante la ausencia de consentimiento expreso del titular, pero no porque sea necesaria una actuación inmediata sino porque no hay motivo para retrasar ésta cuando se tiene la certeza de poder contar con la aprobación del titular.⁵⁹

Desde esta perspectiva, sin embargo, considero insatisfactorio, cuando menos en el ámbito de los delitos patrimoniales, que el consentimiento presunto haya de operar como causa de justificación y no de exclusión del tipo,⁶⁰ opinión que requeriría, no obstante, una mayor profundización de la que se pretende en este momento.

En todo caso, si dado el incuestionable carácter disponible del objeto tutelado —en el caso de los delitos patrimoniales— se acepta definir el consentimiento expreso como circunstancia que permite excluir la presencia de la conducta típica ante un comportamiento que de otro modo atentaría contra el mismo, sea válido o no aquel consentimiento a efectos civiles y siempre que lo emita el titular del bien jurídico-penal protegido, lo mismo ha de predicarse de la eficacia excluyente del consentimiento presunto, que representa un juicio de probabilidad sobre el conocimiento de la voluntad del titular del objeto protegido.

58. Así, el propio ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), pp. 685-686, en los ejemplos que expone para explicar esta categoría recoge supuestos en los que en modo alguno se presenta dicha situación de necesidad.

59. Es cierto, como señala CEREZO, «El consentimiento» (cit. n.º 51), p. 236, que la mayor parte de los ejemplos que se mencionan en la Ciencia alemana pueden resolverse en nuestro ordenamiento mediante la causa de justificación del estado de necesidad o la de obrar en cumplimiento de un deber; pero no todos. Y los riesgos o abusos que podría generar su admisión como causa de exclusión de responsabilidad penal independiente se podrán evitar fijando exigentemente, como ya he señalado, los criterios de su aplicación.

60. Así lo mantiene la doctrina dominante en Alemania, incluso aunque entienda que el consentimiento expreso excluye la tipicidad de la conducta: véase, por todos, el mismo ROXIN, «*mutmaßliche Einwilligung*» (cit. n.º 16), p. 449. En la doctrina española, refiriéndose específicamente a los delitos de apropiación, afirman esta naturaleza MUÑOZ CONDE, *Parte Especial* (cit. n.º 50), p. 220; QUINTANO, *Tratado II* (cit. n.º 50), pp. 124-127; y SAINZ-PARDO, apropiación indebida (cit. n.º 50), p. 151. Aludiendo al consentimiento tácito, que CEREZO, «El consentimiento» (cit. n.º 51), p. 235, niega que haya de identificarse con el presunto, aceptan, sin embargo, que excluye la tipicidad de la conducta BAJO/PÉREZ MANZANO, *Delitos patrimoniales y económicos* (cit. n.º 50), p. 77; y GONZÁLEZ RUS, *Parte especial II* (cit. n.º 50), p. 45. De admitir la distinción que propone CEREZO el ámbito de aplicación del consentimiento presunto quedaría vacío de contenido; en mi opinión, el consentimiento tácito se identifica con el consentimiento presunto y se emplee una u otra terminología lo definitivo es la voluntad del titular del bien jurídico; y si como señala CEREZO, la apreciación del consentimiento tácito «se deduce de la actitud pasiva o de actos concluyentes del portador del bien jurídico», en muchos de los supuestos en realidad podrá aceptarse que estamos ante la declaración manifiesta de voluntad que conduce al consentimiento expreso.

No es que se establezca una ponderación entre la presunción del sujeto activo sobre la voluntad del titular del bien afectado y la posible opuesta voluntad real de dicho titular, decidiendo el orden jurídico en favor de la primera.⁶¹ En mi opinión, de producirse esta situación habría de negarse el consentimiento presunto, que ha de basarse en la voluntad —aun presunta— del sujeto activo y no en la predicción que éste realice de la misma. La apreciación del consentimiento presunto exige un alto grado de certeza de conocimiento objetivo de la voluntad del sujeto pasivo; es ésta y no la expresión de dicha voluntad la que permite negar la existencia de una lesión al bien jurídico cuando éste tiene carácter disponible y no hay disenso con el comportamiento del sujeto activo. Será entonces el conocimiento de esta voluntad basándose en criterios corroborables objetivamente el que permita en determinados casos hablar no ya de una conducta típica pero justificada, sino de una conducta atípica, precisamente porque no se realiza el hecho descrito en la prohibición penal.

Importante entonces será determinar qué datos han de servir de criterio para la aceptación del consentimiento presunto, tendentes siempre a conocer la voluntad del titular y no a establecer lógicamente cuál debería ser esta voluntad: interesaría conocer, como se ha señalado, las relaciones existentes entre sujeto pasivo y sujeto activo, las consecuencias del actuar de éste, el perjuicio irrogado, manifestaciones precedentes, etc. Todo ello, en definitiva, y al procurar un conocimiento altamente fiable de la voluntad del titular, permitirá afirmar que la conducta de quien presume el consentimiento no lesionaría de modo penalmente significativo la propiedad del sujeto afectado, puesto que si no fuera así difícilmente podría entenderse que éste hubiera emitido un consentimiento expreso. Esto no obstante, seguirá siendo la presunta voluntad aprobatoria del titular el fundamento directo de la eficacia eximente del consentimiento presunto. Como señala JESCHECK, el proceso que permita confirmar que la presunción del sujeto activo está avalada por los datos a que he aludido habría de desarrollarse del modo siguiente: 1.º ponderar, desde la perspectiva del lesionado, los intereses que entran en juego; 2.º determinar objetivamente cuál podría ser la declaración de voluntad que se pudiera esperar de aquél; y 3.º atender al denominado criterio del «riesgo permitido» para valorar hasta dónde se puede llegar sin un consentimiento expreso.⁶²

61. En estos términos expone la cuestión ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), p. 675.

62. JESCHECK, *Allgemeiner Teil* (cit. n.º 41), pp. 347-348, pero sin que a mi juicio ello signifique establecer una ponderación de intereses similar a la exigida para la apreciación de la eximente de obrar en estado de necesidad, sino únicamente admitir que ante mayor riesgo de lesividad mayor habrá de ser la exigencia de cuidado en el sujeto activo en el momento de presumir la voluntad del titular del bien afectado.

Por ello, así como ni la expresión de un consentimiento a posteriori convierte en atípica una conducta que realiza los elementos descritos en el tipo ni una revocación posterior del consentimiento otorgado la convierte en punible, en el mismo sentido, cuando la conducta del sujeto que alega la existencia del consentimiento presunto esté amparada por circunstancias de las cuales pudiera objetivamente presumirse la creencia en el consentimiento del titular, éste habrá de desplegar todos sus efectos, en la forma de consentimiento presunto; ello, aunque a pesar de los datos objetivos que lo avalen el titular deniega el mismo una vez conocidos los hechos, lo que sin duda tendrá carácter muy excepcional, dada la exigencia de la configuración de la presunción.⁶³ Y en ningún caso cabrá admitir el consentimiento presunto de constar la negativa expresa del titular a consentir la acción del autor del hecho o, incluso, datos razonables que permitan deducir dicha negativa a pesar de la ausencia de manifestación expresa del titular en ese sentido.

En la doctrina alemana la discusión sobre el ámbito de aplicación del consentimiento presunto se ha centrado predominantemente en el campo de los tratamientos médicos. También en la doctrina española el análisis del consentimiento expreso ha tomado la actividad sanitaria como punto de referencia, en relación con los delitos contra la vida, salud o libertad. Sin embargo, cuanto más se insista en diferenciar esta figura del estado de necesidad y en admitir su relevancia en supuestos de acciones movidas por la realización de un interés propio de quien actúa mayor habrá de ser su incidencia en el campo patrimonial. De ahí que los ejemplos que propone ROXIN para delimitar el análisis del consentimiento presunto en los casos en que no se actúa en interés ajeno pertenezcan al ámbito de estos delitos.⁶⁴ En este sentido, la contribución de ROXIN, particularmente en sus trabajos de 1966 y 1974, ha sido, una vez más, decisiva. Entiendo que esta vía es correcta y que los riesgos que para la seguridad jurídica pueden observarse en la presunción del consenti-

63. Ha de destacarse que la predicción o presunción puede ser errónea, y que de hecho el titular pudiera no haber consentido la actuación del sujeto activo de haberla conocido de antemano. Ello, sin embargo, es irrelevante. Lo definitivo es la presunción que de modo objetivo pudiera realizarse *ex ante* atendiendo a las circunstancias objetivamente existentes, a los datos conocidos por el sujeto activo. Como señala MIR, *Parte General* (cit. n.º 51), p. 567, el consentimiento presunto «no dejará de eximir aunque luego (*ex post*) resulte que, contra todo pronóstico, el titular no aprueba la intervención». Ha de concederse, sin embargo, que el paralelismo a estos efectos entre la relevancia del error de tipo y la del consentimiento presunto es manifiesto, pues de hecho sólo una disensión del sujeto pasivo sobre el comportamiento del sujeto activo, posterior al hecho, obligará a cuestionarse la viabilidad del consentimiento presunto, supuesto en el que cabría acudir también a la vía del error de tipo sobre el consentimiento expreso del titular. Ausente tal disensión, reveladora de una voluntad del propietario acorde con la acción, la necesidad de recurrir a una figura distinta del consentimiento no se produciría, pues en la práctica éste sería reconocido, aun sin haber sido emitido explícitamente, por un titular que no se viera perjudicado con el comportamiento del sujeto activo.

64. ROXIN, *Allgemeiner Teil I* (cit. n.º 22), pp. 679-680.

miento⁶⁵ obligan únicamente a una delimitación precisa de los criterios de aplicación, bien entendido, no obstante, que en muchos de los casos que se plantean no estamos sino ante supuestos de mera tipicidad formal sin el desvalor material que ha de ser consustancial a todo hecho típico, que habrían de analizarse al margen de la apreciación del consentimiento presunto.⁶⁶

65. Así, CEREZO, «El consentimiento» (cit. n.º 51), p. 236.

66. Detenidamente, DE LA MATA, *Tutela penal de la propiedad* (cit. n.º 7), pp. 315 y ss.

LA RESPONSABILIDAD DE MÉDICOS Y CIENTÍFICOS ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS BIOGENÉTICAS

Pedro J. MONTANO

Universidad de la República Oriental del Uruguay

Expondremos aquí un resumen de nuestro trabajo que fuera realizado por encargo de la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Montevideo que ha encarado un plan de investigaciones en todas las disciplinas para tratar aquellos temas que no han sido aún regulados por la ley específicamente y que, en cambio, ya tienen un cierto desarrollo en otros países, a los efectos de evaluar si existe una necesidad de modificar nuestro Derecho o si, por el contrario, estos nuevos temas quedan resueltos con las disposiciones ya existentes.

Adelantando a Uds. la conclusión de mi trabajo les diré que, a mi entender sería conveniente un nuevo texto normativo para lo cual he redactado un proyecto de ley que con mucho gusto dejo a disposición de Uds. en este prestigioso Instituto.

Para comprender las nociones que aquí se dirán es necesario ingresar al campo básico de ciertas ideas elementales que resumen el pensamiento en torno al cual desarrollaremos nuestra exposición.

1. ¿ADAPTACIÓN NECESARIA DEL DERECHO A LA REALIDAD?

El impresionante despliegue de la ciencia y la tecnología que caracteriza nuestros días obliga al Derecho a desarrollarse para permitirle abarcar situaciones cada vez más numerosas y complejas.¹

Períodos anteriores se caracterizaron más bien por una consolidación de las instituciones jurídicas conocidas, basándose en una profundización del

1. Cfr. Cons. I, I y II L. 35/88 española.

estudio de las mismas. Actualmente, se reafirma el carácter instrumental del Derecho que debe aplicarse a nuevas situaciones. Antes, el Derecho puede decirse que crecía más bien para dentro, consolidándose; ahora, el Derecho crece también hacia fuera abarcando campos novedosos que dejan perplejo al jurista. Así el fenómeno informático, la protección del medio ambiente y la conquista del espacio están produciendo importantes cambios en el mundo del Derecho.

A estos temas se añade, evidentemente, el de las nuevas tecnologías biogenéticas que, producto de la perplejidad que han producido, están siendo reguladas de manera parcelada, en mosaico, a veces inorgánicamente, con muchos vacíos y contradicciones no sólo perceptibles entre normas de distintos países, sino también internamente, en un mismo cuerpo normativo.²

Enfrentados a los nuevos problemas y situaciones que el avance tecnológico produce, cabe primeramente hacerse la pregunta de si éste debe ser «necesariamente» compasado por el derecho, esto es si, debe ser legitimado en toda situación o si, por el contrario, el Derecho tiene por función la de constatar los hechos y deducir las normas reguladoras basándose en criterios valorativos.

Hay quien sostiene que no, por dos motivos fundamentales.

La profesora de Derecho penal de la Universidad de Lovaina Christiane HENNAU-HUBLET,³ señala que sin acudir al estudio de la realidad y por ello también a la consideración de valores axiológicos que sin duda la integran, el ordenamiento pierde coherencia en función de disposiciones totalmente pragmáticas que pierden de vista un patrón rector. Es necesario previamente ponerse de acuerdo para definir un estatuto del embrión humano.

La segunda es que el legislador se deja atrapar por el mito de la adaptación del Derecho a los hechos, aforismo éste, rara vez invocado de manera inocente y cuyo principal efecto es el de anestesiar el espíritu crítico frente a soluciones a dar, a modificar o a conservar. El legislador suele olvidar que el Derecho no es neutro, como lo afirmara la Escuela de Viena en posición hoy superada, y que el juicio de valor es una etapa decisiva de la reflexión jurídica. Se trata de dirigir la vida social hacia fines que garanticen el bien común y no simplemente la mera convivencia. Tarea ésta ardua que se caracteriza por no estimular la inflación legislativa ni el indiferentismo, y que empuja a la sociedad, a través de sus legítimos representantes, a tomar sus responsabilidades redescubriendo la unidad del ser y del deber-ser de los hechos y de los valores.

2. Cfr. L. 35/88 Cons. II.

3. En su ponencia presentada en el «Encuentro Internacional de Bioética», Milazzo, 5-8 de julio de 1989, pp. 5 y ss.

Tanto las inquietudes como las esperanzas que hace nacer el dominio de la reproducción humana y de la configuración genética de las personas, suscitan el deseo de someter el ejercicio de esta potestad a normas y/o controles. Numerosos Estados, o instancias nacionales e internacionales, enfrentados a estos problemas, han tomado conciencia de la necesidad de no dejarse imponer, como *faits accomplis*, los actos que, porque ponen en cuestión el sentido de la vida humana y de la persona, requieren una rigurosa evaluación tanto de su legitimidad ética y científica como de su utilidad individual, familiar y social.

Esta posición que acabamos de enunciar encuentra su concreción positiva en el Derecho de Europa. En febrero de 1989 el Parlamento Europeo aprobó la recomendación 1100 sobre utilización de embriones y fetos humanos para la investigación científica. En el Considerando 5 establece como consecuencia de lo dispuesto en la Recomendación que le sirve de antecedente, la n.º 1046, en su n.º 15, que «en interés del progreso, de la armonía, de la libertad y de la justicia social, se tiende a adaptar constantemente las legislaciones y reglamentaciones a los valores éticos y sociales de las comunidades humanas, y a los conocimientos científicos y tecnológicos, a medida que se adquieran».

Es de destacar pues, la remisión a valores sin perjuicio de la atenta actitud del jurista a los cambios que se producen en sociedad.⁴

2. EL CONTENIDO ÉTICO DE LA NORMA JURÍDICA

Frente a todos los temas modernos que el derecho debe tratar, lo relativo a la biotecnología humana tiene una particularidad y es su especialísima carga ética. Ello supone volver a enfrentar el tópico de las relaciones entre moral y derecho.

El jurista en este campo no puede apartarse de consideraciones éticas como lo propugnan las corrientes positivistas. Decir que no se legisla a partir de una ética determinada es absolutamente utópico.

En nuestra especialidad, cuando una ley penal impone al ciudadano una determinada conducta, lo hace porque el legislador cree que con aquella ley se

4. La L. 35/88, Cons. I,5 y IV, hace también caudal de este razonamiento pero se remite a una ética de «carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, que pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa». Refleja pues un contenido pragmático pretendidamente independiente de valoraciones filosófico-axiológicas y trascendentes.

protege un valor ineludible para el bien común. En términos técnicos nos referimos a él con la expresión «bien jurídico» que de por sí nos está remitiendo al ámbito de los valores y entre éstos a lo ético, porque no se puede hablar del «bien», como tampoco del «mal», fuera del plano de lo axiológico.

Por consiguiente, tanto en las leyes imperativas, como en las permisivas, se refleja inevitablemente una determinada escala de valores y una determinada concepción de las relaciones humanas y del bien común, entendido éste como aquellas condiciones en sociedad que permiten el mejor desarrollo de la persona humana.

Por eso el Comité *ad-hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas (CAHBI) creado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa sostiene en su informe final publicado en setiembre de 1989 y dentro del primer capítulo titulado nada menos que «Cuestiones fundamentales», que «Antes de tratar los problemas específicos planteados por las técnicas de utilización de la procreación humana artificial, hay que considerar un interrogante ético fundamental: ¿qué actitud debe asumir el hombre frente a los nuevos poderes que la ciencia le brinda sobre sí mismo?»

Y ello concuerda con el concepto de Derecho penal que compartimos y que formula el desaparecido profesor SAINZ CANTERO. Es el «sector del ordenamiento jurídico que tutela los valores fundamentales de la vida comunitaria, atribuyendo a un poder transpersonalista superior la facultad de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas, y de imponer penas o medidas de seguridad a quienes atenten contra aquellos valores». El Derecho penal lleva a cabo esta función protectora prohibiendo o mandando realizar determinadas conductas humanas, ejerciendo así una importante misión ético-social con la que contribuye, como ha puntualizado WELZEL, a formar la conciencia jurídica y el juicio moral de los individuos que forman la comunidad».⁵

De ahí que, para ponerse de acuerdo los juristas sobre las disposiciones que deben regir, debemos tener un claro concepto de la materia a regular de cuáles son los valores en juego.

Para ello se acude a distintas fuentes, no todas válidas a mi modo de ver: la opinión de la mayoría expresada a través del sistema democrático representativo; las costumbres mayoritariamente imperantes en sociedad; el dictamen de un grupo especialmente elegido por su versación en el tema como es el caso de los biólogos, médicos, filósofos y/o juristas («es legal, *ergo* es bueno», o «es científico, *ergo* es bueno»); o la posición sustentada en niveles supranacionales como es el caso de organismos como la OMS, el Parlamento

5. Cfr. voz «Derecho Penal», *Enciclopedia Ger*, t. 7, pp. 497-498.

Europeo, etc. Todas estas instancias a pesar de ser procedimientos legítimos no pueden de ninguna manera desplazar de la conciencia personal la responsabilidad que la toma de postura conlleva, sobre todo cuando se trata de valores tan importantes para nuestra civilización como el de la vida y dignidad humanas. No creemos en una legitimación por el procedimiento. Tampoco en la que procede del denominado progreso o descubrimientos tecnológicos, independientemente de la forma de su utilización. No siempre que estamos ante un nuevo descubrimiento científico se emplea éste bien. De ahí que estos temas atañan, en conciencia, a todos los ciudadanos.

En el tema que nos ocupa debe, por consiguiente, definirse qué se entiende por embrión humano para saber qué estatuto adjudicarle.⁶

3. EL STATUS DEL EMBRIÓN HUMANO

En este campo el dictamen científico-biológico, así como el filosófico-realista son determinantes. La norma jurídica que se aparte de ellos no puede jamás tener la virtualidad de crear una verdad, de la misma manera que una concepción filosófico-inmanentista tampoco puede hacerlo.

La Recomendación europea 1046 en el considerando D.5 dice que «desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla de manera continua, aunque no se puedan hacer distinciones durante las primeras fases (embrionarioas) de su desarrollo, y que una definición del estatuto biológico del embrión se impone». Por su parte la Recomendación 1100 en el considerando 7 agrega «que el embrión humano, aunque se desarrolla en fases sucesivas indicadas por diversas denominaciones (cigoto, mórlula, blástula, embrión preimplantatorio o preembrión, embrión, feto), manifiesta también una diferenciación progresiva de su organismo y mantiene mientras tanto en continuidad su identidad biológica y genética».

Estas disposiciones tienen una firme base científica que resulta de los más recientes descubrimientos: la vida humana surge a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. La propia técnica de la fecundación *in vitro* es una demostración cabal de ello.

De ahí que más adelante la Recomendación 1046 exprese que «el

6. La L. 35/88 dice en su Cons. II,2 que «el *status* jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, hasta ahora no se ha hecho o se hace de forma muy precaria, pues difícilmente puede delimitarse jurídicamente lo que aún no lo está con criterios biológicos, por lo que se presenta como necesaria la definición previa del *status* biológico embrionario...». En realidad esto no es así por cuanto la ciencia es clara al respecto, en el sentido de que hay vida humana desde la concepción. Lo veremos en el apartado que sigue.

embrión y el feto humanos deben beneficiarse en toda circunstancia del respeto debido a la dignidad humana». ⁷

¿Pero acaso hay algo distinto a la persona humana que deba gozar de tal respeto? Si así fuera se estaría ante la creación de una nueva categoría jurídica, impensada hasta hoy.

De manera que, para nosotros, no cabe al embrión humano otra calificación que la de «persona», desde el preciso instante de la fecundación.⁸

La Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica es el texto más explícito en este sentido y precursor, pues data de 1969. Más de veinte estados iberoamericanos forman parte de este sistema. Nueve han reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para recibir comunicaciones de un Estado parte contra otro por violación de la Convención, y diez han reconocido la competencia contenciosa de la Corte.

El artículo 1.2 dice que «a los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano» y el artículo 4.1 dice que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente». El artículo 5.1 completa lo anterior: «Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral».

En el mismo sentido, la reciente Convención sobre los Derechos del Niño, de 6.12.89, en su preámbulo, inciso 9.º, dice: «que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento».

Nadie duda de que el derecho a la vida del ser humano es el primero y que sobre él reposan los demás. Y ello no ha sido sencillo a lo largo de la historia.

ESER, en su magnífico estudio titulado «Entre la santidad y la calidad de vida...»⁹ dice que se ha pasado del desprecio en épocas que actualmente calificamos de primitivas, siguiendo por una distinción según el sujeto —no valía lo mismo la vida del señor que la del esclavo, la del ciudadano que la del extranjero— más adelante pasó a caracterizarse por ser sagrada: es un don de

7. Cfr. Considerando 10.º.

8. Este momento es para algunos el instante en que se produce la mezcla de los cromosomas que llevan el óvulo y el espermatozoide. La información genética resultante es la que da todas las características al ser humano que le hacen uno y distinto. Para otros, en cambio, el momento es aun anterior, cuando se produce la penetración del espermatozoide por el óvulo, momento éste que incluso ha sido ya fotografiado con toda nitidez. Allí, según ellos, se produce un cambio bioquímico, absolutamente irreversible, cuyo único destino posible es la creación del nuevo ser por lo que estaríamos aquí ante el único y verdadero cambio sustancial que se produce en toda la existencia del nuevo ser.

9. ESER, Albin, en ADPCP, Madrid, 1984, pp. 747-781.

Dios, sea cual y como sea, conquistándose con ello uno de los pilares de nuestra civilización; posteriormente, hoy en día, se vuelve a la distinción de «vidas», esta vez, sobre la base del criterio de «calidad»: hay vidas dignas de ser vividas y otras no. La dignidad de la vida está muy relacionada, si no dependiendo, de la llamada «calidad de vida» que comprende nivel de vida, confort, posibilidades de desarrollo económico, físico o intelectual.

La legislación penal ha seguido esta evolución del concepto de vida; pasó de la desprotección total, hasta la protección absoluta, así como a la consideración de que su destrucción es la máxima pena que se le puede aplicar a un ser humano. Sin embargo, ha ido haciendo excepciones que se vuelven cada vez más numerosas: aborto, eugenésia, eutanasia. En torno a ellas se han dado numerosas pretendidas justificaciones que pueden todas englobarse, en definitiva, en la referida supervvaloración de la «calidad de vida», tanto de aquella que es sacrificada como la de aquellos que deberían soportarla.

Aún por debajo de la «cualificación» de la vida, calidad de la misma, hay todavía un escalón. Éste a diferencia de los otros grados de valoración es novedoso: no se registran en la Historia precedentes y está absolutamente vinculado al proceso de desarrollo tecnológico. Este grado o escalón último es el de la «cosificación» de la vida; ésta puede ser tomada como «cosa» por la simple razón de que puede ser «hecha» o «deshecha» tecnológicamente hablando. Este error conceptual es aún más grave que todos los demás, porque aquí no se aprecia una cualidad de la vida, sino que el error está en lo que la vida misma es; no «cómo es» sino lo que en realidad «es».

Al decir de MANTOVANI los modernos procedimientos biotecnológicos han permitido propiamente «fabricar» vida en los laboratorios y como consecuencia lógica de esa «fabricación» se corre el riesgo de menospreciarla porque es un producto del hombre.¹⁰

Sin embargo, en el ámbito europeo destaca la reciente ley alemana de protección al embrión humano (ESchG) de 1.1.91 que lo define en el parágrafo 8,1 como «el óvulo humano fecundado, capaz de desarrollarse, a partir de la mezcla del óvulo y del espermatozoide, y también toda célula totipotente tomada de un embrión, la cual por su existencia sumada a los supuestos ulteriores necesarios, es capaz de multiplicarse hasta desarrollar un individuo». La protección otorgada al embrión en esta ley pasa por la creación de toda una constelación de tipos penales y contravenciones administrativas que prohíben toda conducta tendente a perjudicar directamente al embrión humano.

10. MANTOVANI, Ferrando, «Problemi penali delle manipolazione genetiche» en *Riv. it. dir. Proc. pen.* 1986, pp. 653-680.

En la misma línea nos parece muy acertado lo dispuesto en el recientísimo proyecto de Código Penal Español del ministro De la Quadra Salcedo cuando en los artículos 162 y 163 establece el tipo de lesiones al feto y en los artículos 164 a 167 cuando sanciona las manipulaciones genéticas y la destrucción de fetos y embriones realizadas al margen de las leyes 35 y 42/88.¹¹

Sin embargo, no nos parece coherente excluir toda sanción a la embarazada que le causa lesiones graves por imprudencia grave, como tampoco la rebaja de las penas en los tipos de aborto, así como el tipo del artículo 147 que crea el supuesto de eutanasia a pedido de la víctima. En este último caso se observa un desfasaje en la penalidad con respecto al delito de homicidio. Este lleva de 10 a 15 años de privación de libertad, mientras que el tipo del artículo 147 se queda en un guarismo muy inferior, de 6 meses a 3 años. Lo mismo sucede con los tipos de auxilio activo al suicidio que establece una pena de 2 a 5 años y el de ejecución del suicidio de otro que va de 6 a 10 años. En sede de aborto, mayor perplejidad produce la norma proyectada cuando prevé una pena de 6 meses a un año de prisión o multa de 6 a 24 meses para la embarazada que aborta ilegalmente sobre todo si se la compara con la pena por cazar especies protegidas que va de 6 meses a dos años de privación de libertad o multa de 8 a 24 meses.

Este tipo de incoherencias también se repiten en otras disposiciones. Veamos algunos ejemplos.

No se entiende cómo se discute si se puede experimentar o no en embriones en países en los que existe el aborto permitido o *free choice*: ¿si se les puede matar por qué no se va a poder experimentar en ellos?

No se entiende tampoco cómo un Estado puede autorizar a la vez la inseminación artificial por donante en condiciones no estrictamente anónimas y prohíba la donación de gametos para fivet.¹²

El rechazo de denegación de la paternidad o del desconocimiento de la misma en situaciones de procreación asistida no parece coherente con las legislaciones que reposan en la verdad biológica y donde el estado civil de las personas es indisponible.¹³

El término «terapéutico» es increíblemente utilizado para describir tratamientos que conducen inexorablemente a la muerte del feto.¹⁴

11. Estas leyes no establecen propiamente penas sino que califica de graves y de muy graves ciertas actuaciones que enumera (art. 20 y 9, respectivamente) remitiendo a la Ley General de Sanidad.

12. Ley sueca del 1.3.85 sobre inseminación artificial y ley de 1988 sobre fertilización *in vitro*.

13. Código Civil francés y anteproyecto de ley sobre las ciencias de la vida y los derechos del hombre, de marzo de 1989, art. 342.10.

14. La Recomendación 1100 utiliza este término para referir a los tratamientos que «remedian la esterilidad de la pareja», que «mejoran las técnicas de crioconservación», etc. La ley española 42/88 permite el diagnóstico prenatal en su art. 9.2, B, d. Y la L. 35/88 en las disposiciones finales 1, d.

También es incoherente impedir las prácticas eugenésicas al embrión *in vitro* cuando, por otro lado el diagnóstico prenatal está muy extendido con esa finalidad y el aborto eugenésico está también autorizado.¹⁵

Tampoco es admisible que, por un lado se prohíba la producción de embriones *in vitro* para la investigación, cuando se autoriza la utilización para fines puramente experimentales de embriones supernumerarios.¹⁶

Más aún no puede sostenerse que el embrión debe ser tratado de acuerdo con la dignidad humana, no como una cosa, y a la vez disponer la destrucción cuando ha estado cinco años congelado.¹⁷

Es llamativo que el propio título de la Recomendación 1046 de 24.9.86 sea «Recomendación para el uso de embriones y fetos humanos con propósitos diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales». No se ve cómo se cumple el mandato que contiene de tratar al embrión de acuerdo a la dignidad humana cuando regula luego formas de industrialización y comercialización de los mismos o sus partes. Eso sí, contiene normas explícitas que prohíben su utilización para la industria cosmética y para la industria bélica (Anexo n.º 24).¹⁸

Con respecto a Iberoamérica el panorama se presenta aún virgen. No existen disposiciones específicas que regulen estos puntos y menos aún de manera orgánica como se pretendió en Europa. De ahí que sea de esperar que no se siga el patrón trazado por estas Recomendaciones que, en virtud de las graves contradicciones internas que contienen, hacen pensar en textos transaccionales, soluciones de compromiso. Inglaterra y España han seguido lamentablemente este modelo.¹⁹ Alemania se ha apartado de él. Proyectos

15. Sucecede en Francia, por ejemplo con el proyecto referido art. L. 673 y el art. L. 162-12 del Código de Salud Pública. En España la L. 42/88, arts. 8.c y 9,2, B, a, permite la eugenésis por motivos patológicos, pero no dice si son de la madre o del hijo por nacer y tampoco define qué se entiende por patología, por lo que el ámbito de discrecionalidad es inadmisiblemente amplio.

16. Es el caso de la ley del Estado de Victoria (Australia) que permite la investigación en el embrión menor a los 14 días pero sólo si son embriones supernumerarios o sobrantes, art. 14. Esta ley se halla actualmente en revisión. La L. española 35/88, arts. 14-17, permite la experimentación e incluso la creación de híbridos. La ley 42/88, en su art. 9,2, B, e. La ESchG, sin embargo, la prohíbe sin ambajes, art. 2.

17. Informe Palacios, el anteproyecto francés referido, la Comisión de Reforma del Derecho de Canadá en su informe «Expérimentation biomédicales sur les êtres humains», Ottawa, p. 67, 8.2 y las propias Recomendaciones europeas citadas. La ley española 35/88, art. 11,3, ordena su destrucción al cumplirse los 5 años. Al cumplirse los dos años sin ser utilizados, quedan a disposición del banco de embriones. Solución similar da la ley inglesa, art. 14, c. y Schedule 2,2.

18. Las Recomendaciones hacen una distinción entre fetos viables y no viables. Los primeros son objeto de una mayor protección que los segundos. Entendemos que debe ser la misma mientras el embrión esté vivo (Anexo n.º 5). También hace otras distinciones como embriones implantados y fetos vivos *in útero* y embriones preimplantatorios vivos y muertos. La ley 35/88 de España, art. 20,2, v, prohíbe también el empleo de este material para investigación e industria bélica.

19. En Inglaterra se llama «Human fertilisation and embryology bill» (H. L.) y es de junio de 1990 (incluye enmiendas).

como el austríaco y los resultados de los estudios realizados en Noruega hacen suponer que seguirán el texto alemán.²⁰

Entendemos que en América la situación es muy distinta en virtud de la fuerza que produce un tratado como la Convención Interamericana de Derechos Humanos citado. Una excepción a la regla de sus artículos 1.2 y 4.1 pondría en crisis el sistema obligando a su renegociación porque ya más de 20 países son parte de él.

Veamos ahora qué papel juega, o debe jugar, el Derecho penal.

4. EL DERECHO PENAL

Con respecto a la norma penal, ésta reconduce el comportamiento en los términos inherentes al tipo, el cual, expresando una exigencia de tutela, resalta y centraliza un determinado bien y favorece, en términos promocionales, el reconocimiento social del mismo.

Tal influencia socio-psicológica deriva de la parte preceptiva de la norma penal y como tal es en amplia medida autónoma de la entidad y de la configuración de respuestas sancionatorias.

Sin embargo, es considerable la objeción según la cual el reconocimiento social de determinados valores no debería ser confiado a la fuerza moralizadora del Derecho penal, sino más bien a la acción de sistemas filosóficos, religiosos, ético-culturales, porque el sistema punitivo tiene carácter instrumental y como tal no puede asumir una función constitutiva respecto a los bienes que concurre a proteger.

Tal afirmación corresponde ciertamente a una correcta aplicación de la teoría del bien jurídico, pero no es aplicable al caso que nos ocupa. En efecto, aquí no se trata de construir penalmente, imponiendo su reconocimiento, un nuevo bien jurídico —la vida del embrión humano— desde que este último encuentra fundamento en el plano ético y en el plano científico-biológico, mucho más sustanciales que el que podría derivar del mero sistema punitivo. La vida del concebido no es un bien de creación jurídico-penal. La fuerza moralizadora de las disposiciones penales en materia de protección de «la vida por nacer» deriva de la tutela de un bien cuya relevancia antecede a la intervención jurídica. Como dice ROMANO, confirmar el respeto de los valores fundamentales para la convivencia social es indudablemente competencia cardinal del Derecho penal. Es por lo tanto deseable que éste alcance su finalidad

20. Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) de julio de 1991 en Austria, y el informe del Comité Noruego de Ética del Real Ministerio Noruego de Salud y Cuestiones Sociales de 1991.

mediante la autoridad de su mensaje comportamental, más que a través de la sola fuerza intimidativa que produce la amenaza de una pena.²¹

Sin embargo, hay quien entiende lo contrario. Puesto que la tutela del embrión no entra dentro de las condiciones esenciales que permitan la convivencia social, éste resulta ajeno al ámbito de los bienes tutelables, basándose en el principio de *ultima ratio*, por el Derecho penal.

Su protección debería, para ellos, intentarse a través de otros instrumentos como la promoción de determinados valores éticos a partir de la filosofía jurídica, descartando el rol de sensibilizador cultural que debe cumplir el Derecho penal.

Sin embargo, una vez reconocida la naturaleza humana del embrión, éste no puede quedar excluido de la tutela penal.

Arguyen, por el contrario, que los actos lesivos de la vida humana en estado embrionario, al ser cumplidos en el silencio de los laboratorios, sin daño para los ya nacidos, resultan por definición inidóneos para producir alarma social. Pero esto no es así puesto que los peligros que origina la disponibilidad de los embriones involucra, en cuanto abre el camino como *conditio sine qua non*, a las intervenciones no terapéuticas, de cualquier género, la transmisión y la íntima estructura de la vida.

Agagan que los problemas de determinación de los actos lesivos perpetrados contra los embriones afectarían la propia credibilidad en el sistema penal por la gran cifra negra de hipótesis inalcanzables.

A pesar de que el Estado difícilmente puede controlar lo que sucede en cada laboratorio, en cada probeta, eventuales prohibiciones penales incidirían verosímilmente de manera determinante sobre las condiciones que hacen susceptibles de interés práctico las conductas dañosas para la vida prenatal.

En efecto, la imposibilidad de difundir los resultados de experimentaciones prohibidas o de ejecutar públicamente actos sanitarios contrarios a la existencia de los embriones humanos, como la interrupción de flujos de financiación para manipulaciones penalmente sancionadas, acabarían por asegurar aunque no se trate de penas elevadísimas— estándares de garantía apreciables.

Basta examinar la situación en el extranjero para darse cuenta de que otras soluciones no han sido eficaces y que, actualmente, varias naciones han creado tipos penales por considerar insuficientes el recurso a principios jurídicos generales o a reglas deontológicas vinculantes.

En este campo es de especial importancia la función de prevención general positiva que caracteriza al derecho penal. Y ello no tanto en consideración

21. ROMANO, «Legislazione penale e consenso sociale», en *Jur*, 1985, pp. 413 y ss.

de la fuerza de conducción de los comportamientos que merecerían la aplicación de una pena, sino más bien por la autoridad sociopsicológica del mensaje emanado de los preceptos de las normas incriminadoras.

En cuanto el Derecho penal es reconocido como el sistema que abarca las conductas mínimas requeridas con relación a los principios fundamentales de la coexistencia social, es difícil pensar que las ofensas al bien fundamentalísimo de la vida puedan estar excluidas del ámbito penalmente significativo, sin que se deriven peligrosos equívocos en relación con la seriedad de la autoridad de las normas jurídicas. La convivencia social exige que los miembros de la sociedad se comprometan a sostener valores tales como el respeto de la vida y la inviolabilidad de las personas.

Al decir de HASSEMER, la eficacia formativa y no meramente intimidativa del mensaje penal es esencial para una política criminal racional y moderna, que no busca una mera coherencia conceptual e intrasistémica de las hipótesis de delito, sino que actúa basándose en precisos cálculos de probabilidad y prognosis acerca de la eficacia de las estrategias preventivas adoptadas.²²

Para determinar si una acción debe constituir un tipo penal habrá que determinar si la acción causa un perjuicio grave a alguien; si viola de alguna manera nuestros valores fundamentales, a tal punto que causa un perjuicio a la sociedad; si la puesta en práctica de dispositivos penales no viola a su vez nuestros valores fundamentales y si, al fin, el aporte del Derecho penal es una solución sustancial al problema planteado.

Según LANGON el derecho vigente en un país determinado y en un momento de su historia se sustenta en determinada ideología política que se nutre de ideas morales, sociales, criterios de valor y pautas de cultura las que, en general se hallan encartadas en la Constitución. Tanto es así que no es posible comprender el Derecho penal de un Estado aislando de sus presupuestos éticos, sociales, económicos y políticos. Por eso dice, citando a BETTIOL, que esta rama del Derecho está plena de valoraciones que sintetizan el ambiente cultural de un pueblo, por lo que debe penetrarse en «el alma» del Derecho penal para entender sus instituciones, dejando de lado la «mentalidad agnóstica» propia de la lógica formal. Y citando a MEZGER dice que el derecho penal contemporáneo «hijo de la época de las luces» descansa «al fin y al cabo sobre los fundamentos decisivos de toda la cultura y civilización occidentales» a cuya valoración ética no puede evadirse, si no se desea que el Derecho, trabado en un positivismo legal unilateral, se convierta en algo inútil, o peor aún, en un juguete en poder de déspotas ambiciosos y desconsiderados.

22. HASSEMER, «La prevenzione del diritto penale» en *Dei delitti e delle pene*, Milán, 1986, p. 430.

Según WELZEL, el legislador no establece sus mandatos para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos o impedir la producción de un daño.

Este planteo, según DEL VECCHIO, es por demás justificado visto que si nos limitáramos exclusivamente al estudio del Derecho positivo, «llegaríamos a renegar de nuestra conciencia, a mutilarla en cuanto privarfámos de la investigación de lo justo en sí como puro ideal».

Cuando un orden jurídico no respeta los valores inalienables del hombre, entonces las normas jurídicas se convierten en simples técnicas de amaestramiento, no tienen dignidad de mandatos jurídicos, implantan la arbitrariedad y la injusticia.

Es claro que si no queremos caer en un crudo formalismo no bastará con que el propio legislador defina el bien jurídico de que se trata, sino que es necesario establecer si el mismo realmente existe y, en su caso, si es lo suficientemente importante para que sea digno de protección penal. Como bien dice MENA ALVAREZ «las raíces del bien jurídico no están en el campo del derecho» encontrándose sus presupuestos en el campo de la metafísica o en el de la realidad social.

El bien a proteger debe ser, además, según MAYER, merecedor de protección, necesitado de protección (en el sentido de *ultima ratio*) y, finalmente, debe ser capaz de protección.

El *ius puniendi* en los estados democráticos de tradición occidental y cristiana como los nuestros está limitado por los principios derivados de la tradición iusnaturalista personalista que pone como centro, principio y fin de la actividad estatal, al ser humano, dotado de valor absoluto, intangible, a cuyo servicio está el Estado, siendo el hombre un fin y no un medio para alcanzar valores.²³

Y no cabe duda de que la vida humana, sin distinciones, debe ser protegida de una manera muy nítida, sin ambigüedades que siembren el desconcierto, teniendo siempre en cuenta que aquello que está permitido por el derecho, y especialmente por el Derecho penal, se considera como bueno, confundiéndose con el ámbito de la moral.

Para KAUFMANN «no hay vida desprovista de valor vital», «ni sin sentido o inútil». «Debe respetarse el principio de protección absoluta de la vida. Si se abandona, puede extenderse con demasiada rapidez una opinión que deje de ver como una excepción el sacrificio de la vida humana».²⁴

23. LANGON, Miguel, «Limites del poder sancionador en un Estado democrático...» en *LJU*, t. 89, secc. Doctrina, Montevideo, octubre de 1984, pp. 27 y ss.

24. KAUFMANN Arthur, «¿Relativización de la protección jurídica de la vida?» in *Avances de la medicina y derecho penal*, Publicación del Instituto de Criminología de Barcelona, 1988, p. 55.

Si el Derecho penal deja de castigar ciertas conductas que debe castigar, el Derecho penal pierde eficacia. En efecto, el sistema genera en la intimidad de las conciencias una expectativa de punición de aquellas conductas que transgreden la ley natural.

Si éstas no se castigan, porque son ignoradas por la ley penal, se genera una desconfianza en ella que no sólo afecta el ámbito de estas conductas no castigadas, sino que se extiende a su totalidad. Nadie puede confiar en un Derecho penal que deje de castigar la supresión de la vida humana inocente, porque habrá tocado uno de los principios básicos de nuestra civilización que, en definitiva, es la que fundamenta la existencia de nuestro sistema normativo.

CONCLUSIÓN

De ahí que consideráramos que debería ser prohibida toda lesión o muerte de embrión humano, sea éste viable o no, tenga más o menos de 14 días. La distinción sobre la base del criterio del pre-embrión no es admisible.

Toda experimentación en ellos o investigación científica que no redunde primeramente en su beneficio, según la clara regla que rige la actuación médica de la ecuación riesgo/beneficio para el paciente, debe ser prohibida también.

A nuestro juicio no es lícita la técnica de la fivet en su estado actual. Se sabe que necesariamente supone el descarte de embriones humanos en un alto porcentaje. Además, no tiene ventaja comparativa con otros métodos inocuos para el embrión humano.²⁵

El descarte embrionario en función del diagnóstico prenatal también debe ser prohibido puesto que termina en la destrucción del feto.

La implantación de embriones humanos en útero animal también es ilícita. Es esta una hipótesis de experimentación que también termina con la destrucción del embrión.

Hago votos asimismo por una pronta reforma de las leyes 35 y 42/88 españolas. Nuestra Madre-Patria, como así la llamamos, tiene una gravísima responsabilidad con respecto a los países iberoamericanos pues ha sido y sigue siendo modelo de inspiración de nuestras instituciones jurídicas.

Muchas gracias.

25. Ver el dossier publicado por la revista francesa «La Recherche» de 1991 sobre la fecundación *in vitro*, en el mes de abril.

PROYECTO DE LEY*

Artículo 1.º (*Feticidio*)

La muerte del embrión humano se castigará con pena privativa de libertad de dos a seis años si se produjere con dolo, y si se produjere por culpa con pena privativa de libertad de uno a cinco años.

A los efectos de esta ley se entiende por embrión a la etapa de la vida humana que va desde su concepción hasta el parto.

Artículo 2.º (*Peligro de feticidio*)

El que ponga en peligro la vida del embrión humano, será castigado con una pena de seis meses de prisión a dos años de penitenciaría, o multa equivalente.

La conducta culposa será castigada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años, o multa equivalente.

Artículo 3.º (*Peligro de lesión, lesión y feticidio ultraintencional*)

El que ponga en peligro la salud o la integridad física del embrión humano, será castigado con seis meses de prisión a dos años de penitenciaría o multa equivalente.

La lesión dolosa será castigada, en los supuestos del artículo 318 numerales 1 a 4 con pena privativa de libertad de diez meses a cuatro años. En el caso de lesión culposa la pena se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si del hecho se derivare la muerte del embrión agredido o una lesión más grave que la que se pretendía inferir, la pena será la del artículo primero o la lesión, disminuida de un tercio a la mitad.

Artículo 4.º

Será castigado con pena privativa de libertad de uno a cuatro años, o multa equivalente quien:

- a) altere o predetermine las características genéticas de un ser humano;
- b) divulgue las referidas características genéticas, sin justa causa;

* Citado al final de mi libro *Responsabilidad penal de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías de la procreación*, Montevideo, 1991.

- c) combine para lograr la fecundación, gametos humanos con gametos de otra especie;
- d) emplee ácido desoxirribonucleico humano (ADN), con el fin de producir células capaces de desarrollarse hasta constituir un individuo;
- e) cree, por procedimientos artificiales, un ser humano idéntico a otro, vivo o muerto;
- f) altere genéticamente la vía germinal de un ser humano, antes o después de su nacimiento;
- g) cree embriones humanos con una finalidad distinta que la de su implantación en útero humano y posterior nacimiento;
- h) implante en útero humano, un óvulo humano fecundado manipulado;
- i) congele embriones humanos vivos;
- j) experimente con embriones humanos o investigue en ellos;
- k) comercialice embriones humanos concebidos y no nacidos.

Artículo 5.º (*Causa de justificación*)

Las acciones descritas en el artículo anterior, exceptuado el literal «k», no constituyen delito si tienen finalidad terapéutica que beneficie directa y objetivamente, según una adecuada valoración de riesgos y beneficios, al embrión humano, y se cuente con el consentimiento informado, previo y escrito de sus progenitores o del juez competente, en su caso.

Artículo 6.º

Con pena privativa de libertad de seis meses a tres años, o multa equivalente, será castigado quien:

- a) implante un embrión de otra especie en útero humano si la conducta no constituye un delito de mayor gravedad;
- b) cree embriones humanos con gametos de hombre o mujer fallecidos;
- c) done, importe o transfiera a cualquier título, gametos humanos, con la finalidad de crear embriones humanos;
- d) dé su consentimiento para el contrato descripto en el artículo 8.º, o intervenga como intermediario, o realice la transferencia embrionaria, o lo fomente a través de la publicidad.

Artículo 7.º (*Transplante*)

El transplante de órganos y tejidos del embrión humano se regirá por las disposiciones de la ley 14.005 de 17.8.71.

Artículo 8.º (*Maternidad de alquiler*)

Es nulo todo contrato por el cual una de las partes da un embrión humano para su gestación en el útero de una mujer, cuyo gameto no fue utilizado para darle origen, quien, por otra parte, se obliga a reintegrar el nacido o darlo a un tercero.

Si se llevara a cabo lo que se prohíbe en el inciso anterior, la madre del nacido será, a todos los efectos, la que lo dé a luz, sin perjuicio de las correspondientes acciones de investigación de la paternidad respecto del padre biológico y de desconocimiento de paternidad legítima, si la madre fuere casada.

Si por cualquier causa no se pudiese determinar la filiación del hijo, serán legalmente sus padres quienes hayan dado su consentimiento a determinada fecundación, realizada con o sin donantes de gametos.

EL JURADO COMO VÍA DE PARTICIPACIÓN POPULAR^{1,2}

Ernesto PEDRAZ PENALVA

Catedrático de Derecho procesal

Universidad de Valladolid

I

Se pretende ahora restaurar en España el caduco y fracasado juicio por jurados, a espaldas de su ya asumida evolución en países de nuestro entorno como Alemania,³ Francia,⁴ Italia,⁵ Portugal, etc., en los que la aceptación de la pretendida garantía en que éste consiste ha devenido, residualmente, en esca-

1. Explícitamente acoge tal funcionalidad del jurado, entre otros muchos, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., *La participación popular en la Administración de Justicia*, Madrid, 1992, complicada en su afirmación —esp. p. 260— como «garante de la efectividad de la participación popular en la Administración de Justicia».

2. En estas reflexiones prescindo totalmente del denominado jurado de acusación, que como es sabido subsiste aún en el proceso penal en determinados Estados de los Estados Unidos de Norteamérica. Muy esquemáticamente recordaré a este respecto que en los que aún se mantiene, superada la vista preliminar (*preliminary hearing*) ante el Magistrado, la ley prevé la eventualidad de un nuevo trámite ante un órgano integrado por legos (el Gran jurado, extrayéndose sus miembros del censo), cuya función es verificar si las pruebas de la acusación son suficientes para lograr la condena del imputado, caso en el que dictará el *indictment* o acusación formal. Naturalmente el *standard probatorio* no será el *quilty beyond any reasonable doubt* vigente en juicio sino más bien el de *probable cause* al igual que en la vista preliminar, y en algunos Estados un *prima facie cause*. En el circuito federal [rule 6 (a) (1) de las F.R. Crim. Pr.] estará compuesto de 16 a 23 personas, siendo obligatoria su actuación en delitos sancionados con pena de muerte, constituyendo la regla —salvo renuncia del imputado— en aquellas infracciones cuya pena excede de un año de privación de libertad o trabajos forzados; en los demás delitos sólo a petición del imputado se constituye el gran jurado. El procedimiento es como norma general secreto [rule 6 (e) (2) de las F.R. Crim. Proc.]. Este órgano ha sido muy criticado, principalmente: por su carácter inquisitorial; por no reconocerse al imputado derecho a comparecer salvo que renuncie al derecho a no autoincriminarse consintiendo en presar declaración; por su control por el MF, siendo infrecuente que se oponga a la solicitud del MP o que le fuere a acusar cuando, además, como ocurre en el marco federal, el «*indictment*» debe llevar la firma del MF (los tribunales se han mostrado reacios a obligarle a hacerlo). De aquí el intento de suprimirlo, desapareciendo ya su necesidad para el enjuiciamiento por cualquier tipo de infracción penal en 26 Estados, permitiéndose por 4 Estados más que la acusación se lleve a cabo a través de *informatian* salvo en los delitos sancionados con cadena perpetua o muerte. Se tiende (así MOLEY, MILLER, PUTTKAMER, GILBOY, ARENELLA, CAMPELL, NOLL) ya a su eliminación ya a reconvertirlo en órgano de investigación.

3. En Alemania fue introducido el escabinado por la Emmingersche Reform de 4 de enero de 1924.

4. En Francia en virtud de la Ley de 25 de noviembre de 1941.

5. En Italia fue consecuencia de la Ley de 10 de abril de 1951, completada por la de 24 de noviembre del mismo año y la Ley de 5 de mayo de 1952.

binado.⁶ Incluso en otras naciones de dilatada tradición juradista, dentro del sistema jurídico que profesan, viene siendo objeto de una larga, profunda y extensa crítica este viejo instituto procesal. Aludo así a los Estados Unidos de Norteamérica donde es manifiesta la tendencia regresiva en pro del *bench trial* o justicia profesional (menos de un 10 % de los acusados opta hoy por el jurado) según acredita —ya desde los años sesenta— la práctica seguida en Pittsburg y Philadelphia,⁷ y asimismo se defiende por la literatura más significativa para justificar la máxima generalización de la justicia negociada: *Plea bargaining system*.⁸

Evito un examen más completo de su inteligencia y origen históricos, realizado ya en mi trabajo «Sobre el significado y vigencia del Jurado»,⁹ con cuyas conclusiones sigo estando de acuerdo.

II

Motivo inmediato de estas reflexiones es el restablecimiento entre nosotros del jurado «puro», explicado desde un singular e iterado conjunto argumental, en el que destaca su consideración como vehículo participativo popular.

La figura del juez autómata, reducido a la mera exégesis de la ley¹⁰ y fruto de la particular actitud de los constituyentes revolucionarios franceses,

6. Como expresión evidente del retroceso en la justicia penal de la magistratura honoraria. Así PETERS, K., *Der neue Strafprozess. Darstellung und Würdigung*, Karlsruhe, 1975, p. 77.

7. Sobre los *bench trials* vid. ALSCHULER, A.W., «The charging plea bargaining debate», en 69 *California Law Review*, 1981, esp. pp. 725-6, y del mismo «Implementing the criminal defendant's right to trial: Alternatives to plea bargaining systems», 50 *The University of Chicago Law Review*, 1983 esp. pp. 1.024 a 1.048. SCHULHOFER, S.J., «Is plea bargaining inevitable?», en 97 *Harvard Law Review*, 1984, esp. pp. 1.062-1.107, WHITE, W.S., «A proposal for reform of the plea bargaining Process», en 119 *University of Pennsylvania Law Review*, 1971, esp. pp. 441-2. EISENSTEIN/JACOB, *Felony Justice: An organizational analysis of criminal courts*, Boston, 1977, esp. pp. 67 y ss., COMMENT, «Constitutional alternatives to plea bargaining: a new wave», en 132 *University of Pennsylvania Law Review*, 1984, pp. 345 y ss. Entre nosotros le dedica un enjundioso análisis CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., *El Ministerio Público en los EE.UU. de Norteamérica. Especial consideración del plea bargaining*, Valladolid, 1994, inédito.

8. Por todos, ALSCHULER, A.W., «Plea bargaining and its history», en 79 *Columbia Law Review*, 1979, pp. I y ss. y, esp. 42, en la que justifica el abandono del complejo juicio por jurados, en ese como en otros países, arguyendo: «... The lessons of our own history and that the other nations, therefore, are essentially the same: the more formal and elaborate the trial process, the more likely it is that this process will be subverted through pressures for self-incrimination. The simpler and more straightforward the trial process, the more likely it is that the process will be used...».

9. PEDRAZ PENALVA, E., «Sobre el significado y vigencia del jurado», en *Justicia*, 86, pp. 967 y ss. y, también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, 1990, pp. 59 y ss.

10. Juez reducido, por tanto, a ser «la boca que pronuncia las palabras de la ley», con pleno sentido desde los planteamientos de MONTESQUIEU. Más ampliamente, vid. PEDRAZ PENALVA, E., «De la Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», en *Constitución, Jurisdicción y...*, cit., pp. 9 y ss.

contrarios a las diversas connotaciones de los viejos «Parlements»,¹¹ debe entroncarse en el momento del «Estado tránsito liberal» en el que la identidad de Derecho y Ley y, por ende, la verdad aún intemporal de ésta radicaba formalmente en su exclusiva generalidad objetiva, como basamento de aquellos intereses políticos burgueses de raíz natural y pretendidos en la constitucionalización revolucionaria de la sociedad. Precisamente aquí encajan los jueces honorados, el jurado,¹² como salvaguardia de esa presumida verdad política de la ley, cuya actualización tendría que ser general, sin afectar todavía a la diversidad «social» existencial, tanto sectorial como territorial y aún de sabor corporativo, conforme a la abstracta homogeneidad formal del nuevo nacionalismo. Se llega a la justicia lega, asimismo, cuando la creciente interrelación social ha desvelado ya el conflicto jurídico derivado de la contradicción de intereses (fruto del retroceso representativo, respecto a su temprana formulación moderna inglesa, y de un supuesto inexistente jurídico-fundamental propio de la primaria negatividad revolucionaria). Esto es paradigmáticamente claro en el uniformado jurado ginebrino pequeño-burgués, fugazmente posible a mediados de siglo cuando ya los presupuestos revolucionarios se hacen conservadores, desde su carácter ilustrado y más específicamente fisiocrata.

Es el nuevo público de la revolución de febrero el que frena, como el anterior desde el sufragio y jurado censatarios, otra comprensión de la ley, especialmente en su momento dinámico o procesal; es decir, evita que jueces profesionales puedan alterar su directa intelección y aplicación con elementos extraños residuales, a espaldas de la nueva socialidad que inevitablemente ha de crear políticamente esta ley. Sigue, pues, el jurado como medio para evitar el cambio judicial de tal ley¹³ ya explícitamente abstracta. Como entendió MONTESQUIEU, ha de evitarse que el juez sea al mismo tiempo legislador y pueda así alterar las leyes caprichosamente en el momento de aplicarlas: «Il

11. Ya destacado por ESCRICHE, J., «Jurado», Voz en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, III, Madrid, p. 702 y ss.

12. Esta participación popular en el poder judicial puede comprenderse si se recuerda que la concepción del régimen parlamentario en cuya consecución juegan fuerzas constitucionalmente ambivalentes, no se distingue hasta el último tercio del xix del de Asamblea (revolucionariamente organizada en comisiones), con independencia de la limitación burguesa de la ciudadanía representativa utópica de la sociedad total y defensora de su filosofía liberal, cuyo contractualismo privado renovó individualizadamente la idea tradicional del pacto constituyente y del compromiso político parlamentario de representantes.

13. Mientras que ahora se busca que un grupo social heterogéneo y seleccionado artificiosamente pueda modificar la ley en el momento de su individualización. Son netamente indicativos de los frutos de las selecciones de sus miembros trabajos como los de HASTIE/PENDRON/PENNINGTON, *La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades*, Madrid, 1987, esp. pp. 193 y ss., también DE PAUL VELASCO, Pilar, «Estudios psicosociales sobre la talla de decisión de los miembros del jurado», pp. 82 y ss., «Factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los miembros del jurado» en *Cuadernos de Política criminal*, 1993, n.º 50, pp. 657 y ss.

n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur». ¹⁴

Históricamente responde así nuestro instituto a un «Estado en cambio» —a caballo del parlamentarismo dualista de la época—¹⁵ en el que la política se planteaba ilustrada y consecuente con una clase social¹⁶ representante utópica de la sociedad entera¹⁷ y con la creciente sucesión de su sentido progresista al conservador.

No obstante en determinada y reciente literatura se viene dando entrada a la tesis de que ese viejo jurado puro francés es la respuesta actual a la denominada por algunos «criteriología social sobre la materia en discusión»¹⁸ que impide —se dice cualquier subrepticia introducción de criterios ideológicos del juez de turno, que no debe representarse a sí mismo sino a la sociedad. Esta idea parece traducir aún el sentido de una «sociedad civil» como «sociedad-Estado», comprensiva de *societas* y *civitas*, en realidad ya distanciada de su acertada acepción vigente. Aquel jurado *no descansaba realmente en la* utópica igualdad social sino en la igualdad estamental burguesa.¹⁹ Ahora, desde la afirmada criteriología social, este jurado sólo podría evitar, aunque ya de modo impropiamente viscoso, las contradicciones de la ley, por razón de autenticidad o interpretación, si gozara de la comprensible legitimidad supuestamente representativa, y eventualmente, si la dimensión jurídico-básica de la sociedad posibilitare una sólida idoneidad para prestar el sentido del interés general a la ley. En todo caso pues un sentido jurídico parcial extrañado del complementario particularizado, existente o en tránsito político, integrado con el general en el interés común perceptible únicamente en Parlamento.²⁰ Y ello, por definición, dado que el sentido de la ley ha de ser jurídico, con lo que se alude a la libertad concreta de su contenido dentro del orden

14. *Vid.* mi estudio «De la Jurisdicción en la teoría de la división de poderes de Montesquieu», en *RAP*, 1976, n.º 79, también en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, cit., pp. 9 y ss.

15. Régimen que como puente mantiene aún el principio monárquico de «rey en consejo».

16. Explícitamente frente a la nobleza y progresivamente frente a la clase social (cuarto estado) cuya denominación y carácter se mantienen.

17. Ello desde la inicial ausencia de una cuarta clase cuya pronta aparición va a trascender la concurrencia de otros intereses, calificados de sociales, pero en verdad tan políticos como los liberales, y que entre otras muchas consecuencias va a provocar la pérdida de legitimación de tal jurado cuya negativa instrumentalidad decae ya en el 30, y sobre todo en 1848.

18. Por todos, SORIANO, R., *El nuevo jurado español*, Barcelona, 1985, p. 17.

19. Igualdad social —así clasista en sus dos sucesivos sentidos— de hecho pues marxistamente aún «política» y todavía no «democrática», resultado al fin percibido pesimistamente por los mismos revolucionarios.

20. El jurado habría de aprehender el sentido afecto al caso en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo y conforme al sedimento resultante de la actividad constitucional pasada.

jurídico de libertades. Una ley es comprensible en un contexto normativo, careciendo obviamente el jurado en todo caso de la legitimación precisa para suscitar una hermenéusis legal suficientemente concreta. Y, democráticamente, sólo cabe modificar el alcance de la ley a través del cauce de la ordenada articulación de los poderes constitucionales.

El juez, al resolver, ha de ajustarse ya a cláusulas interpretativas constitucionalmente incontestables, condicionantes de la virtualidad posible de la recta ley. Únicamente el juez profesional está dentro del mundo jurídico vivo.²¹ Con independencia de la imposible representación de toda la sociedad coetánea, pretender que el jurado —como tal ocasional parte— pueda expresar una sensibilidad social directa graciosamente valorativa acerca del contenido jurídico singular de una ley, frente a su posible sentido extraño o injurioso, implicaría vicariar la política popular falseando su tiempo, la canalización y elaboración constitucionales, como asimismo exteriorizar inoportunamente una desconfianza frente a la tarea del juez profesional cuyo defecto habría de rectificarse institucionalmente, sin más aval que el de la ciudadanía de sus miembros.²²

Mantener el imperativo del juez honorario como medio de introducir «el sentido social»²³ corrector de la ley y de la actividad jurisdiccional, y de defensa frente al «parecer individualizado» del juez técnico, comporta prescindir de su configuración continental,²⁴ ajena a cualquier pretensión de ostentar representación «popular» alguna, pese a su condición de ciudadano, en su calidad de titular único de una potestad estatal que exclusivamente se legitima desde su sometimiento a la ley en su rogado desarrollo procesal.²⁵ El

21. Sin olvidar la mayor capacidad de manipulación de que puede ser objeto el juez bisoño. Así el análisis crítico en el Proemio de mi libro, *Privilegios de las Administraciones Pùblicas en el proceso civil*, Madrid, 1993, esp. pp. 20 y ss.

22. Aparte está el requisito legitimador de la vecindad que, desde sus múltiples y no siempre armónicos objetivos, se ve diluido en el vigente proyecto de LO del Tribunal del Jurado (BOCGCD de 20.5.1994, n.º 64-1), en cuyo art. 8.4 se prescribe: «Ser vecino, al tiempo de la designación, de *cualquiera de los municipios de la provincia* en que el delito se hubiere cometido».

23. Juez honorario que se pretende reflejo de toda la sociedad precisamente desde la heterogeneidad representativa del jurado, que por eso mismo le incapacita para aprehender la total realidad discutida.

24. Y no supondría tampoco aproximarse al juez anglosajón, dado que, de una parte, se ha venido suscitando, entre otros por el juez Stone en su voto particular —United States von Butler, 1936, 297, US—, que la vía propia para anular leyes *imprudentes (unwise)* es la electoral, en adecuación al procedimiento democrático de gobierno, y, por otra parte, que la revisión constitucional de las leyes en el sistema norteamericano que se lleva a cabo desde los preceptos, y aún desde los principios, constitucionales viene exclusivamente reservada al juez profesional (ni siquiera pues aludó al control concentrado o difuso).

25. Es innegable que la potestad jurisdiccional se atribuye de modo exclusivo a los jueces y magistrados, que habrán de desarrollarla sólo rogadamente (a instancia de parte —derecho de acción: *nemo iudex sine actore o ne procedat iudex ex officio*—) con sujeción a todo lo que el proceso connota. Adviéntase que repelo cualquier planteamiento instrumental del proceso, en cuanto exigencia constitucional indispensable, sólo separable a efectos analíticos, de ese entramado conceptual equivalentemente compuesto, además, por la jurisdicción y la acción. Es por ello por lo que lo defino como elemento constitucionalmente imprescindible para el rogado desenvolvimiento de la jurisdicción.

juez aplica la supremacía política de la ley de acuerdo con la ordenación funcional de los poderes acogidos en la Primera Norma, establecida democráticamente en el pacto constituyente, del mismo modo que el parlamento sólo en su comprensión constitucional representa la soberanía de la voluntad política popular.

No parece de recibo suscitar un debate acerca de la superior legitimidad del juez o del jurado. La actividad jurisdiccional, en tanto que jurídicamente estructurada y delimitada, fundamenta su origen y ejercicio en la Ley Primera que, en cuanto tal, es racionalmente adecuada al fin que la ocasionó. La imperativa imparcialidad del juez, asegurada objetivamente por la señalada negatividad de su independencia —de la que es traducción funcional—, connota, no que deba moral o salomónicamente resolver la contienda, sino que, desde el saber jurídico experimentado y la responsabilizada ética profesional, ha de decidir en conciencia el conflicto que se le somete, actuando el mandato de la ley.

La pretendida legitimidad social del jurado, repito, sólo sería aceptable, de una parte, por el hipotético conocimiento, propio de una experiencia de la compleja y total verdad jurídica existencial, previa evidencia de su total idoneidad representativa que permitiera la sensibilidad para apreciar jurídicamente el posible juicio directamente operativo de dicha revalorizada opinión pública sobre el caso, y, por otra parte, desde la ineludible legitimación de la vía procesal del veredicto. Hay que tener en cuenta, también, que de hecho el jurado es una entidad de composición personal puntualmente diversa y que por lo tanto en absoluto es expresión media de la sociedad total, del mismo modo que tampoco es ni debe serlo precisamente del ámbito cercano al caso. Este principio representativo tan originalmente renovado «del todo por la parte»,²⁶ implica una conservadora y arcaica confusión corporativa del ámbito político y social, con la que tendría que corregir el defecto constitucional que hubiera podido enajenar el contenido concreto de la ley a aplicar.

Por lo tanto, no resultan admisibles afirmaciones como las que aluden al jurado como «instrumento de control social y de valoración representativa y contrastada de la aplicación de las normas», con el argumento doblemente incomprensible de que «El jurado es un elemento de democratización del Poder Judicial como el Parlamento lo es del legislativo»,²⁷ o con el del crudo

26. Propio del carácter representativo de los consejos estamentales de las corporaciones medievales, capaces de decisión por mayoría renovable y asumida su *sancioritas* por su electiva autoridad magistral.

27. Recuérdese que la sensibilidad social frente a la ausencia de la ley se manifiesta políticamente, reconociéndose su interés general a través de su representación en el parlamento. No parece razonable invertir su curso atendiendo a la escasa fluidez y representatividad del proceso político-constitucional.

«werde was du bist» de la Justicia que «...será independiente siempre y cuando se acomode a las determinaciones sociales de lo justo, en una constante adaptación a los patrones histórico-relativos de justicia, rehuyendo concretarse en arquetipos ideales... La independencia del poder judicial lleva, consecuentemente, a la necesidad de un control social de la función judicial».²⁸ Inmediatamente cabe advertir que de algún modo, tal incomprensible razón, en vez de convalidar el poder fáctico de la norma, convalidaría el poder normativo de lo fáctico, esto es como si en lugar de que la libertad política constituyera la social fuera la social la que constituyera la política; con el olvido de la dualidad político-social de una moderna sociedad cuyo carácter histórico es mediado por la Ley Primera. Sin perjuicio, asimismo, de que conceptos tales como el del «sano sentimiento del pueblo», nos traigan aromas «rousseaunianos» o de unas ideologías políticas más recientes, parece hoy muy discutible hablar sin mediación constitucional del sentido de la independencia de la «participación popular» relativa al jurado. Defender su mayor independencia (si es que cabe graduación)²⁹ paradójicamente por la ausencia de profesionalidad y falta de permanencia de sus componentes,³⁰ sobrelleva al menos el anachronismo histórico de utilizar un argumento decimonónico de transición, comprensible entonces frente al viejo sistema de nombramiento o promoción de la magistratura por el Ejecutivo.³¹ Aparte está el olvido de que el juez lo es en la medida en que su independencia conlleva su exclusivo sometimiento a la ley, desde su comprobada capacidad profesional.

Carece literalmente de sentido sustentar que el jurado sea «vía de democratización de la Justicia» y que «formando parte integrante de la soberanía popular está el derecho a juzgar y a ser juzgado por sus iguales», o mantener que «... el sistema de jueces legos (sea)... junto con el sufragio universal, una

28. SORIANO, *op. cit.*, pp. 17, 54 y 24-25.

29. Se es o no independiente.

30. Con lo que se pretenden obviar las dependencias personales [corporativismos (?)] —dada la defendida compatibilidad, naturalmente no simultánea, de los jurados con su trabajo regular— y la burocratización frente al confirmado criterio inverso de incompatibilidad y permanencia. En la Exposición de Motivos del proyecto de LO del Tribunal del Jurado, *cit.*, llega, además, a justificarse su introducción argumentando que «(el primer criterio) ha sido sustituido en la Ley por la conformación de un Jurado para cada causa acentuándose así la nota de *temporalidad* del órgano judicial. Varias razones aconsejan esta solución. La primera que, al menos, en el inicio de la reinstauración de la Institución, no se haga recaer sobre unos pocos jurados la carga de examinar todas las causas a enjuiciar en un período, repartiéndose entre mas ciudadanos esa labor. La segunda que, de la forma propuesta se contribuya, a causa de una mayor rotación en el desempeño de la función, al logro de uno de los efectos más beneficios de la Institución, a saber: que la experiencia del ejercicio de la función de juzgar actúe como escuela de ciudadanía para el mayor número posible de ciudadanos».

31. KERN/ROXIN, *Gerichtsverfassungsrecht*, Múnich, 1975, p. 15. Sigue siendo de gran utilidad el manejo de la obra de BIENER, F.A., *Beiträge zu der Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschworenengerichte*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1827, Scientia Verlag Aalen, 1965.

de las piedras angulares del sistema democrático».³² La democratización de la sociedad deriva de la bondad técnica de la Constitución que la realiza exclusivamente; o sea, de la adecuada fluidez de la igual libertad política activa de sus miembros y de la debida representación de sus intereses, encauzados en su Proceso de renovación y desarrollo socializador. La vía pues de democratización de la Justicia, de la Legislación y de la Administración es el perfeccionamiento de su regulación en la Norma Primera conforme a sus valores y principios y en armonía con los fines de ésta. El derecho a juzgar y a ser juzgado, a legislar y ser legislado, y a administrar y ser administrado es de todos, pero constitucionalmente acorde con el objetivo proceso de articulación funcional de los respectivos poderes y con una división de trabajo especializado personal, tan arraigada ya precisamente en la concepción constituyente revolucionaria.³³ Como garantía —que tendría que ser institucionalmente reglada— importaría, más que esta comprensión del jurado como «vía de democratización de la Justicia», en cuanto representante de la «soberanía popular», el control del ejecutivo por su mayor envergadura aplicativa de la ley y todavía más respecto del gobierno como concepto constitucionalmente opaco, dada su fluida realidad actual, amén del control de la función representativa popular de los parlamentarios dudosamente asumible sin responsabilización, paralelamente ausente en el propio jurado. Pero si la democracia constitucional preceptivamente establece la igualdad política,³⁴ calificar a esta exigua y ocasional intervención popular en la Justicia de piedra angular democrática responde a un incongruente criterio representativo carente de la razón cooperativa desde la que sólo la sociedad se realiza autónomamente. El pilar directamente democrático, popular y concreto, después del teórico constituyente, es el exclusivo de la estricta igualdad política ciudadana activamente dependiente a su vez de la selección electiva del representante idóneo por la garantía de su rectitud y capacidad personal. De aquí que el juez, que es también ciudadano,³⁵ profesio-

32. Entre otros, reiteradamente defendido por GIMENO, V., «La participación popular en la Administración de Justicia», en *El poder judicial*, vol. II, Madrid, 1983, p. 1.415, también en su trabajo «El art. 125 de la Constitución, los Tribunales de jurados y escabinos», *RGLJ*, 1981, 4, p. 350, en el que asimismo dice que: «No sin razón se ha afirmado que dicho derecho es constitucional para la consolidación de la democracia... opinión que suscribimos».

33. Recuérdese así al Abate Sieyès.

34. Socialmente la igualdad es negativa en cuanto carencia de opresión, mientras que positivamente ha de relativizarse desde el principio de proporcionalidad.

35. Así HENKEL, Heinrich, *Strafverfahrensrecht*, 2 Aufl., Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia, 1968, rechaza la expresión «juez popular», en favor de la de «juez honorado», por cuanto el juez profesional puede pretender su genuina pertenencia al pueblo, del que procede, y cuyas convicciones jurídicas expresa en sus decisiones. Desde otra perspectiva se viene hablando también de una progresiva homogeneización ciudadano-juez. De este modo, ya por DRAHT, M., «Die Gewaltenteilung in heutigen deutschen Staatsrecht», en *Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung*, Hergs. Rausch, H., 1969, pp. 41 y ss.

nalmente esté sometido a la ley —siendo, además, controlable en sus decisiones por otro juez—, conforme a sus conocimientos y experiencia del decurso del Derecho vivo, de la vida jurídica, por lo cual está habilitado para juzgar, con gran ventaja frente a un heterogéneo y reducido colectivo ocasional sin mayor calificación y aval que el de su ciudadanía.

La aplicación del concreto contenido jurídico de la ley que pretendidamente tutela el juicio entre iguales del jurado como representante de una nueva sociedad no es hoy día de recibo. La originaria legitimación revolucionaria francesa, frente a los viejos tribunales, que constituyentemente albergó la utópica reivindicación social de su ilustrada política propia de una igualdad limitada censatariamente y que devino estamental y crecientemente clasista enmascarada en la abstracción liberal, obtuvo un fugaz y frágil resultado a mediados del XIX cuando ya se generalizan los derechos políticos y sociales y comienza el capitalismo industrial. En esos años aparece el jurado modelo del pretendido actual, transformando la garantía revolucionaria de un tribunal entre iguales, en la asumida religiosidad civil debida de una sociedad que representivamente así ha de prestar el sentido adecuado de la ley formal aplicable al caso.³⁶

Es claro que en la actualidad, superada la conservadora concepción liberal ilustrada, junto a la absoluta igualdad constituida de las libertades políticas jurídico-fundamentales, existen otras sociales con tal carácter, pero cuya consistencia y dimensión, sin embargo, ha de resultar de la acción socializadora de la actividad de aquéllas de manera progresiva encauzada constitucionalmente y derivada de la inacabable conflictividad política propia de una reproducida desigualdad social. Esta reproducción nace ya desde la inevitable inestabilidad de la articulación de las libertades sociales, determinada en el Parlamento por el interés general de todos los intereses políticos representados en la medida del coherente interés común, como irrenunciable vía progresiva constitucional de auténtica emancipación individual. Aparte de la bondad teórica y práctica de la Suprema Norma, no parece que precisamente ahora pueda hablarse de una igualdad social básica suficiente, cuya representación fuera expresiva del sentir social referido asimismo al particular caso judicial. Baste aludir a este tenor a la no atribución de naturaleza fundamental al derecho al trabajo, basamento de toda libertad social, así como al carácter negativo de la propia igualdad social positivamente relativizada por el obligado principio de proporcionalidad.³⁷

36. Y ello precisamente cuando el momento social tiene teóricos como VON STEIN y MARX a la vez que se inicia el capitalismo industrial.

37. *Vid.* mis trabajos, «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas», y «Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad», en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, *op. cit.*, respectivamente en pp. 277 y ss. y 313 y ss.

Pretender hoy desde la eventual atomización social que incorpora el jurado una legitimadora razón social, implica desconocer también la etapa histórica en que vivimos,³⁸ en la que la intercomunicación personal decae en veloces homologías vivenciales yuxtapuestas (FOUCAULT).³⁹

Por el contrario, el juez profesional puede constitucionalmente acometer con ventaja el sentido finalista de la integración jurídica del caso (KRIELE) con el exigible recurso al sentido jurisprudencial previsto por el propio ordenamiento.⁴⁰

Tratándose de libertades y derechos básicos (en la práctica totalidad de los delitos graves, en mayor o menor grado lesionados), la renovación de la ley ha de buscar su sentido general teleológico en el contexto del orden jurídico. En modo alguno puede depender su percepción de un puñado de coyunturales y diversas sensibilidades existenciales personales. En esta relación, el funcionamiento del jurado supondría menor riesgo en los delitos leves, que no afecten a las libertades y derechos básicos.⁴¹

Suponer la necesidad de actualizar, desde una representación existencial de la sociedad, dicha concepción jurídico-fundamental, exigiría la legitimación comprensible de la razón de juicio o de la sensibilidad que garantizase la autenticidad de tal función del jurado. No ha de olvidarse que los distintos planteamientos de selección de sus miembros suelen coincidir en sus exigencias con las contempladas electoralmente, sin perjuicio de mediatisaciones ideológicas o abstencionistas,⁴² amén de que de una inflexible aplicación del procedimiento censal de distrito surja un jurado ideológicamente desequilibrado y diverso en cada caso, y ajeno a su pretendida representatividad

38. Ampliamente, entre otras, en SCHULZE, Gerhard, «Metamorphosen der Sozialwelt seit den fünfziger Jahren», *Mitteilungen, Institute für Sozialforschung*, Fráncfort del Main, Heft 2, Februar 1993, pp. 80 y ss.

39. Es evidente que la tendencia modernista de la postguerra iniciada por una integración técnico-industrial, pasando por su comprensión contestataria y culminando en la composición de grupos yuxtapuestos de «homologías» vivenciales de creciente velocidad de renovación, invierten históricamente la cultura hacia el futuro detrayendo su razón histórica básica. Sobre ello, más ampliamente *vid. SCHULZE, op. cit., passim*.

40. No se olvide, como dice en su STC 246/93 de 19 de julio FJ 3: «la función que la Constitución reserva a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE) de interpretar y aplicar la legalidad ordinaria... (la) función de unificación de la doctrina legal corresponde a los órganos superiores de la Jurisdicción ordinaria, a través de los recursos de casación o revisión, siendo pues sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria del Derecho (art. 3.6 CC) sin perjuicio de la evolución de la propia doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores». A ello se une, singularmente, la tarea creadora del TC (arg. arts. 164.1 CE y 5.3 LOPJ).

41. Y en estas lesiones jurídicas leves, debe tenerse presente que ha de funcionarse desde una proporcionalidad ajena a los jurados examinando en qué sentido podrían, no obstante, resultar afectados los derechos fundamentales, y ello por cuanto es evidente que el ordenamiento jurídico no es más que un entramado continuo entre los derechos fundamentales y los demás derechos.

42. *Vid. así LÖWE/ROSENBERG, Die Strafprozessordnung und, der Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, Berlín-Nueva York, 1979, p. 244., KERN/WOLF, *Gerichtsverfassungsgesetz*, cit., p. 152.

social,⁴³ como ya se denunciaba a fines del siglo pasado⁴⁴ y a principios de éste.⁴⁵

La vigente bondad del jurado resulta menos aceptable desde la progresiva complejidad de las infracciones punitivas. Las infracciones delictivas, adecuándose al tiempo, se realizan y encubren no con la simplicidad de antaño sino frecuentemente —al menos en la delincuencia más lesiva socialmente— con uso de medios sofisticadísimos cuya apreciación/valoración⁴⁶ no está a la altura del hombre de la calle⁴⁷ o bien, del hombre masa —en el genuino sentido orteguiano—.

Aún en delitos aparentemente de todos los tiempos⁴⁸ se requiere un apoyo técnico para precisar la culpabilidad desde una objetividad que proporciona la experiencia de juzgar unida al concurso pericial.⁴⁹

Quizá la participación popular sería menos rechazable, una vez recaída la sentencia, en la fase de ejecución/cumplimiento de la pena, donde se requiere individualización y, por tanto, cabría acometer la verdadera actualización de la condena, desde la publicidad activa ínsita en su papel de defensor institu-

43. De este modo el § 36.2 GVG prevé que las listas de propuestas habrá de tener en cuenta, proporcionalmente, todos los grupos de la población según sexo, edad, profesión y posición social.

44. Así PACHECO, Francisco de Asís, *La Ley del Jurado comentada*, Madrid, 1888, pp. 309 y 310 dijo que ha de procurarse que «el Jurado no se forme de una sola clase, á que el Jurado sea una verdadera representación de la sociedad y á que en él tomen asientos personas de distinta posición y fortuna, que provengan de diferentes clases sociales... (es menester) que vayamos á todas las clases sociales, á todas las categorías y elementos que constituyen el pueblo, la generalidad de los ciudadanos que, por venir de aquí y allá, sin tener entre sí vínculos estrechos, puedan representar y significar lo que se piensa y lo que se cree, lo que pueda pensarse y creerse acerca de un hecho entre varias colectividades á que ese hecho afecta».

45. DE CASTRO Y ALBURQUERQUE, E., *Funcionamiento del jurado en España. Necesidad de su reforma*, Salamanca, 1914, p. 9. «El jurado, para representar la opinión y conciencia públicas, ha de construirse con ciudadanos pertenecientes a las distintas clases sociales....»

46. Indiferenciando aquí y ahora estos dos términos, técnico-procesalmente distinguidos entre otros por Piero CALAMANDREI.

47. Sería aceptable su intervención en los denominados por JIMÉNEZ DE ASÚA «Tipos Normales»: Homicidio, etc. Muchos más problemas se suscitarán en las conductas criminalmente sancionadas, respecto de las que los preceptos penales que las contemplen contengan «como elementos constitutivos, excluyentes o modificativos de la responsabilidad (no) hechos simples o materiales, sino... conceptos (o)... relaciones jurídicas del derecho civil, mercantil... administrativo, internacional» (GÓMEZ ORBANEJA/HERCÉ-QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, 10.^a ed., Madrid, 1986, p. 103); es decir, y genéricamente, en las hipótesis de prejudicialidad.

48. Homicidio, parricidio,... con instrumentos e inmediatas «justificaciones» primarias: celos, lucro económico, etc.

49. Experto, cuya importancia viene creciendo en los diversos ordenes jurisdiccionales, lo que se plasma, entre otras exigencias, en la de motivar el desacuerdo del juzgador con el dictamen emitido. Más ampliamente, y desde variados puntos de vista, PEDRAZ PENALVA, E., «Apuntes sobre la prueba pericial en el proceso penal. Particular consideración de la pericia psiquiátrica», en *Rev. Iber. Derecho Proc.*, 1994, 2, pp. 329 y ss. Sin perjuicio no obstante, de las connotaciones negativas que pudieren resultar de una pretendida científicidad del proceso con la subsiguiente sustitución en mayor o menor grado del criterio judicial.

cionalizado, pero ya frente a la Administración en la hipotética ausencia de un juez de vigilancia penitenciaria.⁵⁰

Contrariamente no sería ni siquiera apropiado el concurso popular, de hecho siempre particular y más aún el ya así cercano, en el enjuiciamiento de los hechos y de la persona integrantes de la «Tatsache».

Habrá podido observarse de lo hasta aquí tratado que no se alude explícitamente a su también afirmada funcionalidad como instrumento de control o rectificación del funcionamiento de la Administración, tanto específica judicial como general, porque una vez asumida la concepción constitucional vigente occidental no parece oportuno, y sí fuera de lugar, rectificar su funcionamiento por otra vía que la de su reforma institucional para la operatividad concreta que la Primera Ley le atribuye.

III

Con independencia de la función del precedente de los doce testigos normandos del lugar del inculpado, la garantía que caracteriza al jurado, tanto en su primera aparición inglesa como después francesa, radica en la de un juicio entre iguales —miembros integrantes del jurado e inculpado—, en la primera, con orientación conservadora estamental frente al nuevo comportamiento

50. Recalco en ausencia de un juez de vigilancia penitenciaria, pues tengo presente 105 graves problemas que las Parole commissions han originado en países como los EE.UU. de Norteamérica, en donde han sido suprimidas en el circuito federal por causa de la entrada en vigor de las Federal Sentencing Guidelines, en noviembre de 1987, subsistiendo en las jurisdicciones estatales, en las que sigue en vigor la posibilidad de dictar sentencias indeterminadas. Acaso pueda ser de interés trazar un brevíssimo esquema de lo acaecido en ese país americano. En la actualidad la puesta en libertad, en los EE.UU. se produce tras el cumplimiento de la condena judicial descontando lo correspondiente al buen comportamiento del reo (aunque judicialmente pueda fijarse un período de libertad vigilada, posterior al cumplimiento de la pena privativa de libertad, bajo el control de un *probation officer* —§ 3624 (e) y 3583, y 3624, 18 USC—). El fundamento del sistema de penas indeterminadas e intervención del *parole board*, descansaba en el convencimiento de los efectos rehabilitadores de la condena (así *Mistretta v. U.S.* 109 s. Ct. 647 (1989)). En la raíz de su desaparición está el descontento con el sistema de indeterminación de la pena (en el que jugaba decisivo papel la «Parole Comisión»), entre otras debido a la disparidad sentenciadora y falta de certeza en la duración de la condena (lo que también se destaca en la Sentencia ya citada *c. Mistretta*). La intervención de Parole Commission y la adopción de *guidelines* de uso propio en 1973, no solventó el problema de la ausencia de uniformidad. El reparto de la ejecución penal entre Juez y Comisión, a veces con criterios y objetivos divergentes, y el hecho de que la Parole Commission prescindiera de factores en la sentencia que el Congreso estimaba importantes, provocaba una inadecuada administración de la justicia (así Informe del Senado de 1984, n.º 98.225 (1983), pp. 38 a 45. Cfr. *Mistretta*). Se desembocó en la situación vigente con la superación de los fines rehabilitadores tras la Sentencing Reform Act de 1984 y la consideración de la *honesty* en la sentencia como objetivo de la reforma (*Vid. Introduction and general application principles. Federal Sentencing Guidelines Manual*, St. Paul, Minn, 1992, p. 2. La *honestidad* se interpreta en función de la certeza en la entidad y duración de la condena y en el cumplimiento de la misma, negativamente afectado por la mediación de la Parole Commission (Consúltese *HIRSCH, A (von)*, «Federal Sentencing Guidelines: Do they provide principled guidance?», 27 *American Criminal Law Review*, 1989, pp. 367 y ss., esp. pp. 379-380)

judicial ajeno al viejo derecho de la tierra, y, en la segunda, revolucionaria, frente al derivado del Viejo Régimen.

En ambos casos nace, como ya se ha dicho, en época de transición constitucional, en Inglaterra desde el temprano absolutismo normando del siglo XI, y en Francia con la revolución liberal.

Parece evidente que el jurado inglés es índice del conservadurismo desde el cual la organizada sociedad asume su evolución constitucional fortaleciéndose, diversamente al jurado del ámbito carolingio francés que lo es revolucionario pero desde el que se renueva el denominado protagonismo del Estado, respectivamente, en Inglaterra, a causa de la moderna representación que posibilitó la pronta aparición del parlamento, y en Francia, a la de la vieja representación que intenta ROUSSEAU sustituir por la delegación, matiz que parece antes perceptible, por ejemplo cuando LOCKE habla también de delegaciones y en HOBBES se distingue entre la tradicional representación del monarca con la caracterización absortiva que él la presta y la mandataria del parlamentario. Es claro que el mantenimiento liberal de esta vieja representación, provoca en consecuencia el concreto problema «social» que ha de sustituir al abstracto «político», como ya profetiza VON STEIN antes que MARX. De aquí que la culminación jurídica fundamental inglesa se manifieste en la generalización del privilegio y la continental en la concreción de su abstracción.

Remitiéndonos en este contexto a nuestra área continental respecto a la noción moderna del jurado de procedencia francesa, su evolución histórica acarrea su deslegitimación. Se trata de un Tribunal entre iguales, con un carácter constituyentemente negativo antes que político y con una homogeneidad revolucionaria limitadamente burguesa. Lógicamente este carácter constituyente se transforma en algún modo y límite en el negativo y ambivalente civil cuando se consuma al fin la Constitución liberal en la revolución de julio, pero ya con la consecuente orientación de la de febrero, dando paso a una moral pequeño-burguesa resultante de la legitimación nacionalista anterior.

De hecho, esta fugaz realidad ofrece el modelo de la supuestamente subsistente legitimación social del jurado. Es indudable que la legitimación «constituyente» solo se renueva en el tránsito comunista cuya institucionalización «estatal» mantiene su recuerdo popular, como también ha de entenderse implícita en el reformismo político socialista como una estética pretensión más de subsanar la inutilidad del silenciado y aceptado defecto representativo⁵¹ de una

51. La representación irresponsable de la política popular, como articulación ideológica de dominio es aceptada por todo régimen. En realidad se trata de la heredada representación identificativa sin el contexto corporativo y que la Constitución no rectifica al mantenerse la tradición de la asamblea y de los grandes partidos constituyentes de política abstracta.

Constitución liberal, hipotéticamente así cerrada, por el intensivo cambio de orientación. Es decir, desde la generalizada culminación jurídico-básica del constitucionalismo occidental de la segunda postguerra, carece pues de justificación una legitimación directa del jurado.

Por otra parte, la negativa sensibilidad social legitimadora del jurado que habría de encauzarse políticamente por comprometidos representantes y consolidarse en el Parlamento, parece pues problemática ya que no demagógica. Su ya confusa función judicial, a la vez participativa y controladora, presenta, además, en cuanto a su representatividad positiva social, otras dificultades para su comprensión. En principio no tiene obviamente el carácter representativo de una sociedad, ya contraída —conforme a la malversación del viejo y aquí ocioso precedente testimonial normando de vecindad— al ámbito provincial,⁵² cuya percepción existencial afín a la del inculpado en todo caso hubiera sido mejor buscarla en la sectorialidad profesional, estamentalidad económica y nivel cultural, que conjuntamente pudieran ser a su vez proporcionados índices de una concreta sociedad globalmente representada. Por otra parte, la aleatoria y diversa procedencia del jurado le incapacita para un conocimiento receptor del sentido jurídico general de la sociedad relativo al caso. En segundo lugar el problema del carácter judicial del jurado no deriva propiamente de la ya reconocida indivisión del hecho y del derecho en la apreciación de la «*Tatsache*» juzgada implícita en la decisión de culpabilidad, sino de la desposesión del juez de su propia función, sustituida por la de la aplicación de la pena prescrita, mientras que el veredicto carece de legitimación judicial al no ofrecer las ineludibles garantías procesales, como de manera sobrada se ha puesto y sigue poniéndose en evidencia en sistemas como el de los Estados Unidos de Norteamérica. Finalmente, tampoco es posible considerar al jurado enraizado o como exponente representativo de una sociedad civil, porque la característica de su versión actual no es constituyente ni política ni social, antes bien esta sociedad civil nace con la conciencia de la pertinente pretensión particular de exigir constitucionalmente el recto ejercicio de la actividad pública que en particular afecte a sus intereses propios.⁵³

52. Según indico más arriba, el avencidamiento en cualquiera de los municipios de la provincia aparece en el proyecto de la ley del jurado como requisito legitimador para participar en el mismo (art. 8.4). De este modo ni siquiera se atiende al «mejor conocimiento» que proporcionaría, según los planteamientos anglosajones originariamente irreductibles en Norteamérica, el habitar en el mismo lugar de comisión del delito (Justicia del lugar).

53. No debo concluir estas breves reflexiones sin advertir que, en países como los Estados Unidos de Norteamérica —cuyo modelo procesal viene siendo en no pocos aspectos importado por las naciones de nuestro entorno—, han sido precisamente la complejidad e inidoneidad del juicio por jurados las que han concurrido a propiciar muy decisivamente la justicia negociada (*Plea bargaining system*) y, desde la pretendida particularización de las sanciones penales a imponer, la discriminadora ampliación de la oportunidad.

LA NATURALEZA GRADUABLE DE LO INJUSTO Y LA ACTUACIÓN EN DESCONOCIMIENTO DEL PRESUPUESTO OBJETIVO DE UNA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

José Manuel VALLE MUÑIZ

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Lleida

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un verdadero honor poder contribuir, con este pequeño trabajo, al libro que conmemora la concesión del doctorado *honoris causa* por la Universidad de Barcelona al Prof. Dr. Claus ROXIN. Desde luego, serán otros colegas españoles quienes legítimamente realicen la glosa de la obra del maestro de Múnich.

Pertenezco a una generación de penalistas que se ha formado con una visión problemática de la ciencia del Derecho penal, que es tanto como decir que en gran parte hemos interiorizado y asumido las enseñanzas del Prof. ROXIN. Este punto de partida debía condicionar y determinar nuestro posterior desarrollo científico y, probablemente, nuestros trabajos encuentren una última justificación común: profundizar en la construcción del sistema del Derecho penal a través de sus fines justificadores.

Se presenta aquí un trabajo sobre los elementos subjetivos de las causas de justificación. En realidad, esta investigación no es más que una pequeña parte de otra más amplia que pude realizar parcialmente, durante los meses de enero a octubre de 1991, en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Múnich, dirigido por el Prof. ROXIN, y gracias a una generosa beca que me fue concedida por la Fundación Alexander von Humboldt.

Afortunadamente, lo anterior dio como fruto la publicación de un libro: *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal* (ed. PPU., Barcelona, 1994). Mi agradecimiento al Prof. ROXIN es infinito y me temo que la deuda que con él he contraído difícilmente podrá ser satisfecha. Reproducir aquí buena parte de las conclusiones que se alcanzaron en la

monografía mencionada, no es más que rendir un modesto homenaje a uno de los más grandes penalistas de nuestro tiempo.

II. LA REALIZACIÓN DEL TIPO PERMISIVO CON DESCONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN JUSTIFICANTE

Diethart ZIELINSKI, uno de los penalistas que con mayor profundidad ha estudiado el contenido del injusto penal, relativiza, cómo no radicalmente, la importancia práctica que puede tener la búsqueda de la solución dogmática correcta a los supuestos en que el sujeto actúa amparado por la presencia objetiva de una norma permisiva, pero desconociendo la propia existencia de la situación justificante: «Se trata aquí de una discusión típicamente académica sin significación práctica, como lo demuestra, por un lado, la carencia total de decisiones judiciales tajantes, por otro, la clase de “casos de escuela”: “el cazador mata de un tiro a su enemigo en el bosque, por pura venganza, sin advertir que éste, por su parte, había apuntado el arma contra él”. O: “el centinela dispara, durante la noche, sobre una figura que se acerca, a la que toma por el odiado jefe de la compañía, y mata, en realidad, al jefe de un pelotón de observación enemigo”. Estos casos no le causan dificultades a la práctica: el cazador es castigado por asesinato consumado; el centinela obtiene una condecoración.»¹

No cabe duda que algo de razón le asiste a este gran penalista alemán. Por una parte, son pocos los casos que han merecido atención en los repertorios de jurisprudencia, tanto alemana como española. Por otra parte, se echa de menos en los fallos de nuestros tribunales una mayor riqueza argumentativa capaz de desterrar de sus resoluciones, en este ámbito, la impresión de que su proceder obedece a una actitud intuitiva, cuando no mecanicista. Todo ello, evidentemente, tiene su explicación. No le es ajeno, desde luego, el hecho de las enormes dificultades que los elementos subjetivos presentan en la fase de constatación procesal, agravado, en este caso, por cuanto cuando se trata de averiguar la presencia del elemento subjetivo de justificación, se parte ya de la previa constatación de elementos subjetivos co-fundamentantes de la tipicidad. Con ello, el juez parte de una conducta penalmente relevante, objetiva y subjetivamente fundamentada, que eleva considerablemente las dificultades de la tarea de buscar elementos subjetivos concomitantes que pudieran contrarrestar, compensar o superar en sede de exclusión del injusto lo que ya se da por probado en su fundamentación.

1. ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. de Sancinetti, Buenos Aires, 1990, p. 306, nota 80.

Por otro lado, es cierto que es unánime el criterio jurisprudencial conforme al cual, admitido que la aplicación de una causa de justificación se encuentra condicionada a la presencia de un determinado momento subjetivo, su ausencia conduce, sin más, al rechazo de la norma permisiva y a la declaración de punibilidad a título de delito consumado. Ello, a mi juicio, pudiera ser, en muchas ocasiones, materialmente injusto. Mas, es lo cierto que no existe en nuestro Código penal (tampoco en el Código penal alemán, pero sí, como en su momento veremos, en el italiano y en el portugués) un precepto que expresamente pudiera abrir otras alternativas político-criminalmente más adecuadas. Si a ello le añadimos la falta de un acuerdo doctrinal al respecto, no puede extrañar que la jurisprudencia se limite, sencillamente, a afirmar o negar la aplicabilidad del precepto permisivo en función de la presencia o ausencia, respectivamente, de los elementos legalmente exigidos en la regulación de las particulares causas de justificación.

Contrariamente, la doctrina científica ha venido considerando a la solución que se proponga a los supuestos que nos ocupan, esto es, a los casos de actuación en desconocimiento de la situación justificante, como verdadera prueba de fuego de la coherencia del sistema de la teoría jurídica del delito. Coherencia y congruencia entre la fundamentación y la exclusión del injusto, y coherencia, también, entre el tratamiento otorgado a la creencia errónea de obrar justificadamente por sufrir un error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación (esto es, supuestos de ausencia de la componente objetiva de la justificación, que darán lugar a un error de prohibición o a un error de tipo, en función de que se acoja la teoría estricta de la culpabilidad o las teorías restringida de la culpabilidad, de los elementos negativos del tipo u orientada a las consecuencias jurídicas, respectivamente), y el dispensado cuando lo que está ausente es la componente subjetiva del precepto permisivo.

En honor a la verdad, debe reconocerse que un estudio de las diversas soluciones propuestas (impunidad, delito doloso consumado y tentativa inidónea punible, principalmente) hace volar en pedazos la pretendida coherencia sistemática predicada por más de una escuela. En realidad, el sacrificio en la pureza del sistema fue rápidamente asumido por la gran mayoría de los autores, en beneficio, sin duda, de una mayor proximidad a soluciones material y político-criminalmente más adecuadas.

Sea como fuere, todo ello condiciona la ordenación sistemática de este apartado. Pues, antes que proceder a una exposición de las diversas corrientes doctrinales y sus respectivas y consecuentes soluciones, se optará, inversamente, por estudiar la solución concreta y analizar los diversos cauces argumentativos que pueden propiciarla.

1. La solución de la impunidad

A la solución de la impunidad se puede llegar por tres vías diferentes: a) como reflejo coherente, desde el finalismo, al tratamiento dispensado al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación; b) manteniendo, desde el objetivismo radical, la innecesariedad, salvo voluntad expresa de la ley, de elementos subjetivos en las causas de justificación; c) por imperativo legal.

a) En efecto, el finalismo ortodoxo mantiene la teoría estricta de la culpabilidad para los casos de suposición errónea de los presupuestos de la justificación. Ello significa, como es sabido, el tratamiento de los mismos como un error de prohibición, al igual que si el objeto del error recayera sobre la existencia del precepto permisivo o sobre sus límites normativos. Esto es, mismo tratamiento del error sobre las circunstancias objetivas (*Sachverhaltsirrtum*) y del error sobre la valoración. Pues bien, dado que el error inverso sobre la antijuricidad, en puridad dogmática welzeniana, conduce a un delito ideal o putativo impune, no puede ser otra la solución para los supuestos en que se actúa desconociendo la real existencia de los presupuestos objetivos justificantes, modalidad, desde el finalismo, de error inverso de prohibición (esto es, de la falsa creencia de los elementos objetivos de la permisión). Como ya subrayó ROXIN: «Dado que la suposición errónea de los presupuestos de la legítima defensa constituyen, según la teoría de WELZEL, un error de prohibición, surge necesariamente que el desconocimiento de la existencia de los presupuestos de la defensa necesaria constituirá un caso de error de prohibición al revés. Consecuentemente, WELZEL tendría que aceptar aquí un delito putativo.»²

Lo cierto es, sin embargo, que desde el finalismo no se defiende la impunidad para los supuestos de actuación en desconocimiento de la situación justificante, sino que más bien se propugna la punición por delito doloso consumado.³ Lo cual será objeto de análisis en el epígrafe siguiente, baste aquí, pues, con dejar apuntada una de las vías argumentativas que hubieran sido válidas para defender la solución de la impunidad. Afortunadamente, no ha sido utilizada.

2. ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. de E. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979, p. 253.

3. Contraargumento, en el seno del finalismo, la aparente contradicción apuntada, HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund*, Bonn, 1960, pp. 251-255.

b) La solución de la impunidad sí ha sido defendida, curiosamente, desde la construcción dogmática diametralmente opuesta: el objetivismo radical. En efecto, se parte aquí de un contenido exclusivamente objetivo de la justificación, salvo que la ley expresamente diga lo contrario. En consecuencia, en aquellas causas de justificación no condicionadas legalmente por un momento subjetivo, no se aprecian problemas para su aplicabilidad cuando el sujeto actúa en desconocimiento de la situación justificante. En esta línea, afirma con rotundidad CARBONELL: «Si para la concurrencia de la causa de justificación es suficiente con que se den los elementos objetivos correspondientes o incluso los subjetivos expresamente señalados por la Ley, la no concurrencia de un elemento subjetivo no expresamente exigido... es irrelevante desde el punto de vista de la justificación; la conducta típica, realizada sin tal requisito, está justificada...»⁴ Así, desde la perspectiva material del fundamento de las causas de justificación, argumenta, más adelante, en los siguientes términos: «Si es el interés preponderante el que fundamenta la justificación, lo que le importará al Derecho es que éste se produzca. Toda acción típica que reporte mayor interés que perjuicio al ordenamiento habrá de estar justificada; con independencia de que el agente participe o no de dicho interés, actúe o no con ánimo de hacerlo jurídicamente, conozca o no la situación, haya ponderado bien o mal los intereses o no lo haya hecho en absoluto; si la acción es beneficiosa, la conducta debe quedar totalmente impune pues es plenamente conforme a Derecho.»⁵

Desde luego, esta construcción dogmática es coherente. Mas, presupone, claro está, la aceptación de su punto de partida: la innecesidad general de elementos subjetivos en las causas de justificación. Tal presupuesto me parece inaceptable, pues, tal y como he pretendido demostrar en otro lugar, desde un sistema teleológico-racional del Derecho penal, o, más precisamente, desde las finalidades político-criminales que debe cumplir la justificación, es necesario tener en cuenta, también cuando de la exclusión del injusto se trata, la componente subjetiva del comportamiento humano⁶

4. CARBONELL, *La justificación penal*, Madrid, 1982, p. 94. En el mismo sentido, afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad», en *Libro Homenaje a D. José Antón Oneca*, Salamanca, 1982, p. 517: «Si la causa de justificación de que en concreto se trate aparece jurídicamente configurada en sentido objetivista, el erróneo desconocimiento de los presupuestos objetivos resultará irrelevante. Para que se produzca la justificación bastará con que concurran los fundamentos objetivos de la respectiva causa de justificación, es decir, que exista una agresión ilegítima real, un específico derecho o deber que permita o imponga ejecutar la acción efectuada, que el titular del bien ofendido haya prestado su consentimiento, etc., aunque el agente ignore la existencia de tales presupuestos objetivos.»

5. CARBONELL, ob. cit., p. 107.

6. VALLE MUÑÍZ, J.M., *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona, 1994, pp. 61 y ss.

Los partidarios de la solución de la impunidad varían su propuesta, lógicamente, cuando la letra de la ley impone necesariamente la presencia de elementos subjetivos en la causa de justificación. Las soluciones, ahora, oscilan entre la punición por delito consumado⁷ y el castigo a título de tentativa inidónea punible.⁸ En su momento, por tanto, examinaremos la bondad de ambas hipótesis.

c) La tesis de la impunidad, evidentemente como cualquier otra, puede venir impuesta por imperativo legal. Así se viene entendiendo mayoritariamente el artículo 59, 1.º del Código penal italiano: «(Salvo que la ley disponga lo contrario),⁹ las circunstancias que excluyen la pena son valoradas a favor del agente, aunque éste no las conozca o, por error, las crea inexistentes.»

La doctrina de aquel país, entiende, consecuentemente, que las causas de justificación recogidas en la parte general de su código operan sobre un plano meramente objetivo: «... esto es, son valoradas a favor del agente en virtud de su sola existencia...»¹⁰ Cabe la posibilidad, no obstante, que por vía interpretativa se considere preciso en alguna causa de justificación la presencia de elementos subjetivos. Posibilidad remota, en cualquier caso, dada la rigidez del texto punitivo italiano.¹¹

2. La solución del castigo por delito consumado

Son varios los autores que propugnan la solución del castigo por delito consumado, cuando el sujeto actúa en desconocimiento de la situación justificante o, incluso, en función del grado de exigencia subjetivo en la justificación, cuando aun conociendo la situación justificante está ausente la finalidad de actuar conforme a Derecho. Al igual que en la solución anterior (la impunidad), no puede predicarse en ésta la coincidencia en su defensa de una sola escuela o corriente metodológica de la dogmática penal.

7. Así, CARBONELL, ob. cit., p. 91.

8. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Consideraciones generales...*, cit., p. 519.

9. Inciso suprimido por la Ley n.º 19, de 7 de febrero de 1990; por lo que, si cabe, han cobrado todavía más fuerza las tesis objetivistas.

10. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, PG, 2.ª ed., Bolonia, 1989, p. 195; y bibliografía citada en nota 7.

11. La necesidad de especiales momentos subjetivos se ha admitido, excepcionalmente, en el seno de alguna causa de justificación especial, esto es, aplicable solamente a alguna figura de delito; en la jurisprudencia, sin embargo, se viene exigiendo la voluntad de defensa para la afirmación de la legítima defensa (art. 52). Postura absolutamente aislada, sosteniendo que salvo el consentimiento, las demás causas de justificación contienen o pueden contener una estructura subjetiva incompatible con la letra del art. 59.1.º, SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Nápoles, 1979, pp. 95 y ss.; especialmente, p. 99. Recientemente, parece reconocer relevancia a los elementos subjetivos de justificación en la doctrina italiana, STILE, A., «Der Irrtum als Unrechts— und/oder Schuldausschluss im italienischen Strafrecht», en ESER/PERRON, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Friburgo de Brisgovia, 1991, pp. 311 y ss.

En efecto, a la conclusión de la punición por delito doloso consumado se llega, tanto desde un sector de la doctrina finalista, cuanto desde los más modernos planteamientos valorativistas del sistema jurídico-penal.

Como es sabido, común a todos los finalistas es, a partir de la configuración de un injusto personal, exigir la presencia de elementos subjetivos para la aplicación de una causa de justificación y, por tanto, descartar la tesis de la impunidad en su ausencia. Ello es coherente con una visión paralela entre la estructura de la fundamentación y la exclusión del injusto. Mas no es posible idéntica afirmación cuando el análisis se realiza desde la teoría del error. Desde la solución del finalismo ortodoxo para los casos de error sobre presupuestos objetivos de las causas de justificación, error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad), lo coherente sería afirmar la presencia de un delito ideal impune para los supuestos de error inverso (ausencia de elementos subjetivos de justificación). Del mismo modo que si la solución a la creencia errónea de la situación objetiva justificante es el error de tipo, lo coherente para el error al revés sería el castigo por tentativa inidónea. Mas, de una u otra forma, lo que no es posible desde la teoría del error es alcanzar la solución de la consumación. Lógicamente, la argumentación dogmática deberá explorar otros caminos.

Como es sabido, MAURACH propugna la teoría de la congruencia entre la parte objetiva y la parte subjetiva de la justificación: «La falta de cualquiera de estas dos características produce la incongruencia entre voluntad y resultado, y excluye la posibilidad de un juicio favorable sobre el acto.» Y, más adelante, añade: «Si el autor no conoce un elemento subjetivo de justificación existente en realidad, cometerá un *hecho consumado antijurídico*.¹² (...). La antijuricidad subsiste desde el momento en que tan sólo la congruencia entre las causas de justificación subjetivas y objetivas, esto es, el actuar justo basado en la correspondiente voluntad, puede desvirtuar el indicio derivado del tipo.»¹³

Para este autor, no cabe otra solución. La tesis de la tentativa es, solamente, producto de una confusión o, quizás mejor, de un análisis difuso de las diversas categorías del delito: «Ello se debe al reconocimiento relativamente tardío del papel que desempeña el tipo como característica autónoma del delito junto a la antijuricidad. Características objetivas del tipo y elementos objetivos de justificación se confundieron o se equipararon repetidamente. La consecuencia inmediata fue la tendencia a apreciar la existencia de tentativa en

12. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de Derecho español a cargo de Córdoba Roda, vol. I, Barcelona, 1962, p. 370.

13. MAURACH, ob. cit., p. 375.

aquellos casos en los que concurre una causa de justificación no conocida por el autor.»¹⁴ Tesis que, a su juicio debe ser descartada, pues, en estas hipótesis, «... el error no se extiende al tipo.»¹⁵ En otros términos, la presencia objetiva de la justificación no puede alterar el hecho de que se dé el resultado típico, situación estructuralmente contraria a la de la tentativa, donde, por definición, el resultado típico es inexistente.¹⁶

Mas, como acertadamente subraya GÓMEZ BENÍTEZ: «... la cuestión es si “resultado objetivamente justificado” equivale, o no, a “valor del resultado”. Porque en la teoría del injusto y de su exclusión lo relevante no son la acción y el resultado, sino sus desvalores o valores. Y, así, la indiscutible presencia intacta del tipo objetivo (resultado típico) en los supuestos en cuestión, aducida por MAURACH, no quiere decir nada si no se afirma, al tiempo, que ello equivale a la existencia de un desvalor del resultado.»¹⁷

La respuesta, desde este sector del finalismo, no se hace esperar: «El desvalor del resultado subsiste aun cuando existan los presupuestos objetivos de la justificación, ya que no viene definido ni condicionado por ellos, sino por la lesión típica del bien jurídico.»¹⁸ Con meridiana claridad, se ha pronunciado en nuestra doctrina CEREZO: «El Derecho prohíbe la realización de acciones dirigidas por la voluntad del sujeto a la producción de la lesión de un bien jurídico o que no respondan al cuidado objetivamente debido y no puede valorar positivamente la producción de resultados que están sólo amparados de un modo objetivo y casual en una causa de justificación. (...). El desvalor del resultado no puede fundamentarse o quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción.»¹⁹

El finalismo radical, sin embargo, no acoge la teoría de la congruencia. Ello, porque en cierta manera supone pervertir la función que WELZEL otorgaba en el injusto al desvalor del resultado, en ningún caso como concepto

14. MAURACH, ob. cit., p. 374.

15. MAURACH, ob. cit., p. 375.

16. En este sentido, HIRSCH, *Die Lehre von den negativen...*, cit., pp. 254-255.

17. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, p. 165. Este es, precisamente, uno de los argumentos esenciales que se oponen a la tesis de la consumación desde la defensa de la solución de la tentativa. Esto es, que el desvalor de resultado no depende del resultado típico (*Tatbestandserfolg*), sino del resultado injusto (*Unrechtserfolg*). Véase, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, Múnich, 1992, p. 402; a mayor abundamiento, HERZBERG, «Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage», *JA*, 1986, pp. 193-194; FRISCH, «Grund— und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements», *Lackner-FS*, 1987, pp. 138 y ss.

18. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen...*, cit., p. 255.

19. CEREZO, *Curso de Derecho Penal español*, PG, I, 3.^a ed., Madrid, 1985, p. 413. Participa de la teoría de la congruencia y, por tanto, de la solución por delito doloso consumado, MAQUEDA ABREU, «Los elementos subjetivos de justificación», en *La Ley*, 1984, II, p. 1.107. Sin embargo, postular la congruencia no implica siempre apostar por la consumación, como enseñada veremos en autores como ZIPF, en Alemania, y HUERTA TOCILDO, en nuestro país.

autónomo e independiente al desvalor de la acción, verdadero y único fundamento de lo injusto. Desde esta perspectiva, siendo el fundamento del injusto el desvalor de acción, sólo el valor de acción podrá excluirlo. Si el resultado sólo produce la necesidad de pena por delito consumado en la medida en que esté conectado a la finalidad, la mera presencia objetiva de la justificación carece también de la conexión final precisa para desvirtuar la pena de la consumación. En palabras de ZIELINSKI: «Si el autor tiende sólo al resultado de lesión y produce casualmente, a la vez, un resultado de salvamento, entonces, el resultado positivo —para la valoración jurídica— está junto al resultado negativo, pero desligado de él; falta un puente por el cual el valor de resultado pudiera compensar el desvalor de resultado.»²⁰ En conclusión, «el resultado permanece, por tanto, totalmente en el ámbito de la manifestación del ilícito cometido, aun cuando objetivamente existan los presupuestos fácticos de una causa de justificación, y el autor los desconozca, y, por ende, no llega a realizarse la relación final entre resultado de lesión y de salvamento, decisiva para la «aprobación» jurídica de la lesión del objeto de bien jurídico. Con ello, en el caso de la «justificación meramente objetiva», siguen existiendo todas las funciones del resultado como criterio de una necesidad concreta de pena, que destaca la punibilidad de la consumación por sobre la punibilidad de la tentativa. La justificación meramente «objetiva» es, desde todo punto de vista, jurídicamente irrelevante.»²¹

En nuestra doctrina, GÓMEZ BENÍTEZ, si bien no de manera idéntica, pues este autor reconoce al desvalor del resultado capacidad aumentante del injusto, pero sí semejante a la expresada por ZIELINSKI, defiende la solución del castigo por delito consumado. Esencialmente, por la irrelevancia de una justificación objetiva desvinculada de la pretensión del sujeto: «Pero no es sólo que dicha existencia resulte irrelevante, sino que, por añadidura, esa irrelevancia deja entrever una estructura típica de injusto consumado, en cuanto descubre una finalidad con capacidad y poder de resultado, dada la pretensión de un resultado típico, de su *desvalor*, y dado, también, su poder hacia el mismo, como se demuestra por la realización efectiva del resultado...»²²

20. ZIELINSKI, *Desvalor de acción...*, cit., pp. 311-312.

21. ZIELINSKI, *Desvalor de acción...*, cit., p. 313.

22. GÓMEZ BENÍTEZ, *Ejercicio legítimo...*, cit., p. 175. En otros términos: «... así como en la fundamentación del injusto se concluye que el resultado es relevante sólo en la medida en que demuestra, por su realización, el poder de resultado de la finalidad o acción final (es decir, en cuanto desvalor del resultado), así también hay que concluir que en el ámbito del tipo de la autorización, la situación objetiva de justificación es relevante en cuanto demuestra, con su existencia, la necesidad objetiva *ex ante* de la acción final (es decir, en tanto valor del resultado). Y ello presupone, obviamente, el elemento subjetivo de justificación.» (p. 176).

Paradójicamente, coinciden con el finalismo ortodoxo en la solución otorgada a los supuestos de actuación en desconocimiento de la situación justificante, tanto el más puro objetivismo, cuanto alguna formulación del moderno valorativismo español.

Ambos coinciden en la no necesidad general de los elementos subjetivos de justificación, restringiendo tal exigencia al requerimiento expreso de la ley. Si bien el valorativismo realiza una interpretación más generosa de la regulación positiva de las causas de justificación, admitiéndose en mayor número de supuestos la necesidad de un determinado momento subjetivo. Sin duda, ello se debe al reconocimiento de su compatibilidad con una naturaleza objetiva de la justificación, y, por otra parte, a la adopción de un criterio estructural *ex ante* en materia de justificación.²³

Mas lo cierto es que, ante la exigencia legal expresa, la ausencia del elemento subjetivo les aboca al castigo por delito consumado. Claramente, desde un rígido objetivismo, lo expresa CARBONELL: «Desde la óptica de la ponderación de intereses, en cambio, y ante un requisito legal que exija expresamente un elemento subjetivo de justificación, no cabe, a mi juicio, más solución que la de la consumación, aun en el caso que desaparezca el desvalor del resultado.»²⁴

A la misma conclusión se llega desde las más matizadas posturas del valorativismo. Una solución diversa a la consumación (v. gr. punición por tentativa), sólo es posible desde la teoría de la justificación separada, esto es, desde el presupuesto de que lo objetivo y lo subjetivo de la justificación pudieran contrarrestar de manera independiente lo objetivo y lo subjetivo de la fundamentación del injusto. Posibilidad que, a juicio de COBO/VIVES, carece de base legal en nuestro país: «Tal y como se halla formulada la legítima defensa en el Código penal español, la ausencia del requisito subjetivo provoca la inaplicabilidad de la eximente, (...). Y, si esto es así, no parece que exista norma legal alguna que permita excluir la responsabilidad sobre la base del resultado valioso producido. En conclusión, parece que la falta del requisito subjetivo obliga a castigar al autor por el tipo de delito consumado que haya llevado a cabo...»²⁵

23. Véase, COBO/VIVES, *Derecho Penal*, PG, 3.^a ed., Valencia, 1990, pp. 355 y ss.; así, se afirma: «... en algunas causas de justificación, el legislador ha requerido la presencia de elementos subjetivos, relacionados, en todo caso, con la valoración objetiva del hecho, pues del mismo modo que la determinación de si un hecho representa o no la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico requiere, a veces, comprobar la presencia o ausencia de cierta dirección de la voluntad, la determinación de si un hecho se dirige a producir consecuencias estimadas en su conjunto como valiosas por el ordenamiento jurídico, exige idéntica comprobación relativa a la finalidad relativa del agente.» (p. 356); sobre la adopción de un criterio *ex ante*, véase, p. 357.

24. CARBONELL, *La justificación...*, cit., p. 91.

25. COBO/VIVES, PG, p. 390, nota 12.

Sin embargo, la coherencia del finalismo ortodoxo entre la fundamentación y exclusión del injusto, y la pulcritud y absoluto sometimiento a la letra de la ley, por parte de los objetivistas y valorativistas, no ha podido acallar un alto grado de insatisfacción en la doctrina. El castigo por delito doloso consumado, en situaciones en donde se prueba la existencia objetiva de una causa de justificación, resulta, cuando menos, excesivamente riguroso, cuando no claramente injusto. Ello explica que, desde las más variadas escuelas y tendencias dogmáticas, se haya intentado otorgar relevancia de alguna forma a la presencia de los presupuestos objetivos de una norma permisiva.

En esta línea, parece contar hoy con mayor número de partidarios la opinión de que la actuación en desconocimiento de la situación justificante configura una estructura típica de tentativa inidónea, o, cuando menos, debe ser tratada como tal. A la solución del castigo por tentativa inidónea, directamente, o por analogía, dedicamos el siguiente apartado.

3. La solución del castigo por tentativa (frustración) inidónea (análoga o directa)

Todos los intentos de fundamentar la punición por tentativa de los casos en que el sujeto actúa bajo los parámetros objetivos de una norma permisiva, pero desconociendo la situación justificante, participan de dos claras premisas: a) la justificación de una conducta típica exige la presencia de un determinado elemento subjetivo;²⁶ b) la constatación de los presupuestos objetivos justificantes debe tener alguna trascendencia en la configuración final del injusto, o, cuando menos, en su tratamiento punitivo.

La argumentación, desde luego, no es sencilla y requiere por el momento negar los fundamentos de la tesis de la consumación. Esto es, superar la teoría de la congruencia en sede de justificación, o, en otros términos, negar no tanto que la justificación plena exige la presencia simultánea de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo de autorización, sino que la ausencia de cualquiera de ellos impide valorar positiva y aisladamente el otro. A la vez, y en íntima relación con lo anterior, habrá que demostrar que la presencia de los presupuestos objetivos de la justificación equivale a una suerte de «valor de resultado», que compensa o contrarresta el juicio de desvalor sobre el resultado típico producido. Por último, y ahora desde la perspectiva de las

26. Si bien, existen algunas excepciones, como pueden ser las de NOWAKOWSKI y, en nuestra doctrina, RODRÍGUEZ MOURULLO.

teorías del error, parecería oportuno desmentir la afirmación de que el desconocimiento de la presencia de los presupuestos objetivos justificantes no afecta al tipo.

Pues bien, será precisamente un discípulo de MAURACH quien realice la travesía desde la «teoría de la congruencia» a la «teoría de la justificación separada». Para ZIPF,²⁷ dada la exigencia en la fundamentación del injusto de un desvalor de acción y un desvalor de resultado, tan sólo podrá declararse justificada una conducta cuando, a la vez, se constate la presencia de unos correlativos «valor de acción» y «valor de resultado». Ahora bien, parece que, tal y como ya se ha afirmado por algún autor, «... la congruencia queda reducida a mera terminología sin contenido»,²⁸ cuando este penalista admite la presencia de un «valor de resultado» capaz de graduar el injusto con independencia de la permanencia del desvalor de acción. En este sentido, lo correcto sería, a su juicio, castigar por aplicación analógica de las reglas de la tentativa inidónea. La punibilidad por delito consumado no sería posible, pues faltaría un presupuesto del injusto consumado: el desvalor de resultado, neutralizado por la presencia de los presupuestos objetivos de la justificación.

Así pues, parece, por ahora, que sólo desde la justificación separada puede alcanzarse la solución de la tentativa. Es decir, sólo partiendo del presupuesto de que ambos valores y desvalores por separado tienen eficacia en la constitución del injusto, podrá afirmarse que el binomio desvalor de acción-valor de resultado (que corresponde, claro está, al supuesto de actuación en desconocimiento de la situación justificante), impide la afirmación del injusto consumado. Sólo desde la justificación separada, en definitiva, puede sostenerse que los presupuestos objetivos de la causa de justificación contrarrestan o anulan la presencia del desvalor presente en el resultado típico efectivamente producido. En palabras de JESCHECK: «Ciertamente, debe admitirse que el tipo del precepto penal se realiza en su totalidad, incluido el resultado, pero éste, a causa de la situación de justificación que objetivamente concurre, no resulta desvalorado por el ordenamiento jurídico y, por tanto, debe negarse la presencia del *injusto del resultado*. Se da, así, la situación jurídica correspondiente a la tentativa, ya que no puede mediar diferencia alguna en orden a la antijuricidad entre el supuesto que el resultado típico

27. Véase, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, Bd. I, 7. Aufl., Heidelberg, 1988, p. 225 y, especialmente, pp. 370-372.

28. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo...*, cit., p. 172; No me parece, sin embargo, convincente la argumentación desarrollada por HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 105 y ss.; tendente en todo caso a defender la coherencia de la solución de la tentativa en ZIPF, a partir de la teoría de la congruencia.

co falte en cuanto tal y el de que, aun produciéndose, no pueda ser valorado como injusto.»²⁹

Especialmente interesante, lógicamente, resulta el análisis de la solución de la tentativa en nuestra doctrina. Así, la profesora HUERTA TOCILDO³⁰ aboga por la aplicación analógica de los preceptos que regulan la tentativa imposible. Para ello, utiliza una formulación peculiar de la teoría de la justificación separada. Según la cual, la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación (el denominado, «valor de resultado»), si bien tiene incidencia en el desvalor de resultado, no consigue anularlo por completo. Ello no sería posible, a su juicio, y utilizando aquí un razonamiento de la teoría de la congruencia, porque el Derecho no puede considerar valiosos resultados, esto es, lesiones de bienes jurídicos protegidos, que son fruto de una acción disvaliosa.³¹ Lo que ocurre, es que se produce una disminución (que no desaparición) del desvalor de resultado. En la medida en que, para esta autora, la tentativa inidónea, como por otra parte cualquier modalidad de injusto, contiene, además de un desvalor de acción, un «disminuido» desvalor de resultado, no encuentra dificultades insalvables para parangonar ambas situaciones: «... un resultado objetivamente valioso producido en el marco de una acción disvaliosa constituye un desvalor de resultado disminuido que anula el desvalor de resultado característico del delito doloso consumado, y que coincide con el «cierto desvalor de resultado» que aparece en la tentativa imposible.»³²

Por su parte, MIR PUIG entiende, cuando menos, materialmente satisfactoria la solución de la aplicación analógica de los preceptos que castigan la tentativa. El razonamiento comienza siendo muy simple: en la medida en que se considera necesario para la punición por delito consumado, tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, si falta éste —lo que a su juicio acontece cuando se dan los presupuestos objetivos de una causa de

29. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. y notas de Santiago Mir y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 449; a su juicio, además, la solución de la aplicación analógica de las reglas de la tentativa no es recusable por analogía prohibida, pues: «... de otro modo concurriría un delito consumado, por lo que en definitiva resulta analogía a favor del autor. Además, no se trata de una ampliación de los tipos penales.» (p. 449, nota 33); también, por la misma solución, STRATENWERTH, *Strafrecht AT*, I, (Die Straftat), 3.ª ed., Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1981, p. 151; LENCKNER, *Sch/Sch/Kommentar*, 24 ed., Múnich, 1991, previo al parágrafo 32, p. 477; JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2.ª ed., Berlin-Nueva York, 1991, pp. 358-362; entre otros.

30. Véase, HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, cit., pp. 121 y ss.

31. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido...*, cit., p. 122: «La tesis de la *justificación separada* me parece válida en cuanto no sólo arranca de una visión dualista del injusto, sino que atribuye incidencia a la existencia de tan sólo uno de los elementos de la justificación: el subjetivo o el objetivo. Pero no creo que se deba llegar a olvidar que el otro subsiste y que dicha subsistencia tiene la valoración jurídica que se dé a la presencia del que concurre efectivamente.»

32. HUERTA TOCILDO, ob. cit., p. 123.

justificación— no podrá afirmarse de manera completa el hecho pretendido.³³ Supuesto perfectamente coherente en su sistema de la teoría jurídica del delito, pues aunque no considere al desvalor de resultado como parte del injusto, sí lo configura como presupuesto de la punibilidad del hecho. De esta forma, la presencia del desvalor de resultado es requisito de la punición por delito consumado: «De la misma forma que el resultado típico es necesario para la consumación del tipo penal, la valoración positiva del resultado que tiene lugar cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación impide que el tipo penal dé lugar a un pleno injusto penal correspondiente.»³⁴

Ahora bien, para este autor, la punición por tentativa no se deriva simplemente de un juego de compensación entre «valores» y «desvalores», sino que encierra un claro fundamento material: «cuando el sujeto desconozca que actúa bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación, la situación que se planteará será materialmente análoga a la de la tentativa inidónea punible, en la medida en que *ex ante* un espectador imaginario, dotado del conocimiento de la situación que tenía el autor al actuar, hubiera podido caer en el mismo error que éste. Existirá entonces peligro *ex ante* de una situación objetivamente incorrecta que no llega a producirse (desvalor de la acción sin “desvalor del resultado”).»³⁵

Ahora bien, para ser exactos deben reflejarse dos matizaciones que el propio MIR realiza a su planteamiento. En primer lugar, que no es descartable, aún cuando si harto infrecuente, la solución de la impunidad; en la medida en que la situación resulte análoga a la de la tentativa irreal y, en consecuencia, no pueda afirmarse peligro objetivo *ex ante* alguno que fundamente la prohibición.³⁶ En segundo lugar, este autor, aun considerando materialmente satisfactoria la solución de la tentativa, en la medida en que permite una reducción del castigo en los supuestos en que se constata la presencia de los elementos objetivos de justificación, propugna para el Derecho español otra vía de solución: la estimación de la eximente incompleta. Permítaseme que no atienda, por ahora, tal propuesta. Exclusivamente a ella se dedicará un próximo apartado de esta investigación.

Mas, la solución de la punición por tentativa inidónea no sólo se ha

33. MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, 1988, p. 680.

34. MIR PUIG, ob. cit., pp. 680-681.

35. MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 3.^a ed., Barcelona, 1990, p. 451.

36. MIR PUIG, *Sobre lo objetivo...*, cit., p. 683: «... deberá admitirse la misma conclusión de impunidad si, ante los datos que conoce el sujeto, nadie mínimamente racional dudaría de la presencia de la situación objetiva de justificación. No podrá formularse entonces el juicio de peligrosidad *ex ante*, que es imprescindible para que sea necesaria la prohibición del hecho y faltaría, por tanto, el injusto.»

defendido a través de la analogía. Antes bien, cuando menos desde dos diferentes perspectivas se ha sostenido la aplicación directa. Esto es, se sostiene que la actuación en desconocimiento de la situación justificante configura un auténtico y genuino injusto de tentativa inidónea.

Por una parte, parece que en términos generales los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo no encontrarían excesivos obstáculos en defender la tesis de la tentativa, sin necesidad de recurrir a la siempre problemática estructura de la analogía. En efecto, la realización del tipo positivo sin posibilidad de alcanzar la perfección del tipo total por ausencia del tipo negativo (conurrencia de los presupuestos objetivos de la justificación), conduce a una estructura imperfecta de ejecución. En concreto, la situación sería la de la presencia de una conducta que *ex ante* muestra una peligrosidad objetiva de lesión de bienes jurídicos, pero que *ex post* se mostraría desde un principio inidónea para conseguir tal finalidad, precisamente, por la conurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Esto es, la situación sería la de la tentativa inidónea punible.³⁷

Todo ello, por otra parte, se vería corroborado desde la teoría del error. Pues, siendo el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, un error de tipo, su inverso, esto es, la actuación en desconocimiento de la real presencia de la justificación objetiva (error de tipo al revés), dará lugar a una tentativa.³⁸

A su vez, desde determinadas construcciones del sistema funcional del Derecho penal, también se defiende la aplicación directa de la tentativa. Ello es posible a través de centrar la argumentación en el injusto, como verdadero núcleo de imputación jurídico-penal, relegando el papel de la tipicidad a una mera categoría derivada del injusto específico del Derecho penal.

Así, derivar de la presencia del resultado típico el castigo por delito

37. Entiende que sólo desde la teoría de los elementos negativos del tipo puede defenderse la solución de la tentativa, SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige...*, cit., pp. 371-374; en nuestra doctrina, desde idéntica perspectiva, GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 51; también, aunque con dudas sobre la posibilidad de aplicación directa, FARRE TREPAT, *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986, p. 449; entiende que la solución es perfectamente aplicable en nuestro derecho, a pesar de la especial regulación de la tentativa (arts. 3 y 52 CP), SILVA SÁNCHEZ, «Recensión a Schünemann: *Die deutschsprachige Strafrechswissenschaft nach der Strafrechtreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, I., Teil (Tatbestands— und Unrechtlehre)», en *GA*, 1985, pp. 341 y ss., en *ADPCP*, pp. 546-547.

38. Solución no tan coherente si el tratamiento como error de tipo de los supuestos de suposición errónea de los presupuestos objetivos de la justificación, se alcanza desde perspectivas distintas a la de la teoría de los elementos negativos del tipo; en este sentido, SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige...*, cit., p. 373.

consumado, sólo puede ser fruto de una «... sobrevaloración naturalística de los conceptos prejurídicos.»³⁹ Lo único cierto sería, pues, que la presencia de los presupuestos objetivos de justificación, impide la constatación de uno de los presupuestos (desvalor de resultado) del injusto consumado. Si esto es así, si desde la perspectiva del injusto penal falta el presupuesto de la punición por consumado, sólo nos queda la aplicación «directa» de la estructura de la tentativa.⁴⁰ En definitiva, lo decisivo no es la presencia o ausencia del resultado típico, sino si normativamente la constelación responde a las exigencias de punición (más gravosas) del delito consumado.⁴¹ La respuesta negativa es evidente: sólo permanece la tentativa porque, ante la ausencia del desvalor de resultado, el sólo desvalor de acción únicamente alcanza a fundamentar la pena por delito intentado, y ello directamente, sin necesidad de apelar a estructura analógica alguna.⁴²

También con la solución de la tentativa inidónea concluye su trabajo sobre los elementos subjetivos de justificación SANZ MORÁN. Si bien este autor no niega la influencia de las construcciones funcionalistas de RUDOLPHI, FRISCH o HERZBERG, su argumentación refleja algunas características particulares que merecen ser destacadas. Son varias las razones que llevan al autor español a sostener la solución apuntada.

En primer lugar, entiende que la configuración cognoscitiva del contenido del elemento subjetivo de justificación (esto es, su entendimiento como conocimiento de la situación justificante) debe abocar, irremediablemente, al castigo por tentativa inidónea.⁴³ Tal conclusión le parece la única compatible con una concepción del injusto penal que subraye como momento central «... el peligro objetivo que comporta la acción desde el punto de vista del bien jurídico protegido».⁴⁴ Curiosamente, sin embargo, la tentativa inidónea supone para él, precisamente, la excepción a la necesidad de peligrosidad objetiva de la acción. Nos encontramos, por tanto, ante una solución que reconoce que el fundamento del castigo reside, exclusivamente, en «... una voluntad contraria a derecho».⁴⁵ Si no he entendido mal, entonces, la solución de la tentativa es la que mejor se adapta a la concepción del injusto por él defendida, en la medida en que el castigo basado en el desvalor de intención es precisamente la gran excepción a la

39. FRISCH, *Grenz— und Grundprobleme...*, cit., p. 140.

40. HERZBERG, *Handeln in Unkenntnis...*, cit., pp. 192-193.

41. FRISCH, *Grenz— und Grundprobleme...*, cit., p. 141.

42. ROXIN, *AT*, p. 402.

43. SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, 1993, p. 93.

44. SANZ MORÁN, ob. cit., p. 93.

45. *Ibidem*.

exigencia general de un desvalor de acción (a la postre, objetivamente entendido, como peligrosidad objetiva para el bien jurídico) y un desvalor de resultado.⁴⁶

En segundo lugar, el castigo por tentativa inidónea sería también materialmente correcto. Pues, a su juicio, la presencia de los elementos objetivos de una causa de justificación impediría la consumación típica: «... no es difícil concluir la falta de realización típica —por tanto, de consumación— allí donde la acción del autor supone, teleológicamente considerada, una disminución del riesgo de una lesión más grave de bienes jurídicos, al salvaguardar objetivamente un interés de rango superior, por más que quien actúa desconozca este estado de cosas. Estamos aquí, en definitiva, ante un caso de tentativa inidónea pues —conforme al concepto que acabamos de evocar— se da una conducta dirigida a la realización de un tipo penal, y —por razones, en nuestra opinión, de carácter fáctico— no puede llegar a producirse la consumación.»⁴⁷

Llegados a este punto, habiéndose mostrado ya, aun cuando de forma necesariamente sucinta, las diversas soluciones propuestas por la doctrina para resolver la situación del que actúa dentro de los marcos objetivos de un tipo de autorización, pero desconociendo la situación justificante, parece conveniente realizar algunas consideraciones críticas.

La tesis que parece haber alcanzado mayor reconocimiento, esto es, la solución de la tentativa plantea varios problemas. Téngase en cuenta que, por lo que respecta a su aplicación directa, ello supone no sólo un tratamiento punitivo idéntico al dispensado a las fases imperfectas de realización delictiva, sino que arrastra a la constelación en examen (actuación en desconocimiento de la situación justificante) hacia la regulación dogmática íntegra de la tentativa, con todas sus consecuencias. Lo que supone, en aquellos ordenamientos donde no existe una punición genérica de la misma, como el alemán o el portugués, alcanzar en algunos supuestos la impunidad. Por lo tanto, entender que nos encontramos ante una auténtica tentativa amplía la profundidad y trascendencia del debate; pues no será extraño encontrarnos ante la hipótesis de castigo por delito consumado o bien, sencillamente, impunidad.

46. Lo que prueba algo que más adelante intentaré demostrar. Que la solución dogmática que deba otorgarse a la actuación con desconocimiento de la situación justificante, no dependerá de un juego de contrapesos entre desvalores y valores; pues, bien porque se derivan directamente de las respectivas concepciones del injusto, bien por la vía de la excepcionalidad, caben todas las soluciones propuestas por la doctrina. Lo verdaderamente importante son, entonces, las diversas finalidades que deben cumplir las categorías de la tipicidad y de la antijuricidad.

47. SANZ MORÁN, ob. cit., p. 97.

La cuestión no carece, pues, de trascendencia práctica. No me resisto a exemplificar con el tratamiento de la cuestión en el nuevo Código penal portugués. En este texto, no es punible la tentativa en aquellos delitos para cuya forma consumada la pena no alcanza a dos años de prisión (art. 23.º, n.º 1). Para estos casos, por tanto, la aplicación analógica de la tentativa permitirá su punición, mas la aplicación directa de su régimen legal conducirá a la no punición.⁴⁸ A su vez, el Código penal luso contiene una regulación expresa para los supuestos de actuación en desconocimiento de la situación justificante. Se trata del n.º 4 del art. 38.º que, aún ubicado sistemáticamente en la regulación del consentimiento, la doctrina de modo unánime entiende aplicable a todas las causas de justificación.⁴⁹ Allí se preceptúa la punibilidad del agente «con la pena aplicable a la tentativa». De esta forma, como se ha subrayado, «... él denuncia la intencionalidad normativa de hacer depender la eficacia justificativa de la presencia irrenunciable de una dimensión subjetiva.»⁵⁰ Pero, lo que ahora realmente nos interesa es destacar la neutralidad de la fórmula legislativa, o, en otros términos, el legislador no impone la subsunción directa de los supuestos en el régimen dogmático de la tentativa, limitándose solamente a imponer un determinado tratamiento punitivo. Algo muy distinto a lo que sucedía con la formulación originaria del Proyecto de E. CORREIA: «el acto será punible como tentativa de delito» (art. 44.º, n.º 3).⁵¹

La tesis de la tentativa, si bien con mayor acento la de su aplicación directa, descansa en una profunda renormativización de las categorías básicas del concepto dogmático de delito. Ello ha implicado, en algunos casos, una devaluación de la importancia como categorías dogmáticas de la tipicidad y la antijuricidad a favor de la ahora nuclear: el injusto merecedor de pena. Lo importante, entonces, será constatar los presupuestos que fundamenten el sometimiento a pena de un determinado comportamiento. Que la resolución de los conflictos de intereses a favor y en contra de la prohibición se sustancien en el momento de analizar su adecuación al tipo, o bien cuando se detecta la presencia de posibles causas de justificación, es secundario. Nos encontramos dentro de un único módulo de referencia, el injusto penal, y, por tanto, las valoraciones y desvaloraciones son intercambiables.

Como ya he expresado, tal proceder me parece rechazable.⁵² Comparto la

48. Así lo expresa, en un magnífico trabajo sobre el consentimiento, ANDRADE, M. COSTA, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, 1991, p. 531.

49. Véase, DIAS, J. FIGUEIREDO, «Pressupostos da punição e Causas que Excluem a Ilicitude e a Culpa», en *Jornadas*, p. 61.

50. ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 533.

51. A mayor abundamiento, ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 534.

52. *Vid.* VALLE MUÑIZ, *El elemento subjetivo de justificación...*, cit., pp. 29 y ss.

opinión de que el sistema del Derecho penal, y, por tanto, las instituciones básicas que conforman el concepto de delito, debe configurarse a partir de las finalidades político-criminales que deben legitimar la intervención punitiva. Pero encuentro altamente paradójico que ello, antes de redundar en una mayor expresividad, enriquecimiento y delimitación de dichas categorías, produzca el efecto de difuminar y diluir algunas de ellas; perdiendo así profundidad y penetración analítica el examen sobre las conductas punibles.

Es evidente que el primer gran juicio de desvalor es la afirmación del injusto penal, esto es, del carácter antijurídico o prohibido de la conducta. Mas, ello no impide distinguir dos secuencias valorativas diversas: la relevancia penal mediante su adecuación al tipo y su confirmación, graduación o negación mediante su confrontación a la hipotética presencia de causas de justificación. Ello, se reconoce incluso desde algunas formulaciones de la teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho.⁵³ Otra cosa sería tanto como olvidar la diferencia axiológica entre una conducta atípica, esto es, penalmente irrelevante, y una conducta típica pero justificada, esto es, penalmente relevante en la medida en que se lesiona o pone en peligro un bien jurídico, pero autorizada.

Pues bien, a mi juicio, *este es precisamente el punto débil de la solución de la tentativa: afirmar sin más que la presencia de los presupuestos objetivos de justificación hace desaparecer el desvalor de resultado presente en la perfección típica. Afirmar sin más la identidad valorativa entre el supuesto de querer matar a un hombre sin conseguirlo y el supuesto de matarlo efectivamente, pero desconociendo la presencia de una situación justificante. En definitiva, afirmar sin más la identidad estructural entre la tentativa inidónea y la perfección típica de una conducta realizada inconscientemente bajo los presupuestos objetivos de una causa de justificación.*⁵⁴

¿Quiere esto decir que la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación carece de relevancia en la configuración del injusto? Rotundamente no. Sencillamente, lo que ocurre es que la constatación de la presencia objetiva de intereses que positivamente pretenden contrarrestar la carga negativa de la desvaloración típica, no puede modificar el hecho de que se ha dado un resultado típico, o, en otros términos, que se ha producido una lesión de bienes jurídico-penales. Mas, en la antijuricidad, la presencia imperfecta —en la medida en que está ausente el elemento subjeti-

53. Así, MIR PUIG, *PG*, p. 130.

54. Reconoce la imposibilidad de una identidad estructural, y aboga por la aplicación del castigo de la tentativa en la medida que la ausencia de regulación expresa, y para evitar consecuencias sistemáticas desajustadas, aconseja juzgar el comportamiento sin tener en consideración el resultado, JAKOBS, *AT*, p. 361.

vo— de una causa de justificación puede modificar, y de hecho así lo hace, la gravedad del injusto cometido. Con esto, además, respondemos a la tesis de la consumación. Pues, tan incorrecto es entender que lo objetivo justificante hace desaparecer la efectiva lesión del bien jurídico —o quizás mejor su desvalor—, como negarle un papel en la graduación del injusto.⁵⁵

Por último, no parece prudente pronunciarse sobre diferentes alternativas de solución sin confrontarlas con el ordenamiento positivo español. En este sentido, la regulación de la tentativa en nuestro Código penal plantea serios inconvenientes a la tesis de la tentativa inidónea, cuando menos, a la que propugna su aplicación directa.⁵⁶ En efecto, entre los elementos que definen la frustración en el art. 3 CP, destaca la no producción del delito, cuestión difícilmente sostenible cuando ello está condicionado a la presencia, también, de la parte subjetiva de la justificación. Del mismo modo, el art. 52 se refiere a la tentativa imposible como «imposibilidad de ejecución o producción del delito».⁵⁷

Pese a ello, no dejan de existir intentos de superar los inconvenientes derivados de la interpretación de los términos legales apuntados. Así, RODRIGUEZ MOURULLO, desvinculando la tentativa imposible del art. 52 CP, de la definición general de las formas imperfectas del art. 3 CP, afirma que: «... además de las normas relativas al delito consumado y a la tentativa (y frustración), concebida como ejecución material incompleta del tipo de delito consumado, contamos con una regla específica dedicada a los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito (art. 52, párr. 2.º, del Código penal), que extiende el ámbito de lo típico a casos no comprendidos en la tentativa real definida en el art. 3.º. Esta específica disposición legal permite considerar los supuestos a que nos venimos refiriendo como casos de «imposibilidad de producción del delito», castigados a tenor del párrafo 2.º del art. 52, con la misma pena de la tentativa.»⁵⁸

A mi juicio, no se puede compartir la anterior argumentación. Pues, amén de dar por demostrado lo que se pretende demostrar, la no producción del delito, interpretar la tentativa imposible (art. 52) de manera autónoma e independiente a la definición general de la tentativa (art. 3), significa soltar amarras en favor de una punición generalizada de la inidoneidad

55. A la trascendencia de la constatación de los presupuestos objetivos de justificación en la graduación del injusto dedicamos, íntegramente, el próximo capítulo.

56. En este sentido, por tanto, entiendo que el mero dato formal de la punición en nuestro derecho positivo de la tentativa inidónea no puede suponer, cabalmente, todavía ningún argumento para defender su aplicabilidad a las constelaciones que nos ocupan; tal y como parece defender SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos...*, cit., p. 94.

57. Sobre ello, véase, MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 457.

58. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Consideraciones...*, cit., p. 519.

delictiva. Pues, la única forma de someter la relevancia penal de las conductas al límite garantista infranqueable de la constatación, cuando menos, de cierta peligrosidad objetiva para los bienes jurídicos, es condicionar la punición de la imposibilidad de producción o ejecución del delito a la práctica de hechos exteriores encaminados directamente a su producción, esto es, hacer partícipe a la tentativa inidónea punible de los requisitos generales que fundamentan el castigo de las fases imperfectas de ejecución del delito.⁵⁹

Desde otra perspectiva, también SILVA SÁNCHEZ entiende aplicable en nuestro derecho la solución de la tentativa directamente. A su juicio, el delito que debe estar ausente en las constelaciones de la tentativa es el consumado, y a él se refiere el art. 3.º CP, pues es evidente que de otra forma siempre habrá delito; entendido éste como la infracción de «... una norma penal imperativa con una conducta que pone en peligro relevante un bien jurídico en forma no justificada.»⁶⁰ Pues bien, tal delito (el consumado), «... falta no sólo por la no producción del resultado lesivo del bien jurídico, sino también por la concurrencia *ex post* de una situación objetiva de justificación: tal concurrencia sería algo así como un presupuesto objetivo de no punibilidad de la conducta o, a la inversa, por expresarlo mejor, la no concurrencia *ex post* de la situación objetiva de justificación será condición objetiva de punibilidad por el delito consumado.»⁶¹

Entiendo que a lo anterior puede responderse de la siguiente forma. Efectivamente, inmersos en la interpretación de los términos legales del art. 3.º CP, éste se refiere a la no producción del delito entendido como perfección típica, esto es, con el resultado de lesión del bien jurídico. Sería absurdo entender que se refiere a otra cosa, es decir, a la inexistencia de injusto, pues ello impediría el sometimiento bajo pena de las formas imperfectas de realización delictiva. Pero lo único que dice el art. 3.º CP es que el injusto de la tentativa se configura, por definición, prescindiendo del resultado típico. Lo que ya no dice, pero sí da por supuesto el autor que nos ocupa, es que la perfección típica, esto es, la presencia de lo que denomina delito (consumado) el referido precepto, acompañada de los presupuestos objetivos de una causa de justificación supone la negación de lo que ya se ha afirmado. Estructuralmente, por tanto, no nos encontramos ante la misma hipótesis: o no hay resultado típico, y entonces la conducta es subsumible en el art. 3.º CP, o hay resultado

59. En este sentido, como exigencia del principio de ofensividad, se pronuncia GONZÁLEZ CUSSAC, «Principio de ofensividad aplicación del derecho y reforma penal», en *PJ*, n.º 28, pp. 19 y ss.

60. SILVA SÁNCHEZ, *Recensión...*, cit., p. 547.

61. *Ibidem*.

típico, y entonces podrá afirmarse que otras consideraciones, por ejemplo la presencia de una situación justificante, supone que normativamente nos encontremos ante un injusto parangonable al de la tentativa, pero no desde luego que la situación es la definida en el precepto legal aludido.⁶²

III. AUSENCIA DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN Y DISMINUCIÓN DE INJUSTO: LA JUSTIFICACIÓN INCOMPLETA

La argumentación desarrollada en la investigación hasta este momento, ha puesto de relieve las dificultades que supondría admitir una de las soluciones mayoritariamente ofrecidas (impunidad, consumación y tentativa inidónea) para calificar jurídico-penalmente la actuación de un sujeto en desconocimiento de la situación justificante, pero inmerso en la cobertura objetiva de una norma de autorización. Mas, de la misma también se habrá deducido que, a mi juicio, la presencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no puede dejar indiferente al injusto cometido. Las páginas que siguen, por tanto, estarán dedicadas a fundamentar la solución que estimo correcta.

A mi entender, una vez alcanzada la perfección de la conducta típica, la única figura capaz de graduar lo injusto del hecho es la justificación incompleta. Esta propuesta, como intentaré demostrar, permitirá no violentar la coherencia del sistema y, a la vez, tomar en consideración toda la complejidad de la conducta; definida no sólo por la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico-penal, sino también por su capacidad para salvaguardar otros valores o intereses considerados, en la situación concreta, como preponderantes.

Como es sabido, nuestro Código penal recoge en el art. 9.1.^o como atenuantes especialmente cualificadas a las eximentes incompletas.⁶³ Esto es, a las eximentes del artículo anterior, «... cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.» El trato punitivo dispensado, también conocido, es la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiéndose imponer, a su vez, en el grado que los tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren (art. 66 CP).⁶⁴

62. Tal argumentación es válida, evidentemente, para rechazar también la propuesta de punición por tentativa inidónea directa (ex. art. 52 CP) realizada por SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos...*, cit., pp. 97-98.

63. Extensamente, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966.

64. Sobre los problemas de determinación de la pena, véase, LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, 3.^a ed., Valencia, 1990, pp. 70-74; FELIP I SABORIT, «La incompatibilidad del artículo 61 del Código penal con las penalidades compuestas de penas facultativas correlativas», *ADPCP*, 1990, pp. 999 y ss.

En consecuencia, la constatación no plena de una causa de justificación permite su apreciación como incompleta con el trato punitivo antes destacado. La menor gravedad del castigo, como creo haber demostrado en otro lugar,⁶⁵ obedece a una disminución del contenido de injusto. En realidad, ello no supone excepción alguna a la necesaria vinculación material de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a los elementos correspondientes de la infracción penal.⁶⁶ En cualquier caso, si bien con respecto a otras circunstancias se ha puesto en duda tal vinculación, abogando por una explicación político-criminal de la determinación de la pena,⁶⁷ cuando de eximentes incompletas se trata parece que su naturaleza no debe diferir de la de su principal. Ciertamente, si la explicación de las causas que eximen de responsabilidad criminal se fundamenta en la exclusión del injusto o de la culpabilidad, su apreciación incompleta podrá permitir la aplicación de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, en la medida en que se constate una disminución de la intensidad de la desvalorización de la conducta, o del reproche de culpabilidad por el hecho cometido. En conclusión, la falta de un elemento requerido por una causa de justificación permitirá su apreciación como incompleta, en la medida en que ello disminuye la gravedad del injusto, y sólo en este supuesto.

Todo ello, supone el reconocimiento positivo por nuestro Código penal de la posibilidad de graduación del injusto⁶⁸ en sede de antijuricidad, esto es, en un momento posterior a la constatación de la perfección típica de la conducta. Conviene, sin embargo, recordar el fundamento dogmático de tal apreciación. Pues, no faltan autores que, o bien entienden simple y llanamente que la justificación incompleta afecta siempre y en todo caso a la culpabilidad,⁶⁹ o bien, aún reconociendo la disminución de injusto existente, repercuten sus efectos sobre la graduación de la culpabilidad; en la medida en que ésta es culpabilidad por el hecho cometido, una disminución de injusto supone a la

65. VALLE MUNIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», en *ADPCP*, 1992, *passim*.

66. En este sentido, ya DIEZ RIPOLLÉS, «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español», *ADPCP*, pp. 597 y ss.; ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, p. 206.

67. En este sentido, QUINTERO OLIVARES, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, n.º 4, 1978, pp. 65 y ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pp. 143 y ss.

68. La naturaleza graduable del injusto ya fue destacada en la doctrina alemana por, KERN, «Grade der Rechtswidrigkeit», *ZStW*, 1952, pp. 260-262; NOLL, «Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht», *ZStW*, 1956, pp. 181-182; id. «Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung», *ZStW*, 1965; LENCKNER, «Der Rechtfertigende Notstand», *J.C.B. Mohr*, 1965, pp. 32-34; entre otros.

69. Véase, en nuestra doctrina, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 2.ª ed., Valencia, 1989, p. 94; id. «Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias», en *La Ley*, 6 de Febrero de 1991, p. 10.

vez una disminución de la culpabilidad. Sin olvidar, también, otras propuestas dogmáticas que ubican las constelaciones que nos ocupan en una categoría dogmática diversa. Piénsese en determinadas propuestas de la doctrina alemana, como las del ámbito libre de regulación jurídica,⁷⁰ la responsabilidad por el hecho,⁷¹ la configuración de causas propias de exclusión del injusto penal,⁷² o la responsabilidad.⁷³

Así, la fundamentación del injusto penal, o si se quiere la constatación del primer gran juicio de desvalor que se proyecta sobre la conducta, deberá mostrar un doble filtro valorativo. En primer lugar, la adecuación al tipo del comportamiento muestra la relevancia penal de la conducta a través de los elementos de merecimiento y necesidad de pena. Con ello, ya se resuelve un primer y abstracto conflicto de intereses: entre aquellos que fundamentan una necesaria protección preventiva de determinados bienes jurídicos, y aquellos que exigen la ineludible reducción al mínimo necesario de los costes afflictivos de dicha tutela jurídica. El injusto típico, por tanto, supone un ataque especialmente grave a un bien jurídico notablemente apreciado. El tipo configura e identifica la conducta como penalmente relevante.

Ahora bien, la capacidad expresiva de la tipicidad se agota, precisamente, en esto: mostrar la relevancia penal de la conducta, pues se detecta una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal. Por ello, en segundo lugar, la afirmación del injusto penal requiere que esa desvaloración típica se vea confirmada en un contexto axiológico mucho más amplio. En este segundo estadio al que solemos denominar antijuricidad, la conducta ya penalmente relevante es sometida a la confrontación de otros intereses y valoraciones provenientes de la totalidad del ordenamiento jurídico, aportados, claro está, por las causas de justificación. Sólo cuando la carga negativa del tipo no es compensada por las aportaciones positivas de una causa de justificación podrá emitirse un juicio definitivo de desvalor sobre la conducta.

Puede afirmarse, en terminología de DIEZ RIPOLLÉS, que: «La ausencia de la concurrencia plena de las causas de justificación hace que el injusto específico se convierta en injusto penal genérico. Por más que ello en un principio viene simplemente a suponer que, tras la confrontación de la conducta especí-

70. Así, KAUFMANN, Arthur, «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung», *Maurach-FS*, 1972, pp. 327 y ss.

71. Sobre esta categoría MAURACH, *Schuld und Verantwortung*, 1948; en nuestra doctrina, BACIGALUPO, «Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad», en *La Ley*, 23 de diciembre de 1986, pp. 1 y ss., id., «Unrechtsminderung und Tatverantwortung», *Kaufmann-GS*, 1989, pp. 459 y ss.

72. Esta nueva categoría se debe a GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1983.

73. Formulada ya en ROXIN, *Política criminal...*, cit., *passim*; de especial interés, también del mismo autor, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981.

ficamente injusta con un contexto fáctico y valorativo más amplio, su contenido de injusto ya establecido en el tipo sigue persistiendo, puede afirmarse que tal proceso ha añadido al injusto específico un contenido valorativo nuevo, el consistente en el mantenimiento de la calificación de la conducta como injusta penal más allá de su individualidad socio-valorativa.»⁷⁴

Mas la antijuricidad, a mi juicio, no se limita a confirmar la persistencia del injusto típico, o a declarar la autorización del comportamiento penalmente relevante por la preponderante apreciación de los intereses aportados por la justificación, sino que en su sede puede apreciarse también una función de graduación del injusto penal.⁷⁵ Función que recae, lógicamente, sobre la apreciación incompleta de las causas de justificación. En otros términos, las causas de justificación afirman la licitud de la conducta en la medida en que el ordenamiento jurídico valora como preponderantes los intereses que a su amparo se tutelan, frente a la realización de un hecho típico. Su forma incompleta, entonces, dentro del mismo juicio de antijuricidad disminuye el desvalor del injusto típico, precisamente porque se aprecian argumentos justificantes, desde luego insuficientes para declarar la licitud de la conducta, pero claramente idóneos para proceder a su graduación valorativa. Lógicamente, esta graduación del desvalor del injusto típico que se produce en el seno del juicio de antijuricidad, es el presupuesto material de la reducción de pena en uno o dos grados prevista en el art. 66 del Código penal.

Todo ello, permite proceder a un análisis secuencial y ordenado de los elementos de la infracción penal. De modo que se respete la clara delimitación sistemática de los contenidos de cada categoría, impidiéndose así maniobras de intercambio entre unas y otras.⁷⁶ Esto es, la neutralización sólo parcial de la desvaloración típica a través de una causa de justificación incompleta no modifica la estructura típica ya constatada. Su función reside en graduar la gravedad del injusto penal en sede de antijuricidad. Por ello, si como pretendo demostrar, la ausencia del elemento subjetivo de una causa de justificación no elimina totalmente la presencia de argumentos justificantes, lo correcto dogmáticamente será apreciar una disminución del injusto del hecho, pero no suplantar una estructura típica de consumación por otra de tentativa inidónea. Evidentemente, esto descarta también las otras soluciones propuestas. La de la impunidad, porque olvida la persistencia de la desvaloración típica en la medida en que la justificación no ha sido capaz de

74. DIEZ RIPOLLÉS, «La categoría de la antijuricidad en Derecho penal», *ADPCP*, 1991, p. 761.

75. Claramente, en este sentido, DIEZ RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad...*, cit., pp. 762-763.

76. DIEZ RIPOLLÉS, ob. cit., p. 759.

proceder a su total neutralización. Y la del castigo por delito doloso consumado, porque desprecia la presencia de argumentos justificantes (la afirmación de los presupuestos objetivos de una causa de justificación), insuficientes para enervar la carga negativa presente en el tipo, pero adecuados, en la medida en que aportan intereses y valoraciones positivas, para proceder a su graduación.

Sin embargo, en honor a la verdad, con ello todavía no se han superado todos los escollos que se interponen a la solución de la justificación incompleta para los supuestos de actuación en desconocimiento de la situación justificante. Como es sabido, hace ya algunos años que el profesor MIR viene proponiendo para el Derecho español tal solución. A su juicio: «Si el elemento subjetivo de justificación (entendido como mero conocer y querer la situación de justificación) cuenta entre los de las eximentes, y su falta no hace desaparecer toda base de éstas, sino sólo una parte (la correspondiente al desvalor de la acción), será formalmente posible y materialmente correcto optar por la vía inmediata del art. 9.1.º.»⁷⁷ En otros términos, siempre a juicio del autor citado: «El hecho no está justificado en cuanto concurre el desvalor de la acción propio de su peligrosidad *ex ante* (peligro de una situación objetivamente indeseable), pero deberá atenuarse la *pena* por faltar el *desvalor del resultado* (que no afecta a lo injusto del hecho, pero sí a su punibilidad).»⁷⁸

La propuesta ha sido mayoritariamente rechazada debido, básicamente, a la esencialidad del elemento subjetivo de justificación.⁷⁹ Esto es, admitido mayoritariamente que la eximente incompleta sólo procede cuando, presentes los requisitos esenciales de la eximente, falta alguno de los accidentales, la ausencia del elemento subjetivo para aquellos autores que lo estiman exigible en todas las causas de justificación, les impediría la apreciación no plena de la circunstancia, dado el valor esencial que se entiende le atribuyen.

La argumentación, sin embargo, es excesivamente simple. En primer lugar, porque la asignación de una naturaleza esencial o accidental a los distintos elementos adolece de la profundidad necesaria. Desde un punto de vista material, por tanto, se da por probado lo que precisamente debe demostrarse: la esencialidad del elemento subjetivo, o, en otros términos, la ausencia de fundamentos justificantes, aún cuando insuficientes, en el supuesto de ausencia de elementos subjetivos. En segundo lugar, porque la apreciación de la

77. MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 457.

78. MIR PUIG, *PG*, pp. 451-452.

79. Véase, MAQUEDA ABREU, *Los elementos subjetivos...*, cit., pp. 1.105-1.106. En idéntico sentido, SANZ MORÁN, *Elementos subjetivos...*, cit., pp. 87 y ss.

forma incompleta de la eximente a partir de la previa categorización de sus elementos como esenciales o accidentales dista mucho de ser cierta. Así, como he podido demostrar en otro lugar, «... tanto doctrina como jurisprudencia no tienen reparos para acudir a la eximente incompleta ante hipótesis que carecen de los presupuestos materiales configuradores de algún requisito esencial. En este sentido, la falta de inminencia del peligro o la no concurrencia de la necesidad de la acción realizada por existir medios menos gravosos, cuestionaría la presencia del requisito esencial de la situación de necesidad de la eximente recogida en el art. 8.7.º del CP. Pese a ello, la afirmación de la justificación incompleta es postura mayoritaria.»⁸⁰

En tercer lugar, y en definitiva, lo que ocurre es que el fundamento de la justificación no reside en una suerte de contrapartidas específicas al desvalor de acción y al desvalor de resultado, sino que responde a criterios valorativos y político-criminales que dotan de coherencia interna a todo el ordenamiento jurídico. Por ello, el fundamento de la justificación incompleta no debe verse buscando siempre un correlato a la supresión o disminución del desvalor de la acción o del resultado, sino en la presencia de la esencia justificante de la conducta, esto es, en la presencia insuficiente de intereses preponderantes. Lo realmente importante, en consecuencia, es que la situación fáctica muestre que la conducta típica contiene también posibilidades de salvación positivamente valoradas por el Derecho, aún cuando imposibles de ser apreciadas en su totalidad, precisamente, por no estar abarcadas por el conocimiento del sujeto.

Así pues, la propuesta del profesor MIR, por lo que respecta a esta primera objeción, sigue siendo perfectamente válida. A mi juicio, sin embargo, su argumentación no puede ser plenamente compartida. Y ello, porque supone una alteración de la naturaleza de la justificación incompleta cuando de ausencia de elemento subjetivo se trata. En efecto, MIR entiende que las eximentes deben distinguirse basándose en su efecto justificante o exculpante. A su vez, sostiene que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y con mayor rigor lógicamente las eximentes incompletas, deben mantener la coherencia con el tratamiento doctrinal de las eximentes. Esto es, deben distinguirse claramente las que afectan al injusto y las que afectan a la culpabilidad.⁸¹ Ello es coherente con lo mantenido en este trabajo, en el sentido de que la justificación incompleta debe repercutir sus efectos en el seno del juicio de antijuricidad, sencillamente graduando la gravedad del injusto penal.

80. VALLE MUÑIZ, *Fundamento...*, cit., pp. 564 y 587 y ss.

81. MIR PUIG, *PG*, pp. 684-685.

Sin embargo, este autor quiebra la naturaleza de la justificación incompleta, desplazándola a la categoría de la punibilidad, cuando propone su apreciación por ausencia de desvalor de resultado en los supuestos de desconocimiento de la situación justificante. En la medida en que para él el desvalor de resultado no afecta al injusto, sino que solamente condiciona la punibilidad del hecho, su ausencia (la del desvalor de resultado) podrá exigir una menor penalidad, pero nunca una justificación incompleta fundamentada en la disminución de la gravedad del injusto. Es evidente que, con ello, mantiene la coherencia en su sistema entre la fundamentación y la exclusión del injusto, pues siempre y en todo caso la valoración sobre el resultado se desplaza al ámbito de la punibilidad. El coste sistemático aparece, sin embargo, a mi juicio, cuando mantiene en el ámbito de la antijuricidad la justificación incompleta derivada de la ausencia de cualquier elemento accidental de la eximente, tanto por excesos dolosos como imprudentes en su realización, pero a la vez desplaza a la punibilidad la explicación de la reducción de pena por justificación incompleta cuando se trata de ausencia de elementos subjetivos de justificación.

Entiendo que la justificación incompleta no es más que el resultado de una deficiente ponderación de intereses. En el sentido de que los aportados por la justificación no logran contrarrestar totalmente los presentes en el injusto típico. Lo coherente, por tanto, es proyectar los efectos de la justificación incompleta a la esfera de la antijuricidad, graduando de esta forma la gravedad de un injusto que ha sido sometido en este momento a todo el juego de intereses y contraintereses que configuran su confirmación como injusto penal. Este, no es sólo, como sabemos, fruto de la desvaloración típica de la conducta, sino también fruto del resultado de un juicio axiológico más amplio, donde de la mano de las causas de justificación penetran todos los intereses positivamente valorados por el ordenamiento jurídico. Ello, evidentemente, no deja indiferente al injusto típico: una valoración preponderante supondrá la autorización de la conducta; la ausencia de intereses positivos supondrá la confirmación del injusto penal; finalmente, la presencia insuficiente de valoraciones positivas graduará su gravedad, lo que es perfectamente posible en nuestro Derecho, y a diferencia de todos los demás, por el reconocimiento positivo de la figura de la exención incompleta.

En conclusión, *se defiende la aplicación de la justificación incompleta para los supuestos de actuación en desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación*. La solución me parece materialmente adecuada, en la medida en que permite dotar de trascendencia en la determinación de la pena a la presencia de la justificación objetiva. Y me parece, también, dogmáticamente correcta, en la medida en que no provoca un corrimien-

to de los contenidos de las diferentes categorías que conforman la infracción penal. Lo contrario, modificar la estructura típica (manteniendo la tesis de la tentativa) mediante la consideración de elementos que provienen de la antijuridicidad (justificación), me parece un retroceso en la labor de estudio analítico y delimitación del concepto jurídico-penal de delito.

Como habrá apreciado el lector, son muchas las ideas que este trabajo debe al gran maestro de penalistas Prof. Dr. Claus ROXIN. Esta investigación supone, por tanto, mi reconocimiento y gratitud a su persona.

ÍNDICE

NOTA PREVIA	9
ABREVIATURAS	11
I. INTRODUCCIÓN	15
1. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, por <i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	17
2. <i>Laudatio</i> , por <i>Santiago Mir Puig</i>	31
3. Contestación, por <i>Claus Roxin</i>	35
II. LOS FUNDAMENTOS	39
1. La actual discusión sobre las finalidades de la pena, por <i>Wilfried Bottke</i>	41
2. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena, por <i>Mercedes Pérez Manzano</i>	73
3. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva, por <i>Bernd Schünemann</i>	89
4. Problemas político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema internacional de Derecho penal, por <i>Jürgen Wolter</i>	101
5. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujo iliberales, por <i>Sergio Moccia</i>	113
III. ASPECTOS DE UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL	143
1. Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto alternativo de reparación, por <i>Joan J. Queralt</i>	145
2. La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro, por <i>Javier De Vicente Remesal</i>	173

3. Pena y proceso: fines comunes y fines específicos, por <i>Teresa Armenta Deu</i>	207
 IV. LA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL 231	
1. La concreción del «riesgo jurídicamente relevante», por <i>Andrea Castaldo</i>	233
2. <i>Actio illicita in causa</i> y provocación en las causas de justificación, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	243
3. Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad, por <i>José Manuel Gómez Benítez</i>	269
4. La objeción de conciencia en Derecho penal, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	279
5. «Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, por <i>Miguel Díaz Y García Conledo</i>	295
6. Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal, por <i>Margarita Martínez Escamilla</i>	331
7. La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por <i>Antonio Cuerda Rieu</i>	341
 V. COMUNICACIONES 355	
1. Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito, por <i>Francisco Baldó Lavilla</i>	357
2. El consentimiento presunto ante comportamientos realizados en interés propio, por <i>Norberto J. de la Mata</i>	387
3. La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogenéticas, por <i>Pedro J. Montano</i>	407
4. El jurado como vía de participación popular, por <i>Ernesto Pedraz Penalva</i>	425
5. La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del presupuesto objetivo de una causa de justificación, por <i>José Manuel Valle Muñiz</i>	439

