

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO LI

MCMXCVIII



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

## Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

## Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

## Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR G.<sup>2</sup>  
Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

## Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

## Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO  
Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

## Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA  
Catedrático Emérito de Derecho penal de la  
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

JAVIER BOIX REIG  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia

JUAN BUSTOS RAMÍREZ  
Profesor Ordinario de Derecho Penal  
de la Universidad de Chile

BERNARDO FR. CASTRO PÉREZ  
Magistrado Jubilado de la Sala 2.<sup>a</sup> del  
Tribunal Supremo

JOSÉ CEREZO MIR  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

MANUEL COBO DEL ROSAL  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO  
Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CÓRDOBA RODA  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

MANUEL GARCÍA MIGUEL  
Ex Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del  
Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DÍAZ  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCÍA  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Palma de Mallorca

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO  
Ex Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo  
Magistrado del Tribunal Constitucional

JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN  
Catedrático Jubilado de Derecho penal de la  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ  
Catedrático Emérito de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valencia



**ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Cuatrimestral.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados

## ADMINISTRACIÓN

**Ministerio de Justicia**  
(Centro de Publicaciones)  
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID  
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

**Librería del Boletín Oficial del Estado**  
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID  
Tel.: 91 538 21 11  
Fax: 91 538 21 21

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

**TOMO LI  
MCMXCVIII**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**  
Boletín Oficial del Estado

**Madrid, 2001**



---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la  
suscripción en el registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

NIPO (BOE): 007-01-086-3  
NIPO (M. de Justicia): 051-01-016-5  
ISSN: 0210-3001  
Depósito legal: M-126/1958

---

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid. 2000

## SECCIÓN DOCTRINAL

# La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras (\*)

LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad Complutense. Madrid

SUMARIO: I. Cometer delitos con palabras.–II. Usar el lenguaje es una forma particular de obrar: los actos de habla.–III. El pensamiento de J. L. Austin: cómo hacer cosas con las palabras.–IV. Actos locucionarios, actos ilocucionarios y actos perlocucionarios.–V. Searle y la teoría de los actos de habla.–VI. Los actos de habla en el ámbito del Derecho penal.–VII. El acto fonético en la acción de formular una amenaza, de proferir un insulto y de ordenar a otro la comisión de un delito.–VIII. El acto de habla como hecho institucional: la acción de amenazar, de insultar y de ordenar a otro la comisión de un delito y las reglas que gobiernan el uso del lenguaje.–IX. Realización satisfactoria de la acción de insultar, amenazar u ordenar la comisión de un delito: los efectos ilocucionarios.–X. Los efectos perlocucionarios derivados de formular una amenaza, proferir un insulto y ordenar a otro la comisión de un delito.–XI. Conclusiones.

## I. COMETER DELITOS CON PALABRAS

Dentro de la variada forma de manifestarse la conducta criminal hay un conjunto de delitos o de actuaciones delictivas que se llevan a cabo al emitir una expresión verbal. Calumniar o injuriar oralmente, amenazar de palabra, referir como testigo ante un tribunal hechos fal-

---

(\*) El presente artículo se aporta como contribución al Libro en Homenaje del profesor don Angel Torío López (en prensa).

sos, ordenar o aconsejar a otro la comisión de un delito, son sólo algunos de los ejemplos a los que cabe aludir. En cualquiera de estos casos nos encontramos ante la emisión de un determinado enunciado lingüístico susceptible de ser relevante para el Derecho Penal. Pero a diferencia de otro tipo de actos humanos, como pueden ser disparar un arma de fuego, tomar una joya, abofetear a una persona, la actividad que interesa tener en cuenta es específicamente la de proferir unas palabras en unas concretas circunstancias.

Intuitivamente ya se advierte que entre la actuación consistente en clavar una navaja en el cuerpo de una persona, y la de expresar oralmente «Te voy a pegar dos tiros», hay diferencias notables tanto en la forma de exteriorizar la conducta, como en la de producir consecuencias con trascendencia para el Derecho Penal. Mientras en el primer caso la actividad física realizada se encuentra en una relación de causa-efecto con las heridas, y el conjunto se nos muestra como una acción de apuñalar, en el segundo la articulación y emisión de unos sonidos no causan naturalísticamente una amenaza, ni la actividad física observable permite por sí misma determinar qué es lo que el sujeto está haciendo, aparte de producir y emitir unos efectos sonoros.

La cuestión no ha pasado inadvertida a los penalistas, y, por ello, los estudiosos de la teoría de la acción delictiva invariablemente ponen de manifiesto las dificultades que encuentra una concepción naturalística para dar entrada a la conducta relevante en el delito de injurias. Se dice que en un insulto verbal la acción no puede especificarse partiendo de un concepto naturalístico-causal, al modo de «provocación de vibraciones en el aire y de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido» (1) –según la conocida formulación del jurista germano Franz von Liszt–, sino que es preciso atender al significado de las palabras vertidas (2), o a su sentido en cuanto manifestación de desprecio y de quebranto de la pretensión de estima por parte del ofendido (3).

Aparecen así enfrentadas dos posiciones a la hora de analizar la «acción» del delito de injurias verbales: la teoría causal-naturalística,

---

(1) Cfr. Franz VON LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed, Berlín-Leipzig, 1884, p. 107 (tomo la cita de Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, I, trad. D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 239). En ediciones posteriores del *Tratado* de F. VON LISTZ se suprimiría esta expresa referencia a la acción en las injurias.

(2) Cfr. Manuel COBO DEL ROSAL y Tomás S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia, 1990, p. 287.

(3) Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. J. L. Manzanera Samaniego, Granada, 1993, p. 185.



frente a la teoría que toma en consideración el sentido de la expresión vertida. Y cada una por su lado cree encontrar argumentos para poder sostener que el concepto de acción puede ser concebido en todo caso, según unos, como mero proceso causal, porque siempre hay una «conducta humana», es decir, «un movimiento voluntario del aparato oral o de las manos, que, en una mínima interpretación lingüística, denominamos palabra o ademán, y ello con independencia de si se entiende o no el sentido social –injurioso– que los mismos tienen» (4). Por su parte, el otro parecer responde que el suceso físico, como mero fenómeno articulatorio-sonoro y acústico, es insuficiente por sí solo para servir de base y delimitar la «acción» en el delito de injurias, y por ello mismo es necesario atender al sentido de la expresión proferida (5).

El propósito de estas reflexiones es terciar en la polémica de si, en las actividades con relevancia penal que consisten en realizar un enunciado lingüístico (emitir una oración, tenga una o más palabras) (6), es posible operar con un concepto causal-naturalístico de acción, o, por el contrario, es imprescindible introducir referencias a reglas y convenciones (7). Al tiempo, si a través de la conducta verbal se maneja o

---

(4) Cfr. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, I, Madrid, 1996, pp. 259-260.

(5) Recuérdese la crítica que formuló Gustav RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en *Frank-Festgabe I*, Tübingen, 1930 (reimpresión de 1969), p. 161, al poner de relieve que si se intenta concebir la acción de forma naturalista, como movimiento corporal y modificación del mundo externo, en una injuria tan sólo se tendrían en cuenta «una serie de movimientos de la laringe, generación de ondas sonoras, estímulos auditivos y sucesos cerebrales», con lo cual «queda totalmente fuera del concepto así construido lo esencial: el sentido lingüístico y el significado social de la injuria». Cfr., en el mismo sentido, Tomás S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, pp. 108, 118, 129 s. 243. Véase también, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 185; ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, I, pp. 239, 255 ss.

(6) Se debe advertir que algunos términos que utilizaban las gramáticas tradicionales, como palabra, oración, van cediendo el paso a otros, como enunciado, enunciación, preferidos por los estudiosos de la pragmática o de la lingüística del texto; a su vez, el contenido conceptual de éstos no siempre es coincidente en las diferentes escuelas.

(7) La cuestión puede plantearse desde una perspectiva más amplia y para todo tipo de acciones humanas. Cfr., al respecto, VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, pp. 189 ss., 203 ss., 213 ss., donde mantiene una concepción significativa de la acción: «Me propongo, en consecuencia, concebir las acciones como interpretaciones que, según los distintos tipos de reglas sociales, pueden darse al comportamiento humano. Definiré, pues, la acción, no como *sustrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino como *sentido*, que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un *giro copernicano* en la teoría de la acción:

interviene en el mundo alterando el estado de cosas existentes, y si esa intervención es equiparable a la que tiene lugar como consecuencia de otro tipo de actividades humanas, por ejemplo, mediante la presión del dedo en el gatillo que finalmente produce la muerte de un tercero.

La teoría penal sólo de manera secundaria ha dedicado la atención a los actos humanos que se realizan al decir unas determinadas palabras. Sin embargo, es evidente que con las «palabras» también se cometen delitos. De ahí la oportunidad de conocer, en lo que más puede interesar al penalista, la teoría de los actos lingüísticos, actos de lenguaje o *actos de habla*, con el fin de tratar de especificar, de conformidad con criterios generales, las características de la acción en los hechos delictivos que se llevan a cabo en todo o en parte al emitir un enunciado lingüístico.

## II. USAR EL LENGUAJE ES UNA FORMA PARTICULAR DE OBRAR: LOS ACTOS DE HABLA

Punto de partida para iniciar el estudio propuesto es el de considerar que hacer uso del lenguaje supone ejecutar acciones específicas que deben ser diferenciadas del hecho de pronunciar unas palabras. Cuando una persona se dirige a otra y le dice «Cierra esa puerta», no se limita a articular y a emitir unos sonidos, ni a proferir una serie de palabras con un significado más o menos definido, sino que, concurrendo las circunstancias apropiadas, lo que hace es llevar a cabo una acción muy concreta: está dando una orden. Desde esta consideración, hacer uso del lenguaje es tanto como realizar actos de habla, es decir, acciones particulares que en cada caso se ejecutan al emitir un enunciado en determinadas circunstancias.

Esto significa que existe una estrecha relación entre hablar un lenguaje y la teoría general de la acción humana, pues con las palabras no sólo se dicen cosas, sino también se hacen. La teoría de los actos de habla, aunque desde luego toma en cuenta que para emitir cualquier enunciado lingüístico necesariamente hay que realizar una compleja actividad fisiológica (formación y emisión de sonidos que sirven de soporte a la comunicación), no es sin embargo este aspecto físico-corporal, común a toda conducta verbal, el que quiere destacar, sino la

---

ya no es el *sustrato de un sentido* sino, a la inversa, el *sentido de un sustrato*» (p. 205). La influencia que la moderna filosofía del lenguaje tiene en el conjunto de la exposición de VIVES ANTÓN es en todo momento palmaria (pp. 189 ss, 197, 208, 213 ss. 367 ss.).

particular acción que en cada situación concreta practica el hablante: en unas ocasiones estará dando un consejo, en otras formulando una pregunta, o profiriendo una amenaza, o haciendo una promesa, y así sucesivamente. Incluso se ha llegado a sostener, dando un paso más, que la teoría del lenguaje está inserta en la teoría general de la acción. Este es el planteamiento del que arranca John Searle cuando expresa que «una teoría del lenguaje forma parte de una teoría de la acción, simplemente porque hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas» (8).

En resumen, bajo una consideración pragmática, el lenguaje no sólo es un instrumento de comunicación humana, sino que hacer uso de él es una forma de obrar: usar un lenguaje es ejecutar actos de habla, es decir, acciones particulares y concretas. El lenguaje tiene desde esta perspectiva un carácter factual, y la acción que en cada caso de forma específica lleva a cabo el hablante al emitir un enunciado en las condiciones apropiadas es algo diferente y que no debe ser confundido con el hecho de pronunciar unas palabras.

### III. EL PENSAMIENTO DE J. L. AUSTIN: CÓMO HACER COSAS CON LAS PALABRAS

Las aportaciones de la filosofía del lenguaje, fundamentalmente a partir de la formulación del pensamiento de que hablar una lengua es «hacer cosas con palabras», según el conocido lema de John Langshaw Austin (9), pueden suministrar importante ayuda para reflexionar sobre las acciones delictivas que se realizan al enunciar una oración. Con tal fin conviene ahora hacer una breve incursión en el pensamiento de este autor, para luego sacar conclusiones que permitan ofrecer un punto de vista a propósito de la teoría de los actos de habla y su conexión con algunos ámbitos del Derecho Penal.

(8) John SEARLE, *Actos de habla*, 4.ª ed., Madrid, 1994, pp. 26-27.

(9) John Langshaw AUSTIN, *Cómo hacer cosas con palabras*. Palabras y acciones, 4.ª reimpresión, Barcelona, 1996, pp. 44 ss., 53 ss., Coetáneamente a los atisbos de J. L. Austin, pero al parecer sin vinculación recíproca, Ludwig WITTGENSTEIN (*Los cuadernos azul y marrón*, Madrid, 1968; Investigaciones filosóficas, Barcelona, 1988) formulaba el planteamiento según el cual los hablantes utilizan las palabras para intervenir en «juegos de lenguaje» en donde «el significado es el uso». Con ello se estaba apartando de su primer planteamiento (el del *Tractatus*), alentador de las tesis del positivismo lógico en materia de lenguaje, y propugnando un parecer próximo a la investigación de Austin sobre los actos ilocucionarios y, en gran medida, concordante con el posterior desarrollo de algunos aspectos de la pragmática.



J. L. Austin inicialmente partió de la comprobación de que ciertos enunciados lingüísticos, a los que llamó *performativos* (realizativos), forman una clase especial frente a los que denominó *constatativos*. Mientras los enunciados constatativos describen, transmiten información o registran estados de cosas, y por ello son susceptibles de ser evaluados en términos de veracidad o falsedad, las expresiones realizativas no describirían ni registrarían nada –ni tampoco estarían carentes de sentido–, sino que lo característico de ellas es que pueden salir bien o mal, es decir, pueden resultar afortunadas o desafortunadas al estar vinculadas con la realización de determinados actos convencionales o ritualizados (10). De tal modo Austin estaba echando por tierra dos ideas muy extendidas entre los filósofos, favorecidas por el positivismo lógico: una era que con el lenguaje sólo se describen estados de cosas (*falacia descriptiva*), y otra que para que un enunciado no fuera un *sinsentido*, en principio tenía que ser susceptible de ser verificado, es decir, su veracidad o falsedad debía ser probada. Frente a ello Austin advirtió que en ciertos supuestos tales principios no se daban, y, además, que al emitir determinados enunciados el hablante estaba ejecutando una acción concreta y diferente del hecho de decir ciertas palabras –cuestión que los lingüistas no ignoraban–, lo que sonó como un aldabonazo en la historia de la filosofía del lenguaje, y a partir de ahí se abrió un campo de reflexión no suficientemente explorado: el carácter factual del lenguaje.

J. L. Austin llamó la atención de que si al emitir un enunciado se utiliza un verbo realizativo (performativo) explícito, formulado en primera persona del presente de indicativo, como sucede al decir «Sí, juro» (desempeñar fielmente el cargo), «Lego el reloj a mi hermano», «Te apuesto cien peniques a que mañana va a llover», «Bautizo este barco con el nombre de *Queen Elizabeth*», el hablante no está registrando un estado de cosas, ni informando de algo o describiendo una acción, sino que la persona que pronuncia esas palabras está realizando una acción muy concreta en cada caso: la acción consistente en jurar el cargo, legar, apostar y bautizar un barco (11). Y de igual modo, no cabe afirmar que estemos ante enunciados que sean verdaderos o falsos –ni tampoco ante *sinsentidos*–, sino que según quién sea la persona que los profiera, y en función del resto de las circunstancias, el hablante estará haciendo algo que puede salir bien o mal.

---

(10) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 41 ss. La palabra realizativo «indica que emitir la expresión es realizar una acción y que ésta no se concibe normalmente como el mero decir algo» (p. 47).

(11) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 46-52.

Será satisfactoria o afortunada la acción (de jurar, legar, apostar, bautizar), si existe un procedimiento convencional aceptado, que posea cierto efecto convencional. Este procedimiento debe incluir la emisión de ciertas palabras por parte de determinadas personas y en unas concretas circunstancias. En su caso, las personas y circunstancias particulares deben ser las apropiadas en el correspondiente procedimiento. Éste debe llevarse a cabo por todos los participantes de forma correcta, y se han de dar todos sus pasos. En aquellos supuestos en que el procedimiento requiera que los participantes tengan ciertos pensamientos o sentimientos, o esté dirigido a que sobrevenga cierta conducta por parte de alguno de los intervinientes, los partícipes deben tener tales pensamientos o sentimientos, o deben estar animados por el propósito de conducirse de manera adecuada; por último, los participantes deben comportarse efectivamente de la manera precisada en cada ocasión (12).

El incumplimiento de alguna de las condiciones origina un fallo («infortunio») de diferente clase: en unos casos se los denomina *desaciertos* (lo que da lugar a un acto intentado pero nulo), por mala apelación al procedimiento (acto no autorizado, mala aplicación), o por mala ejecución del procedimiento (acto afectado, actos viciados, actos inconclusos). En otros supuestos se los califica de abusos (acto pretendido, pero «hueco» por carecer del contenido necesario), actos insinceros (aconsejar algo insinceramente), incumplimientos (prometer sin intención de cumplir); en tales casos, el acto se realiza, pero de forma «abusiva» (13).

---

(12) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, p. 56.

(13) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 55 ss., 81 ss. La cuestión supera el propósito de estas reflexiones, pero admite un desarrollo comparado con lo que sucede en diferentes ámbitos jurídicos, y guarda correspondencia con la teoría de los actos nulos, anulables, defectos de forma, entre otros, y, en el campo específico del Derecho penal, con la teoría de la tentativa inidónea, tentativa inacabada, tentativa acabada, consumación, terminación o agotamiento del delito, inadecuación para ser sujeto activo o autor en los delitos comunes y especiales, y así sucesivamente. En la obra de Austin se destaca en reiteradas ocasiones que en el mundo del derecho es evidente que con las palabras no sólo se dice algo, sino «se hacen cosas», y, por ello, muchos de los «actos de los que se ocupan los juristas son o incluyen la emisión de realizativos o, por lo menos, son o incluyen la realización de algunos procedimientos convencionales» (p. 60). Así, se refiere a que en ciertos instrumentos jurídicos, como sucede en los contratos, se diferencia entre el aspecto meramente expositivo, en el que se relatan las circunstancias en que se lleva a cabo, del que propiamente tiene un carácter «operativo», lo que supone que las partes hacen algo (venden, compran, entregan, reciben, se comprometen, etc.) (p. 48); o, en relación con los testigos de referencia, cita que en el derecho procesal norteamericano se admite como prueba de primera mano la referencia a lo dicho por otra

#### IV. ACTOS LOCUCIONARIOS, ACTOS ILOCUCIONARIOS Y ACTOS PERLOCUCIONARIOS

A partir de estas observaciones, derivadas de lo que sucede con el lenguaje ordinario –que si no tiene la última palabra, al menos sí es la primera (14)–, inicialmente J. L. Austin reservó para los performativos su parecer de que con la emisión de un enunciado se realizan acciones específicas, aunque finalmente se decantó por una teoría general de los *actos ilocucionarios*, aplicable en principio a todo tipo de enunciados, sean realizativos o constatativos. Con ello estaba sugiriendo que en los enunciados constatativos el hablante no se limita a describir un estado de cosas (susceptible, en su caso, de verificación), sino que al tiempo ejecuta una acción específica y diferente del hecho de proferir unas palabras (15). En unos casos el enunciado hace explícita la acción que se realiza, y en otros, sólo apelando a las convenciones que rigen el uso del lenguaje, se pone de manifiesto cuál es la concreta acción que efectúa el hablante.

En definitiva, la tesis central de la teoría de J. L. Austin es que con las palabras no sólo se dice algo, sino que también se hacen cosas, lo que requiere diferenciar tres clases de actos al emitir un enunciado lingüístico: a) el *acto locucionario*, esto es, el acto que se realiza por el mero hecho de decir algo, el cual posee significado; b) el *acto ilocucionario*, que es el acto que se lleva a cabo al decir algo, el cual posee fuerza; y c) el *acto perlocucionario*, consistente en el acto que se efectúa porque se dice algo, cuya propiedad es que produce efectos (16).

El *acto locucionario* tiene una composición compleja, y, por ello, en la actividad consistente en decir algo deben distinguirse tres tipos de actos a su vez: la emisión de determinados sonidos (*acto fonético*); pertenecientes a un vocabulario –palabras– y adecuados u organizados según un determinado sistema gramatical (*acto fático*); y, final-

---

persona, siempre que ésta hubiera utilizado una expresión de tipo realizativo, en cuyo caso tiene el valor de lo que esa persona hizo y no meramente dijo (p. 54); o en la clasificación de los verbos realizativos incluye, como una modalidad característica, los «judicativos», tales como absolver, condenar, juzgar, considerar, interpretar, estimar, etc. (p. 206).

(14) John Langshaw AUSTIN, *Ensayos filosóficos*, Madrid, 1989, p. 177. «Ciertamente, pues, el lenguaje ordinario no es la última palabra: en principio, en todo lugar puede ser complementado, mejorado y suplantado. Pero, recordemos, es la primera palabra»

(15) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 111 ss., 195 ss.

(16) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, p. 166.



mente, con un sentido y referencia más o menos definidos (*acto rético*) (17).

Austin insiste –porque ése es el principal aporte de su teoría– en que debe diferenciarse el *significado* del enunciado, de la *fuerza ilocucionaria* que posee (18). Así, al analizar un enunciado podemos coincidir en cuáles fueron las palabras pronunciadas («Luis, atente a las consecuencias»), y también estar de acuerdo en el sentido que tienen (sabemos lo que significa esa forma verbal «atente» y lo que significa «a las consecuencias»), y cuáles son las realidades a que se hizo referencia («Luis»), y, no obstante, ignorar si se estaba formulando una orden, o haciendo una amenaza, o dando un consejo o realizando una advertencia. Por tanto, el significado (sentido y referencia) más o menos definido forma parte del acto locucionario, y debe ser diferenciado de la fuerza ilocucionaria que la emisión de un enunciado posee, que es una característica del acto que se examina a continuación.

El *acto ilocucionario* es el que se efectúa al decir algo, «como cosa diferente de realizar el acto *de* decir algo» (19). El acto ilocucionario se lleva a cabo al ejecutar un acto locucionario debido a la *fuerza que convencionalmente* aparece asociada a la emisión de una locución en determinadas circunstancias o contextos. Ello supone determinar la manera en que se usa la locución. Pero el acto ilocucionario, si bien requiere realizar un acto locucionario, no es una consecuencia de éste; es decir, que la fuerza ilocucionaria de un determinado enunciado, con independencia de que se haya o no empleado un realizativo explícito, no es una consecuencia física, ni de otro tipo, derivada del acto fónico, ni tampoco de las palabras pronunciadas, ni de su significado (sentido, referencia), sino de las *convenciones que rigen el uso del lenguaje*. «Lo que introducimos mediante el uso de la terminología de la locución –escribe J. L. Austin– no es una referencia a las consecuencias de la locución (por lo menos en ningún sentido ordinario de “consecuencias”), sino una referencia a las convenciones de la fuerza ilocucionaria en cuanto gravitan sobre las circunstancias especiales de la ocasión en que la expresión es emitida» (20).

---

(17) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 137 y especialmente 138-139. SEARLE, por su parte, no acepta la distinción entre acto locucionario y acto ilocucionario (*Actos de habla*, p. 32, nota 1), si bien admite que el acto de habla completo incluye actos de emisión, actos proposicionales y actos ilocucionarios.

(18) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 137, 144, 160, nota 11.

(19) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 142 ss. (p. 144).

(20) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, p. 160. «[...]tenemos que evitar la idea[...] de que el acto ilocucionario es una *consecuencia* del acto locucionario[...]. Aunque

Por ello, al realizar el mismo acto locucionario (acto de decir algo) es posible que se lleven a cabo acciones distintas (distintos actos ilocucionarios), debido a la diferente fuerza ilocucionaria que la emisión del enunciado tiene. Quien dice a otro «Ten cuidado con lo que haces», en un determinado contexto convencionalmente puede contar como una acción de amenazar, y en otro como dar un simple consejo. En ambos casos el hablante produce los mismos sonidos, dice las mismas palabras ordenadas de una determinada manera, y éstas tienen un significado más o menos definido (acto locucionario), y, sin embargo, ha realizado acciones totalmente diferentes porque, de acuerdo con las convenciones que rigen el uso del lenguaje, poseen distinta fuerza ilocucionaria.

Finalmente, el tercer acto que diferencia J. L. Austin es el *acto perlocucionario*: «hay un tercer sentido, según el cual realizar un acto locucionario, y, con él, un acto ilocucionario, puede ser también realizar un acto de otro tipo. A menudo, e incluso normalmente, decir algo producirá ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio, o de quien emite la expresión, o de otras personas. Y es posible que al decir algo lo hagamos con el propósito, intención o designio de producir tales efectos» (21). La enunciación de «La bolsa o la vida», dándose las circunstancias adecuadas, convencionalmente tiene la fuerza (ilocucionaria) de formular una amenaza, en tanto que el acto perlocucionario se efectúa si como efecto se logra, por ejemplo, *intimidar* al destinatario o también *conseguir que nos entregue* la cartera. Austin estima que, de forma diferente a como sucede con el acto ilocucionario, el acto perlocucionario no es dependiente de convenciones, sino que es una posible consecuencia —no controlada por el hablante— de la realización de un acto locucionario y con él de un acto ilocucionario.

---

tuviéramos que insistir, por alguna razón y en algún sentido, en «desandar nuestro camino» desde la ilocución hasta el acto fonético, no deberíamos regresar hasta la acción física mínima por la vía de la cadena de sus consecuencias, de la manera en que supuestamente lo hacemos partiendo de la muerte del burro hasta llegar el movimiento del dedo en el gatillo. La emisión de sonidos puede ser una consecuencia (física) del movimiento de los órganos vocales, de la expulsión de aire, etc., pero la emisión de una palabra *no* es una *consecuencia*, física o de otro tipo, de la emisión de un ruido. Tampoco la emisión de palabras con un cierto significado es una consecuencia, física o de otro tipo, de la emisión de palabras. En lo que a esto concierne, ni siquiera los actos “fáticos” y “réticos” son *consecuencias*, mucho menos consecuencias físicas, de los actos fonéticos» (159/160).

(21) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, p. 145.

La triple distinción austiniana tiene interés en la teoría de la acción delictiva porque permite separar netamente el acto físico (articulación y emisión de determinados sonidos) incluido en el acto locucionario, de la acción que propiamente realiza el sujeto al decir algo (acto ilocucionario), y, a su vez, de los posibles efectos (perlocucionarios) que se pueden lograr por haber emitido un enunciado lingüístico. De igual modo, los diferentes fallos («infortunios») guardan relación con distintos ámbitos del sistema, y, particularmente, con la teoría de la tentativa (idónea, inidónea, acabada, inacabada), la consumación, la condición de sujeto activo, autoría.

## V. SEARLE Y LA TEORÍA DE LOS ACTOS DE HABLA

Partiendo de estas ideas, el filósofo del lenguaje John Searle formuló la teoría de los *actos de habla*, que es un desarrollo consecuente del esbozo realizado por J. L. Austin. Y, de igual modo que este autor, estima que hacer uso del lenguaje es llevar a cabo acciones específicas. Por ello explícitamente admite que siempre que se habla un lenguaje se participa en una forma de conducta altamente compleja gobernada por reglas. O dicho de otro modo: hablar consiste en realizar *actos de habla*, «actos tales como hacer enunciados [una traducción menos ambigua: aserciones], dar órdenes, plantear preguntas, hacer promesas y así sucesivamente, y más abstractamente, actos tales como referir y predicar, y, en segundo lugar, [que] esos actos son en general posibles gracias a, y se realizan de acuerdo con, ciertas reglas para el uso de los elementos lingüísticos».

El filósofo inglés tiene interés en destacar que su teoría no es un estudio de la *parole* (habla), sino de la *langue* (lengua), y ello porque considera que es una verdad analítica sobre el lenguaje que cualquier cosa que quiera ser dicha puede decirse (principio de expresabilidad). La hipótesis de la que parte es que el acto de habla es la unidad básica de comunicación lingüística, lo cual, juntamente con el principio de expresabilidad, «sugiere que existe una serie de conexiones analíticas entre la noción de actos de habla, lo que el hablante quiere decir, lo que la oración (u otro elemento lingüístico) emitida significa, lo que el hablante intenta, lo que el oyente comprende y lo que son las reglas que gobiernan los elementos lingüísticos» (23).

---

(22) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 25/26.

(23) SEARLE, *Actos de habla*, p. 30.

Bajo la denominación general de actos de habla Searle mantiene que cuando un hablante emite una oración («Juan fuma habitualmente») está realizando, al menos, tres géneros distintos de actos: (a) *actos de emisión*, consistentes en emitir secuencias de palabras (morfemas, oraciones); (b) *actos proposicionales*, consistentes en el hecho de *referir* (mencionar, designar algo: «Juan») y de *predicar* (se predica el hecho de que «fuma habitualmente»); (c) *actos ilocucionarios*, tales como afirmar, preguntar, mandar, prometer y así sucesivamente. «Los actos de emisión consisten simplemente en emitir secuencias de palabras. Los actos ilocucionarios y proposicionales consisten característicamente en emitir palabras dentro de oraciones, en ciertos contextos, bajo ciertas condiciones y con ciertas intenciones» (24). Al realizar un acto ilocucionario se llevan a cabo característicamente actos proposicionales y actos de emisión, y, por ello, el acto de habla completo incluye los tres. En definitiva, usar un lenguaje es realizar actos de habla y éstos son manifestaciones características del obrar humano.

Searle también admite la noción de lo que J. L. Austin denominaba el acto perlocucionario, aunque más propiamente como *efecto*: «correlativamente a la noción de actos ilocucionarios está la noción de las consecuencias o efectos que tales actos tienen sobre las acciones, pensamientos o creencias, etc., de los oyentes. Por ejemplo, mediante una argumentación yo puedo *persuadir* o *convencer* a alguien, al aconsejarle puedo *asustarle* o *alarmarle*, al hacer una petición puedo *lograr que él haga algo*, al informarle *puedo convencerle (instruirle, elevarle –espiritualmente– inspirarle, lograr que se dé cuenta)* (25)».

El acto de habla es para J. Searle la unidad básica de la comunicación lingüística, y el punto central de su planteamiento es que «hablar un lenguaje es tomar parte en una forma de conducta gobernada por reglas» (26). La hipótesis de la que arranca es que los lenguajes son convencionales, los actos ilocucionarios están gobernados por reglas constitutivas subyacentes, y las convenciones que rigen el uso del len-

---

(24) SEARLE, *Actos de habla*, p. 33.

(25) SEARLE, *Actos de habla*, p. 34.

(26) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 22, 25. «Cuando digo que hablar un lenguaje es participar en una forma de conducta gobernada por reglas, no estoy interesado especialmente en las convenciones particulares que se invocan al hablar este o aquel lenguaje (y es por esto por lo que mi investigación difiere fundamentalmente de la lingüística, interpretada como un examen de la estructura efectiva de los lenguajes humanos naturales), sino en las reglas subyacentes que las convenciones manifiestan o plasman, en el sentido del ejemplo del ajedrez» (pp. 49-50).

guaje son plasmaciones de reglas. Por ello, considera que «la estructura semántica de un lenguaje es una realización convencional de conjuntos de reglas constitutivas subyacentes, y que los actos de habla son actos realizados característicamente de acuerdo con esos conjuntos de reglas constitutivas» (27). En definitiva, hablar un lenguaje es realizar actos de habla de conformidad con ciertas reglas que rigen la actividad de hacer uso del lenguaje, o lo que es lo mismo, de «jugar el juego de los actos ilocucionarios» (28).

La circunstancia de que los actos de habla estén regidos por reglas constitutivas subyacentes, es decir reglas que crean o definen una determinada modalidad de conducta, da lugar a que en ocasiones muestren diferencias con otras formas de obrar: por ejemplo, hay divergencias notables entre hacer una promesa y pescar. Searle destaca que tanto pescar, como prometer, son acciones humanas (prácticas), y ambas son instancias de conducta dirigidas a una meta que admiten la posibilidad de error; incluso se puede aceptar que, cuando algunos pescadores siguen determinadas técnicas, procedimientos o estrategias para conseguir su objetivo, en cierto sentido esos procedimientos incluyen de algún modo reglas (regulativas) (29). Sin embargo, una divergencia crucial –mantiene Searle– es que en la acción de pescar las relaciones medios-fines están constituidas por hechos físico-naturales, tales como que el pez muerda el anzuelo provisto de cebo, que el anzuelo sea de un material apto para sujetar al pez, lo que nada tiene que ver con reglas (ni regulativas ni constitutivas) o convenciones de ningún tipo. Por el contrario, «en el caso de los actos de habla realizados dentro de un lenguaje, es un asunto de convención –en tanto que opuesto a estrategia, técnica, procedimiento

---

(27) SEARLE, *Actos de habla*, p. 46.

(28) SEARLE, *Actos de habla*, p. 63.

(29) SEARLE, *Actos de habla*, p. 46. El autor acepta la distinción de J. RAWLS según la cual «las reglas regulativas regulan una actividad preexistente, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Las reglas constitutivas constituyen (y también regulan) una actividad cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas» (p. 43) (por ejemplo, las reglas que regulan las actividades de jugar al fútbol o al ajedrez). Son dos las fórmulas que tiene en cuenta para caracterizar las reglas constitutivas: por un lado, «La creación de reglas constitutivas crea, por así decirlo, la posibilidad de nuevas formas de conducta» y, por otro, «las reglas constitutivas tienen a menudo la forma: “X cuenta como Y en el contexto C”». De tal modo, donde la regla es puramente regulativa, la conducta que está de acuerdo con la regla podría recibir la misma descripción o especificación exista o no la regla; pero cuando la regla o sistema de reglas es constitutiva, la conducta que está de acuerdo con la regla puede recibir especificaciones o descripciones que no podría recibir si la regla no existiese (p. 44).

o hecho natural— el que la emisión de tales y cuales expresiones cuente bajo ciertas condiciones como el hacer una promesa» (30), y con ello la asunción de una obligación.

Desde esta perspectiva, el acto de habla es un *hecho institucional*, y, por ello mismo, diferenciable de los hechos brutos. Searle destaca que en los *hechos brutos*, si bien los paradigmas de conocimiento varían enormemente (su rango se extiende desde «Esta piedra está al lado de otra», «Los cuerpos se atraen con una fuerza inversamente proporcional al cuadrado de sus distancias y directamente proporcional al producto de sus masas», «Tengo un dolor»), sin embargo, comparten como característica común el que los conceptos que componen el conocimiento son esencialmente físicos o, en la versión dualista, físicos y mentales, y su modelo de conocimiento sistemático es el de las ciencias naturales: observaciones empíricas que registran experiencias sensoriales (31). Por el contrario, el simple conocimiento de los sucesos físicos o de las sensaciones brutas —sigue Searle—, aunque formen parte de un hecho institucional, no permiten especificarlo: una ceremonia de boda, un partido de fútbol, un juicio oral, un acto legislativo, son hechos institucionales, y, desde luego, incluyen una variedad de movimientos físicos, estados y sensaciones brutas; pero una especificación de un partido de fútbol, por ejemplo, hecha en términos de movimientos físicos, estados y sensaciones, no es suficiente para especificarlo como tal partido de fútbol: son las reglas correspondientes las que crean y constituyen la actividad que convencionalmente cuenta, por ejemplo, como la acción de meter un gol, o, en el juego de ajedrez, como la acción de dar jaque mate. Desde esta consideración, los hechos institucionales, «son, en efecto, hechos; pero su existencia, a diferencia de la existencia de los hechos brutos, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas [...]». Estas «instituciones» son sistemas de reglas constitutivas. Todo hecho institucional tiene como base un(a) (sistema de) regla(s) de la forma «*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*»; a partir de esta distinción, Searle manifiesta: «Nuestra hipótesis de que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas constitutivas nos introduce en la hipótesis de que el hecho de que una persona haya realizado un cierto acto de habla, por ejemplo, haya hecho una promesa, es un hecho institucional. Por lo tanto, no estamos intentando proporcionar un análisis de tales hechos en términos de hechos brutos» (32). O, lo que es lo

---

(30) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 46-47.

(31) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 58-59.

(32) SEARLE, *Actos de habla*, p. 60. Cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, 368 ss.

mismo, resulta inadecuada la concepción del conocimiento, como conocimiento de hechos brutos, para dar cuenta de hechos institucionales, y, entre ellos, de los actos de habla como manifestación particular de la conducta humana.

Partiendo de tales presupuestos, Searle mantiene que todo acto ilocucionario –en cuanto componente del acto de habla completo– precisa de determinadas condiciones (necesarias y suficientes), de las cuales cabe extraer, con carácter general, las que denominó «reglas para el uso del dispositivo indicador de fuerza ilocucionaria», y son las que permiten realizar el correspondiente acto ilocucionario, es decir, la particular acción que el hablante practica al emitir un enunciado (afirmar, preguntar, prometer, agradecer, declarar a alguien culpable, y así sucesivamente) (33). Estas reglas son la de contenido proposicional, las preparatorias, la de sinceridad y la regla esencial, cuya forma es «*X cuenta como Y en el contexto C*» (34). Cuando alguna de las condiciones requeridas por la regla correspondiente, siendo necesaria, no se cumple, estamos ante un fallo o «infortunio» de diferente tipo, en función de la regla infringida, lo que produce distintas consecuencias: actos nulos, viciados, inadecuados al procedimiento, contradictorios, insinceros, etc.

---

(33) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 65 ss. Searle redujo a cinco tipos básicos los diferentes actos ilocucionarios: actos asertivos (manifestamos al auditorio cómo son las cosas al afirmar, aseverar, etc.), directivos (tratamos de conseguir que el oyente haga algo al pedir, preguntar), compromisivos (nos comprometemos a hacer cosas, al prometer, amenazar), expresivos (expresamos un estado psicológico mediante sentimientos, actitudes, al felicitar, agradecer) y declaraciones (producimos cambios en la situación institucional al condenar, bautizar, declarar la guerra, excomulgar). Cfr., sobre esta taxonomía, de donde la tomo, Stephen C. LEVINSON, *Pragmática*, Barcelona, 1989, p. 230, así como las particularidades (pp. 251 ss.) que presentan los actos de habla indirectos. Por su parte, Austin (*Cómo hacer cosas*, pp., 198 ss.) provisionalmente ya había adelantado una clasificación de verbos realizativos, que incluyó en los siguientes grupos: judicativos, ejercitativos, compromisorios, corporativos y expositivos.

(34) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 62 ss, 70 ss. Searle estima que la condición de sinceridad «vale independientemente de si el acto es sincero o insincero, esto es, independientemente de si el hablante tiene o no efectivamente el estado psicológico expresado» (p. 72). Las condiciones generales de *output* hacen referencia al hablar inteligiblemente y las de *input* a la comprensión, y juntas incluyen aspectos como que hablante y oyente sepan cómo hablar el lenguaje, ambos han de ser conscientes de lo que hacen, no tengan impedimentos físicos para la comunicación (sordera, afasia, etc.), no estén contando chistes o representando una obra de teatro, etc. (p. 65). Otras reglas son las de referencia (pp. 101 ss.) y las de predicación (pp. 130 ss.).

Frente al planteamiento de Austin, el cual apelaba genéricamente a las convenciones que rigen el uso del lenguaje para determinar la fuerza ilocucionaria de un enunciado, el intento de Searle aspira a establecer las reglas constitutivas subyacentes que gobiernan la realización de todo acto de habla; y para ello toma en consideración las citadas, que operan como mecanismos indicadores de la correspondiente fuerza ilocucionaria, con independencia de que al efectuar el enunciado se invoque un dispositivo explícito, o bien sea el contexto y la emisión los que permitan determinarlo. El contenido de las reglas varía en función del acto ilocucionario en cuestión, y por ello mientras en el enunciado que cuenta (regla esencial) como una acción de agradecer, la regla de contenido proposicional guarda relación con un hecho pasado llevado a cabo por el oyente, en el enunciado que cuenta como una acción de felicitar va referida a algún suceso o acto relacionado con el oyente; la regla preparatoria en la acción de dar las gracias se refiere a un hecho que ha beneficiado al hablante y así lo cree éste, mientras que en felicitar se tiene en consideración un evento que ha sido de interés para el oyente y así lo cree el hablante; la regla de sinceridad en dar las gracias parte de que el hablante se siente agradecido, en tanto que en felicitar el hablante se alegra de lo sucedido; la regla esencial en un caso consiste en que cuenta como expresión de agradecimiento por lo hecho, y en el otro como expresión de alegría por lo sucedido (35).

En definitiva –y en lo que aquí interesa destacar de la teoría de los actos de habla–, para Searle hablar un lenguaje es participar en una forma de conducta gobernada por reglas. Y el acto de habla es una modalidad particular de la acción humana que se realiza de conformidad con un sistema de reglas constitutivas subyacentes que rigen el uso del lenguaje. Esas reglas permiten definir y especificar la particular acción –el acto ilocucionario– que el sujeto ejecuta al emitir un determinado enunciado lingüístico, lo que no sería posible si la regla no existiese. Lo que determinan esas reglas no son sucesos, ni efectos naturales, que se podrían producir independientemente de ellas, sino que las reglas constituyen y crean la modalidad de conducta que en cada ocasión se lleva a cabo con el correspondiente acto de habla. De tal modo, la teoría de los actos de habla se inserta en la teoría general de la acción, en cuanto que hablar un lenguaje es una manifestación del obrar humano.

---

(35) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 72 ss.



## VI. LOS ACTOS DE HABLA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Todas estas ideas pueden ser provechosas para señalar conexiones de la teoría de los actos de habla con algunos aspectos del Derecho penal, debido a que numerosos delitos se cometen al emitir un determinado enunciado lingüístico (injurias, calumnias, amenazas), o el enunciado forma parte del conjunto de la actuación delictiva (acusación y denuncia falsas, estafa, falso testimonio, bigamia, acoso sexual), o se manifiesta en una forma de intervención criminal (determinados supuestos de autoría mediata, de inducción a delinquir, o de cooperación necesaria o complicidad prestada mediante un acto verbal, o en la conspiración, proposición o provocación a delinquir). Con tal fin, se puede partir de los siguientes ejemplos, con posible relevancia jurídico-penal, para poner de manifiesto su alcance en la teoría de la acción delictiva, en cuanto elemento sistemático del delito: *a)* «Te voy a pegar dos tiros»; *b)* «Eres un ladrón»; *c)* «Clávale ya la navaja».

Inicialmente, los tres enunciados han de ser contemplados al margen de si se les puede considerar técnicamente relevantes para el Derecho penal como un delito de amenazas, de injurias, o como una inducción a cometer un delito. Quiero decir con ello que la realización de un acto de habla es independiente de la norma penal y de las reglas que ésta establece. Por tanto, antes de valorar si estamos ante una acción típica penalmente, se ha de comprobar si el sujeto ha realizado un acto de habla que, en cuanto acto ilocucionario, tiene la fuerza de anunciar la causación de un mal, o de insultar o de ordenar o incitar a otro a realizar algo. Y aunque en el caso concreto se niegue la tipicidad penal, no por ello desaparece cada una de esas concretas acciones realizadas al llevar a cabo el correspondiente acto de habla, ya que su fundamentación se encuentra al margen de la norma penal. En definitiva, no se trata de analizar la llamada «conducta típica», sino la *acción* que el sujeto efectúa al emitir un enunciado, en cuanto que hablar un lenguaje es, según se ha dicho, participar en una forma de *conducta gobernada por reglas que se inserta en la teoría general de la acción humana*. A tales efectos, es indiferente que al emitir el enunciado se invoque un realizativo explícito o no; en este segundo supuesto, dándose las circunstancias y el contexto apropiado, son las reglas y convenciones que rigen el uso del lenguaje las que permiten determinar la concreta acción que se ejecuta.

## VII. EL ACTO FONÉTICO EN LA ACCIÓN DE FORMULAR UNA AMENAZA, DE PROFERIR UN INSULTO Y DE ORDENAR A OTRO LA COMISIÓN DE UN DELITO

En los tres ejemplos, el hablante realiza inicialmente una actividad física, consistente en enunciar esas oraciones, lo cual requiere determinados y complejos procesos de los órganos que intervienen en la fonación para formar y emitir unos sonidos: activación de los músculos torácicos y abdominales que por sobrepresión originan la espiración de aire de los pulmones, que, al pasar por la laringe a través de las cuerdas vocales, produce sonidos articulados, y, finalmente, son amplificados mediante resonancia en el conducto vocal formado por faringe, nariz y boca. Pero este aspecto articulatorio y sonoro —destacado por el penalista Franz von Liszt y describable en términos naturalísticos como un puro proceso físico-causal— no puede confundirse ni identificarse con la *acción* de amenazar, de insultar o de ordenar. El componente fonético de un acto de habla es susceptible de ser analizado en un laboratorio de física, pero no la «acción» de amenazar. La activación de los órganos que intervienen en la fonación para la producción y emisión de sonidos, así como la recepción de las ondas sonoras por parte de un oyente, son *hechos brutos*; por el contrario, el que la enunciación de unas palabras, dándose determinadas circunstancias, cuente como hacer una amenaza, por ejemplo, es —siguiendo la terminología de John Searle— un *hecho institucional* que tiene como base un sistema de reglas.

Es cierto, desde luego, que para efectuar la acción de anunciar oralmente la causación de un mal hay que realizar un cierto movimiento corporal que da lugar a la producción de determinados sonidos. En ello hay un punto de conexión con acciones de otro tipo y la causación de efectos: los sonidos son consecuencia de un complejo movimiento de los órganos que intervienen en la fonación. Pero también hay diferencias dignas de ser destacadas entre este aspecto fonético del acto de habla y otras acciones humanas. Austin estima que en algunas de éstas, lo que puede llamarse (no sin reticencias) el acto físico mínimo —un determinado movimiento corporal—, frecuentemente se encuentra *in pari materia* con muchas de sus consecuencias inmediatas y materiales: así, el movimiento del dedo que apoya en el gatillo se halla *in pari materia* con el movimiento del gatillo, y, por la vía de las consecuencias sucesivas, se llegaría hasta la causación de la muerte (36). Por el

---

(36) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, pp. 157-158. «... el sentido en el que decir algo produce efectos sobre otras personas, o causa algo, es un sentido fundamental-

contrario, en un acto de habla, una vinculación semejante no se da en modo alguno, pues la acción de amenazar (acto ilocucionario) no es una consecuencia física, ni de otra clase, derivada del fenómeno fonético (articulación y emisión de sonidos); entre el componente fonético y la acción que el hablante realiza al emitir un enunciado se interponen determinadas convenciones o reglas que son las que hacen que decir ciertas palabras en un determinado contexto, concurriendo las circunstancias oportunas, cuente como llevar a cabo una amenaza. A su vez, para que esa acción de amenazar se efectúe de forma satisfactoria, deben darse ciertas condiciones: así, entre otras, anuncio de la causación de un mal futuro, compromiso e intención por parte del hablante de llevarlo a término, factibilidad en la realización del mal anunciado.

Ciertamente que la referencia a reglas no es privativa de los actos de habla, pues también existen actos no verbales —mostrar una navaja en un callejón oscuro, hacer un gesto considerado obsceno— en los que, de igual modo, entre el movimiento corporal y la acción que se ejecuta se interponen convenciones. Esto viene a mostrar las dificultades que encuentra una concepción naturalística para especificar la acción atendiendo sólo a los movimientos corporales, o cuando se trata de concebir el obrar humano como manejo de un proceso causal (37).

La actividad o la inactividad corporal, como fenómeno físico, no se identifica con la *acción* que en cada caso se realiza. Quien estampa su firma en un papel puede que esté probando la pluma, o firmando un autógrafo, o comprando una casa, es decir, realizando acciones diferentes, aunque efectúe los mismos movimientos corporales que causalmente dan lugar a unos trazos. Así se explica que entre los estudiosos de la teoría general de la acción sea cada vez más relevante el pensamiento que entiende que todo el obrar humano está gobernado por reglas o convenciones, las cuales permiten acceder e interpretar la actividad o inactividad que el sujeto efectúa en cada ocasión, haciendo posible especificar la particular acción que realiza el sujeto (38).

---

mente distinto de «causa» que el (AL) que se emplea en la causación física por presión, etc. Tiene que operar a través de las convenciones del lenguaje y es una cuestión de influencia ejercida por una persona sobre otra. Éste es probablemente el sentido original de causa» (nota 6).

(37) Cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento», en *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990, pp.195 s., 207, donde defiende una concepción genérica de «comportamiento» (activo y pasivo), axiológicamente indiferente, y concibe el «comportamiento» como manejo activo o pasivo de procesos causales.

(38) Cfr. la exposición que efectúa VIVES ANTÓN (*Fundamentos*, pp. 192 ss., 205 ss.) sobre el pensamiento de diversos autores, y, particularmente, de J. Habermas,

En cualquier caso, lo que ahora se quiere destacar es que en la conducta verbal no puede identificarse el acto fonético (articulación y emisión de sonidos) con la acción concreta que el hablante ejecuta, ni existe entre ambos momentos una relación de causa-efecto, ni puede especificarse lo que el sujeto hace al emitir un enunciado atendiendo solamente a los sucesos físico-corporales, sino que es preciso tomar en consideración las reglas y convenciones que rigen el uso del lenguaje.

#### VIII. EL ACTO DE HABLA COMO HECHO INSTITUCIONAL: LA ACCIÓN DE AMENAZAR, DE INSULTAR Y DE ORDENAR A OTRO LA COMISIÓN DE UN DELITO Y LAS REGLAS QUE GOBIERNAN EL USO DEL LENGUAJE

Y es que hasta llegar a la acción de amenazar, de insultar o de ordenar a otro la comisión de un delito es preciso recorrer un largo camino, que no puede describirse en términos puramente naturalísticos: la emisión de unos sonidos no «causan» unas palabras, ni las palabras u oraciones «causan» un insulto, una amenaza o un consejo para delinquir (39). Por de pronto, para que esos sonidos se integren en un concreto acto de habla es preciso que se hayan realizado conforme a determinadas convenciones lingüísticas: no basta con producir cualquier ruido con el aparato fonador, sino que los sonidos han de

---

quien, en la línea de los filósofos del lenguaje, concibe la acción, en cuanto portadora de sentido como el resultado de un proceso de interpretación conforme a reglas, donde los componentes del concepto serían: movimiento corporal, interpretación y sentido resultante (p. 195). Por su parte, para Vives Antón (cfr. anteriormente nota 7), de acuerdo con una concepción significativa, la acción no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato (p. 205). Véase también, Íñigo SEGRELLES DE ARENAZA, «La alevosía (análisis dogmático de algunos aspectos fundamentales)», en *CPC*, núm. 57, 1995, pp. 777 ss., defendiendo la imposibilidad de operar con un concepto naturalístico de acción, pues, a la postre, llega a identificar ésta con el movimiento corporal, y por ello acoge el parecer según el cual «la determinación de qué es acción y qué no es acción –en Derecho penal– se hará principalmente por medio del lenguaje aunque, por supuesto, en relación con otros principios» (p. 779). Desde otro punto de vista, Santiago MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, 5.ª ed., Barcelona, 1998, p. 161, mantiene: «Al hablar de “comportamiento”, mejor que de “acción”, quiero expresar que la conducta humana no importa al Derecho penal como movimiento físico, sino como dotada de significado social».

(39) Conceptualmente se puede diferenciar entre el acto de enunciar, es decir, de realizar una enunciación (acto de amenazar, de insultar o de aconsejar), y el enunciado hecho (amenaza, insulto, consejo).

ser identificables e interpretables como ciertas «palabras» que pertenecen a un vocabulario, ordenadas conforme a determinadas normas sintácticas, y con un significado más o menos definido. Desde esta contemplación, en verdad que hablar un lenguaje no es un hecho físico-natural, sino un hecho en el que se debe tomar en consideración un complejo sistema formal de normas convencionales (fonéticas, sintácticas, semánticas).

Mas no es éste el aspecto que quiere destacar la teoría de los actos de habla: cuando se dice que hablar un lenguaje es participar en una forma de conducta gobernada por reglas, se está haciendo referencia a aquellas convenciones (plasmación de reglas) por virtud de las cuales la emisión de un determinado enunciado, dándose las circunstancias apropiadas, cuenta como realizar una concreta acción. El porqué la enunciación de unas determinadas palabras supone ejecutar esa singular acción, nada tiene que ver con sucesos o hechos naturales, ni procedimientos, ni técnicas, ni estrategias: es sólo una cuestión de convenciones. De este modo, las reglas y convenciones que rigen el uso del lenguaje constituyen y crean modalidades de conducta, y hacen posible especificar el acto de habla como la realización de una concreta y particular acción.

En la emisión del enunciado «Te voy a pegar un tiro», se requiere, en efecto, producir unos determinados sonidos, y éstos son una consecuencia de ciertos movimientos de los órganos vocales (hechos brutos). Pero, dicho está, la activación de los órganos que intervienen en la fonación no da lugar a ningún hecho «natural» que sea una amenaza; la acción de amenazar no es una consecuencia física o de otra clase derivada de la formación y emisión de unos sonidos, sino que se efectúa debido a la fuerza (ilocucionaria) que un concreto enunciado posee en una determinada ocasión. Así se explica que con la realización del mismo enunciado (la emisión de los mismos sonidos, las mismas palabras, la misma oración), siendo portador del mismo significado literal (oracional, natural), sea posible ejecutar acciones diferentes. Por ello, según J. L. Austin, si por algún motivo hubiera que retroceder desde el acto ilocucionario (acción de amenazar) y desandar el camino, «no deberíamos regresar hasta la acción física mínima por la vía de la cadena de sus consecuencias, de la manera en que supuestamente lo hacemos partiendo de la muerte del burro hasta llegar al movimiento del dedo en el gatillo» (40). Es decir, no deberíamos regresar al movimiento físico-corporal del acto fonético, sino que la acción de amenazar nos remite y tiene por base las convenciones

---

(40) J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, p. 159.

que rigen el uso del lenguaje, o, si se quiere, las reglas que gobiernan la realización del correspondiente acto ilocucionario. De tal modo, en los actos de habla es manifiesta la ruptura en la cadena de las consecuencias al interponerse tales reglas y convenciones, lo que algunos planteamientos, como se ha dicho, hacen extensible con razón a toda acción humana.

#### IX. REALIZACIÓN SATISFACTORIA DE LA ACCIÓN DE AMENAZAR, INSULTAR U ORDENAR LA COMISIÓN DE UN DELITO: LOS EFECTOS ILOCUCIONARIOS

Una característica del acto de habla –no siempre compartida por otro tipo de acciones– es que, para que resulte satisfactoria su realización en cuanto acto ilocucionario, no precisa provocar cambios en el curso natural de los sucesos, ni tampoco producir otro «efecto» (efecto ilocucionario) que la comprensión por parte del oyente. A este respecto, Searle estima que si se intenta decirle algo a una persona, entonces, suponiendo que se satisfacen ciertas condiciones, se habrá conseguido decírselo tan pronto como reconozca que se intentó decirle algo y que eso es exactamente lo que se está tratando de decirle: «En el caso de los actos ilocucionarios logramos hacer lo que intentamos hacer, al conseguir que nuestro auditorio reconozca lo que estamos intentando hacer» (41). Para ello hay que conseguir la comprensión por parte del oyente de la emisión del hablante, lo cual requiere, en lo que ahora interesa destacar, la aprehensión o captación de la fuerza ilocucionaria. Desde esta perspectiva, el hablante en principio ejerce un control sobre la fuerza (ilocucionaria) que quiere dar a la emisión de sus palabras para que cuente como la realización de una particular acción. Pero el «efecto ilocucionario», que en su caso se produce en el auditorio al reconocer la acción concreta que está llevando a cabo el hablante cuando emite un enunciado lingüístico, ni se halla en una relación de vinculación material con los sonidos producidos, ni da lugar a ninguna modificación o alteración perceptible del estado de cosas existentes en el mundo externo (42).

---

(41) SEARLE, *Actos de habla*, pp. 55 ss. (p. 56); Cfr. J. L. AUSTIN, *Cómo hacer cosas*, 162 ss.

(42) El «cambio» no es naturalístico, sino epistémico, es decir, afecta al conjunto de conocimientos del auditorio al reconocer la fuerza ilocucionaria, y, con ello, que el hablante está realizando una concreta acción (de amenazar, de insultar, de dar una orden).

Por otro lado, no puede olvidarse que el acto de habla tiene carácter comunicativo y requiere no sólo de la concurrencia en cada ocasión de las circunstancias adecuadas, sino también del conocimiento por parte del hablante y del oyente de las reglas que rigen el uso del lenguaje (lo que supone una competencia lingüística y comunicativa por ambas partes). En este aspecto, la intención comunicativa juega un papel decisivo en el tipo de acto de habla que en cada caso realiza el hablante, y esa comunicación se logra de forma satisfactoria cuando se consigue que sea reconocida por el oyente, y se convierte en conocimiento mutuo. De producirse algún fallo en las condiciones requeridas, el acto ilocucionario se habrá ejecutado insatisfactoriamente, así, aparte de por otros motivos, porque las palabras proferidas no eran inteligibles, o no se oyeron, o quien las pronunció no era la persona adecuada, o porque aunque llegaron al interlocutor no reconoció la fuerza ilocucionaria, o simplemente carecían de la fuerza ilocucionaria que le quiso imprimir el hablante, no obstante su intención o propósito, por ausencia de un convencionalismo en el uso del lenguaje. En definitiva, fallos o desaciertos de diverso tipo pueden tener lugar si no se dan las condiciones que operan como dispositivos indicadores de la correspondiente fuerza ilocucionaria (en la versión de Searle), o no se respetan las convenciones del procedimiento al hacer uso del lenguaje (en la versión de Austin).

Los diferentes fallos («infortunios»), a los que alude la teoría de los actos de habla, tienen acomodo en el sistema penal, según sean de una u otra clase, en diversos ámbitos de la teoría del delito. En ocasiones, estaremos ante un acto carente de relevancia sin más para constituir en sí mismo la base de una de las acciones susceptibles de ser tomadas en consideración como típicas, según la correspondiente norma penal: en principio, no cualquier ruido procedente de los órganos que intervienen en la fonación, sino sólo aquellos sonidos identificables e interpretables como «palabras» son los que nos han de interesar (antes de toda valoración típica penalmente). Esto no quiere decir que si existe algún tipo de convención previamente pactada, esos ruidos no puedan tener algún «sentido» para los que conocen el código, y, por tanto, contar como la realización de una determinada acción. En cualquier caso, también aquí son las convenciones las que, por un lado, crean y constituyen esa concreta modalidad de conducta, y, por otro, nos permiten especificar la concreta acción que se ha ejecutado. Otras veces, los fallos deberán reconducirse al ámbito de la realización imperfecta: tentativa inidónea, tentativa acabada, tentativa no acabada. Así se comprende que los penalistas discutan si se ha realizado un delito consumado o en grado de tentativa cuando

el insulto o la amenaza no llega a ser conocido (no audición del enunciado) o reconocido (no aprehensión de la fuerza ilocucionaria) por el destinatario o por terceros. De igual modo, si no se dan las condiciones requeridas, porque, por ejemplo, el hablante no habla inteligiblemente, o carece de autoridad para dar la orden de cometer un delito, o no está en condiciones de cumplir la amenaza, o, con carácter general, no es la persona adecuada para realizar el acto de habla, estamos ante un «infortunio» que tiene su correspondencia en la teoría general de las formas de ejecución no perfecta, incluido el tratamiento de la tentativa inidónea, o, desde otra perspectiva, se plantea el tema del sujeto activo y la autoría tanto en los delitos comunes o en los especiales.

#### X. LOS EFECTOS PERLOCUCIONARIOS DERIVADOS DE FORMULAR UNA AMENAZA, PROFERIR UN INSULTO Y ORDENAR A OTRO LA COMISIÓN DE UN DELITO

Acabo de decir que el acto de habla, para que se lleve a cabo satisfactoriamente, no precisa producir cambios o consecuencias en el estado de cosas existentes, sino que basta con el reconocimiento por parte del auditorio. Otra cosa sucede con los denominados efectos perlocucionarios. La teoría de los actos de habla admite que al realizar un acto ilocucionario (y, por tanto, un acto de emisión y un acto proposicional), se produzcan determinados efectos sobre la persona del oyente, e incluso que a su través se repercuta luego en el curso de los sucesos. Los efectos perlocucionarios tienen lugar sobre los sentimientos, creencias, acciones y, así sucesivamente, de los oyentes. Como consecuencia de realizar el enunciado «Te voy a pegar dos tiros si no haces tal cosa», cabe que se *intimide* al oyente, e, incluso, que éste u otra persona *proceda a ejecutar alguna acción* provocada por la condición impuesta; o como efecto de decir «Eres un asesino» es posible que se *menoscabe su autoestima*; o que como consecuencia de expresar «Debes cometer tal delito», se *persuada* al receptor de llevarlo a cabo, e incluso que le *ejecute*.

De ser así, en cada caso se habrá logrado producir un efecto perlocucionario, pero nada garantiza que tenga lugar, y, en este sentido, tales efectos están al margen de un control por parte de la persona que realiza el enunciado lingüístico. Por eso, es posible que se produzcan los efectos calculados previamente por el hablante, y también otros no previstos. O que no se produzcan los efectos pretendidos:



aunque se haya realizado de forma plenamente satisfactoria y completa el acto de habla –porque el oyente ha reconocido la fuerza ilocucionaria y es consciente de que el enunciado emitido cuenta como una acción de amenazar, de insultar, o de dar una orden para la comisión de un delito– tal vez el sujeto muestre absoluta indiferencia y no resulte perturbado de ninguna manera o no siga el mandato. Que sucedan o no estos efectos no es algo que venga regido por reglas o convenciones. El tratamiento de cada episodio en el ámbito del Derecho penal es muy diferente, y está en función del punto de vista que se mantenga sobre la teoría de la tentativa y de la consumación; o, en el caso de la inducción a delinquir, se interfieren además otras cuestiones, como puede ser el tratamiento de la accesoriedad en la participación criminal.

En conclusión, la emisión de un enunciado que convencionalmente es una acción de amenazar, puede tener como consecuencia que se consiga intimidar al destinatario (efecto perlocucionario); no hay una relación inversa: intimidar no produce como efecto una acción de amenazar. La distinción es oportuna para evitar confundir o identificar la acción (acto ilocucionario) con sus posibles efectos (efectos perlocucionarios) (43). En una estafa en la que el vendedor relata falsas características, la acción se realiza –en cuanto acto de habla– al describir o exponer unas calidades de las que carece el objeto sobre el que recae la compraventa, en tanto que serían efectos (perlocucionarios) el conseguir *engañar* al oyente, lo que, finalmente, le lleva a *realizar* el acto de disposición en perjuicio suyo o de un tercero. Con respecto a estos efectos, se plantea el cuestionario de la relación de vinculación con el acto de habla, pero no en los términos de una conexión mecánica o físico-causal, sino conforme a diferentes criterios de imputación. Y es que tales efectos perlocucionarios no se hallan en una conexión causal-naturalística con los sonidos emitidos, ni con las «palabras» pronunciadas, sino que el oyente ha de reconocer previamente la fuerza ilocucionaria del enunciado emitido, lo cual guarda relación, como se viene diciendo, con las convenciones que rigen el uso del lenguaje.

---

(43) Según Searle (*Actos de habla*, pp. 52 ss.), el filósofo Paul Grice, en su conocida noción de *significado no natural* (significado no natural) y la intención comunicativa, al centrar la atención en «intentar producir efectos», confunde los actos ilocucionarios con los perlocucionarios. No obstante, está claro que Searle toma muy en cuenta la importancia que juega la intención en el proceso de comunicación lingüística, y, particularmente, en la producción del efecto ilocucionario en el oyente.

## XI. CONCLUSIONES

1. El recorrido realizado en torno a la teoría de los actos de habla proporciona muestras suficientes para poder aceptar que al hacer uso del lenguaje los hablantes no sólo lo emplean como un instrumento de comunicación, sino también como una forma particular de obrar: emitir un determinado enunciado en la ocasión o contexto oportuno, y concurriendo determinadas circunstancias, convencionalmente cuenta como realizar una concreta acción (acto ilocucionario), que debe ser diferenciada del hecho de pronunciar unas palabras con un significado más o menos definido; así se comprende que la teoría de los actos de habla reclame con toda autoridad un puesto en la teoría general de la acción, pues también «con las palabras se hacen cosas». Este aspecto factual del lenguaje resulta particularmente atractivo a la hora de estudiar el conjunto de acciones delictivas que se realizan al emitir un enunciado lingüístico, aspecto generalmente descuidado por los estudiosos de la teoría de la acción en el Derecho penal.

2. Pero, naturalmente, la teoría de los actos de habla se inserta en la teoría general de la acción, no porque el hablante al emitir un enunciado realice un complejo movimiento corporal de los órganos que intervienen en la fonación o porque produzca unas determinadas ondas sonoras; esta visión naturalística confunde o identifica el suceso físico con la «acción» que el sujeto lleva a cabo en cada caso, y no está en condiciones de especificar o definir qué acción en particular es la que ejecuta el hablante (acto ilocucionario), como algo diferente del fenómeno articulatorio y sonoro. Ciertamente que para realizar cualquier acto de habla, así, una acción de amenazar verbalmente, o para insultar oralmente a una persona, o para ordenar a otro la comisión de un delito, es preciso articular y emitir unos sonidos. Pero el suceso fonético –como puro fenómeno físico y fisiológico– no puede confundirse o identificarse con la acción de amenazar o de insultar o de ordenar. Hasta llegar ahí es preciso recorrer un largo trecho, del cual no puede darse cuenta en términos meramente físico-naturales.

Esta diferenciación es destacada por la teoría de los actos de habla, al poner de manifiesto que mientras el componente fonético es un hecho bruto –el cual puede especificarse como mero proceso causal mediante una descripción de los movimientos físicos, los efectos sonoros y acústicos, las sensaciones brutas–, el acto de habla es un hecho institucional, es decir, está gobernado por determinadas reglas y convenciones que crean y constituyen la modalidad de conducta en

cuestión. Estas reglas permiten determinar la particular acción que en cada ocasión el sujeto está realizando, lo que no sería posible hacer en ausencia de la regla correspondiente. Esto quiere decir que la conducta que se lleva a cabo de conformidad con esas reglas puede recibir una especificación como tal o cual acción concreta, que en otro caso no sería posible atribuir. Bajo esta consideración, hablar un lenguaje es en efecto participar en una forma de conducta gobernada por reglas, y los actos de habla son tipos particulares de acciones humanas que se efectúan de conformidad con las mismas. Son esas reglas y convenciones que rigen el uso del lenguaje las que permiten acceder, interpretar y especificar la concreta acción (acto ilocucionario) que el hablante ejecuta al proferir un determinado enunciado, como algo diferente del hecho de decir unas palabras o de articular y emitir unos sonidos que naturalísticamente son percibidos como efectos sonoros. Pero, entiéndase bien, las palabras emitidas no son el medio para realizar como fin una determinada acción, sino que ya la propia enunciación convencionalmente cuenta como una particular acción.

3. Para que resulte satisfactoria la realización de un acto de habla no es preciso producir ninguna alteración en el estado de cosas existentes o interferir el curso natural de los sucesos. Es bastante con que se produzca el «efecto ilocucionario», esto es, la comprensión por parte del oyente de la emisión del hablante, lo que incluye que el auditorio capte la fuerza ilocucionaria: comprenda y reconozca que el hablante está realizando una específica acción. Así, una amenaza oral se habrá realizado plenamente cuando, emitido el correspondiente enunciado, y cumpliéndose las condiciones necesarias (las generales y particulares del correspondiente acto de habla), es reconocida por el oyente, debido a los conocimientos que tiene de las reglas que gobiernan el uso del lenguaje, la fuerza ilocucionaria –acción de amenazar– que convencionalmente aparece asociada a la emisión.

4. Cuestión conceptualmente diferente son los llamados efectos perlocucionarios. La teoría de los actos de habla admite que, como consecuencia de emitir un determinado enunciado, y una vez reconocida por el oyente la fuerza ilocucionaria, tengan lugar, en su caso, determinados efectos en el mismo, o incluso que proceda a llevar a cabo alguna otra acción provocada por el acto de habla en cuestión. Tales efectos se producen en los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio. Como consecuencia de realizar un enunciado que convencionalmente tiene la fuerza propia de una acción de amenazar, cabe que se consiga intimidar a un tercero, o incluso que se logre que haga o no haga algo. Pero que esos efectos sobrevengan no es algo que controle el hablante, ni tampoco es una consecuencia que necesari-

riamente ha de producirse: en ocasiones tendrán lugar determinados efectos perseguidos por el hablante y en otras se producirán consecuencias no buscadas de intención. Además, que el oyente resulte o no intimidado por una amenaza no es algo que esté gobernado por ningún tipo de reglas, aunque, desde luego, es preciso efectuar un acto de habla cuya realización sí es dependiente de las reglas y convenciones que rigen el uso del lenguaje.

5. En definitiva, no es posible hacer una especificación de los actos de habla describiendo los movimientos físicos que el sujeto pone en práctica al emitir un enunciado o atendiendo a los efectos sonoros producidos. Ése es el reproche que con razón constantemente se ha hecho a la fórmula de Franz von Liszt, a propósito de las injurias realizadas verbalmente. El jurista alemán se limitó a describir el *componente articulatorio y sonoro de un enunciado*; y tratando de ser consecuente con el concepto naturalístico y causal de acción del que parte, su fórmula incluía también la causación de ciertos efectos en el destinatario: «provocación de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido». Esto querría decir que tanto daba que el sujeto emitiera el enunciado «Eres un ladrón», o el enunciado «Son las doce en punto», pues en ambos casos se provocan procesos fisiológicos en el sistema nervioso de un tercero: captación de las ondas sonoras por el pabellón auditivo, transmisión de las vibraciones, transformación de las vibraciones mecánicas en impulsos nerviosos que a través del nervio auditivo llegan a la corteza auditiva cerebral. Sin embargo, esta descripción causal-naturalista (física y fisiológica) es incapaz de determinar la concreta «acción» (acto ilocucionario) que en cada episodio ejecuta el hablante, ni, por ello, da una respuesta a por qué en el primer supuesto el sujeto está realizando (antes de toda valoración jurídica) una acción de insultar, y en el segundo está dando la hora. Y para que esto pueda especificarse así, no es suficiente que el hablante produzca unos sonidos, ni que el auditorio los escuche, ni que se provoquen causalmente ciertos efectos en el sistema nervioso de terceros. Inicialmente, y de entrada, son las convenciones lingüísticas las que determinan que esos sonidos no sean meros ruidos, sino identificables e interpretables como «palabras», y, en lo que ahora nos interesa destacar, son las reglas y convenciones que rigen el uso del lenguaje las que hacen que la emisión de un determinado enunciado, concurriendo las circunstancias adecuadas, sea llevar a cabo una concreta acción (acto ilocucionario), que debe ser diferenciada del fenómeno articulatorio-sonoro y acústico.

Naturalmente, al hacer mención a la «provocación de procesos fisiológicos en el sistema nervioso del agredido», el penalista alemán

en modo alguno incluyó la posible perturbación psíquica del agredido (alteración de la estima), es decir, las consecuencias que en la teoría de los actos de habla se denominan efectos perlocucionarios. De haberlo hecho, su fórmula habría incurrido en una inconsecuencia difícilmente salvable, ya que esos efectos (perlocucionarios) –aparte de que no se corresponden con ningún proceso fisiológico– no son una consecuencia causal o natural derivada de la articulación y emisión de unos sonidos. Y es que, como se ha venido diciendo, la vinculación entre el aspecto fónico y el efecto (perlocucionario) que en su caso tiene lugar en los sentimientos del oyente (alteración de la autoestima), no se produce de forma natural, ni como puro proceso vinculado en una relación causal-naturalística con los sonidos emitidos por el hablante. Para que se afecte a los sentimientos del oyente, el enunciado realizado ha de ser percibido por éste como una acción por la que se le insulta. Necesariamente, esto requiere que el destinatario (oyente) sea consciente de la fuerza (ilocucionaria) asociada a la emisión del correspondiente enunciado, y sólo tras reconocer que las «palabras» pronunciadas convencionalmente cuentan en el proceso comunicativo como proferir un insulto, podrá, en su caso, producirse en él un determinado efecto psicológico (sensación de quebranto de la autoestima, desasosiego, desazón). Si el destinatario no reconoce la fuerza ilocucionaria, no hay posibilidad alguna de que resulte perturbado. Porque, dicho está, los sonidos no *causan* físico-naturalmente palabras, ni las palabras *causan* naturalísticamente insultos, ni puede identificarse el fenómeno o suceso articulatorio-sonoro y acústico con la acción que en cada caso se realiza al emitir un enunciado, ni, finalmente, puede confundirse la acción (acto de habla) con sus posibles efectos (perlocucionarios).

6. Desde esta consideración, remedando el lema austiniano, en verdad que con las palabras también se cometen delitos. Y se cometen porque, antes de toda valoración jurídica, el hablante utiliza el lenguaje en circunstancias tales que, de acuerdo con las reglas y convenciones que rigen su uso, el enunciado emitido es una acción de insultar, o de amenazar o de ordenar a otro que haga algo. Si además el jurista estima que esa acción es típica, es cuestión independiente del acto de habla realizado, ya que éste se asienta en reglas que están al margen de la norma penal y tienen una existencia autónoma de lo especificado en los tipos penales. El enunciado emitido convencionalmente seguirá siendo una acción de amenazar, de insultar o de ordenar, aunque carezca penalmente de relevancia típica, y, en este sentido, no constituya un delito de injurias, o de amenazas o no haya una inducción a delinquir.

7. Las líneas que anteceden se han dedicado exclusivamente a poner de manifiesto la incidencia de la teoría de los actos de habla en ciertos ámbitos del Derecho penal, y a destacar las insuficiencias que muestra un concepto causal-naturalístico de acción a la hora de analizar la conducta en los delitos o actuaciones delictivas que se realizan al emitir un enunciado lingüístico. Pero la cuestión planteada sin duda que tiene un mayor alcance, porque otro tipo de acciones totalmente diferentes también están regidas por reglas: mostrar de una cierta manera un palo convencionalmente constituye una acción despectiva, y a su través es posible producir un efecto vejatorio. El cuestionario sugerido supera el propósito de estas reflexiones, pero sirva de muestra para conjeturar que también otras manifestaciones del obrar humano están gobernadas por reglas y convenciones sociales de diferente tipo, que crean y constituyen la modalidad de conducta, y sin cuya referencia no es posible acceder o interpretar la actividad o inactividad realizada, ni especificar la concreta acción que ejecuta la persona.

# Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

*A Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*

**SUMARIO:** Siglas y abreviaturas utilizadas.—I. Introducción.—II. Fundamento de la punición en la tentativa. 1. Algunas consideraciones previas. 2. Teoría objetiva de la peligrosidad. *Excursus*: la teoría de la falta de tipo. 3. Teoría del dolo (subjetiva). A) Teoría de las condiciones subjetivas del ilícito. *Excursus*: la teoría de la culpabilidad sin ilícito. B) Teoría de la acción final. 4. Teorías mixtas. *Excursus*: la teoría de la impresión. 5. Teoría normativo-funcional de la tentativa. 6. Las posiciones doctrinales seguidas en España.—III. Contenido de la antijuricidad en la tentativa. 1. Consideraciones previas. 2. Concepto del injusto: toma de postura. 3. La peligrosidad de la acción. 4. El peligro como resultado. 5. La falta del elemento subjetivo en una causa de justificación y su posible tratamiento por vía de la tentativa.—IV. La aparición del peligro en el resultado. 1. Planteamiento del problema. 2. La vigencia del principio del hecho. 3. Naturaleza cognoscitiva del juicio de peligrosidad y del juicio de peligro. 4. Concepto normativo del peligro.—V. La llamada tentativa inidónea. 1. Consideraciones generales. 2. La discusión doctrinal en España. A) La tentativa inidónea como tentativa *ex ante* no peligrosa. B) La peligrosidad *ex ante* del intento inidóneo. 3. La tentativa inidónea no es punible. 4. Capacidad resolutive de la propuesta.—Bibliografía.

## SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

ADPCP = Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.  
ARSP = Archiv für Rechts und Sozialphilosophie.  
Art. = Artículo.  
AP = Actualidad Penal.  
AT = Allgemeiner Teil  
BGH = Bundesgerichtshof.

BT	=	Besonderer Teil
Const.	=	Constitución.
Cc	=	Código Civil.
CP	=	Código Penal.
CPC	=	Cuadernos de Política criminal.
CPTR	=	Código Penal texto refundido.
DP	=	Doctrina Penal Argentina.
FS	=	Festschrift, Festgabe.
GA	=	Goldammer's Archiv für Strafrecht.
JurA	=	Juristische Analysen.
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung.
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LK	=	Strafgesezbuch, Leipziger Kommentar.
LOPJ	=	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPRS	=	Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.
NPP	=	Nuevo Pensamiento Penal. Buenos Aires.
PE	=	Parte especial
PG	=	Parte general.
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen.
RJC	=	Revista Jurídica Catalana.
SAP	=	Sentencia de Audiencia Provincial.
STC	=	Sentencia del Tribunal Constitucional.
StGB	=	Strafgesezbuch.
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo.
ZStW	=	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

## I. INTRODUCCIÓN

### ¿Bien jurídico o infracción del deber?

1. La discusión dogmática en torno a cualquier categoría del delito exige el esclarecimiento previo de la postura adoptada en relación al tema de la legitimación material del Derecho penal o, si se quiere, de la significación del hecho punible. Este requerimiento adquiere especial importancia en el estudio de la tentativa, pues, de la misión asignada al Derecho penal se van enlazando sistemáticamente cuestiones tales como: el fundamento de su punición, los contenidos materiales y formales de la antijuridicidad y por fin la naturaleza de los criterios seguidos en orden a fijar los límites típicos en los que despliega su actuación.

En la actualidad, la noción de injusto admite ser deducida de dos posibles contenidos teleológicos atribuidos al Derecho penal. *La Teoría de la lesión del bien jurídico* entiende que la misión última del Derecho penal se desarrolla a través de la tutela de determinados pre-



supuestos imprescindibles para el funcionamiento social. En cambio, para la *Teoría del quebrantamiento de la norma* se sostiene que la máxima contribución que el Derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma.

De esta forma, la significación del hecho punible, desde el inicio, adquiere contenidos distintos para una y otra orientación. En efecto, para la primera, la punición se justifica por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; mientras que para la segunda, se conforma en base a la infracción del deber. Argumentos que son formulados en relación con la tentativa de la manera siguiente: *a)* el intento requiere de la aparición de un peligro próximo de la producción del resultado, o *b)* requiere de una voluntad de delinquir exteriormente manifestada. De ahí que la exigencia del peligro permita diferenciar material y formalmente la consumación de la tentativa, mientras que el simple requerimiento del dolo vea en la tentativa un quebrantamiento absolutamente perfecto de la norma, lo cual implica la identidad material entre una y otra forma de aparición del delito.

### Lo objetivo versus lo subjetivo

2. En su origen, *la teoría objetiva* responde a los dictados del causalismo, al adoptar una noción ontológica del peligro.

Sin perjuicio del momento en que se efectúe su valoración, la alta probabilidad de producción del resultado fundamenta, por sí sola, el castigo de la tentativa. A tal conclusión se arriba manejando un concepto causal de la acción y caracterizando la norma, como norma de valoración; de esta suerte, injusto será la lesión o puesta en peligro objetiva de una norma de valoración. Así pues, el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el desvalor del resultado.

Respecto a la perspectiva desde la cual debe ser emitido el juicio de valor –juicio de naturaleza cognoscitiva, no normativa– se realiza *ex post*, de modo que permitía distinguir entre tentativa relativa y absolutamente inidónea. Más adelante, con Von Hippel, se reformula la teoría permitiéndose una valoración *ex ante* sobre la potencialidad lesiva del intento. Peligrosidad establecida objetivamente por vía del observador imparcial situado en el momento anterior del hecho y en conocimiento de las circunstancias entonces cognoscibles por el autor.

Sin duda, la adopción de este método heurístico-hipotético amplió el espectro de tentativas «inidóneas» susceptibles de castigo, hasta entonces impunes. No obstante, la ausencia de criterios normativos, de imputación objetiva, en la atribución del resultado, dejaba librada

la decisión valorativa a meras consideraciones ontológicas, de suerte que el Derecho penal se construye sobre fundamentos propios de la responsabilidad objetiva.

3. *La teoría de la falta de tipo* supone una teoría de transición hacia posiciones subjetivas. En efecto, sin el abandono de su base naturalística se admite como elemento cofundante del tipo de la tentativa la representación (errónea) del autor. También debe ser así considerada la *teoría de las condiciones subjetivas del ilícito*. El descubrimiento por parte del neokantismo de los elementos subjetivos del tipo, permite a Mezger afirmar que el legislador está capacitado para prohibir directamente resultados, o bien, con carácter excepcional, acciones dirigidas a la producción de esos resultados. De esta manera, se concibe la tentativa y la consumación como dos delitos diferentes. Así, en la tentativa, el dolo conforma el desvalor de la acción, que se convierte en característica objetiva, en desvalor de resultado, tan pronto como se alcanza la consumación. De manera harto expresiva señalaba Welzel: ¿Cómo puede depender de que el disparo acierte o no en el blanco, de que el dolo constituya un elemento del injusto o de la culpabilidad? (1). Ciertamente, no parece muy sistemática una fórmula que renuncia a un concepto del injusto y de la culpabilidad estructurados de manera uniforme.

4. Resulta mucho más coherente la fundamentación subjetiva del ilícito de la tentativa por vía de la *Teoría de la acción final*. Como es sabido, Welzel aceptó la inclusión del desvalor de acción en el ilícito, al concebir la acción no como un mero suceso causal, sino como un acontecer dirigido y dominado por la voluntad final. Con ello se unifica el fundamento punible del delito intentado y consumado.

Su punto de partida lo constituye el entendimiento de la norma como una orden encaminada a motivar al sujeto en la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico. De aquí se deriva que el sistema de normas se base en un sistema de juicios de valor. El juicio de valor primario –*norma de valoración*– declara como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir; mientras que el juicio de valor secundario –*norma de determinación*– tiene como exclusivo fin: prohibir el acto que no debe ser o mandar el acto que debe ser. Por eso, el acto recibe su desvalor exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor. En otros términos, el dolo del hecho determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad. Pero, si la norma ordena determinadas acciones finales, entonces no puede motivar a su

---

(1) WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 62.

cumplimiento bajo particulares circunstancias objetivas regidas por el azar o desconocidas por el destinatario de la norma.

La consecuencia inmediata que se deriva de estas tesis es la siguiente: la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo del hecho, es la única categoría dogmática que dota de significado al ilícito (intentado y consumado). Si queremos evitar el escorarnos hacia un Derecho penal de intenciones (*Gesinnungsstrafrecht*) no conviene confundir los medios con los fines (2). La estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad es tan sólo un medio para lograr el fin de la protección de los bienes jurídicos.

### El plan del autor

5. Naturalmente, la valoración de ese «acto final contrario al deber» (3) comprende la representación que el autor haya tenido del hecho, debiéndose efectuar ese juicio *ex ante*.

En este punto del discurso, toman especial relieve los criterios que deban seguirse en orden a apreciar las consecuencias típicas de tal representación. Importancia, además, reforzada por la regulación de la tentativa hecha en el § 22 del StGB alemán, que hace depender su aparición de quien «actuando de conformidad con su representación del hecho, da comienzo a la realización del tipo».

El problema histórico que ha dividido a la antigua y a la nueva Escuela de Bonn ha sido precisamente la interpretación de este requisito. Mientras que para Kaufmann y Zielinski la base para la calificación jurídica de la acción debe estar referida sólo a la representación *personal* que el autor tenga de ella; para Jakobs, esa representación debe ser, además, *socialmente inteligible*. Por eso, para la primera posición, radicalmente subjetiva, toda tentativa es idónea, pues, incluso, si la superstición guía al intento, como dice Kaufmann, «el Derecho debe seguirle» (4). No así para la segunda, que exige de la conducta externa una cierta capacidad de «*perturbación*»; y, por lo tanto, de su constancia, es posible diferenciar la tentativa absolutamente inidónea –impune– del resto ya punibles.

El contenido de esa perturbación, según Jakobs, viene dado en razón de que el autor comienza a arrogarse de acuerdo con su comportamiento externo un ámbito de organización ajeno o del abandono del propio. Es decir, la responsabilidad penal descansa sobre la idea

---

(2) ROXIN, «AT», XII §2, 34.

(3) KAUFMANN, «*Normentheorie*», p. 121

(4) KAUFMANN, «*Zum Stande*», p. 393.

del *rol* que se atribuye al autor. En definitiva, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante.

El error metodológico descansa en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la Ley para la autoría (5). Cuestión que atañe, en última instancia, a las problemáticas relaciones entre ser y deber ser. En este contexto, parecería que el *monismo normativo* parte de una antítesis entre realidad y valor, de suerte que no tiene ya cabida preguntarse por las estructuras objetivas que subyacen a todo juicio de imputación. Este tipo de razonamiento, fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la Ley a puros predicados de valor, conduce, inevitablemente, a una argumentación tautológica de dudoso valor pragmático.

### La discusión en España

6. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la generalidad de la doctrina española se ha venido orientando por una orientación objetivada de la tentativa. Orientación que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador. Incluso, el nuevo Código Penal acentúa aún más esta vertiente al exigir en el artículo 16.1 que el sujeto practique «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»; al hacer depender en el artículo 62 la atenuación del «peligro inherente al intento», y al suprimir la regla incriminadora de la tentativa inidónea comprendida en el artículo 52 del anterior Código. No obstante, la fuerte influencia que sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán hace que las posiciones se sitúen en un plano ecléctico, que procura combinar aspectos objetivos y subjetivos. La polémica sobre la tentativa no aparece directamente relacionada con la naturaleza del injusto, como sucede en Alemania, debido a que, hasta ahora, la doctrina española asume el bien jurídico como la piedra angular que sostiene todo el discurso dogmático. Sin embargo, la discusión surge con fuerza respecto al fundamento de la punición de la tentativa inidónea.

### La tentativa como una forma de punibilidad adelantada

7. Entendemos que el desvalor de acción no es un juicio autónomo, sino en referencia al desvalor de resultado. Ambos juicios,

---

(5) SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, p. 15.

como afirma Muñoz Conde, contribuyen en el mismo nivel a conformar la antijuridicidad de un comportamiento (6). Asimismo, la producción o no del resultado no es fortuita, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva. Por eso, el desvalor de la acción juega un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de la acción no puede haber antijuridicidad. Pero de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se puede deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior.

La hipótesis que aquí se mantiene es como sigue: la tentativa conforma un injusto producto de integrar su regulación general con el respectivo precepto de la Parte Especial. Injusto, donde el desvalor de la acción lo conforma la creación de un riesgo generado por la acción y el desvalor de resultado la producción de un estado de peligro concreto para el bien jurídico particular.

8. La tentativa tiene la estructura objetiva de un delito de peligro e implica el adelantamiento de la intervención penal a fases previas a la lesión del objeto jurídico protegido en el tipo. El legislador no espera para intervenir a que se produzca el daño o la lesión, sino que la adelanta al momento de la aparición concreta del peligro o incluso a la simple realización de la conducta considerada normativamente peligrosa.

La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico conforma, a la luz de la nueva regulación legal, el contenido antijurídico de la tentativa. Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución del delito, sólo se distingue la consumación de la tentativa por el distinto grado de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico. En la tentativa, el tipo subjetivo debe darse plenamente con el mismo contenido y de la misma forma requerida para la punición del delito consumado. No obstante, la presencia del peligro en el tipo objetivo constituye un elemento común en los injustos de la tentativa y de los delitos de peligro. En resumen, la principal diferencia surge de la limitación objetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa (7).

### **Peligrosidad del intento y estado de peligro**

9. El injusto de la tentativa requiere la realización de una acción peligrosa y derivada de ella la producción de un estado o situación de

---

(6) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 332.

(7) ARZT/WEBER, *BT*, p. 7.

peligro. Desde una perspectiva ontológica es posible distinguir la peligrosidad como una simple característica de la conducta (8), del peligro como duración o permanencia (9). Ante la ausencia de un daño, definido en el espacio y en el tiempo, es harto frecuente caer en la tentación de sólo considerar la *peligrosidad de la acción*, olvidándose que el peligro admite una perfecta delimitación temporal, por instantánea que sea, en términos de situación, de resultado. La prognosis de la peligrosidad es determinante para establecer la potencialidad lesiva de un comportamiento. De ahí su semejanza con un delito de peligro abstracto. A su vez, el estado de peligro en el que se concreta dicha peligrosidad aparece como un resultado. Por eso, se puede afirmar que en la tentativa, ante la ausencia de un resultado de lesión, se anticipa la punición por la presencia de un resultado de peligro.

### La vigencia del principio del hecho

10. En la dogmática de la criminalización de los estados previos a la lesión de un bien jurídico ha venido siendo usual el abandono del «principio de la vigencia del hecho» (*Tatprinzip*), en favor de otros de contenido subjetivo. Posiblemente, temas tales como el principio de culpabilidad, la personalización del injusto, e, incluso, consideraciones preventivo-policiales han propiciado, como dice Jakobs, el predominio de un «despreocupado positivismo» (10) en el tratamiento de estas manifestaciones penales.

La tendencia a una exagerada anticipación del momento punitivo proviene de visualizar al autor como una fuente potencial de peligro para el bien jurídico. Frente a esta concepción que entiende al *autor como enemigo*, se requiere contraponer la noción del *autor como ciudadano*. La primera acepción hace posible anticipar sin límites el comienzo del peligro –el Derecho debe seguir incluso al autor supersticioso–. En tanto que, la segunda acepción, reclama de su *status* de ciudadano el reconocimiento de una esfera privada exenta de control. El aforismo latino *cogitationis poenam nemo patitur* se asienta en una concepción naturalística del ser humano entendido como un sistema psico-físico en el que la epidermis delimita la frontera de lo interno y de lo externo. La cuestión que interesa al Derecho penal no es fijar esos ámbitos por intermedio de circunstancias sensibles a la naturaleza, sino mediante criterios sociales y jurídicos. Desde el momento

---

(8) HIRSCH, *Gefahr*, p. 548.

(9) WOLTER, *Konkrete*, p. 750.

(10) JAKOBS, *Estudios*, p. 292.

en que nuestra visión del ser humano trascienda lo ontológico, y sea visto, además, como portador de determinados derechos y deberes —como ciudadano—, se podrá, sólo entonces, establecer si esa conducta pertenece o no a su esfera privada. Esfera mucho más amplia y trascendente que la de los meros pensamientos e intenciones y a la cual ya no debe tener acceso el Derecho penal.

En Alemania, la punibilidad de las fases previas a la lesión se ha venido justificando, sin embargo, por la simple voluntad delictiva. De esta forma, los aspectos objetivos del comportamiento se despojan de todo su contenido perturbador, convirtiéndose en simples pretextos para indagar en lo interno. Esta perspectiva de análisis, que va del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa al dolo, ha sido la que ha marcado la dogmática de la tentativa no sólo en aquel país, sino también la de España. Jakobs expresa con acierto estas ideas, al decir: «la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores. De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva». Sea dicho de paso, esta observación tan llamativamente «objetiva» del autor se produce con la publicación de su *Kriminalisierung* en 1985 (11), orientación corregida más tarde en términos subjetivos en su manual y en su *Rücktritt* de 1992 (12).

Pues bien, el contenido de esa perturbación reside indistintamente en la peligrosidad de la conducta o en la aparición de un estado de peligro para el bien jurídico.

### Acerca de los juicios de peligrosidad y de peligro

11. La comprobación de una u otra forma de aparición del riesgo pasa por la formulación de un *juicio de peligrosidad* y de otro *juicio de peligro*. Se trata de dos momentos axiológicos diferentes. La primera valoración del comportamiento se hace residir en su peligrosidad potencial para el bien jurídico establecida *ex ante*. En cambio, si esa potencialidad se actualiza, se concreta en un estado de peligro, entonces se requiere de un segundo juicio de carácter concreto; es decir, de un juicio de peligro emitido desde una perspectiva *ex post*.

---

(11) JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97, 1985.

(12) JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», en *ZStW* 104, 1992.

Con el primer juicio, la peligrosidad se presume; con el segundo, el peligro se constata.

La cognoscibilidad de la peligrosidad de la acción (y del peligro) es una cuestión que atañe a la naturaleza epistemológica del juicio. Dado que el hombre no es omnisciente, con una experiencia universal sobre todos los fenómenos de la naturaleza, está obligado a medir la aptitud lesiva de la acción en términos probabilísticos. Las ponderaciones estadísticas son materialmente inherentes a todo juicio de peligro. Ellas conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, carecen de un valor normativo directo. Constituyen el ámbito fáctico a partir del cual deberá decidirse su relevancia penal. En los supuestos más triviales, no será preciso recurrir a intrincadas operaciones estadísticas para comprobar la presencia del peligro, el conocimiento precientífico de la realidad —la experiencia común— será suficiente. Sin embargo, este tipo de conocimiento deberá ser aplicado, siempre que no sea posible la verificación de la *probatio plena* de la regla científico natural.

El momento plenamente normativo se alcanza cuando se relacionan dichas ponderaciones con el bien jurídico protegido. A través de esta operación se individualiza el riesgo penalmente relevante. Como dice Berdugo, la racionalización del pensamiento dogmático pasa ineludiblemente por tomar en consideración los resultados de las ciencias experimentales. Es decir, los conocimientos obtenidos por intermedio de leyes deterministas o fenoménicas. Necesidad que aparece ya en el momento de la interpretación del precepto concreto. No obstante, la incorporación al razonamiento jurídico de los resultados científicos no debe realizarse de forma neutra. En efecto, las conclusiones obtenidas por esta vía, en relación con la puesta en peligro o la lesión de un determinado bien jurídico, debe ponerse en conexión con el fin perseguido en la norma. En consecuencia, esta exigencia relativiza la transcendencia de los resultados experimentales (13).

12. El juicio de peligrosidad constituye un primer paso valorativo y por él se determina: si la conducta en abstracto es potencialmente idónea para producir el daño; y, además, si jurídicamente tiene capacidad para crear un riesgo penalmente desvalorado (todavía en abstracto). De ser así, a continuación, se emitirá un juicio de peligro que exige demostrar la actualización de esa peligrosidad y la proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, o sea la presencia de un resultado de peligro.

---

(13) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Concepto, método y fuentes*, pp. 397 y 398.



La previa constatación de la peligrosidad de la acción (con relevancia penal) es absolutamente imprescindible para establecer la presencia de un resultado de peligro (con relevancia penal). El ámbito fáctico al que se circunscribe el juicio de valor lo conforman, solamente, las circunstancias referidas al hecho conocidas con anterioridad a la acción por el autor. Esta exigencia dimana de un Derecho penal con vocación preventiva. Evidentemente, este juicio normativo (subjetivo-objetivo) deberá retrotraerse al momento inmediatamente anterior a la acción.

La presencia del componente subjetivo –conocimiento de las circunstancias del hecho por parte del autor– predetermina el ámbito objetivo del juicio. Con toda la razón, Kuhlen califica como muy mala la denominación de *pronóstico objetivo-posterior* con la que se conoce a este juicio (14). En virtud del cual, el Juez se coloca posteriormente (en el proceso) en el punto de vista de un observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor. Este último saber ya no es objetivo, sino subjetivo, al ser referido al autor.

13. Si el juicio de peligrosidad es afirmativo, se abre otro proceso de ponderación, encaminado a determinar el grado de peligro concretamente alcanzado para el bien jurídico. Es decir, el juicio de peligro concreto permite, al ser relacionado con el interés jurídico protegido, comprobar la existencia de una situación o estado de peligro. Este juicio, estrictamente objetivo, debe ser realizado *ex post* y está referido al *resultado de peligro* alcanzado.

Como ya se ha dicho, la mayor parte de la doctrina no distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Por eso, la aptitud del peligro se satisface exclusivamente con la comprobación de su potencialidad lesiva; o, dicho de otra forma, el juicio de peligrosidad sufre al juicio de peligro. Ciertamente, estas opiniones encuentran un perfecto encuadre sistemático en el pensamiento finalista, según el cual, el desvalor de la acción, expresiva del dolo, es suficiente para conformar al ilícito penal.

No obstante, también aquellos que dicen mantener en España una noción objetiva de la tentativa consideran suficiente la potencialidad del peligro, incluso su mera apariencia, para satisfacer la exigencia objetiva del acto ejecutivo. Lo único que les separa de las corrientes subjetivas es cómo hay que interpretar el plan del autor. Es decir, si el famoso observador imparcial debe hacerlo en base a la opinión del propio autor o en base a la opinión que merece tal plan a la sociedad.

---

(14) KUHLEN, *Zur Problematik*, p. 341.

Silva Sánchez, por ejemplo, sostiene que la diferencia entre un peligro *real* y un peligro *putativo* es de grado, de modo que al final la cuestión de fijar la frontera entre uno y otro es una cuestión valorativa y no ontológica. «Lo que se denomina “peligro real”, en puridad no es necesariamente real (en el sentido “fuerte” del término), sino aparente», afirma Silva, «lo “real” es una fórmula expresiva de un consenso social máximo sobre su existencia»; concluyendo con esta afirmación general: «es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad» (15).

Esta formulación resulta en extremo familiar a la sostenida por Jakobs en su artículo *Tätervorstellung und objektive Zurechnung*, cuando dice que la vieja teoría de la falta de tipo había observado correctamente que en la tentativa la realidad no puede ser suplantada por cualquier fantasía, pues la representación del autor debe ser comunicativamente relevante desde el punto de vista social, ya que es la única forma de ser reconocida como perturbación, como realización del tipo (16).

Una vez más, se hace patente la dependencia de nuestro pensamiento dogmático respecto del alemán al incorporar métodos de interpretación quizás adecuados a los requerimientos subjetivos del § 22 del StGB, pero en absoluto a los que dimanen de la formulación legal recogida en el artículo 16.1 del Código penal español.

Por el contrario, para las teorías objetivas (causalistas), se distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Al igual que en los delitos de lesión, en los de peligro se admite la posibilidad de establecer una relación causal entre la acción y el resultado de peligro; donde la existencia del acto ejecutivo se hace depender de la real amenaza lesiva constatada *ex post*.

### Concepto normativo de peligro

14. No es éste el camino a seguir. Resulta contrario a un Derecho penal atento a los requerimientos de un Estado social y democrático de Derecho decidir la presencia del peligro atendiendo escuetamente a las propiedades de ser, naturales o sociológicas, que confluyen en el suceso. El peligro es un concepto normativo que indirectamente manifiesta un alto grado de probabilidad dañosa, pero que adquiere plena relevancia jurídico-penal cuando se pone en relación

---

(15) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, pp. 127 y 128.

(16) JAKOBS, *Estudios*, p. 235.

directa con el bien jurídico en cuestión. Por eso, se requiere manejar un concepto normativo y no ontológico del peligro.

El peligro surge cuando la circunstancia salvadora, la que evitó la producción del daño, depende de condiciones salvadoras que ya no pueden ser controladas por el actuar humano (17).

Pero, ¿cuándo debe intervenir el Derecho penal?, ¿cuándo se entiende que una situación escapa ya al dominio del autor? Pues bien, tal circunstancia aparece cuando el bien jurídico se halla de tal modo inmerso en el radio de acción peligrosa que las medidas de defensa normales —es decir, las dispuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños— ya no resultan suficientes para impedir con seguridad el resultado lesivo (18).

Por esta razón, se coloca al objeto del bien jurídico en estado de peligro cuando su salvación depende del azar —el arma de fuego se encasquilla; el tamaño de los genitales del agresor resultaban desproporcionados respecto a los genitales de la niña; la escasa fuerza del autor o la obesidad del ofendido impiden que el cuchillo afecte una zona vital de su cuerpo; la cartera de la víctima de un robo no contenían los documentos que se buscaban, etc.—. Asimismo, se sobrepasan los medios normales de defensa cuando la extrema habilidad del conductor evita la colisión con el vehículo del suicida que se le echa encima; se presenta al cobro un cheque firmado por el mismo que lo había sustraído; la dosis de veneno no resultó efectiva dada la salud inmejorable de la víctima; o bien, aquélla, apercibida de que iba a ser objeto de un ataque mortal, se esconde en un armario, se resguarda debajo del salpicadero de su coche, o sobrevive al impacto del proyectil por vestir un chaleco antibalas, etc. En todos estos supuestos, la peligrosidad inicial de la acción se concreta en un peligro efectivo para el objeto jurídico protegido, ya que el Derecho no demanda del ciudadano habilidades, capacidades de observación, estados de salud, presencias de ánimo y empleo de medios especiales de defensa fuera de lo común.

En efecto, todo medio de salvación que deba disponerse para protegerse de comportamientos que ya han dejado de regirse por el principio de mutua confianza, deben ser considerados excepcionales. Se trata de recursos extraordinarios de defensa utilizados frente a conductas que exteriorizan un riesgo jurídico-penal. Por eso, el hecho de que las entidades bancarias blinden sus cajas de caudales, los moradores cierren con llave la puerta de sus viviendas o los empleados de banco utilicen sistemas electrónicos para cotejar la fiabilidad de los

---

(17) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 196.

(18) DEMUTH, *Gefahr begriff*, pp. 209 y 210.

talones bancarios deben, todos ellos, considerarse recursos *no normales* de defensa, a pesar de ser hoy en día prácticas habituales. La proliferación de estos medios de defensa lo único que manifiestan es la pérdida de confianza en los sistemas de autorregulación social.

15. El método valorativo hasta aquí reseñado es el que mejor se adapta a los requerimientos objetivos del artículo 16.1 del Código Penal. Por un lado, permite apreciar la peligrosidad potencial de la acción y, por otro, su concreción en un estado de peligro. El juicio de peligrosidad establece la presencia de un peligro abstracto para el bien jurídico, y con él se desacartan las tentativas irreales; el juicio de peligro establece la presencia de un peligro concreto, y con él se eliminan las tentativas inidóneas.

Puede suceder, no obstante, que la conducta comporte un peligro abstracto, aunque no concreto, para el bien jurídico particular; en ese caso, la acción será punible si existe algún tipo penal de la Parte Especial comprensivo de ese desvalor del hecho. Por ejemplo, disparar con un revolver sobre una persona muerta creyéndola viva no constituye una tentativa de homicidio, pues, en ningún momento, se ha creado una situación de peligro para el bien jurídico vida; sin embargo, la peligrosidad de la conducta manifiesta abstractamente un riesgo subsumible en el artículo 563, donde se castiga la tenencia de armas prohibidas.

### **Las llamadas tentativas inidóneas**

16. Además de la posibilidad de diferenciación entre la peligrosidad de la acción y el estado de peligro, junto a un concepto normativo de peligro, nos separa de las tesis objetivas defendidas hoy día en España: el criterio empleado para distinguir las tentativas idóneas de las inidóneas. En efecto, la doctrina acoge bajo la denominación de tentativa inidónea aquellos supuestos en los que la falta de aptitud del objeto, de los medios o del sujeto impiden llegar a la consumación de un delito efectivamente intentado. Junto a estos errores de carácter ontológico la doctrina admite otros nomológicos, es decir, aquellos que afectan el grado de conocimiento que el autor tiene acerca de las leyes de la experiencia.

Sin duda, *ex post* toda tentativa es inidónea respecto a su capacidad de producir un resultado lesivo; sin embargo, *ex post* no toda tentativa es inidónea respecto a su capacidad de generar un resultado de peligro. Desde la primera perspectiva, si el autor yerra en su puntería, la tentativa de homicidio será idónea; pero, si la desviación se explica por algún defecto del arma, entonces la tentativa es inidónea. En cambio, si la idoneidad del intento se hace depender de su capacidad para

crear una efectiva situación de peligro, entonces, tanto en un caso como en el otro, la tentativa es idónea.

El argumento central de la tesis aquí defendida lo constituye el concepto normativo de peligro. Por eso, es posible efectuar la siguiente declaración de principios: *si no hay peligros (normativos) inidóneos (19), tampoco hay tentativas inidóneas*. Las tentativas que no llegan a crear una situación de peligro –las inidóneas–, o son impunes o constituyen por *sí mismas* un delito de peligro abstracto.

Asimismo, el adoptar un criterio normativo de delimitación entre lo idóneo e inidóneo del intento nos evita caer en una confusa e inabordable discusión acerca de la naturaleza ontológica del error. Discusión, por otra parte, nada fructífera, que nos recuerda las habidas entre los causalistas a propósito de las distintas formas de aparición de los cursos causales. Téngase en cuenta que la distinción entre peligro real y putativo no puede hacerse depender de consideraciones ontológicas o nomológicas. Se trata, tan sólo, de circunstancias que integran el ámbito fáctico sobre el cual habrá de emitirse el juicio de peligrosidad y de peligro formulados en términos normativos.

### A modo de resumen

17. En definitiva, toda tentativa requiere de la aparición de un peligro en el resultado. Por lo que, todo resultado de peligro requiere de un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido, atribución verificada por la vía de un juicio objetivo de imputación. El estado de peligro debe manifestar externamente dos características interdependientes: 1) la proximidad de lesión del bien jurídico, y 2) la ausencia de una normal dominabilidad de las posibles causas salvadoras.

Con esta fórmula se propone una fundamentación única para todos los supuestos de punibilidad adelantada, entre los cuales figura el delito intentado. El principio de lesividad concretado en el peligro para el bien jurídico aparece, así, como el punto de referencia alrededor del cual deberá girar la dogmática particular de estas formaciones típicas. A su vez, esta fórmula es la que mejor se ciñe a la regulación objetiva que el legislador hace de la tentativa en el artículo 16.1, en donde el término «resultado» hace referencia al estado de peligro que genera la acción peligrosa, ya que objetivamente toda tentativa es *inidónea*.

---

(19) GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, p. 74.

## II. FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN EN LA TENTATIVA

### 1. Algunas consideraciones previas

1. Una cuestión de especial importancia consiste en establecer el criterio o los criterios que permitan justificar la punición de la tentativa. De la solución adoptada se deducirán las condiciones que permitan fijar los límites dentro de los cuales la tentativa despliega sus efectos. Es decir, la posibilidad de distinguirla en su límite inferior de los actos preparatorios y en su límite superior del estadio en el que el delito alcanza su consumación. Asimismo, la decisión adoptada precisará el ámbito operativo del desistimiento.

La doctrina ha sido especialmente prolífica en proporcionar toda clase de argumentos encaminados a justificar el castigo de esta forma de realización del delito (20). Estado de la cuestión al que me referiré operando con un criterio selectivo, es decir, centrando el interés solamente en aquellas teorías que, de alguna manera, sigan siendo hoy referentes de discusión. Por este motivo, a la luz de las modernas propuestas dogmáticas en torno al tema de la legitimación material del Derecho penal —en última instancia, de la noción de injusto de la que se parta—, se pueden encuadrar las teorías en dos grandes grupos, según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible viene determinada por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta?

La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos (*teoría de la lesión del bien jurídico*) (21). La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el Derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (*teoría del quebrantamiento de la norma*) (22).

La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incremine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, comportando así la exigencia de un Derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesivi-

---

(20) Sobre el estado de la cuestión: FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 3 y ss.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pp. 63 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht*, pp. 20 a 125.

(21) Por todos, ROXIN, *AT*, §2, pp. 8 y ss.

(22) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 339 y ss.; JAKOBS, «PG», pp. 43 ss.

dad (23). De ahí que, junto a los actos preparatorios, la tentativa aparezca en *una fase anterior* a la consumación del delito; como un injusto abocado a la consumación de alguno de los tipos dolosos recogidos en la parte especial del Código Penal (24). Por el contrario, los que se decantan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un *quebrantamiento absolutamente perfecto* de la misma (25). De esta forma, la consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos (26).

Para la comprensión de esta última posición resultan muy ilustrativas las siguientes consideraciones de Jakobs: «Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir a través de la puesta en peligro de bienes, sino a través de la lesión de la validez de la norma» (27).

2. Con arreglo a la teoría de la lesión del bien jurídico la posición más expresiva respecto al fundamento de la punición de la tentativa es sin duda la teoría objetiva basada en la peligrosidad del ataque para el objeto jurídico protegido. Según la teoría de la desautorización de la norma o de aquellas que se formulan en torno a la infracción del deber u otras perspectivas similares, encuentran su fundamento natural en consideraciones subjetivas: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante el acto ejecutivo. Por último, existen otra serie de concepciones que exhiben una naturaleza mixta o ecléctica, de suerte que en algunos casos aparecen como teorías objetivo-subjetivas o subjetivo-objetivas.

La primera versión de la teoría objetiva se formula en Alemania y basa el fundamento jurídico de la punición en el peligro próximo de la producción del resultado. La tentativa se castiga a tenor de la alta probabilidad lesiva de la acción; es decir, en el marco de una noción ontológica del peligro. Esta concepción conduce a limitar la punibilidad de la tentativa frente a los actos preparatorios y a rechazar la punibili-

(23) BERDUGO, *Concepto, método y fuentes*, p. 42 ss.

(24) *Mir Puig*, PG, cit. p. 352. No obstante, el autor aclara a continuación que estas figuras realizan a su vez otros tipos legales.

(25) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 153; KAUFMANN, *Normantheorie*, p. 121; JAKOBS *Estudios*, pp. 325 ss.

(26) JAKOBS, PG, p. 855.

(27) JAKOBS, PG, § 25/15. Obsérvese la completa identidad que en este sistema funcionalista se asigna al bien jurídico con la norma.

dad de la tentativa absolutamente inidónea (28). La nueva regulación que el Código Penal establece para la tentativa ha provocado que esta teoría adquiera de nuevo actualidad en España al ser reformulada en términos normativos y en donde se hace aparecer el peligro del intento como un resultado en sí mismo (29).

Las diversas teorías subjetivas nacen en Alemania al amparo de la regulación que hace de la tentativa el § 22 del StGB y tienen en común fundar la pena en la voluntad contraria al Derecho. Para ellas, lo importante no es la puesta en peligro del objeto jurídico, sino lo injusto de la acción. La teoría subjetiva conduce a una ampliación de la tentativa punible a costa de los actos preparatorios, al castigo de las tentativas inidóneas y a la equiparación, desde el punto de vista del merecimiento de la pena, de la tentativa con la consumación (30).

3. Conviene hacer algunas observaciones respecto al estado de la cuestión en la doctrina española. Por lo pronto, el marco legal establecido en los artículos 16.1 y 62 del vigente Código Penal se decanta por una clara orientación objetiva, distanciándose así de la subjetiva seguida por el legislador alemán. Sin embargo, estas exigencias normativas propias se ven atemperadas por la fuerte influencia que sigue teniendo el pensamiento dogmático alemán entre nuestros autores; en particular el proveniente de la «antigua» y, recientemente, de la «nueva» Escuela de Bonn. Por esta razón, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas. Eso sí, sin que nadie haga renuncia expresa al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como veremos, la piedra de toque en toda esta discusión interna la conforma el tratamiento que se propone para la tentativa inidónea. Precisamente, a través de las consideraciones que unos y otros hacen de ella se logra discernir algo en un panorama bastante confuso, de difícil aplicación jurisprudencial, y que, salvo estimables aportes doctrinales (31), no ha merecido aún suficiente interés por parte de la doctrina española.

---

(28) JESCHECK, *PG*, p. 701.

(29) BERDUGO /ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/S. PIEDECABRAS, «*Lecciones*», pp. 237 ss.

(30) JESCHECK, «*PG*», p. 701.

(31) Como monografías dedicadas a la tentativa, más recientes, existe una de FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1986; y otra de SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*. Granada, 1996.



## 2. Teoría objetiva de la peligrosidad

4. Feuerbach es el primer autor que fundamenta la punición de la tentativa en «la peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir un resultado» (32). Concepción dimanante de un Derecho Penal liberal e ilustrado desvinculado de la moral y distanciado de aquellas posiciones tradicionales que, influidas por el Derecho canónico, situaban el juicio de reproche en el ánimo o actitud del autor.

En su versión más antigua, la teoría objetiva adopta una perspectiva *ex post* en la valoración del peligro (33); circunstancia que permite distinguir entre tentativa relativa y absolutamente inidónea. La primera es considerada peligrosa y por tanto punible, la segunda impune. A Von Hippel se debe una reformulación de la teoría, según la cual la valoración debe realizarse *ex ante* (34). Para efectuar este análisis se recurre a un método heurístico-hipotético: el que efectuaría una persona observadora situada en el momento anterior del hecho y en posesión de los conocimientos del autor. De esta forma, la tentativa de homicidio realizada con un arma, que un tercero sin el conocimiento del autor había descargado momentos antes, es idónea para la moderna teoría objetiva, siendo absolutamente inidónea para la antigua (35).

Sin perjuicio del momento en que se efectúe la valoración del peligro, la alta probabilidad de producción de lo *injusto del resultado* fundamenta el castigo de la tentativa (36). De aquí se siguen importantes consecuencias deducibles de la proximidad del peligro en relación al bien jurídico protegido. Por una parte, se pretende proporcionar un criterio objetivo de delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios y de la consumación del delito; por otra, la situación del peligro sirve de criterio para valorar la gravedad de la amenaza y, en consecuencia, la medición de la pena. El contenido, por último, de la manifestación externa del peligro permite descartar como penalmente irrelevante la tentativa absolutamente inidónea.

La peligrosidad como único elemento justificativo de la punición de la tentativa sitúa a esta teoría en el marco del pensamiento causalista. En efecto, sólo el acontecer objetivo del mundo exterior pertenece al ilícito. En el delito consumado se castiga la acción que ha

---

(32) FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 42.

(33) *Ibid.* § 42, nota 3.

(34) VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925, y vol. II, 1930, Berlín. Reimpresión Aalen 1971.

(35) WELZEL, *PG*, § 24/IV, p. 266.

(36) JESCHECK, *PG*, vol. II, § 49/III/1.

causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir, su peligrosidad.

Llegar a estas conclusiones sólo fue posible partiendo de estos dos presupuestos: el concepto de una acción causal que permite prescindir del contenido de la voluntad del autor en la constatación de la infracción de la norma; y la caracterización de esta norma como norma de valoración. Precisamente, del carácter objetivo de la norma de valoración es de donde se deduce con claridad la esencia del ilícito. En este orden de cosas, injusto será la lesión objetiva de una norma de valoración, en donde el contenido objetivo de la lesión está determinado por la perturbación impuesta al bien jurídico. Así pues, el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el desvalor del resultado.

5. Todas las carencias sistemáticas deducibles de una teoría del delito fundada desde una perspectiva ontológica son aquí aplicables. En efecto, los causalistas, llevados de la mano por el positivismo, entienden que lo único accesible al conocimiento racional (científico) son los «hechos» perceptibles experimentalmente, junto con la legalidad manifiesta en ellos. Hechos, que pueden provenir del «mundo exterior», perceptibles por los sentidos, o del «mundo interior», de naturaleza psíquica. Tanto unos como otros se rigen por la ley de la causalidad.

El gran reto que se presentó a esta escuela positivo-naturalista es el de descubrir las leyes que rigen ese determinismo (37). Pues bien, el éxito obtenido es relativo, ya que ignoran algo esencial al Derecho: la imposibilidad de deducir directamente de proposiciones del ser —por ejemplo, de las características del objeto, del sujeto o de los medios empleados— consecuencias jurídicas (38). En otros términos, olvidar el momento del deber ser.

Crítica, que alcanza también a sus particulares conclusiones, como aquella que pretende fundamentar la punibilidad de la tentativa sólo en base a un concepto natural del riesgo. El peligro, como concepto cuantificable, no permite trazar un límite normativo entre la tentativa y los actos preparatorios. Téngase en cuenta que el peligro para el bien jurídico aparece desde que el autor adopta la resolución delictiva y de manera ininterrumpida a lo largo de los actos preparatorios y ejecutivos (39).

---

(37) LARENZ, *Metodología*, p. 53.

(38) KLUG, *Pseudoschluß*, p. 99.

(39) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *GP*, § 40/I, p. 25. Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, si esta resolución es manifiesta y vertida en el círculo de autor-partícipe, que sería en el caso de los actos preparatorios punibles (arts. 17 y 18 CP), no puede des-

Las carencias sistemáticas de esta teoría provienen de la falta de una concepción normativa de peligro. En efecto, cualquier forma adelantada de punibilidad sólo se justifica por la existencia de una perturbación referida a la integridad del bien jurídico. El contenido de esa perturbación aparece en dos momentos distintos: en la peligrosidad de la acción y en la creación de un estado de peligro. Los juicios que permiten constatar su presencia consisten en operaciones cognoscitivas dirigidas a la explicación racional de determinados fenómenos empíricamente perceptibles. Juicios que conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, los mismos carecen de un valor normativo directo como pretenden estas primeras versiones de la teoría objetiva. De lo contrario, dejar librada la decisión valorativa a meras consideraciones ontológicas implicaría abrir la puerta a un Derecho penal de la responsabilidad objetiva.

### Excursus: La teoría de la falta de tipo

6. Se puede considerar también como objetiva la teoría de la falta de tipo (40). Según la misma, sólo existe tentativa cuando falta el resultado, *la pieza final*, del delito. Al contrario, se da una falta de tipo en sentido estricto si el tipo objetivo presenta un déficit por la falta de otras circunstancias. Así, resultan impunes la utilización de medios inidóneos o la ausencia de objeto típico; por ejemplo, se comprueba posteriormente que el autor del disparo era propietario del valioso objeto dañado.

Con esta teoría se pretendió, sin éxito, delimitar la punibilidad de la tentativa con la sola ayuda del tipo. Desde un punto de vista dogmático el tipo representa «un anillo del ilícito legalmente acuñado» que no admite su separación en porciones (41). En efecto, decidir que el resultado en el delito de daños es el daño de una cosa y que la ajeneidad es un elemento del tipo no pasa de ser una arbitraria y opinable «explicación de signos» (42).

---

conocerse que el peligro que entrañan para el bien jurídico pueda ser mayor o similar al que encierran los actos preparatorios realizados por un autor aislado (RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 297).

(40) Principales representantes fueron: DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed. 1950, pp. 56 ss.; MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 1.ª ed. 1939, p. 396; y LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26 ed. 1932, p. 298.

(41) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG T. II*, pp. 51 y 52.

(42) Las «explicaciones de signos» tienen como único cometido establecer con exactitud un «uso lingüístico» que, por supuesto no exigen ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente legal o sociológico utilizado (KLUG, *Zür Problematik*, p. 148). Vid. JAKOBS, *PG*, p. 861.

Sin embargo, en sentido general, es cierto que la tentativa implica un defecto en el tipo. Junto a un tipo subjetivo plenamente cumplido, se da un tipo objetivo incompleto: el autor supone erróneamente la presencia de unas circunstancias de hecho que, de estar presentes, configurarían la presencia íntegra del tipo objetivo (43). Con ello, se pone de relieve la importancia de la representación del autor como elemento cofundante del tipo de la tentativa. De esta forma se abre una vía útil en la solución del problema. En lugar de dirimirse la controversia en un plano preponderantemente ontológico, riesgo versus intención, como resultaba desprenderse de las tradicionales posiciones objetivas y subjetivas, se introduce un nuevo componente, el plan del autor, el cual puede y debe ser ponderado desde una perspectiva axiológica.

### 3. Teoría del dolo (subjetiva)

7. Según la teoría subjetiva, se castiga en la tentativa «la actuación de la voluntad contraria al derecho» (44), «el acto final contrario al deber (norma)» (45) o «la manifiesta rebelión del autor contra la Ley» (46). Lo decisivo no es la puesta en peligro del bien jurídico, sino lo injusto de la acción exteriorizada en la conducta del autor.

La teoría subjetiva, a diferencia de la precedente, ha admitido distintas formulaciones (47) según sea el tratamiento dogmático que unos y otros otorgaron a los componentes subjetivos del ilícito penal. Así, en la versión más primitiva de esta teoría, se trata de hacer compatible el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo con una concepción puramente objetiva del ilícito. El finalismo, sin embargo, barre con cualquier régimen excepcional de los mismos al decantarse en favor de un injusto cuyo contenido viene dado por el desvalor de la acción. En lo que sigue, la exposición se referirá a estas dos alternativas. La primera la situaremos dentro de la corriente neoclásica, considerando a Mezger como su expositor más definido, y la segunda,

---

(43) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *PG*, T. II, p. 18.

(44) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 22, núm. 63.

(45) KAUFMANN, *Normantheorie*, pp. 121, 126 y 138.

(46) VON BURI, «Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch», en *Der Gerichtssaal*. 1888, pp. 504-506. El auténtico creador de esta teoría subjetiva fue Julius GLASER, aunque el mérito de su desarrollo corresponda a VON BURI. Esta teoría, en su formulación más estricta, encontró su plena aplicación en la jurisprudencia del Reichsgericht (Tribunal Imperial) y en la previa a la década de los setenta en el BGH. Su versión moderada, sin embargo, es la que sigue informando la redacción de los § 22 y 23 del StGB. En España su influencia doctrinal ha sido también importante, aunque no así en la jurisprudencia.

(47) Sobre la evolución histórica consúltese ZACZYK, *Das Unrecht*, pp. 20 a 125.

obviamente, la situaremos en el seno de la teoría de la acción final, eligiendo a Kaufmann como interlocutor.

#### A) TEORÍA DE LAS CONDICIONES SUBJETIVAS DEL ILÍCITO

8. Con el neokantismo se elabora un concepto del delito no encerrado en sí mismo, como acontecía con los clásicos, sino definido a partir de las perspectivas valorativas (fines) que sirven de base al Derecho penal. Por ello, la respuesta que esta escuela da a la interrogante de por qué la tentativa es punible se hizo posible con el descubrimiento de los elementos subjetivos del ilícito (48). «Que el abuso sexual, la no denuncia de un homicidio, la falsedad constituyan un ilícito –reflexiona Mezger– no depende únicamente de la forma exterior de la acción, sino, también, de la actitud interior del autor» (49).

Pero, si el contenido del ilícito lo conforma básicamente la lesión exterior (o puesta en peligro) de un bien jurídico: ¿es posible que esos elementos subjetivos también puedan fundamentarlo? La respuesta es la siguiente: excepcionalmente, se pueden reconocer en el ilícito elementos subjetivos que sustituirían a los ausentes presupuestos objetivos (50). Mezger entiende que ello es posible, dado que el legislador puede fundamentar la norma únicamente sobre el suceso externo, o bien hacerlo únicamente sobre la voluntad del autor (51). O lo que es lo mismo, el legislador puede hacer que el contenido de la norma prohíba directamente la producción de un resultado o que prohíba directamente acciones dirigidas a la producción de ese resultado.

De esta forma, se abre la posibilidad de una fundamentación del ilícito de la tentativa puramente subjetiva, en el que el dolo del autor también afecta la validez de la norma de Derecho (52). Este componente intencional, a su vez, se convierte en característica objetiva tan pronto como se alcanza la consumación. En cuyo caso, la producción del resultado sustituye a la resolución del autor en la fundamentación del injusto (53). En resumen, lo general es la fundamentación objetiva del ilícito consumado; lo excepcional será la fundamentación subjetiva del ilícito de la tentativa.

---

(48) HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW* núm. 36, 1914, pp. 19 ss. Un amplio resumen de la polémica que suscitó el tema puede encontrarse en SIEVERST, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

(49) MEZGER, *Sinn*, p. 187.

(50) MEZGER, *PG*, p. 260

(51) MEZGER, *Moderne Wege*, p. 22.

(52) ZIELINSKI, *Disvalor*, p. 30.

(53) MEZGER, *PG*, p. 103.

9. La tesis de Mezger muestra una absoluta debilidad sistemática. En efecto, las funciones que cumple el dolo en el delito intentado no deben ser diferentes a las que cumple el dolo en el injusto del delito consumado. Por ello, tampoco corresponde admitir la sustitución del desvalor de la acción, fundamento de la tentativa, por el desvalor del resultado si el hecho llega a consumarse (54). La tentativa es una parte del delito consumado. Si en la tentativa la actuación de la voluntad, que sabe y quiere el resultado, pertenece al ilícito, entonces en el delito consumado esa misma actuación de la voluntad, junto con el resultado, también pertenece al ilícito (55). En definitiva, no cabe admitir únicamente para el delito consumado una antijuridicidad objetiva, sin dolo, y para el intentado una antijuridicidad subjetiva, con dolo. La antijuridicidad del delito intentado y consumado debe ser la misma.

La posibilidad de concebir a la tentativa y a la consumación como dos delitos diferentes sólo es admisible si se renuncia a un concepto del injusto y de la culpabilidad estructurados uniformemente (56). Expresivamente, señala Welzel: ¿cómo podría depender de que el disparo acierte o no en el blanco, que el dolo constituya un elemento del injusto o de la culpabilidad? (57). La admisión de un Derecho penal que trabaje con conceptos distintos de tipo, antijuridicidad y culpabilidad en función de la naturaleza del delito no sólo incurre en graves contradicciones lógicas, sino que conduce irremediabilmente a una injusticia material (58).

### **Excursus: La teoría de la culpabilidad sin ilícito**

10. La polémica doctrinal que suscitó la solución sistemática del problema desembocó en la propuesta de dos soluciones radicalmente distintas. Por un lado, mantener una rigurosa fundamentación objetiva del injusto, admitiendo la posibilidad de una culpabilidad sin injusto (59); por otro, hacer de lo excepcional lo general, de suerte que el injusto pasaba a ser fundado exclusivamente sobre bases subjetivas (teoría de la acción final).

---

(54) ZIELINSKI, *Disvalor*, pp. 39 ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, p. 16.

(55) *Ibid.*, p. 49.

(56) *Ibid.*, p. 49.

(57) WELZEL, «*El nuevo sistema*», p. 62.

(58) STRATENWERTH, *Natur der Sache*, pp. 17 y 27.

(59) Teoría sostenida por un sector de la escuela austríaca (RITTLER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, t. I, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. Wien 1954; NOWAKOWSKI, *ZStW* 63)

La teoría de la culpabilidad sin ilícito considera que ante la tentativa inidónea, ausente de todo contenido objetivo, caben sólo dos posibilidades: o se adscribe el dolo de una vez por todas al ilícito o se admite que puede ser punible aquello que no es contrario a derecho, sino sólo culpable (60). Esta posición se decanta por la segunda opción en base a la teoría de los imperativos elaborada por Goldschmitt y Thon (61). Se dice que el ilícito objetivo depende expresamente de las valoraciones abstractas del derecho (norma de derecho), existiendo junto a ella una segunda norma no explícita, que ordena al individuo adoptar una conducta interior acorde a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico (norma de deber). La norma de deber es la que motiva y fundamenta la culpabilidad.

De ahí se deducen importantes consecuencias. Por lo pronto la pena, como sanción, se asocia a la voluntad culpable del autor, mientras el ilícito deviene en puro concepto de relación mediante el cual puede ser formalmente separado lo jurídico, penalmente relevante, de la conducta voluntaria neutra al valor. Así, presupuesto y contenido de la culpabilidad es la mera voluntad del autor. De esta forma se distancian de la doctrina mayoritaria al admitir que no siempre el ilícito es el prius lógico, conceptual y real de la culpabilidad (62).

Pues bien, si a la tentativa le falta toda cualidad objetiva, y no obstante es delito porque la conducta está orientada a una contrariedad al derecho (infracción a la norma de deber), entonces puede existir en ella culpabilidad y castigo, aun cuando por la falta de peligrosidad para el bien jurídico no concurra un ilícito.

Las consecuencias político-criminales que se derivan de esta concepción son inadmisibles. En efecto, una punibilidad basada exclusivamente en la voluntad delictiva posibilita la sustitución de un Derecho penal del acto por un Derecho penal de autor (63).

## B) TEORÍA DE LA ACCIÓN FINAL

11. La fundamentación subjetiva del ilícito por la teoría de la acción final ofrece una solución coherente, desde la perspectiva de la

(60) NOWAKOWSKI, *ZStW* 63, p. 313.

(61) GOLDSCHMITT, «Der Notstand ein Schuldproblem», en *Oesterr. Zeitschrift für Strafrecht*, Wien 1913; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Aalen 1964 (reimpresión).

(62) En forma análoga, JAKOBS entiende que la infracción a la norma de conducta no es una condición suficiente, ni necesaria para desencadenar la sanción («*Studien*», p. 125).

(63) MIR PUIG, *Introducción*, pp. 256 ss.

teoría del desvalor de la acción, al problema de la punición de la tentativa. Ello no quiere decir que el finalismo, al menos en su versión más pura, no se libre de graves objeciones lógicas (64). En todo caso, Welzel aceptó la inclusión del desvalor de acción en el ilícito, al concebir la acción no como un mero suceso causal, sino como un acontecer dirigido y dominado por la voluntad final (65). Con ello se unifica el fundamento que posibilita la punibilidad del delito consumado e intentado.

La discusión en torno a la estructura del ilícito, que es la que se plantea aquí a propósito de la naturaleza jurídica de la tentativa, está más relacionada con el concepto de la norma que con el concepto de la acción que se utiliza como base del sistema (66). Es por ello que en lo que sigue se adoptará esta perspectiva de análisis.

12. El punto de partida lo constituye el entendimiento de la norma como una orden encaminada a motivar (67) al sujeto a la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico. El sistema de normas se basa en un sistema de juicios de valor que despliegan sus efectos sobre los llamados bienes jurídicos (68). Estos juicios de valor pueden ser primarios o secundarios. Los primeros, positivos o negativos, implican una valoración de los sucesos que lesionan o conservan el bien jurídico; los segundos, positivos o negativos, valoran las acciones humanas que tienden al suceso.

El juicio de valor primario sobre el resultado lesivo sirve de base al juicio de valor secundario sobre el acto que provoca el resultado. Ambos juicios son entre sí interdependientes, pero en sus objetos de análisis se diferencian. Mientras el juicio de valor primario declara

---

(64) Vid. KLUG, «Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem», t.II, pp. 155 a 173, en *Skeptische Rechtphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, pp. 7 a 32; ENGISCH, «Der finale Handlungsbegriff», en *FS für E.Kohlrausch*, 1944, pp. 141 a 179; SERRANO/PIEDECABRAS, «*Crítica formal*», pp. 984 a 995.

(65) WELZEL, *Nuevo sistema*, p. 25.

(66) GALLAS, *Zur Struktur*, pp. 155 ss.; BACIGALUPO, *La función del concepto de norma*, pp. 73 ss.; LAURENZO COPELLO, *El resultado*, pp. 38 y ss.

(67) KAUFMANN dice al respecto: todo ordenamiento en la conducta entre hombres está referido a comunicar de modo comprensible -incluso al inimputable con capacidad de acción- el contenido de la conducta exigible. No haber distinguido entre la pretensión del contenido y la de la vinculación de la norma fue el fallo de los partidarios de la teoría subjetiva de los imperativos. Para ellos la norma sólo podía motivar al capaz de culpabilidad.

(68) KAUFMANN entiende que integran el primer plano valorativo, siempre positivo, del sistema (*Normentheorie*, p. 69). En los hechos, las normas jurídico-penales presuponen la existencia de los bienes jurídicos (ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 136).



como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir, los juicios de valor secundarios describen los caminos (acciones) que tienden a producir o no evitar esas lesiones que no deben existir. Precisamente, el medio jurídico a través del cual se consigue llegar a la meta anteriormente propuesta es que no se den acciones encaminadas a la lesión del objeto jurídico. En este sentido, la norma de determinación tiene como fin exclusivo el imponer el juicio de valor secundario: prohibir el acto que debe no ser, mandar el acto que debe ser (69). Es por ello que el acto recibe su disvalor exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor; si falta el resultado, subsiste, sin embargo, la intención fundante del disvalor (70).

En atención a todo lo expresado, el injusto de la tentativa es la acción final que tiende a la afectación del objeto jurídico, siendo este acto el objeto del juicio de valor secundario y de la norma de determinación (71). En otros términos, el dolo del hecho determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad (72). De esta suerte infringe la prohibición contenida en la norma de determinación tanto la acción incapaz de resultado (tentativa inidónea) como la capaz de resultado (tentativa idónea) (73).

13. Pero, ¿qué papel normativo juega el disvalor de resultado? El injusto de la consumación es la acción final que merece una valoración negativa en la medida en que sea capaz de resultado. Así pues, el objeto de la norma de determinación o, lo que es lo mismo, el objeto del juicio de valor secundario lo conforma *el acto final capaz de resultado*. Esta capacidad de resultado debe, no obstante, entenderse como una aptitud objetiva, circunstancial, que condiciona la actividad final tendente a la afectación de un bien jurídico. En otros términos, si la norma de determinación sólo contiene, según Kaufmann, actos finales (74), entonces, el contenido objetivo dado por la *capacidad de resultado* (peligrosidad de la acción) no puede ser objeto de valora-

---

(69) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 74. En este sentido, norma de determinación y juicio de valor secundario son la misma cosa.

(70) KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 71.

(71) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 153.

(72) JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios*, p. 225.

(73) Respecto al injusto del delito consumado.

(74) KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 75. Esta vinculación lógico-objetiva del legislador respecto a la estructura final de la acción (omisión) significa: que el legislador partiendo del dato ontológico, puede inferir proposiciones del deber ser. Se trata de un argumento iusnaturalista (ontológico) que conduce desde una perspectiva metalógica de la norma a un razonamiento entimemático (KLUG, *Pságeudoschluß*, p. 99; SERRANO/PIEDecasas, *Crítica formal*, p. 989)

ción de la norma. Pero sino es objeto de la norma de determinación, entonces será condición de ella, o, lo que es lo mismo, la especial concurrencia de esas circunstancias objetivas fijarán el dominio en el que el juicio de valor secundario desplegará sus efectos. Entonces, si el disvalor de resultado es irrelevante para el ilícito, no tiene sentido una distinción entre el delito tentado y consumado, aunque sí, entre tentativa acabada e inacabada (75).

Desde otra perspectiva, si la norma ordena, prohíbe o manda hacer o no hacer determinadas acciones finales, entonces no puede motivar a su cumplimiento bajo particulares circunstancias objetivas regidas por la casualidad o desconocidas para el destinatario de la orden. Por eso, esta situación objetiva no debe constituir objeto de la norma, aunque pueda aparecer como una condición especial de la misma (76).

Entonces, tanto la tentativa como la consumación tienen la misma materia de prohibición, aunque el ámbito de aplicación de una y otra sea diferente. Ambas normas prohíben el mismo acto final: la de la tentativa, lo prohíbe en general y sin restricciones; la norma de consumación lo prohíbe, en particular, para el caso de que la acción final *sea capaz de resultado*. La norma de determinación de la consumación es objetivamente idéntica a la norma de determinación de la tentativa en su función de motivar a la conducta humana. La norma de la consumación es la reiteración de la norma de la tentativa limitada a ciertos supuestos. ¿Cuáles son estos supuestos?: acciones finales condicionadas por la aparición casual de circunstancias objetivas (naturalísticas) que propiciaron su *capacidad de resultado*.

En conclusión, la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo de hecho, es la única categoría dogmática que dota de contenido al ilícito penal.

14. Sin embargo, el debate no termina aquí. El siguiente nivel de análisis lo constituye decidir sobre el sentido o significado del dolo. Cuando se dijo que la tentativa representa un defecto del tipo, se hizo alusión a que el autor asumió erróneamente la existencia de determinadas circunstancias de hecho en el objeto o en los medios empleados, que de haber estado presentes hubieran consumado el tipo objetivo. Pues bien, el problema reside en decidir si esa errónea planificación debe determinarse objetiva o subjetivamente. ¿Todo lo que el autor considera una planificación constituye necesariamente una planifica-

---

(75) KAUFMANN, ZSrW núm. 80, p. 50.

(76) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, p. 155. El éxito de la capacidad de resultado de la acción exige la prognosis del observador objetivo.

ción relevante? (77). Si el autor decide procurar la muerte de su enemigo mediante conjuros, ¿esa manifiesta voluntad contraria a la norma debe ser considerada como tentativa de homicidio?

La cuestión nos introduce de lleno en la problemática de la distinción entre: *a*) actos preparatorios y ejecutivos; y *b*) tentativa idónea e inidónea. Aunque el tratamiento de estas cuestiones se hará más adelante, sin embargo, siguiendo la exposición de las tesis de Kaufmann, en torno a su concepción de lo injusto, adelanto alguna de sus conclusiones en relación a la cuestión planteada.

En este punto, Kaufmann adopta el punto de vista personal (subjetivo) del autor (78). Si la intención homicida de éste se manifiesta por medio de la superstición, el derecho debe seguirle (79). Decisión consecuente con su concepto del injusto personal que le lleva a la siguiente afirmación: el sentido que el autor da a su hecho determina el contenido valorativo de la antijuridicidad (80); en el mismo sentido, Zielinski opina: «la representación del autor de la situación fáctica debe ser la base para la calificación jurídica de la acción» (81).

Esta radical fundamentación subjetiva del injusto en la que sólo importa el sentido que el autor da a su hecho no toma en consideración si dicha individualización puede ser sostenida desde un contexto social (82). Quizás esos datos individuales permitirían explicar las relaciones dentro de grupos íntimos, o en comunidades religiosas, pero no serían útiles para explicar las relaciones dentro de una sociedad moderna. «Así, se puede explicar el pecado, pero no el ilícito» (83).

#### 4. Teorías mixtas

15. Las teorías mixtas pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa combinando aspectos objetivos y subjetivos. Se trata de soluciones ampliamente acogidas por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como alemana. Soluciones, por otra parte, surgidas de la necesidad de operar con criterios jurisprudenciales útiles encaminados a fijar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos y tentativas idóneas e inidóneas.

---

(77) JAKOBS, *Estudios*, pp. 230 y 231.

(78) JAKOBS, *Estudios*, p. 231.

(79) «Inclusive la tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito» KAUFMANN, *Zum Stande*, p. 161; *ZStW* núm. 80, p. 242.

(80) KAUFMANN, *Zum Stande*, pp. 393 s.

(81) ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pp. 292 ss. y 369.

(82) JAKOBS, *Estudios*, p. 227.

(83) *Ibid.*, p. 227.

Larenz destacaba de la «Teoría pura del Derecho» de Kelsen su contenido en extremo seductor aunque de escaso rendimiento en orden a la praxis, y concluía: «en última instancia la razón de ello reside en la deficiencia de la teoría» (84). Esta misma reflexión corresponde hacerla respecto de las teorías objetivas y subjetivas formuladas en sus inicios. En efecto, las consecuencias «prácticas» que se deducen de mantener una rigurosa fundamentación objetiva de la tentativa propician la impunidad de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea; en tanto una fundamentación exclusivamente subjetiva amplía el ámbito de punición de los actos ejecutivos y de la tentativa inidónea.

Con estas observaciones no se pretende invalidar la fecundidad teórica de estas fundamentaciones. Muy al contrario, lo que allí se estaba decidiendo era la construcción conceptual de la tentativa como categoría del delito. La confrontación de pareceres, no obstante, se realizaba en un plano ontológico, sea por la vía naturalística del peligro o por la vía iusnaturalista de la acción final. Las carencias lógico-jurídicas de ambas propuestas se manifestaron desde el principio. No toda puesta en peligro de un bien jurídico, ni todo dolo contrario a la norma «*por si mismos*» interesan al Derecho penal. Para que esto ocurra, se requiere de la intermediación de un juicio de imputación, de un juicio de deber ser, que permita la selección normativa de esos comportamientos arriesgados y de esas manifestaciones de la voluntad contrarias a la norma. Tema aparte es decidir el «cómo» debe efectuarse dicho juicio. No obstante, resulta incontestable que la discusión en torno al fundamento punible de la tentativa debe efectuarse desde una perspectiva axiológica.

Cuando se trate el monismo normativo me referiré con mas detalle a esta cuestión. No obstante, conviene hacer la siguiente reflexión. Un sistema jurídico penal sustentado sobre sólidas bases racionales (lógicas) se mueve, en contra de la opinión de Jakobs, Freund o Frisch, no sólo en un ámbito normativo, sino que también analiza los hechos de la realidad como referentes para efectuar una valoración. Desconocer esta interacción entre lo ontológico y lo axiológico, ya puesta de manifiesto por la escuela suroccidental alemana de Von Rickert y Lask, conduce inevitablemente a una pura tautología.

En todo caso, bajo el nombre de teorías mixtas, la doctrina habilita una especie de cajón de sastre en el cual almacenan una serie de conceptos, que fuera de esa naturaleza ecléctica que los caracteriza, se supone no admiten ningún otro criterio de selección. En mi opi-

---

(84) LARENZ, Metodología..., p. 91.

nión, es factible efectuar una ulterior clasificación en atención al grado de integración, de síntesis, producto de combinar unos y otros elementos. Así, es posible distinguir las teorías integradoras, de aquellas otras que son el resultado de una simple adición de elementos objetivos y subjetivos –teorías duales *strictu sensu*– (85). En tanto que las teorías integradoras proporcionan un cierto grado de precisión sistemática y guía en la praxis jurisprudencial (86); las segundas son portadoras de las mismas carencias teóricas y prácticas de las que adolecían sus fuentes de inspiración. No obstante, no sin razón opina Roxin respecto de todas las teorías mixtas que «los defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican» (87).

### Excursus: La teoría de la impresión

16. Sin duda, la teoría integradora más seguida por la doctrina alemana, no así en España (88) es la teoría de la impresión (89). Según ella, la tentativa es punible, porque la actuación de la voluntad contraria al Derecho (componente subjetivo), posee la capacidad de perturbar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (componente objetivo). Como señala Hirsch, se trata de una variante de la teoría subjetiva dado que el fundamento del castigo sigue recayendo en la voluntad delictiva del autor y sólo se adopta

---

(85) En este grupo habría que incluir, por ejemplo, la primera versión de la «teoría objetiva del plan del autor», elaborada por KOHLER y HÄLSCHNER, hoy totalmente superada. En la misma se exigía junto al dolo la existencia de un nexo causal entre la actividad propuesta y el resultado perseguido. Valoración objetiva difícilmente compatible con una fundamentación subjetiva (vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pp. 325 y 326).

(86) La obligación del fallo a la que el Juez está sometido no le concede la posibilidad de retardar su resolución hasta que una cuestión haya sido plenamente discutida por la dogmática. El Juez tiene, como dice Larenz, que «arriesgar» una decisión aun cuando no sea capaz de apuntalarla plenamente con razones. El dogmático, sin embargo, no está constreñido por esa obligación del práctico, sí, en cambio, autorizado e incluso obligado a reconocer a veces que el Derecho positivo no permite en determinados temas, según el estado actual del conocimiento, una solución satisfactoria (*Metodología...*, pp. 226 y 227).

(87) ROXIN, *Teoría del tipo...* nota 15, p. 11.

(88) La influencia doctrinal de esta teoría se percibe en el criterio utilizado por RODRÍGUEZ MOURULLO y CÓRDOBA RODA para delimitar el ámbito de punición de la tentativa inidónea (*Comentarios...*, I, p. 233).

(89) Aunque fue HORN su creador («Der Versuch» en *ZStW* 20, 1900) se debe su definitiva formulación a MEZGER (*PG*, II, p. 248). También: GÖSSEL («Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht» I, 1974), SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, 22 edic., 1985), RUDOLPHI, «Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch» *AT*, 4 edic. 1983.

un criterio objetivo en lo concerniente a la penalidad (90). En otros términos, lo que se somete a examen es la capacidad que tiene el elemento subjetivo del §22 StGB –representación que el autor tiene del hecho– en relación con la medición de la pena. Téngase en cuenta que a diferencia de lo que acontece con nuestro Código penal el StGB admite en el §49 II 3 una atenuación facultativa para la tentativa (91).

Las consecuencias que se derivan de las tesis subjetivas en relación con la penalidad son de todo punto inaceptables. Tanto Kaufmann como Zielinski, al entender que lo injusto se agotaba con el simple desvalor de la acción, consideraban posible equiparar la pena del delito intentado al consumado (92). Por esta razón, la teoría de la impresión propone introducir un criterio corrector de contenido objetivo al plan del autor: la aptitud de provocar en la comunidad la «*impresión*» de un perfecto ataque contra el ordenamiento jurídico. Es obvio, que el interés despertado por esta teoría en la doctrina alemana es consecuencia de las particularidades que ofrece el StGB en la regulación de la tentativa. Particularidades, que no se dan en nuestro código, ya que a diferencia del §22 el artículo 16 propone una fundamentación claramente objetivista. En todo caso, merece la pena referir alguna de las críticas de que ha sido objeto.

17. Entre las críticas realizadas a esta teoría de la impresión se señala que el poder de impresión del hecho no siempre encuentra su correlativo reconocimiento en la norma. Así, la alarma social que provoca las actuaciones preparatorias en la comisión de un delito grave generalmente no son castigadas (93). Por ejemplo, la destrucción fraudulenta de cosa propia asegurada puede llegar a provocar una fuerte impresión de ataque normativo y, sin embargo, hasta que el asegurado no reclame la indemnización no pasará de ser un acto preparatorio impune (94). También, se la critica por su contenido impreciso y fuertemente subjetivo (95).

A favor de la teoría, Maurach entiende que no es tan importante la quiebra de confianza en la norma, sino el hecho de que una conducta

---

(90) HIRSCH, «*Gefahr*», p. 560. La teoría de la impresión está fuertemente vinculada al texto del § 23 StGB, acerca del cual un autor tan importante como Stratenweerth opina, que el mencionado párrafo: «no fundamenta la antijuridicidad de la tentativa, sino sólo su punibilidad» («PG», p. 643).

(91) Cuestión, que a juicio de JESCHECK queda perfectamente solventada por intermedio de esta teoría («PG», p. 711).

(92) KAUFMANN, «*Zum Stand...*», pp. 394 ss.

(93) JAKOBS, *PG*, p. 863.

(94) SERRANO/PIEDECASAS, *La estafa...*, p. 138.

(95) KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, pp. 66 ss.

sea idónea para provocar algo semejante (96). Lo cual, lejos de solucionar el problema lo desplaza hacia la cuestión de lo que debe entenderse por «idóneo». Así, el contenido de la idoneidad para algunos autores reside en la consideración de la tentativa como un delito de peligro abstracto (97). La medida de la abstracción quedaría determinada por el hecho de que el autor haya dado principio inmediato a todos los actos que forman parte de la realización del tipo (98).

Resulta más coherente la siguiente propuesta de Jakobs (99): para que un comportamiento externo posea capacidad de impresión, es requisito previo que la representación que tenga el autor sobre su intervención esté fundada sobre «conocimientos comunicativamente relevantes» (100). De todas formas, la cuestión no queda aquí zanjada, pues acto seguido habrá que preguntarse por las características que debe reunir tal comunicación (101).

## 5. Teoría normativo-funcional de la tentativa (102)

18. El concepto de tentativa sostenido por esta teoría se incardina en una concepción del Derecho penal cuyo fin primordial «está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad» (103). Desde esta perspectiva, la misión de la dogmática

---

(96) MAURACH, *PG*, p. 29.

(97) *Ibíd.* p. 29.

(98) KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, p. 46

(99) Al igual que Hirsch, JAKOBS exige que el contenido positivo del injusto de la tentativa quede vinculado al tipo. Aunque, negativamente entienda que sin el poder de impresión del hecho no hay motivo para construir una tentativa (*PG*, p. 863). En sentido parecido ROXIN (*Einführung...*, p. 20).

(100) JAKOBS, *Estudios...*, p. 235

(101) Véase más adelante §4.2.

(102) Se corresponde con una concepción monista normativa del injusto cuyo máximo representante es Günther JAKOBS. Existe una recopilación en castellano de los escritos más significativos de este autor en *Estudios de Derecho Penal*, 1997, traducción a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, precedida por una extensa introducción; también en castellano el manual *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2 edic. alemana de 1991, traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González Murillo; asimismo *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, 1996, traducción a cargo de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez. Pertenecen entre otros a esta misma corriente doctrinal: FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992; VEHLINB, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

(103) JAKOBS, *Sociedad...*, p. 15.

penal reside en desarrollar (sistematizar) las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) mediante un acto con significado (pena) (104). El significado del acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es referido a la realidad (105), sino por una concepción del injusto articulada desde una perspectiva social (106).

Con ello, la tarea que se exige al dogmático consiste en la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto de las posiciones dogmáticas tradicionales. Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo, operar, tanto en aquella versión en la que la acción ya no es «*expresión de sentido*» (sino un mero proceso psico-físico) cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma (107).

19. Este proceso de «*reforestación*» normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la Teoría pura del Derecho de Kelsen (108), en los trabajos sobre la validez normativa de Max Weber y en la teoría de los sistemas de Luhmann, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático. Valga decir que, al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser (109). En otros términos, al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la

---

(104) JAKOBS, PG, Prólogo a la primera edición, p. IX

(105) SCHÜNEMANN, «Consideraciones», p. 44.

(106) JAKOBS, *Estudios*, Prólogo, p. 8.

(107) *Ibid.* *Estudios*, Prólogo, p. 7.

(108) Como se verá más adelante, entiendo que la perspectiva de Jakobs sobre la norma no entra totalmente en contradicción con la mantenida por KELSEN. Según éste, la esencia del ordenamiento jurídico reside en la imposición de deberes: una regla jurídica sólo puede ser aquella que imponga deberes (*Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, Neudruck Scienta Aalen, 1960, p. 238). Confróntese esta opinión con la mantenida por Jakobs en torno a la posición de garante.

(109) El pensamiento orientado a valores en la dogmática opera cuando se procede tipológicamente, no cuando se procede conceptualmente. La incorporación de puntos de vista teleológicos resultan decisivos en orden a la interpretación. Por eso, una dogmática neutra al valor sólo cumple parcialmente su cometido (LARENZ, *Metodología...*, pp. 215 a 221).



concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto (110). De esta forma, su concepción del Derecho Penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este Derecho (111). Además, queda circunscrito a la elaboración de conceptos formalizados (112), faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad; considérense, por ejemplo, los conceptos de «injusto», de «rol» o de «garante» propuestos por Jakobs: en ellos todo cabe. Por último, ese sistema cerrado conduce a una inevitable argumentación tautológica o circular (113) que exige, a la postre, ser rellenada de puras decisiones.

Esta concepción se sitúa en la misma línea normativo-positivista de Kelsen al expulsar de la ciencia penal toda consideración valorativa; Kelsen, por requerimientos provenientes de las leyes del pensamiento (114) y Jakobs, por entender que las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho penal (115). A la postre, ambos entienden el Derecho en un contexto positivo, al declarar por razones diversas como acientífico o ajeno, cualquier principio suprapositivo. Por ejemplo, la idea del Derecho como un sentido material *a priori* de todo Derecho (116).

20. Entre las categorías penales depuradas de todo componente descriptivo se destaca el concepto de «bien jurídico». Su contenido

---

(110) SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, p. 47.

(111) *Ibíd.* p. 46.

(112) HIRSCH, ZStW, 106 (1994), pp. 746 ss.

(113) Por ejemplo, el concepto de culpabilidad, ya despojado de toda idea de poder actuar de otro modo, es el resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación (SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pp. 46 y 47). Si la teoría de los elementos negativos del tipo prospera a costa de hacer desaparecer la frontera entre la tipicidad y la antijuridicidad, de suerte que la tipicidad no puede comprobarse sin afirmar primero la antijuridicidad y viceversa, el monismo normativo de Jakobs se sostiene sobre la base de pagar un precio mas oneroso: el concepto de injusto absorbe al de culpabilidad. En este punto conviene recordar que Merkel al considerar los aspectos subjetivos en la antijuridicidad tampoco pudo establecer una frontera explícita entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

(114) El problema no es una cuestión de obediencia o desobediencia a la norma, sino sólo que la discordancia entre la acción particular con la «acción del Estado» debida conforma la condición para verificar el juicio de imputación.

(115) La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización es una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del Derecho Penal sólo corresponde determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (JAKOBS, ZStW 107 (1995) p. 855).

(116) LARENZ, *Metodología...*, pp. 59 y 60.

viene dado por la protección de «la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción» (117). Lo que constituye una lesión a un bien jurídico no es la causación de la muerte, sino la oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio (118). Esa oposición a la norma se traduce en una efectiva quiebra de confianza en su vigencia. Quebrantamiento que no debe entenderse como «un suceso natural entre seres humanos, sino como un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas» (119).

La manifestación de esa oposición provoca una perturbación social que no puede ponderarse en consideración a los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas. Al contrario, «sujeto» debe ser redefinido en términos de «persona», es decir como sujeto mediado por lo social. Brevemente, persona no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible; o, si se quiere, persona es el sujeto portador de roles (120). En este orden de ideas, la subjetividad de un individuo, por definición, sólo es accesible a los demás a través de sus manifestaciones, de su «comportamiento». Para que un comportamiento defraude las expectativas garantizadas jurídicamente (infrinja la norma), se requiere como requisito mínimo el quebrantamiento de un rol (121).

---

(117) JAKOBS, *PG*, p. 45.

(118) Hirsch entiende, al contrario, que al asesino se le castiga en primer lugar por destruir una vida humana y en segundo lugar por rebelarse contra la norma. A ello responde Jakobs: destruir una vida humana *per se* no es mas que un hecho natural; tan sólo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico «ser humano» en un ser humano que no debe ser matado sin razón (JAKOBS, *Sociedad...*, n.10, p. 25).

(119) JAKOBS, *Sociedad...*, Prólogo, p. 11. La norma es sólo un modelo de orientación para el contacto social (*PG*, pp. 9 ss.). Fructífera concepción dialogal del Derecho elaborada por CALLIES (*Theorie der Strafe...*, p. 15 y pp. 80 ss.) la cual, a diferencia por ejemplo de MIR PUIG (*Función de la pena...*, pp. 25 ss.), no obtiene por parte de Jakobs la atención y desarrollo que merece.

(120) *Ibíd.*, p. 50 y 51. Esta noción ya se encuentra en Kelsen. El concepto de persona se formaliza. Se trata de un concepto «jurídico puro», aquella no es un ser existente, sino un «complejo de deberes jurídicos y derechos subjetivos». La persona física, no es un hombre (sujeto), sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o autorizan a un mismo hombre («*Reine Rechtslehre*», 1934, 2 edic., 1960, pp. 177 y 178). Mientras Kelsen construye este concepto desde la perspectiva de la ciencia «pura» del Derecho, Jakobs pretende hacerlo por intermedio de la mediación social.

(121) De aquí que con la culpabilidad «no se mide al sujeto, sino a una persona, precisamente la persona mas general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar al Derecho» (JAKOBS, *Sociedad...*, p. 65).

El contenido de un rol debe vincularse objetivamente a un patrón y este patrón lo conforma el sistema de normas. Por eso, a los actores (sujetos activos o pasivos) no se les toma como individuos, con sus particularidades subjetivas, sino como personas (122), como sujetos de normas de imputación (123). En suma, la comunicación entre los individuos, no es sólo instrumental, reflejo único de sus subjetivas preferencias, sino también personal. Comunicación, esta última, definida mediante reglas objetivas e independientes de las preferencias individuales, de suerte que todos pueden invocar esas reglas (comunicación personal). Para Jakobs, estas reglas son normas sociales en sentido estricto, siendo las únicas que permiten o habilitan para una comunicación personal (124). Por todo lo dicho, se deduce que a efectos jurídicos un comportamiento comunicativamente relevantes será sólo el expresivo de una relación entre personas.

21. En este contexto doctrinal hay que situar el concepto de tentativa propuesto por Jakobs entendido como: «infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo» (125). Veamos con detalle su significado.

«Infracción normativa» implica un daño a la vigencia de la norma y no la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico. De ahí que el fundamento penal de la tentativa sea exactamente el mismo que el de la consumación (126). Sin embargo, las enormes dificultades que tiene Jakobs para resolver la presencia del resultado en los ilícitos consumados, le lleva a sostener que el quebrantamiento de la norma puede estar más fuertemente objetivado en la consumación que en la tentativa, lo que lleva a una culpabilidad más completa (127).

Esta afirmación introduce una fuerte cuota de ambigüedad en el propio concepto del injusto mantenido por Jakobs. En efecto, si el contenido de la culpabilidad, según éste, viene dado por la «imputación de un defecto volitivo» entendida como «déficit de voluntad» o más concretamente como «déficit de motivación fiel al Derecho» (128), entonces, por

---

(122) *Ibíd.*, p. 53.

(123) SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, p. 45.

(124) *Ibíd.*, pp. 78 ss.

(125) JAKOBS, PG, p. 863.

(126) *Ibíd.*, p. 860.

(127) *Ibíd.*, p. 203.

(128) JAKOBS, «*Estudios*», p. 383. En este sentido añade: «Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que debe ubicarse allí...», y mas adelante: «Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación» (*ibíd.*, pp. 383 y 384.)

lo afirmado más arriba, se admiten dos contenidos materiales de la culpabilidad distintos: uno general para todo tipo de ilícito –déficit de motivación–; y otro particular para el ilícito consumado en el que, además se exige la presencia efectiva de la lesión de un objeto del bien jurídico. Al socaire de estas disquisiciones se esconde una profunda contradicción: con carácter general se repudia la teoría de la lesión de un bien jurídico como fundamento del ilícito, pero al mismo tiempo se admite para el ilícito completo la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico (129).

22. Qué significado atribuye Jakobs a «la puesta en manifiesto» de la infracción? Poner de manifiesto una conducta implica necesariamente una «objetivación». La cuestión que se plantea será averiguar el contenido y los límites de la misma. En definitiva, resolver el problema de la criminalización en los estadios previos a la consumación del delito (130).

En un Estado de libertades, el Derecho penal no está abocado al control de los aspectos internos de un comportamiento. Para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva. La aplicación de este «*principio del hecho*» no debe significar que cualquier manifestación externa sea valorada como una perturbación, sino lo siguiente: sólo una conducta externa que perturba permite investigar el contexto interno. «La pregunta acerca de lo interno, –dice Jakobs–, sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores» (131). Con esta afirmación se destaca la idea de una objetivación del dolo ya lograda antes de la producción del resultado (132). De esta manera, el autor se distancia

---

(129) SANCINETTI, *Fundamentación...*, p. 20. Como se apuntó más arriba el gran problema reside en el tratamiento dogmático que debe darse al desvalor del resultado desde la perspectiva de una teoría normativo-monista del ilícito. VEHLING, un discípulo de Jakobs, cree resolver el dilema asegurando que el contenido del resultado no debe entenderse en un sentido naturalístico, sino en el sentido normativo como daño a la validez o como transgresión del riesgo permitido (*Die Abgrenzung...*, p. 89). En el mismo sentido, JAKOBS afirma que el desconocimiento de la vigencia de la norma «[...] es el resultado específicamente jurídico-penal» (*Handlungsbegriff*, p. 34). Si una de las funciones de la dogmática es precisar el contenido semántico del concepto, por esta vía poco o nada se ha conseguido.

(130) En lo que sigue, consúltese el artículo de JAKOBS «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung» en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, pp. 751 ss. (Traducc. en «*Estudios de Derecho Penal*» op. cit. bajo el título: «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», pp. 293 ss.).

(131) JAKOBS, *Estudios...*, p. 302.

(132) No obstante, habría que señalar que las condiciones de las que depende el resultado no están dadas por completo hasta el momento de su producción.

de las posiciones subjetivo-monistas de Kaufmann según las cuales el acto recibe su desvalor exclusivamente de la intención del resultado (133).

23. Ahora bien, ¿qué características debe reunir una conducta externa con capacidad de perturbación? Jakobs alerta sobre una interpretación en extremo naturalística del comportamiento externo, del «*movimiento corporal*» como mínimo soporte de aquél. Levantar un dedo o arquear una ceja, dice, son ya algo externo y sin embargo siguen siendo manifestaciones de la vida privada (134). Lo decisivo no es advertir que el sujeto «*se mueve*», sino que el sujeto «*se expresa*». Al igual que en el delito consumado lo importante no es la lesión del bien jurídico, sino la lesión a la vigencia de la norma, en el comportamiento lo decisivo no es la externalización de la conducta, sino que la misma constituya «una expresión de sentido comunicativamente relevante» (135). La normativización de lo comunicable exige, como se dijo más arriba, dotar a la conducta de una significación social que sólo es pasible en términos de una comunicación personal y no instrumental. Es decir, son las normas las que constituyen la relación entre sujetos. «Estas normas son el mundo objetivo; objetivo, porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo» (136).

De esta manera, de entre todas las posibles manifestaciones externas de una conducta sólo se seleccionan aquellas que tengan la aptitud de configurar el mundo en consonancia con una norma social (objetiva). Así, estarán exentas de responsabilidad penal no sólo las *cogitationes*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y toda conducta externa irrelevante en sí misma. Entonces, ¿cuándo una conducta «comunicativamente relevante» es perturbadora?, o en términos más simples, ¿cuándo un ciudadano se convierte en autor? La respuesta es: si aquél «se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos» (137).

El contenido material de la «*perturbación*», por lo tanto, vendrá dado en razón de que el autor comienza a arrogarse de acuerdo con su comportamiento externo un ámbito de organización ajeno. Sólo entonces, y en la medida en que sea reconocible en los hechos tal arrogación, resultará legítimo interpretar su conducta a la luz de los facto-

---

(133) KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 71 ss.

(134) JAKOBS, *Estudios...*, p. 296.

(135) *Ibíd.*, p. 235.

(136) *Ibíd.*, p. 80.

(137) *Ibíd.*, p. 303.

res internos, preguntarse, en suma, acerca de los fines que perseguía con ella. Más adelante volveré sobre este punto, en particular sobre el tratamiento que dispensa Jakobs al problema de la «representación mental de un hecho» por el autor.

24. Siguiendo con la exposición, el siguiente concepto a investigar será el del contenido atribuido a la mencionada «arrogación». Pues bien, según Jakobs la responsabilidad penal en los delitos de comisión reside en que el autor, por ser el que desencadenó el curso causal, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y aún a costa de ellas; en los delitos de omisión, la responsabilidad del autor deriva de la vinculación que mantienen determinados cursos causales con su ámbito de organización. Brevemente, «no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión deben ser garantes si es que han de responder de un delito de resultado mediante comisión» (138).

Si se define la acción como un suceso (evitable) que designa una diferencia entre un hacer y un omitir con independencia de cual de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción, y la acción es el supraconcepto que abarca tanto a la comisión como a la omisión (139). Por eso, son garantes tanto el autor de una comisión (incumbencia por la organización) como de una omisión (por el rol que se desempeña).

Esta doctrina no es nueva y encuentra sus precedentes en la teoría negativa de la acción de Herzberg, quien propone el siguiente supraconcepto: «*evitable no evitar en posición de garante*» (140). En todo caso, las razones aducidas son rechazables desde un punto de vista semántico. En efecto, ambos dejan fuera del supraconcepto a los delitos puros de omisión que entrarían a regirse en virtud de un principio de solidaridad mínima. Pero además, Jakobs construye el supraconcepto en base a una pura abstracción: la capacidad motivadora de la norma penal. Se olvida de que el legislador puede también dictar normas sumamente «*inconvenientes*» sin que por ello dejen de ser auténticas (141). Estas indeseables consecuencias dimanarían de la construcción de un sistema dogmático exento de cualquier reflexión político-criminal, o lo que es lo mismo marcadamente positivista (142).

---

(138) JAKOBS, *PG*, pp. 258 y 259.

(139) *Ibid.*, *PG*, pp. 175 ss.

(140) HERZBERG, *Die Unterlassung...*, p. 172. También BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, pp. 93 ss.

(141) SERRANO/PIEDECASAS, «Crítica...», p. 1005.

(142) Por ejemplo, deducir los deberes de garante por la mera existencia civil de un matrimonio sin tener en cuenta la comunidad de vida real, que es la determinante (JAKOBS *PG*, pp. 996 y 997).

25. Se decía mas arriba que la responsabilidad penal descansa sobre la idea del ámbito de organización que se atribuye al autor. Con mayor precisión, la atribución de la responsabilidad por el hecho exige al menos uno de estos requisitos: en primer lugar, la persona responde cuando se arroga el derecho de organizar (ser competente) en un ámbito en el que son otros los que están autorizados para configurarlo, esto se llama: responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización (*Organisationszuständigkeit*); en segundo lugar, las personas ostentan determinados roles y responderán si abandonan su rol, esto se llama: responsabilidad por la lesión a una institución (*institutionelle Zuständigkeit*) (143). De esta suerte, la comisión exige la actuación en una ajena competencia y la omisión la dejación en el ejercicio de una competencia propia. No obstante, continúa Jakobs, es posible unificar ambos supuestos, pues «la separación entre los ámbitos de organización es en sí misma una institución, convirtiéndose entonces la institución en la idea rectora» (144).

Ahora bien, el autor reconoce que esta diferenciación «*es equivalente*» a la de delitos de dominio y delitos por vulneración de un deber realizada por Roxin (145), lo que en atención al papel rector desempeñado por la institución, deberá significar en suma, que la responsabilidad por el hecho reside en la vulneración de un deber. De esta misma opinión es Schünemann, quien entiende que Jakobs se constituye en un firme partidario de la teoría de los delitos de deber (*Theorie der Pflichtdelikte*) de Roxin, en relación a los delitos improprios de omisión, haciendo de la misma una lectura normativa literal (146).

26. Después de esta larga exposición de argumentos concatenados, ¡por fin!, hemos podido desvelar el significado de lo que se oculta tras la expresión «*manifestación de una infracción a la norma*». El contenido de significado no es otro que el siguiente: la *objetivación*

---

(143) JAKOBS, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, 1992 (vid. *Estudios...*, p. 115, trad. Cancio Meliá).

(144) *Ibíd.*, p. 115.

(145) *Ibíd.*, p. 115, nota núm. 32; ROXIN, *Täterschaft...*, 1963, pp. 354 ss., 384 ss.

(146) SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, p. 24. Schünemann trata de establecer diferencias entre Roxin y Jakobs en este punto considerando que el primero no es un puro normativista. En mi opinión, con devoción de discípulo y poco fundamento entiende que en la teoría de los delitos de deber Roxin no llega a cortar toda conexión entre el deber especial, lo axiológico, con las estructuras lógico-objetivas de la realidad prepenal, lo ontológico, o si se quiere con la relación de dominio sobre la causa del resultado. Precisamente, Jakobs percibe el indudable fundamento normativo que asigna Roxin a la posición de garante en el ámbito de la competencia institucional para mostrar su aquiescencia.

*de un comportamiento reside precisamente en la infracción de un deber (la norma).*

Haciendo un breve repaso a todo lo anteriormente expresado. La vigencia del principio del hecho requiere de una conducta externa con capacidad de perturbación. Sólo puede perturbar una expresión de sentido comunicativamente relevante. La relevancia expresiva la proporciona únicamente aquella comunicación capaz de configurar ámbitos de organización reglados normativamente. Este tipo de comunicación sólo es susceptible de establecerse entre sujetos portadores de roles (personas). Los mismos están en posición de garante respecto de su ámbito de organización. La responsabilidad por la acción surge de arrogarse un ámbito de organización ajeno o por el abandono del propio. Ambas modalidades de responsabilidad implican la lesión de una institución, o lo que es lo mismo: *la vulneración de un deber jurídico*.

Este tipo de razonamiento fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la ley a puros predicados de valor conduce a una falacia normativista, consistente en argumentar basándose en conclusiones circulares (tautológicas) (147). Así, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante. Con ello, se ha construido un edificio conceptual de dudoso valor lógico-pragmático, donde las afirmaciones realizadas manifiestan una discutible utilidad (148).

El error metodológico reside en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la ley para la autoría en el actuar activo (también en la omisión); de suerte que, ya no tiene cabida preguntarse por las estructuras objetivas (propiedades de ser) que subyacen a todo juicio de imputación (149). En otras palabras, un uso no tautológico de los predicados de valor debe necesariamente establecer la referencia entre dicho predicado y la realidad concreta designada en aquél.

27. La cuestión más arriba enunciada nos introduce en la polémica relación entre ser y deber-ser (150). Permítanme realizar una breve reflexión sobre este tema que atañe a cuestiones fundamentales jurídico-filo-

---

(147) SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, p. 13.

(148) SERRANO/PIEDECASAS, «Crítica...», p. 983

(149) SCHÜNEMANN, «*Delitos de omisión*», p. 15.

(150) En relación con el tema: RADBRUCH, *FS für Laun*, 1948; STRATENWERT, «Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache», 1957; KAUFMANN, «*Analogie und 'Natur der Sache'*», 1965; WOLF, «Das Problem der Naturrechtslehre» 3 edic. 1964; ENGISCH, «*Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*» 1971. También, BOBBIO y MAIHOFER, ambos en ARSP, t. 58.



sóficas y que, por lo tanto, fijan «*ab initio*» las distintas concepciones dogmáticas. En efecto, los partidarios de un monismo normativo parten de la existencia de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus dominios no admiten ninguna clase de interacción; en tanto, quienes admiten que la realidad —«*die Natur der Sache*»— juega un papel orientador para el legislador y el Juez, la atribuyen con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y penetra en lo que es capaz ya de sentido y valor. Precisamente, la aguda discusión en torno al concepto jurídico-penal del resultado no debería desconocer este contorno epistemológico. Pues bien, en mi opinión, todos los que entendemos que la infracción penal reside materialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico reconocen en mayor o menor medida que las «*propiedades de ser*» son portadoras de significado. En concreto, «*la naturaleza de la cosa*» si bien admite numerosas y distintas configuraciones valorativas, también puede excluir alguna de ellas por ser plenamente inadecuada o ajena a la cosa (por ejemplo, las tentativas irreales respecto al logro del resultado). Las estructuras lógico-objetivas, en palabras de Hankel, se constituyen en pre-formas del Derecho y operan decisivamente en el proceso de formación del mismo (151).

## 6. Las posiciones doctrinales seguidas en España

28. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la mayor parte de la doctrina penal española se ha venido orientando por una versión objetivada del injusto del delito intentado (152). Orientación que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador español. Considérese, por ejemplo, la fórmula empleada en el artículo ter-

---

(151) HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964. Traducida al español por E. Gimbernat «*Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*» 1964, p. 392. En este mismo orden de ideas, Schünemann entiende que el proceso de subsunción (interpretación) presupone una desnormativización anterior y suficiente de los conceptos jurídicos, so pena de aparecer aquéllos como fórmulas abstractas y alejadas de la realidad (ibíd., p. 13). Por eso, un concepto de acción del cual se escamotea el elemento ontológico del movimiento corporal, o de omisión del cual también se escamotea el de ausencia de movimiento, posibilita la construcción de un supraconcepto, por ejemplo el de acción de Herzberg o Jakobs, coherente desde una perspectiva axiológica, aunque desprovisto de toda utilidad.

(152) Así, JIMÉNEZ DE ASÚA hacía residir la punición de la tentativa en la peligrosidad de la acción (*La Ley y el delito*, 2 edic. 1959, p. 509); ANTÓN ONECA en la peligrosidad de la acción y de la voluntad manifiesta (*Derecho Penal I. Parte General*, 1949, p. 414.); RODRÍGUEZ MOURULLO y NÚÑEZ BARBERO en el peligro directo para el bien jurídico y en la resolución del autor («*Comentarios...*», p. 124 y *El delito imposible*, p. 55).

cero del Código penal de 1870, en la que se exige al autor del delito intentado que dé «principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores», ha sobrevivido en su literalidad a los avatares del tiempo hasta quedar reproducida en el artículo 16.1 del Código penal de 1995 (153). Situación radicalmente distinta a la seguida por el moderno legislador alemán, el cual conforme al §22, que sigue la fórmula abreviada del §24 del Proyecto Alternativo, considera autor de una tentativa a quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Es decir, lo determinante sería aquí el componente subjetivo.

Como se dijo al inicio de este capítulo, esta orientación objetiva, en la que se enmarca la regulación legal de la tentativa, se ve atemperada por la fuerte influencia que sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán. Por eso, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas; sin que ello signifique la renuncia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por esta razón, la tentativa no aparece en el centro de la polémica en torno a la naturaleza del ilícito penal, como hemos podido comprobar al examinar el desarrollo de las teorías subjetivas en Alemania. No obstante, la discusión surge con toda su virulencia con la tentativa inidónea. Aspecto que será tratado con particular atención al final de este trabajo.

29. La fundamentación objetiva del delito intentado seguida por nuestra doctrina se ha venido haciendo en base a dos distintas clases de argumentaciones: una efectuada desde una perspectiva político-criminal, y otra desde la perspectiva del merecimiento de la pena (154).

En el primer caso, se aduce la necesidad de fundar la punición en la existencia de un peligro objetivo, de lo contrario supondría aceptar una culpabilidad construida sobre la simple voluntad o ánimo antijurídico del autor. Precisamente, la vigencia del principio del hecho exige atenerse de forma exclusiva a los contenidos subjetivos manifestados en el comportamiento (155). Si el princi-

(153) Si bien acentuando las exigencias objetivas al requerir de aquellos hechos o actos exteriores que «*deberían objetivamente producir el resultado*» (art.16).

(154) FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pp. 28 ss.

(155) Argumento, que encuentra apoyo en la denominada «*teoría objetiva del plan*» de Schmidhäuser. Según ella, hay tentativa cuando objetivamente la voluntad delictiva se manifiesta en el comportamiento. No se puede afirmar lo mismo respecto al contenido de lo subjetivo asignado por esta teoría, comprensible en el marco del §22 StGB e inaceptable en el de los arts. 3 CPTR y 16 CP. En efecto, el contenido lo conforma el hecho de que el autor entiende que su plan conduce de manera inmediata a una lesión irremediable a la puesta en peligro del objeto jurídico (SCHMIDHÄUSER, *PG*, 15/55).

pio del hecho deja de operar como referente en la culpabilidad se reducirán las posibilidades de determinación de la pena potenciando el ejercicio de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos (156).

No exenta de ciertas dificultades, la redacción del artículo 52 del CPTR admitía desde la perspectiva del merecimiento de la pena una interpretación objetivada. Se decía, que la razón por la cual la tentativa merece una pena menor que la del delito consumado sólo puede explicarse en consideración al tipo objetivo, pues el dolo del delito intentado y consumado son idénticos (157). Esta opinión es hoy objeto de reparos por parte de un sector de la doctrina española (158). Según lo dicho anteriormente, si los contenidos de sentido del dolo sólo son deducibles del comportamiento exteriorizado y no de la actitud interna, es necesario convenir que existe un déficit de voluntad de ejecución en la tentativa respecto del delito consumado (159). Con mayor precisión, es admisible sostener que el dolo de la tentativa acabada es idéntico al del delito consumado, pues en ambos casos se ha agotado la vía ejecutiva, no sucediendo así con la tentativa inacabada. Por esta razón, Mir Puig entiende que el tipo subjetivo de ésta lo integra el dolo genérico, que alcanza la parte de ejecución conseguida, y un elemento subjetivo adicional del injusto, que exige la intención de completar la ejecución (160).

Siendo ésto así, habría que convenir con Struense, que la tentativa inacabada infringe una norma distinta que la tentativa acabada (161).

No soy de esta opinión. O bien la tentativa inacabada significa «*realización del tipo*» y entonces cualitativamente es lo mismo que la consumación; o bien no realiza el mismo tipo. En otros términos, si por comportamiento se entiende «*realización del tipo*», el déficit de desarrollo del componente subjetivo es sólo una cuestión de cantidad (162). Desde una perspectiva distinta de refle-

(156) BUSTOS RAMÍREZ, *Castigo*, p. 95.

(157) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, p. 81; «[...] la diferencia entre tentativa, frustración y consumación, es puramente objetiva, pues todas ellas presuponen la plenitud del elemento subjetivo» (CÓRDOBA RODA, en Comentario 7 al «TPG», MAURACH, p. 184); «*En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario el tipo subjetivo debe darse íntegramente y del mismo modo como aparece en un delito consumado*» (WELZEL, *PG*, p. 262).

(158) MIR, «*Sobre lo objetivo*», p. 664; FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, p. 131; SOLA, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996., p. 141.

(159) JAKOBS, *PG*, p. 866.

(160) MIR, *PG*, p. 344.

(161) STRUENSE, «*Versuch...*», pp. 528 ss.

(162) JAKOBS, *PG*, p. 866, nota n 33b.

xión, Muñoz Conde se adhiere a este punto de vista. «Si el concepto de injusto –dice– sólo se fundara en el desvalor de la acción, no sería necesario diferenciar la tentativa de la consumación». No obstante, el desvalor de resultado es también una parte integrante del concepto de la antijuridicidad, que al ser mayor en la consumación determina una mayor antijuridicidad de ésta. De ahí «que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas» (163).

30. A diferencia del CPTR, el Código penal de 1995 aporta elementos más contundentes para sostener un reforzamiento objetivo en la definición de la tentativa (164). En primer lugar, se margina de la regulación del artículo 16 la tentativa irreal o supersticiosa, al exigirse que el sujeto practique «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»; asimismo, en el artículo 62 se hace depender la atenuación de la pena «del peligro inherente al intento» y «del grado de ejecución alcanzado». No obstante, el legislador no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición de la tentativa inidónea. En efecto, aunque el artículo 16.1 no emplea el término «idoneidad» para referirse a los actos propios de la tentativa, dicho calificativo puede entenderse implícitamente utilizado al exigir el precepto que dichos actos «deberían producir el resultado», lo que reclama una determinada aptitud de la acción ejecutada (165).

Como se decía, la doctrina española no muestra discrepancias a la hora de reconocer la exigencia de «*objetivismo*» en los actos ejecutivos. Sin embargo, la polémica surge respecto a cómo debe interpretarse tal término. Así, los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que la tentativa inidónea o imposible es impune, ya que la «*peligrosidad*» de toda tentativa reside, en última instancia, en la representación mental que tenga del hecho el autor, aunque imponiéndole, como se verá, determinadas correcciones (166). Mientras, entre los autores que se decantan por una solución objetiva,

---

(163) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, pp. 431

(164) GIMBERNAT, «*Prólogo*», p. 22.

(165) BERDUGO y otros, *Lecciones...*, p. 238.

(166) CEREZO, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I y II*, 5 edic. 1995; del mismo, *Derecho Penal. Parte General*. UNED 1997; GRACIA MARTÍN, «*Política Criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España*», en *AP*, 1994; SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...* No obstante, parecería que las posiciones mantenidas por este último lo sitúan en una zona intermedia entre las teorías objetivas y subjetivas.

que puede considerarse la posición dominante, aparecen varias alternativas diferentes (167):

a) Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas (168).

b) Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esa peligrosidad debe establecerse *ex ante* (169).

c) La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas –punibles– e inidóneas absolutas –impunes–; la distinción se efectúa en base a consideraciones fácticas (170).

d) Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que, por sí misma, sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Tesis defendida por mí en esta monografía (171).

31. La tentativa no es más que una forma adelantada de la punibilidad que responde a la necesidad de extender la amenaza o conminación penal, prevista para los delitos dolosos consumados, a estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Por eso, el fundamento de todos los actos de ejecución debe ser unitario y responder a las mismos requerimientos preventivos (172).

La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico, junto al dolo, conforma el contenido de la antijuridicidad en

---

(167) No se entra a considerar, aquella teoría que justifica la impunidad del intento inidóneo aduciendo: que si tal característica reside en la falta de aptitud para crear o aumentar un peligro de lesión del bien jurídico, no se justifica la imposición de una pena. No obstante, en consideración a la peligrosidad social del sujeto sería pasible la imposición de una medida de seguridad (NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, p. 171; FERRER SAMA, «Comentarios», p. 240). Alternativa que no merece ser discutida dada la desaparición de las medidas de seguridad predelictuales en nuestro Código.

(168) GIMBERNAT, *Prólogo al Código Penal de 1995*, Tecnos, 1997.

(169) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.

(170) RODRÍGUEZ MOURULLO, «Las fases de ejecución del delito», en *RJC*, núm. extra, 1980; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código penal*, 1996.

(171) Tesis apuntada ya, aunque no desarrollada, en BERDUGO /ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDecasas, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 1996.

(172) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 431.

los delitos de peligro y en la propia tentativa. La postura aquí seguida concuerda plenamente con la adoptada por el Código penal vigente. Sólo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (art. 62 CP). Así pues, la presencia de un peligro normativo en el tipo objetivo constituye un elemento común para todas las formas adelantadas de punición.

No obstante, la principal diferencia entre la tentativa y los delitos de peligro surge de la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa (173). En efecto, en ella el tipo subjetivo debe darse plenamente, con el mismo contenido y de la misma forma a la requerida para la punición del delito consumado.

### III. CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TENTATIVA

#### 1. Consideraciones previas

1. El vigente Código Penal aporta suficientes argumentos legales como para fundamentar la punibilidad del delito intentado sobre bases objetivo materiales. En primer lugar, se deduce directamente del texto del artículo 16.1 CP la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa, ya que se exige al autor la práctica de «todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado». En segundo lugar, en el artículo 62 la atenuación de la pena se hace depender del «peligro inherente al intento». Por último, la existencia del peligro requiere de una comprobación basada en criterios objetivos; condición que se deduce de relacionar dicho estado (art. 62 CP) con el contenido objetivo exigido para la producción de todo acto ejecutivo (art. 16.1 CP).

A la vista de esta acentuada objetivación en la regulación de la tentativa corresponde preguntarse sobre una serie de cuestiones que giran en torno a su contenido antijurídico. Se trata de un tema esencial, ya que del criterio adoptado se derivan los criterios que podrán servirnos para delimitar en su límite inferior y superior la tentativa de los actos preparatorios y de la consumación; asimismo, fundamentar

---

(173) ARZT/WEBER, *BT*, pp. 7 ss.

las razones que dogmática y político-criminal justifican el adelantamiento de la punibilidad; y, por último, resolver la cuestión de las denominadas «*tentativas inidóneas*». En todo caso, conviene tener muy presente, que el concepto de la tentativa se constituye en la «*pie-dra de toque*» de la teoría del injusto (174).

A continuación se expondrá en términos muy genéricos cuál es la teoría adoptada en orden a la naturaleza del injusto, para examinar luego el contenido de la norma recogida en el artículo 16.1 y finalizar refiriéndome a la inoportunidad de extender la regulación de la tentativa a los supuestos en los que falta el componente subjetivo de una causa de justificación.

2. La hipótesis de la que se parte es la siguiente: la tentativa conforma un injusto producto de la integración de su regulación general (art. 16.1 CP) con el respectivo precepto de la Parte Especial. *Injusto, donde el desvalor de la acción lo conforma la peligrosidad de la conducta y el desvalor de resultado la causación de un estado de peligro concreto para el bien jurídico correspondiente, consecuencia de la peligrosidad de la acción.*

## 2. Concepto del injusto: toma de postura

3. Entiendo que los tipos penales han de describir en su totalidad el comportamiento prohibido, circunstancia que nos lleva a suscribir la teoría de los elementos negativos del tipo. Como es sabido, esta teoría refleja la estrecha relación existente entre tipicidad y anti-juridicidad, al afirmar que los elementos de los que se deduce la justificación de una conducta, aun alejados, por razones estilísticas y técnico-legislativas, del tipo, pertenecen de hecho a él, porque sólo de la consideración conjunta de tipicidad y antijuridicidad se puede obtener la comprensión del injusto jurídico-penal (175).

En el injusto de un delito deben concurrir dos juicios que merecen una valoración jurídica negativa: un desvalor de acción y un desvalor de resultado. Para los causalistas el injusto se agotaba en el desvalor de resultado, no así para los finalistas que lo referían al desvalor de la acción seguido del desvalor de resultado. Sin embargo, una posición reciente considera que el tipo de injusto se agota en el desvalor de la acción, mientras que el desvalor de resultado sólo per-

---

(174) MIR, en *Prólogo a la monografía «La tentativa»*, de FARRÉ TREPAT, p. XXV.

(175) Se han manifestado a favor de la teoría, entre otros: GIMBERNAT, *Estudios*, p. 141, nota n 31; BERDUGO, *Lesiones*, p. 31; MIR PUIG, *Función*, p. 59; LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, p. 251.

tenece a la punibilidad y con ello al tipo legal del delito en sentido amplio, pero no al tipo de injusto en sentido estricto (176).

Desde esta perspectiva la antijuridicidad del delito intentado y consumado es idéntica; en ambos casos la infracción de la norma está completamente perfeccionada puesto que las respectivas acciones merecen la misma valoración negativa. La distinta naturaleza del castigo en una y otra forma de aparición del delito deberá, entonces, justificarse en sede de la punibilidad. Esta posición se basa en que el Derecho no puede prohibir resultados, algo constatable *ex post* y dependiente del azar. Coincido con Muñoz Conde, cuando afirma, que la polémica existente entre desvalor de acción *versus* desvalor de resultado es superflua: «No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos ya que ambos contribuyen, en el mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento» (177). Los mandatos y las prohibiciones, solamente adquieren sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan, si la conducta se pone en relación con determinado bien jurídico. En otros términos, el contenido formal de la antijuridicidad sólo resulta relevante tras constatar materialmente la antijuridicidad del comportamiento; el desvalor de la acción no es un juicio autónomo, sino en referencia al desvalor de resultado. Además, la producción o no del resultado no es fortuita, como se pretende, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva (178). En definitiva, la esencia del problema reside en que estas posiciones desconocen o no le dan la debida importancia al aspecto de norma de valoración que también tiene la norma infringida (179).

4. Es de todos conocido, que la norma de valoración expresa un mero «*deber ser impersonal*» de forma que caracteriza como deseables o indeseables ciertos estados o sucesos; en tanto que la norma de determinación –la norma imperativa– contiene mandatos o prohibiciones, esto es normas de conducta, con las que se busca determinar

---

(176) «Al no poderse prohibir los resultados, sino sólo las conductas que pueden producirlos, únicamente el desvalor de la acción (objetivo y subjetivo) puede integrar el injusto» (MIR PUIG, *PG*, p. 145).

(177) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 322.

(178) Por eso, el desvalor de la acción juega un papel esencial en el injusto, y es que sin desvalor de la acción, por mucho que haya desvalor de resultado no puede haber antijuridicidad. Pero, de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se debe deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior.

(179) LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 338.



el comportamiento de los ciudadanos. Desde una perspectiva exclusivamente valorativa es factible elaborar una antijuridicidad fundada sólo en datos objetivos. No obstante, una configuración imperativa de la norma hace imprescindible la inclusión de ciertos elementos subjetivos en la infracción de la misma (180). A la vista de la regulación de la tentativa en el Código Penal, cabe preguntarse si el contenido valorativo de la norma se antepone al imperativo.

Se afirma, que un Derecho penal abocado a la protección de determinados bienes jurídicos, a través de la prevención y respeto a las garantías, sólo es compatible con una norma jurídico-penal de contenido imperativo. Si bien esta conclusión es cierta, no obstante, hay que preguntarse acerca del grado de exclusividad de ese contenido.

Comparto los reparos manifestados por Larenz respecto a una aceptación sin límites de la teoría de los imperativos, según la cual, todas las disposiciones jurídicas pueden reducirse en última instancia a normas que prohíben o mandan una determinada conducta. «El mandato, argumenta Larenz, tiende inmediatamente al acatamiento; la disposición, a que lo dispuesto sea aceptado en adelante como regulativo, que vale en sentido normativo» (181). Sin duda, la norma jurídico-penal expresa con mayor nitidez respecto de otras su contenido imperativo, pero no es cierto, como afirma algún autor, que su carácter imperativo lo sea *stricto sensu* (182). Resulta imposible olvidar, que el establecimiento de normas es un acto constitutivo (de valoración), mediante el cual hechos y relaciones son configurados en el plano de lo jurídicamente vigente (183). Decir, que si el legislador prohíbe determinado comportamiento, se debe a que ya *previamente* ha valorado como preferible su evitación (184), no deja de ser un arbitrario ejercicio reduccionista. Al respecto, remito al lector a las consideraciones hechas sobre el monismo normativo que Jakobs desarrolla hasta sus últimas consecuencias. Por lo dicho allí, esa tesis se elabora a partir del reconocimiento de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus ámbitos de aplicación no admiten ninguna clase de interacción. Lo cual, desde una perspectiva epistemológica y político-criminal (185).

---

(180) Sobre este tema, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* pp. 334 y ss.

(181) LARENZ, *Metodología*, p. 248.

(182) MIR, *Introducción*, p. 53; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 338.

(183) LARENZ *Metodología*, p. 248

(184) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 341

(185) Tal concepción implica, en sus formas más radicales, una orientación autoritaria que compatibiliza más con un Derecho penal de autor que con un Derecho

5. La norma penal, como cualquier otra, es tanto norma de determinación como norma de valoración, pues aquélla se basa en ésta, en valoraciones positivas y negativas (186); lo cual no impide reconocer a las mismas un contenido *predominante imperativo*. Ahora bien, el *injusto sólo puede ser el comportamiento capaz de producir el resultado* (187). Por eso, la exteriorización de una voluntad contraria al imperativo de la norma no basta para caracterizar de antijurídica una conducta, se requiere además la materialización de la lesión del bien jurídico.

### 3. La peligrosidad de la acción

6. El injusto de la tentativa requiere de la realización de una acción peligrosa y derivada de ella la producción de una situación de peligro. Como veremos, esta opinión no es compartida por la mayor parte de la doctrina española y ello por dos razones: primero, porque desde una perspectiva ontológica no se distingue el peligro como duración o permanencia (resultado) de la peligrosidad de la acción (188); y en segundo lugar, consecuencia inmediata de esa falta de distinción, la ausencia de interés en proporcionar un concepto normativo de peligro integrable a la estructura típica de la tentativa (189). Es posible afirmar que la doctrina española no ha prestado suficiente atención a esta diferencia fundamental dando lugar a un uso ambiguo de tales términos. La peligrosidad es una simple característica de la conducta, independiente del estado de peligro en el que pueda encontrarse un objeto jurídico (190).

En lo que sigue, me limitaré a fijar en términos generales mi posición sobre este primer elemento objetivo del delito intentado: la peligrosidad de la acción.

El Derecho penal desarrolla su finalidad última de mantenimiento del sistema social a través de la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común que se concretan en una serie de condiciones valiosas, los llamados bienes jurídicos (191).

---

penal de hecho, al dejar en segundo plano la valoración sobre la afectación del bien jurídico, concepto clave en un sistema penal democrático (BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *PG*, p. 123) resulta inaceptable.

(186) LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 341.

(187) KINDHÄUSAER, *Gefährdung*, pp. 59 a 62.

(188) *Supra* IV/12.

(189) *Supra* IV/15.

(190) HIRSCH, «Gefahr», p. 548.

(191) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *Lecciones*, p. 5.

Su protección conlleva una serie de importantes consecuencias, así para la aplicación de la ley penal, se exige que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Este principio de lesividad requiere, además, que lo que se incrimine sean «hechos», y no meros pensamientos, actitudes morales o modos de vida (192). Desde la aceptación de estos principios, la peligrosidad de la conducta se erige entonces en ineludible requisito para determinar su antijuridicidad.

La prognosis de la peligrosidad es determinante para establecer la potencialidad lesiva de un comportamiento (193), de ahí su semejanza con la estructura de un delito de peligro abstracto. El juicio sobre el peligro proveniente eventualmente de la acción tiene que ser emitido en el instante de la acción, es decir *ex ante*. Su contenido es probabilístico, indicando así que una parte de las condiciones esenciales es desconocida en el comienzo de la acción. La pregunta decisiva, no obstante, reside en determinar las bases de conocimiento a partir de las cuáles se realiza la prognosis.

Descartada la posibilidad del observador omnisciente en conocimiento de todas las circunstancias concurrentes, sólo quedan dos alternativas:

- a) Juicio emitido por un observador objetivo provisto del conocimiento y de las capacidades del autor.
- b) Juicio emitido en base a las circunstancias cognoscibles para el observador.

La primera solución se adscribe a una concepción subjetiva y parte de esta premisa: todo lo que tiende finalmente a la lesión de un objeto de bien jurídico es contraria al deber, es decir es un ilícito. Por eso, aunque la acción no represente ninguna clase de peligro esa potencialidad se alcanzará igualmente, por el juicio de desvalor (la contrariedad al deber), como una acción realmente peligrosa. Ésta es la razón que obliga a que la prognosis se remita al conocimiento, sobre la situación de hecho, del autor (194). Desde esta perspectiva carece de sentido distinguir la tentativa idónea de la inidónea, ya que el fundamento de su castigo es el mismo: la voluntad contraria a la norma.

La segunda alternativa, aquí compartida, toma en consideración no sólo la representación del autor (saber ontológico), sino además las

---

(192) *Ibíd.*, p. 49.

(193) Para más detalles, véase SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, pp. 79 y ss.

(194) ZIELINSKI, *Disvalor*, pp. 215 a 220.

circunstancias cognoscibles de la situación por parte de un observador imparcial (195). De esta forma no cuenta la previsibilidad subjetiva o individual, que en todo caso será relevante para la culpabilidad, sino la objetiva. Lo esencial es si el hombre medio, colocado en la posición del autor, en las condiciones más arriba enunciadas, pueda prever que la acción reúne las condiciones suficientes para provocar la lesión (196). En definitiva lo que se establece por esta vía es si la acción es por sí misma adecuada para producir el resultado típico o lo que es lo mismo si la acción supone una creación de riesgo penalmente relevante.

La creación de un riesgo relevante no implica que ya merezca desaprobación penal. Significa, tan sólo, que la acción contiene al menos algo de peligrosidad y por lo tanto hay un indicio de antijuridicidad, condición suficiente para fundar la imputación objetiva. El juicio de desaprobación requiere discernir si ese riesgo está o no permitido. Si luego, pese a esa relevancia inicial, de la ponderación de intereses se deduce que el riesgo está permitido, estamos ante una causa de justificación, que excluye la antijuridicidad y con ello el tipo total del injusto (197).

#### 4. El peligro como resultado

7. En la hipótesis más arriba formulada, se afirmaba que el peligro inherente a toda tentativa constituye un resultado de peligro concreto. Asimismo, en el artículo 16.1 se menciona expresamente el término «resultado», al decir: «practicando todos o parte de los actos que objetivamente *deberían producir el resultado*» (198). Si bien, el resultado al que se hace mención hace su aparición en diferentes injustos, es conveniente aclarar desde ya: primero, que éste no debe interpretarse desde una perspectiva natural, sino jurídica; y, segundo, que el resultado debe atribuirse a la acción en virtud de un juicio objetivo de imputación y no en base a la mera constatación del nexo causal.

Tradicionalmente, la doctrina española ha entendido la producción del resultado en un sentido eminentemente causal, como un requisito de la tipicidad del delito intentado respecto al delito consu-

---

(195) ENGLISH, *Kausalität*, pp. 55 y 56; MIR PUIG, *Sobre lo objetivo*, p. 663.

(196) LUZÓN PEÑA, *PG*, pp. 378 y 379.

(197) *Ibíd.* *PG*, p. 382.

(198) El CPTR en el artículo 3.II en relación con la frustración, decía: «...y practica todos los actos de ejecución que *deberían producir como resultado el delito*»; y, respecto de la tentativa en el párrafo III del mencionado artículo: «y no practica todos los actos de ejecución que *debieran producir el delito*.»

mado descrito en la parte especial (199). De ahí se extraían dos consecuencias. La primera inobjetable: sólo será posible apreciar la existencia de un principio de ejecución directa, cuando los hechos exteriores sean susceptibles de ser subsumidos por la acción descrita en el tipo. No así la segunda conclusión: el resultado entendido como modificación del mundo exterior es consecuencia de un proceso causal (200). Ni es cierto que el resultado sea una propiedad del ser, ni que la atribución del resultado a la acción sea deducible de la mera existencia de un nexo causal.

El resultado no debe entenderse en un sentido ontológico, sino jurídico. La realización del injusto, al menos desde nuestra perspectiva alejada del monismo normativo, supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Por eso, el *delito como resultado* está constituido por la total realización del injusto. En concreto, el injusto de la tentativa lo conforma, como ya se dijo, el tipo de un delito de resultado de la Parte Especial, en el que, ante la ausencia de un resultado de lesión, se anticipa la punición por la presencia de un resultado de peligro (201).

Esta concepción del resultado lleva a importantes consecuencias en la apreciación de las formas imperfectas de ejecución, ya que la producción del resultado debe ser tomada en cuenta en relación a las restantes características del tipo. Así, el que con ánimo de perjudicar, rompe una valiosa porcelana de su propiedad, creyendo que pertenecía a su enemigo, el «*resultado*» aparecerá en forma de restos de cerámica esparcidos en el suelo; pero como el artículo 263 del Código Penal reconoce sólo como resultado típico el perjuicio de la propiedad ajena, la acción quedará en el grado de tentativa (202). Valga también decir, que entender el resultado como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico abre la posibilidad de ampliar el régimen de la tentativa a los delitos de mera actividad (203).

---

(199) CÓRDOBA RODA, nota 8 al TPG de Maurach, pp. 189 y 190.

(200) Sobre las negativas consecuencias que se derivarían de admitir una acepción ontológica del resultado en orden a la delimitación entre frustración y consumación, véanse MAURACH (PG, p. 180) y CÓRDOBA RODA (en *op. cit.* nota 8, pp. 188 y 189). Posiblemente, el mencionado argumento haya servido para descartar la existencia de tentativa en los delitos de mera actividad (FERRER SAMA, *Comentarios*, p. 64; CUELLO CALÓN, PG, pp. 579 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, PG, pp. 375 y ss.)

(201) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 123.

(202) MAURACH, PG, p. 180.

(203) La discusión en torno a la posibilidad de que los delitos de mera actividad admitan tentativa nos remite al arduo problema de la distinción de estos delitos con los de resultado. Los criterios manejados siguen siendo objeto de viva polémica. En todo caso, la opinión dominante admite tentativa sólo en aquellos tipos de mera acti-

8. Queda por aclarar una segunda cuestión y es la relativa a la naturaleza del juicio utilizado en la atribución del resultado (de peligro concreto) a la acción. Es decir, si el contenido del mismo es meramente cognoscitivo o debe ser complementado por otro juicio de naturaleza normativo. Nada mejor, que introducirnos en este debate por vía de algunas reflexiones realizadas por Cobo del Rosal y Vives Antón sobre el tema (204).

El principio de ejecución, afirman los mencionados autores, se manifiesta con el comienzo de la violación de la norma. Criterio sumamente impreciso salvo que se fije con claridad el momento inicial de dicha violación; circunstancia que dependerá, a su vez, de la concepción de la norma que se tenga. Dado que, la violación comienza con la creación de un peligro objetivo, al menos abstracto para el bien jurídico, la norma será de valoración. La producción del peligro, razonan Cobo y Vives, plantea de inmediato el problema de la idoneidad de los actos realizados para la producción del resultado típico y, con él, *el del valor de la causalidad como criterio delimitador de la ejecución* (205). Ejecutar es «poner por obra el tipo y el tipo solamente se pone por obra cuando se ha puesto en marcha la causalidad material hacia su producción» (206).

Si, como parece cierto, la tentativa implica la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico como resultado, entonces, el meollo de la cuestión reside en determinar la naturaleza de la relación de causalidad. No podemos olvidar, que la distinción entre la naturaleza ontológica del problema causal, y la cuestión de su trascendencia jurídico-penal está vinculada íntimamente a la esencia de la antijuridicidad (207). La tesis más arriba expuesta entendía, a partir de un concepto natural de la acción, que la relación de causalidad es una

---

vidad que *materialmente* equivalgan a delitos de resultado, por ejemplo las injurias, la violación, los abusos deshonestos, el allanamiento de morada, etc. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO entiende que es posible la realización imperfecta siempre que la conducta del tipo de mera actividad sea fraccionable en actos ejecutivos (*Comentarios*, p. 142); o JESCHECK, cuando la actividad no se consuma inmediatamente, sino que requiera un cierto espacio de tiempo para ello (*PG* p. 713); en el mismo sentido nuestro TS para aquellos delitos susceptibles de ser realizados en varios actos (en un caso de allanamiento de morada, STS 27.5.68, cohecho, STS 3.4.65, abusos deshonestos, STS 18.11.69, violación, 24.10.72, etc.)

(204) En lo que sigue, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, pp. 549 y 550.

(205) Según los citados autores, junto al criterio de acción típica entendida según la concepción material, se propone un segundo criterio corrector conformado por el injusto típico (cit. p. 550).

(206) Cit. p. 550.

(207) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss.

condición necesaria y suficiente para establecer la relevancia jurídico-penal del resultado. De ahí, se seguía una acepción objetivada de la antijuridicidad expresada a través de normas de valoración.

No obstante, y a pesar de que la redacción en extremo objetiva del artículo 16.1 podría confirmar tal punto de vista, su interpretación no debe ser realizada en tal contexto. En efecto, el sentido de los mandatos y prohibiciones contenidos en la norma penal alcanza sólo a aquellas conductas que la voluntad humana puede observar. Es decir, de resultados que la persona pueda prever o evitar. Por consiguiente, los mandatos sólo pueden exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones, la evitación de un resultado no deseado por el legislador (208). Si el resultado producido por el comportamiento doloso o negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber (mandato), el autor estará exento de responsabilidad (209). Por eso, un concepto de acción lleno de contenido natural no puede convertirse en el fundamento del sistema penal. «Sólo la tipicidad, afirma Honig, crea el objeto de enjuiciamiento y con ello el fundamento de la responsabilidad» (210). De donde, no toda puesta en peligro interesará al Derecho penal, sino sólo aquel riesgo que suponga una posibilidad objetiva de pretender la realización de un resultado típico. Con ello no se quiere aludir a una pretensión subjetiva del resultado, sino a que el resultado se pueda concebir como dispuesto finalmente. En otras palabras, se trata de una finalidad objetiva, no subjetiva, que exige la posibilidad de control de un curso causal o de dominabilidad humana sobre el mismo (211). De este modo, se produce un cambio de perspectiva dogmática en la atribución del resultado a la acción: desde la causalidad a la imputación; desde el plano ontológico al normativo. Si la acepción jurídica de resultado nos permite visualizar como otra forma de aquél el peligro concreto, entonces «la práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado» (art.16 CP) debe establecerse en base a un juicio de imputación objetiva.

En suma, el resultado debe entenderse en un sentido jurídico y no material, de donde la producción del resultado a la que alude el artículo 16.1 CP debe ser interpretada en el sentido de realización del delito. Asimismo, la creación de un peligro objetivo no se configura sólo por la vía de una norma de valoración, aun cuando se reconozca

---

(208) ROXIN, *Problemas*, p. 129.

(209) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, pp. 142 y ss.

(210) Cit. por ROXIN, *Problemas*, p. 130.

(211) BERDUGO y otros, *Lecciones*, p. 142.

el contenido previamente dispositivo del precepto legal, sino también de determinación. Y ello, debido a la ausencia de valor jurídico adjudicado a la causalidad y sí a la presencia del juicio de imputación objetiva.

## 5. La falta del elemento subjetivo en una causa de justificación y su posible tratamiento por vía de la tentativa

9. Sin embargo, queda aún otro aspecto necesario de examen derivado de la incorporación al artículo 16.1 del término «*resultado*». Me refiero a la posibilidad de aplicar la regulación de la tentativa a los casos de falta del elemento subjetivo de una causa de justificación. Sería el caso, de quien con ánimo de dañar rompe la luna de un escarparte salvando, sin saberlo, la vida del vigilante amenazado de asfixia por un escape de gas. Si bien, es posible afirmar que en tal caso no se ha producido el delito como hecho antijurídico, materialmente no puede negarse que el autor ha conseguido con su comportamiento el «*resultado*» perseguido.

Esta cuestión vuelve a poner en primer plano la viva polémica existente entre los que son partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo y sus detractores. Así, los primeros aplican la pena señalada a la tentativa por entender que no se ha llegado a la consumación del delito (212). Para ellos, lo que fundamenta el desvalor del resultado no es el resultado típico, sino el resultado del injusto, es decir la concurrencia de todos los elementos del tipo, positivos y negativos (213). Por eso, la ausencia del componente subjetivo de un elemento del tipo (negativo) haría quedar el delito en grado de tentativa (idónea o inidónea) (214). Materialmente, dice Mir, tal situación es equiparable, por analogía, a la tentativa en la medida que *ex ante* un espectador imaginario, con el mismo conocimiento que el autor, hubiera podido caer en el mismo error que éste (215).

---

(212) JESCHECK, *PG*, p. 449; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 51; HUERTA TOCILDO, *Antijuridicidad*, p. 121; LUZÓN PEÑA, *Comentarios V* p. 254; MIR PUIG, *Función*, p. 89.

(213) La tradicional objeción formulada a esta teoría, de suprimir la diferencia valorativa entre el comportamiento jurídicamente irrelevante y el comportamiento permitido, se salva si se considera la identidad jurídico-penal de ambos al tratarse de comportamientos que la ley no quiere evitar (BERDUGO, *Honor*, p. 33).

(214) Entre otros, LUZÓN, *PG*, pp. 579 y ss.; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 51; MIR, *PG*, p. 451; JESCHECK, *PG*, p. 296; BAUMANN-WEBER, *AT*, pp. 292-293; MAURACH/ZIPF, *PG*, p. 432; JAKOBS, *PG*, pp. 433 y ss.; ROXIN, *PG*, p. 600.

(215) MIR PUIG, *PG*, edic. 1990, p. 451



Aquellos, en cambio, que son partidarios del mantenimiento de un sistema dualista del injusto consideran forzado extender el concepto de tentativa a estos supuestos. Consideran que con la realización de todos los elementos del tipo (positivo) se alcanza el momento consumativo (216). En consecuencia, la disminución de la pena no debe buscarse por intermedio de la tentativa, sino por la vía de la atenuante analógica (217) o incluso por una eximente incompleta (218). Asimismo, Cerezo opina que a tenor de lo regulado en el artículo 16.1 CP la «*falta de producción del resultado*» es un requisito o elemento de la tentativa (219). Si bien, no se puede deducir de tales condicionamientos legales, la inaplicabilidad de la teoría de los elementos negativos, como afirma Cerezo (220), es preciso reconocer que esos condicionamientos dificultan enormemente la posibilidad de tratar por intermedio de esa teoría estos supuestos (221).

La solución de la eximente incompleta no resulta del todo justificable, pues al tratarse el elemento subjetivo de un elemento esencial de las causas de justificación, su ausencia impide apreciar directamente la eximente incompleta (222). Convence más apreciar en estos casos la atenuante analógica sexta del artículo 21 del Código Penal. En efecto, es posible establecer analogía respecto al contenido específico que constituye el fundamento particular de la circunstancia atenuante primera del artículo 21 y por esa vía también, respecto al efecto de modificación de injusto, culpabilidad o punibilidad. No obstante, como señala con acierto Sola Reche, no resulta nada claro, que por este camino podamos alcanzar la misma pena que con la tentativa, pues la equiparación quedaría condicionada a la cualificación de la atenuante (223).

---

(216) En este sentido, Hirsch. Los tipos aprehenden perjuicios a bienes jurídicos en cuanto realidades sociales. El derecho se encuentra vinculado a la estructura óptica del bien jurídico realmente existente, por ello debe reconocer al homicidio, por ejemplo, como un daño consumado del bien jurídico y como la realización del tipo respectivo (HIRSCH, *LK*, n 61).

(217) MAQUEDA, *Elementos subjetivos*, pp. 7 y 8; DÍAZ RIPOLLÉS, *Antijuricidad*, p. 748.

(218) COBO-VIVES, *PG*, p. 390. También se adhiere a esta posibilidad MIR, *PG*, p. 451, aunque sin renunciar a la posibilidad de apreciar tentativa.

(219) CEREZO, *PG II*, p. 191.

(220) «La teoría de los elementos negativos del tipo es errónea y en nuestro Código no es aplicable sin violentar el espíritu o la voluntad de la ley» (CEREZO, *PG II*, p. 88).

(221) SILVA, *El nuevo Código*, p. 123.

(222) CEREZO, *PG II*, p. 192; SOLA, *Tentativa inidónea*, p. 158.

(223) SOLA, *Tentativa inidónea*, p. 159.

En todo caso, la imputación del hecho en tanto que antijurídico y consumado no es de recibo, pues entonces estaría permitido impedir que el autor realice el resultado, no nos olvidemos, de un resultado objetivamente salvador. Tampoco, la impunidad es una solución adecuada, pues el autor defrauda unas expectativas por desconocer el motivo justificante. La aplicación paralela de la tentativa no puede ocultar la diferencia que existe entre la tentativa en sentido estricto, ausencia de un resultado de lesión típico, y los supuestos sujetos a examen, presencia de resultado en el tipo positivo ausencia de desvalor de resultado. Si a esto le unimos, como vimos, que las soluciones por la vía de una eximente incompleta o de la atenuante analógica no están exentas de reparos, lo más adecuado sería proponer de *lege ferenda* una regulación específica para estos supuestos, extensiva a los casos que plantea la suposición errónea de la realización de un tipo de justificación (224).

#### IV. LA APARICIÓN DEL PELIGRO EN EL RESULTADO

##### 1. Planteamiento del problema

1. De acuerdo con el texto del artículo 15 CP, sólo son punibles el delito consumado y la tentativa, definiéndose esta última como sigue: «hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» (art. 16.1 CP). La primera parte de la definición legal nos sitúa ya en el campo de la fase externa –hechos exteriores– y, más concretamente, en la fase ejecutiva –el sujeto da principio a la ejecución del delito–; de donde se deduce con carácter general, que nuestro sistema punitivo rechaza el castigo de la fase preparatoria (225) y circunscribe la punibilidad a la fase de ejecución.

El problema inmediato que se nos plantea es averiguar qué criterios debemos seguir para detectar ese «*principio de ejecución*». Pues bien, el propio Código Penal nos orienta en la solución del problema al requerir la presencia de un peligro con aptitud objetiva de lesión en

---

(224) JAKOBS, *PG*, p. 434, nota 35.

(225) Excepcionalmente la conspiración, la proposición y la provocación sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la Ley (arts. 17.3 y 18.2 CP).

el delito intentado. En efecto, el artículo 16.1 exige que el autor practique todos o parte de los actos «*que objetivamente deberían producir el resultado*», añadiendo a la antigua definición ese adverbio –*objetivamente*–, lo cual constituye una importante novedad pues expresamente se prohíbe al Juez que constate la proximidad de lesión al bien jurídico con arreglo a la idea que el autor tenga de su plan delictivo, sino en base a criterios externos, objetivos (226). Orientación confirmada en el artículo 62 CP, al exigir en orden a la medición de la pena tener en cuenta «*el peligro inherente al intento*», lo que corrobora la idea de que no cabe hablar de tal delito sin la presencia de un peligro objetivo para el bien jurídico (227).

La cuestión, sin embargo, atañe a cómo han de valorarse las circunstancias del hecho que conforman el peligro, ya que se expresan de distinto modo desde la perspectiva del autor –*subjetivamente ex ante*–, que con arreglo a un juicio general –*objetivamente ex ante*–, o incluso tras la ejecución del hecho –*ex post*–. Aquí, vamos a examinar solamente las dos últimas perspectivas: la objetivo-subjetiva y la objetiva (228); no así la puramente subjetiva por entender que hoy se encuentra plenamente superada (229). En todo caso, conviene adelantar que el juicio de peligrosidad o de peligro efectuados en el marco de la teoría mixta u objetiva se realizará siempre en referencia al concreto bien jurídico objeto de la amenaza y, en consecuencia, al tipo previsto en la Parte Especial.

El rasgo distintivo de la teoría objetivo-subjetiva utiliza como criterio delimitador el plan del autor valorado ya desde una perspectiva externa y no sólo en consideración de su propio parecer. El momento

---

(226) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 435.

(227) Resulta muy ilustrativa al respecto la sentencia del Tribunal Supremo, que considera como acto preparatorio impune un hecho que fue calificado en primera instancia como tentativa de violación. El Tribunal no niega que el autor tuviera intención de atentar contra la libertad sexual de la víctima, pero sí que los actos hubieran alcanzado, objetivamente, ese momento del *iter criminis* (STS, 12 de julio de 1995).

(228) En lo que sigue se adoptan las consideraciones realizadas por BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDCASAS, en «Curso», pp. 234 y ss.

(229) Según ella lo decisivo para establecer el límite entre acto ejecutivo y preparatorio residía en la opinión del sujeto acerca de su plan criminal. Solución inadmisibles, ya que la determinación del momento a partir del cual los actos son punibles no puede dejarse librado al autor, sino que corresponde a la Ley, tal como viene exigido por el principio de legalidad (MIR PUIG, *PG*, p. 337). Tampoco, nos detendremos a examinar la teoría objetivo-formal igualmente abandonada en la actualidad por la doctrina española y alemana. Según la misma, la tentativa comenzaría con el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto, muestra de una forma circular de razonamiento, pues lo decisivo es precisar cuándo da comienzo la acción típica.

objetivo se incorpora por vía de la valoración que la sociedad hace del mencionado plan. Juicio emitido por un observador imparcial situado en el lugar del autor y en posesión de todos los conocimientos que aquél tenía antes del hecho. Se trata pues de un criterio normativo-social que se limita a ponderar la potencialidad lesiva de la acción. En consecuencia, el peligro lo sitúa en la acción y no concibe que pueda aparecer como resultado.

Esta fórmula diseñada por Engisch y acogida por Welzel fue utilizada como filtro o criterio de selección de las causas adecuadas para la producción del resultado (Teoría de la adecuación). Perspectiva acogida también por la mayor parte de la doctrina alemana a la hora de valorar cuándo resulta relevante «*la representación del hecho*» del autor de una tentativa (§ 22 StGB). Asimismo, esta tesis goza de un gran predicamento en la doctrina española evidenciando la aceptación, a veces acrítica, de todo lo que provenga de la dogmática alemana. Así, se pretende utilizar un instrumento allí diseñado, en orden a la objetivación de una condición de naturaleza subjetiva como resulta ser el plan del autor, en un contexto legal como es el del artículo 16.1 en donde ni se hace mención de tal requerimiento (230). Con ello no queremos decir que el plan del autor no deba ser tenido en consideración al analizar la peligrosidad de la acción, sino que este juicio hipotético debe ser confrontado con la constatación *ex post* de la efectiva producción del peligro para el bien jurídico. Por esta razón, al no haber peligros concretos inidóneos tampoco caben tentativas inidóneas.

La teoría objetiva, sin embargo, se caracteriza por analizar los hechos desde la neutralidad de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera a que sus acciones le delaten, es decir, a que los actos por él ejecutados reflejen a un tiempo el peligro para el bien jurídico y, consecuentemente, el dolo con que se ejecuta la acción. Lo

---

(230) Mir Puig entiende, por el contrario, que tal perspectiva es adecuada para resolver el problema del comienzo de la tentativa en nuestro Derecho, puesto que la regulación del artículo 16.1 es muy próxima a la alemana. «*La diferencia*, afirma, *es que nuestra fórmula no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero tal necesidad me parece evidente*» (MIR, PG 4.<sup>a</sup> edic. p. 340). Tal afirmación la justifica contemplando a la acción en sus distintos momentos dotados de unidad de significado (fórmula de Frank). Es decir, situando el peligro en la acción. Lo que resulta contradictorio con la afirmación, hecha más adelante, de que en la tentativa idónea concurre un peligro concreto (ibíd. PG, p. 347). Y, si ello es así, la estructura del peligro concreto exige que aquél aparezca como resultado por vía de una valoración *ex post*. La única salida que quedaría sería considerar, al igual que con el resultado de lesión, ese resultado como una condición objetiva de punibilidad. Con lo que se alcanza una notable distorsión e inseguridad interpretativa del artículo 16.1 CP.

que con esta teoría se destaca es el importante papel que desempeña el principio del hecho (*Tatprinzip*) en orden a establecer el contenido de la antijuridicidad. Quizás pueda parecer que de esta forma se haya de esperar demasiado para intervenir penalmente, pero debe recordarse que el principio de intervención mínimo es un principio político-criminal irrenunciable. Posiblemente, el legislador haya tenido en cuenta estas observaciones antes de tomar la importante decisión de inclinar expresamente la definición legal de la tentativa hacia el lado objetivo, cerrando así el paso a cualquier atisbo subjetivo.

2. La antijuridicidad de la tentativa reside en la puesta en peligro de un bien jurídico determinado y no en un mero juicio de peligrosidad, aun cuando se haya pretendido objetivarlo por intermedio de un juicio social (231). Según nuestra tesis, toda tentativa crea una situación de peligro. En los grados de desarrollo más completos de ejecución del delito, esa puesta en peligro alcanzará la cualidad de la concreción, caso contrario, si apenas se ha dado principio de ejecución, el contenido concreto del peligro se manifestará en su grado mínimo, rozando ya la mera peligrosidad de la acción.

Valga decir, a efectos expositivos, que esta opinión no es compartida por un sector significativo de la doctrina española la cual considera suficiente para todo tipo de tentativa la *peligrosidad de la acción*, pero no la producción de un resultado de peligro. Así, para Cerezo, «la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, aparece ahora junto al dolo, como elemento cofundamentador del injusto de la tentativa» (232); para Gracia Martín la idoneidad de la tentativa requiere de la peligrosidad de la acción en concurrencia con el dolo de consumar el delito, mientras que en la tentativa inidónea solamente concurre la voluntad de consumación, ya que la acción no es peligrosa *ex ante* (233); Polaino Navarrete entiende que el fundamento de la punición en la tentativa no reside en la situación de peligro generada, sino en «la dirección de la voluntad del sujeto» (234); Pérez Álvarez, «el peligro no afecta al ámbito del resultado típico» (235); Sola Reche, es suficiente para fundamentar la punibilidad de la tentativa la peligrosidad de la conducta y no el resultado de peligro (236).

---

(231) Mir Puig dice al respecto: «la peligrosidad (de la acción) deber ser una característica objetiva, incluso independiente de la creencia del sujeto si ésta no se fundamenta en criterios socialmente asumibles» (MIR, «Sobre lo objetivo», p. 663.)

(232) CEREZO, *PG II*, p. 11.

(233) GRACIA MARTÍN, «Política Criminal», p. 353.

(234) POLAINO NAVARRETE, «El bien jurídico», p. 131.

(235) PÉREZ ÁLVAREZ, «Protección penal», p. 211.

(236) SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, pp. 252 y 253.

En general, todos estos autores introducen una serie de correctivos de contenido sumamente abstracto dirigidos a cerrar el paso a una simple fundamentación subjetiva del injusto. Así, uno de ellos consistiría en exigir que la producción del resultado aparezca *ex ante* como una consecuencia «no absolutamente improbable»; previsibilidad objetiva definida en términos de la teoría de la causalidad adecuada de Engisch (237). A ello hay que objetar, simplemente, que la constatación del riesgo debe efectuarse por vía de la imputación y no en base a consideraciones ontológicas. Una cosa es la disposición final de la acción (*natur der sache*) y otra, la pretensión objetiva de realizar el tipo (juicio de imputación). Además, invocar aquí la teoría de la causalidad adecuada sólo tendría sentido si se hiciera aparecer al peligro en el resultado y, en absoluto, como peligrosidad inherente a la acción, es decir como una forma abstracta de peligro.

Más próxima a la teoría de la impresión es la posición mantenida por Mir Puig, aun cuando admita para la tentativa idónea la presencia de un peligro concreto (238). La relevancia de la valoración *ex ante* no supone, en su opinión, una subjetivación del injusto, pues «*la decisión sobre la apariencia de peligrosidad*» se remite al juicio de la sociedad, vía espectador objetivo en la posición del autor (239). Doble ficción: la primera, consistente en atribuir a un ente, el hombre medio, la capacidad de expresar una especie de síntesis ponderada de la infinidad de perspectivas valorativas sociales posibles de la acción; la segunda, pretender establecer un «estado de peligro» solamente por vía de un juicio potencial de peligro. La aplicación por parte del Juez de un principio tan abstracto e inseguro, como no podía ser menos, se resuelve en la práctica en sentido inverso, no es el Juez el que se coloca en el punto de vista del observador imparcial, sino éste en el punto de vista del Juez. Como se verá, el peligro concreto es un concepto normativo objetivo y exige para su establecimiento de un doble juicio *ex ante* y *ex post*, cuyo ámbito fáctico queda establecido en términos estadísticos.

La sospecha de la poca efectividad correctora del juicio objetivo del observador, a la hora de apreciar el peligro inherente a la acción, se confirma cuando se presenta a la tentativa como una forma de error de tipo al revés (principio de inversión). Solución a la que sólo puede llegarse si se considera que la objetivización de una conducta sola-

---

(237) CEREZO, *PG UNED*, p. 128.

(238) Ver nota 205. MIR PUIG, *PG*, p. 347; BALDÓ, «Estado de necesidad», pp. 113 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 385 y ss.

(239) MIR PUIG, *Función*, pp. 64 y ss.

mente puede ser definida en vista a lo querido por el autor (240). Es decir, el problema se plantea así en terrenos del tipo subjetivo, si bien habría que resolver a continuación la ardua cuestión de la trascendencia que el factor cognoscitivo del dolo tiene para la imputación al tipo objetivo (241). Es coherente llegar a este tipo de conclusiones cuando se parte de una excluyente perspectiva *ex ante*, desde la cual el peligro sólo puede presumirse y no se constata. No es ésta la perspectiva dogmática que mejor se acomoda a la regulación objetiva de la tentativa impuesta por el legislador en el artículo 16.1.

La polémica en torno a si la existencia del peligro debe ser comprobada *ex ante* o *ex post* debe ser decidida en consideración del concepto del peligro que se mantenga (242). Aun más, debe asimismo examinarse la naturaleza determinista o fenoménica del juicio cognoscitivo a partir del cual otro juicio ya normativo eleve el peligro a la categoría de típico. En todo caso, y previo al tratamiento de estos temas conviene a continuación referirnos a una cuestión más general: el fundamento dogmático y político-criminal que justifica un adelanto de la punibilidad.

## 2. La vigencia del principio del hecho

3. El peligro no es un estado a evitar en sí mismo, sino sólo un medio que impide la lesión de un bien jurídico. Por eso, el contenido de la prohibición de conducirse peligrosamente responde a una necesidad preventiva consistente en el adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico. Las prohibiciones de poner en peligro no son autónomas frente a las prohibiciones de lesionar y los delitos de peligro no tienen un contenido de injusto propio (243). El peligro se puede manifestar de manera concreta o abstracta (244). El peligro concreto constituye un resultado porque es algo más que la ejecución de una acción: es la creación de un «estado de peligro» objetivo y próximo para un bien jurídico. El peligro abstracto surge cuando ni el

---

(240) JAKOBS, *PG*, p. 866 y ss.; SANCINETTI, «Fundamentación subjetiva», p. 51; BALDÓ LAVILLA, «Estado de necesidad», pp. 116 a 119.

(241) Que debería resolverse, a mi juicio, a favor de la tesis mantenida por Roxin y no por la de Kaufmann. Es decir, utilizando como criterio normativo el plan del autor, y de ahí concluir que sólo son imputables al dolo los cursos causales que se manifiestan como realización del mismo, ROXIN, *Dolus generalis*, p. 116; *ibid.*, con amplitud: *Finalität und objektive Zurechnung* en FS für Armin Kaufmann cit.

(242) MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 104.

(243) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Delitos de peligro», p. 7.

(244) Esta distinción es dominante en la doctrina española. Por todos, Rodríguez Ramos entiende que los delitos de peligro concreto son de resultado y los de peligro abstracto de mera actividad (RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado*, pp. 55 y ss.).

tipo objetivo ni el tipo subjetivo apuntan a la puesta en peligro concreto de un bien; el fundamento de su punibilidad reside en la peligrosidad en general, con abstracción del caso concreto. También en la tentativa se produce el adelantamiento de la protección y de la punibilidad; y, asimismo, su injusto deberá ser interpretado y referido a la luz del tipo correspondiente de la parte especial.

Es posible afirmar que la creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico conforma el contenido de la antijuridicidad en los delitos de peligro y en la propia tentativa. Como ya se dijo en la primera parte de esta monografía, la postura aquí seguida concuerda plenamente con la adoptada por el Código Penal vigente. Sólo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (art. 62 CP). Siendo ya perfecta la resolución criminal desde que se inicia la ejecución, sólo se distinguen la consumación de la tentativa acabada e inacabada por el distinto grado de proximidad respecto de la lesión del bien jurídico. Este grado de proximidad se mide en razón de la peligrosidad objetiva para bienes jurídicos (245). Asimismo, la proximidad del peligro determina el carácter abstracto o concreto de aquél.

Así pues, la presencia del peligro en el tipo objetivo constituye un elemento común en los injustos de la tentativa y de los delitos de peligro. No obstante, la principal diferencia surge de la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa (246).

En efecto, en la tentativa el tipo subjetivo debe darse plenamente, con el mismo contenido y de la misma forma requerida para la punición del delito consumado (247). En el delito de peligro el dolo tiene por objeto tanto la acción típica como la puesta en peligro. El peligro concreto aparece como resultado típico y debe ser abarcado por el dolo (248); mientras, el dolo de un delito de peligro abstracto no hace

---

(245) JESCHECK, *PG*, Adiciones al Derecho español, p. 718.

(246) ARZT/WEBER, *BT*, pp. 7 y ss.

(247) CEREZO, *PG II*, p. 119; CÓRDOBA RODA, *Antijuridicidad*, p. 79; RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 329; COBO/VIVES, *PG*, p. 310; MUÑOZ CONDE, *Teoría General*, p. 60; LUZÓN PEÑA, *PG*, p. 331; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos*, p. 324. No es de la misma opinión respecto de la tentativa inacabada, MIR, *PG* p. 344. En este punto, consúltese lo dicho más arriba sobre el componente subjetivo de esta clase de tentativa.

(248) No obstante, las fronteras existentes entre el contenido subjetivo del delito de peligro concreto y de lesión resultan materialmente muy difusas. Comparto la opinión de Jakobs al aseverar que el primero tiene dolo de peligro junto a un dolo eventual de lesión. Sólo cabría afirmar la presencia de un dolo de peligro sin dolo de



referencia a la peligrosidad misma, sino a la realización de la acción típica con consciencia de todos los elementos típicos en los que el legislador ha basado su prohibición (249).

Siendo esto así, la hipótesis aquí sostenida es la de que en toda tentativa el peligro aparece como resultado; es decir, *el peligro inherente a toda tentativa es concreto*. De ahí que la puesta en peligro sea una situación definida en el tiempo, pasible de ser constatada objetivamente (250). Se trata, por tanto, de un «hecho» que lleva a la puesta en peligro de los bienes jurídicos, y no de meros pensamientos o intenciones. Su presencia debe ser comprobada por la vía más acorde con la razón y valorada jurídicamente a los efectos de dotar de contenido normativo ese peligro. De esta forma, quedará justificado el adelantamiento de la punibilidad y se evitará que el Derecho penal se convierta «*en instrumento para la imposición de ideologías políticas o concepciones morales que impidan una organización pluralista de la sociedad*» (251).

4. En la dogmática de la criminalización de los estadios previos a la lesión de un bien jurídico ha venido siendo usual el predominio de «un despreocupado positivismo» (252). Así, el concepto de la consumación se ha formalizado de manera tan exagerada que resulta ya inseguro determinar materialmente cuál es el comienzo y el fin de las fases previas al mismo. Aún más, la incertidumbre se acrecienta a la hora de establecer el límite entre la conducta previa punible y la que ya no puede ser castigada. Muy expresivamente, Jakobs manifestaba, en el *Strafrechtslehrertagung* celebrado en Frankfurt en 1985, la sospecha de que las consecuencias penales relativas al desarrollo del delito «no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados, como en la continuidad de un abandono de principios» (253).

---

lesión en dos casos: el autor conoce el juicio objetivo de peligro sin que le parezca razonable que de él se seguirá la lesión; y cuando el peligro no tiene una intensidad relevante para el juicio (JAKOBS, PG, p. 207). En el primer caso, la constatación de tal representación resulta a todas luces impracticable. Quizás, en el segundo caso, pudiera aceptarse tal posibilidad, excepcional sin duda, si se renuncia al elemento volitivo, como prestación del consentimiento, por un «tomarse en serio» o «conformarse» (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «*Delitos de peligro*», pp. 79 y ss.).

(249) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 311.

(250) WOLTER, *Konkrete*, pp. 750 y ss.

(251) BARBERO SANTOS, *Política y Derecho*, p. 130.

(252) JAKOBS, «Estudios», en *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 292.

(253) La ponencia presentada en ese Congreso se publicó con el título «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung» en *ZStW* 97 (1985), pp. 751 a 785. El artículo ha sido traducido por Peñaranda Ramos y forma parte de «Estudios de Derecho penal» (*op. cit.*).

La disposición generalizada a aceptar formas anticipadas de punibilidad manifiesta una tendencia a la subjetivización que proviene de diversas causas, tales como el principio de culpabilidad, la orientación del autor, y la personalización del injusto. Subyacen, incluso, consideraciones preventivo-policiales en favor de las mismas, pues con la anticipación de la punibilidad se amplían los límites de lo permitido para la prevención ensanchándose así los límites de lo permitido para la represión (254). Todas estas consecuencias político-criminalmente injustificables provienen de otorgar un trato dogmático distinto a los delitos de lesión y a los delitos de peligro concreto. Es cierto que la doctrina mayoritaria considera también a éstos como delitos de resultado, sin embargo al no distinguirse entre peligrosidad de acción y estado de peligro (255), se omite la aplicación a estos últimos, no así con los delitos de lesión, del «*principio del hecho*» (*Tatprinzip*) (256); o, lo que es lo mismo, la constatación del peligro concreto se limita a ser realizada en abstracto, en la acción. Quizás, la piedra de toque, que permita con mayor nitidez visualizar esta objeción sea el tratamiento que la generalidad de la doctrina dispensa a la punición de la tentativa inidónea. Repito una afirmación ya hecha: como no hay peligros inidóneos, tampoco hay tentativas inidóneas.

A falta del principio del hecho, la punición de tales conductas tradicionalmente ha venido respondiendo a los dictados de un Derecho penal de la voluntad (*Gesinnungsstrafrecht*). Lo cual entrañaba el debilitamiento de la garantía de lesividad del hecho y del mandato de taxatividad, que se subroga al doble fundamento del principio de legalidad penal: garantía de legitimación y garantía de seguridad (257). La forma de evitar estas consecuencias pasa por necesidad por fundamentar la punibilidad de estos estadios previos en la individualización del peligro objetivo para el bien jurídico protegido en el correspondiente tipo delictivo (258).

5. Con gran perspicacia, Jakobs señala (259) que la tendencia a una exagerada anticipación del momento punitivo proviene de visua-

---

(254) JAKOBS, *Estudios*, p. 294.

(255) WOLTER, *Konkrete*, p. 750; FARIA COSTA, *O Perigo*, pp. 604 y ss.

(256) JAKOBS, *PG*, pp. 294 y ss.

(257) GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo*, p. 74.

(258) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición*, p. 292.

(259) Consideraciones hechas por Jakobs en un momento de su producción científica en la que adopta, para desconcierto de Sancinetti (*Fundamentación subjetiva*, pp. 31 y ss.), una perspectiva objetivista en la interpretación de la tentativa y del injusto con la publicación en 1985 de su artículo: «*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*» (*ZStW* 97). Perspectiva abandonada más tarde por otra subjetiva en «*Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten*» (*ZStW* 104, 1992).

lizar solamente al autor como una fuente potencial de peligro para el bien jurídico («*como enemigo del bien jurídico*») (260). Frente a esta unilateral interpretación del concepto, es preciso contraponer la noción de «*autor como ciudadano*». La primera acepción hace posible anticipar, sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. De esta manera, su potencial lesividad podría alcanzar el ámbito interno, no socialmente relevante, de su personalidad. En tanto que la segunda acepción reclama de su estatus de ciudadano el reconocimiento de una esfera privada exenta de control, de suerte que de ella se puedan derivar límites para las anticipaciones de la punibilidad (261).

En un Derecho penal propio de un Estado de Derecho rige el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (262), por intermedio del cual se expresa que el ámbito de los deseos y los pensamientos pertenecen a la esfera interna del individuo, no teniendo nada que hacer allí el Derecho penal. El fundamento de este viejo aforismo, proviene de una concepción naturalista del ser humano entendido como sistema psico-físico, en el que la epidermis limita el ámbito de lo interno. Frontera absolutamente difusa, por otra parte, a la luz de los notables avances operados en las ciencias médicas. En todo caso, la cuestión que interesa al Derecho penal no es fijar los ámbitos de lo interno y de lo externo por circunstancias sensibles de la naturaleza, sino el ámbito de lo que constituye la esfera privada del individuo. Con precisión, de

---

(260) Jakobs hace responsable al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos del favorecimiento y abuso de las técnicas de anticipación. «*Este principio, dice, induce a creer en la legitimación de todo aquello que pueda ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico*»; y, más adelante, «*un Derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos*» (JAKOBS, *Estudios*, p. 298). Esta crítica podría ser aceptada si se dirigiera a una versión monista-individualista del bien jurídico. Es decir, respecto de aquella posición que no concede a los bienes jurídicos colectivos autonomía propia, o incluso la posibilidad de ser directamente lesionados o puestos en peligro. Cosa distinta sucede, si los componentes de la relación individuo-sociedad se establece en términos dialécticos. Las tendencias dogmáticas y legislativas actuales van en dirección opuesta a esta versión ilustrada del sujeto merecedor de protección penal. La imperiosa necesidad de proteger bienes de contenido universal, como la preservación de grupos humanos frente a ataques genocidas o el medio ambiente, trasciende a los estrechos cauces temporales que impone la puntual y concreta existencia del individuo. (Para mas detalles véase: SCHÜNE-MANN, *Kritische Anmerkungen* p. 231.) Los intereses difusos actúan como condicionantes del contenido de los bienes jurídicos individuales (BERDUGO, *El medio ambiente*, p. 44); la noción de bien jurídico debe quedar vinculada a la realidad social (BERDUGO, *Ensayos*, p. 97). Muñoz Conde acepta la autonomía de los bienes jurídicos colectivos siempre que se ajusten a los requerimientos de un Estado de derecho (MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 65).

(261) JAKOBS, *Estudios*, p. 295.

(262) Ulpiano, *Digesta* 48,19.18.

un ciudadano, de un sujeto portador de determinados deberes y derechos. De esta forma se podrá delimitar lo que es socialmente relevante de lo que ya no lo es y, por lo tanto, lo que pertenece a la esfera privada del individuo, a la esfera de las *cogitationis* (263).

La consecuencia inmediata que se deriva para la anticipación de la punibilidad es que no sólo los pensamientos no constituyen perturbación de la vida social, sino que tampoco lo será cualquier conducta ya externa que se mantenga dentro de los límites de la vida privada. Claro está, en el entendimiento de que esa esfera privada no entre en colisión con la de otra persona y entonces deje de ser privada (264).

6. En la delimitación de lo que constituye la esfera privada de la que ya deja de serlo, surge la siguiente cuestión: ¿en qué grado afectan estas correcciones a la valoración de la vertiente subjetiva del hecho?, ¿cómo será posible suponer que pensamientos, o incluso acontecimientos como «el acuerdo previo» (265) o la creación de una banda son por las razones enunciadas cuestiones privadas? (266).

Uno de los niveles funcionales del concepto de culpabilidad viene dado por la expresión «pena conforme a la medida de la culpabilidad» (*Strafzumessungsschuld*) (267), y con él se abarca todos aquellos aspectos que son relevantes para la cantidad de pena en el caso concreto (268). Pues bien, parece que en Alemania se ha venido tradicionalmente asignando a los aspectos objetivos de la conducta un escueto papel limitador y no fundamentador de la culpabilidad (269). Por esta

(263) JAKOBS, *PG*, p. 296.

(264) *Ibíd.* p. 298.

(265) Según la tradicional doctrina jurisprudencial del «acuerdo previo», son coautores todos quienes se hayan unido por dicho común acuerdo, con independencia de la objetiva intervención que hayan tenido en el delito.

(266) En la medida, que el establecimiento de «relaciones sociales» afecta sólo a la vida privada, la relación social preparatoria de un delito es tan genuinamente privada como cualquier otra relación y como cualquier otra conducta que recaiga en el ámbito privado (JAKOBS, *Estudios*, pp. 298 y 299).

(267) ROXIN, *Schuld*, p. 282. El primer nivel lo conformaría la idea de la culpabilidad (*Schuldidee*), el segundo el mencionado en el texto, y el tercero la culpabilidad de la fundamentación de la pena (*Strafbergründungsschuld*).

(268) DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, p. 367. En Alemania el § 46, apartado 1, inciso 1 StGB determina que la culpabilidad es el fundamento para la medición de la pena. En el Código Penal español a falta de un precepto similar el único que podría asemejarse es el artículo 66, regla primera.

(269) JAKOBS, *Estudios*, p. 300. En España, también un sector cualificado de la doctrina entiende, en el marco del artículo 65.1 CP, que el criterio de la personalidad del delincuente es susceptible de una interpretación preventivo general, lo que la aproxima bastante a las posiciones más arriba enunciadas. Así Remesal opina: «Quién es el autor, sobre qué motivos de su personalidad se asentó la decisión de

razón, respecto a una forma del adelantamiento de la punibilidad como es la tentativa el *Reichsgericht* hacía recaer el peso de su fundamento en la mera voluntad delictiva (270). Así, la acción externa despojada ya de todo su contenido perturbador, se convertía en un simple pretexto para indagar en lo interno, en la vertiente subjetiva (271).

Esta perspectiva de análisis, que va del dolo a la conducta externa y no de la conducta externa al dolo, es la que ha marcado la dogmática de la tentativa en Alemania y en parte de la doctrina española influenciada por el finalismo (272). De esta forma, el contenido equívoco de la conducta externa se soslaya recurriendo a fijar su relevancia penal en términos subjetivos de dolo, de resolución criminal, y no en el contexto de la perturbación social dimanante del hecho. Con ello se ahonda en un Derecho penal de enemigos. En efecto, si se requiere de una persona la interpretación del significado de su conducta será porque se ha convertido en deudora de una explicación, y sólo las consecuencias perturbadoras para el bien jurídico derivadas de su conducta externa la convierten en tal. Es decir, «la pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores. De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva» (273).

7. En conclusión, únicamente de la constatación objetiva del riesgo (274) se justificará la posterior indagación acerca del plan o de las intenciones que el autor tenía respecto a la consumación de la

---

cometer el delito, cómo se manifiesta su actitud frente al ordenamiento jurídico, con qué intensidad se muestran la energía y la intensidad criminal manifestadas por el autor a través de la comisión del delito, en qué medida se descubre en el comportamiento del autor (...). Son aspectos todos ellos que, en la medida en que puedan ser captados por la comunidad, influyen sobre sus reacciones ante la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de una pena por el Estado» (*El comportamiento*, pp. 367 y 368).

(270) RGSt. 1,439,441; RGSt. 1, 439,442. Cit. JAKOBS *Estudios*, p. 300.

(271) *Ibíd.*, p. 301.

(272) CEREZO MIR, *PG I*, pp. 393 y 394; GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, p. 353; SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 251. En Argentina, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 464.

(273) *Ibíd.*, p. 302.

(274) Precisando que la perturbación debe dirigirse objetivamente hacia un bien jurídico y no en el sentido que Jakobs confiere: arrogación, de acuerdo con el comportamiento externo del autor, de un ámbito de organización ajeno. Entendible tal injerencia en términos de posición de garante. Posición que se hace extensiva tanto al autor de un delito de comisión como de omisión (JAKOBS, *PG*, pp. 153 y ss.).

lesión. El contenido de la antijuridicidad en la tentativa lo conforma un desvalor de resultado, consistente en la puesta en peligro del interés jurídico protegido, y un desvalor de acción, consistente en la creación del riesgo generado por la acción (275). Con ello, nos distanciamos de aquellos autores que fundan únicamente la antijuridicidad del delito intentado, en el desvalor de la acción expresiva de una voluntad contraria a la norma (276).

### 3. Naturaleza cognoscitiva del juicio de peligrosidad y del juicio de peligro

8. Se ha afirmado, que toda forma anticipada de punibilidad sólo cabe ser justificada por la existencia de una «*perturbación*» referida a la integridad de un bien jurídico. También, que el contenido de esta perturbación reside indistintamente en la peligrosidad de la conducta o en la aparición de una situación de peligro. La constatación de una u otra forma de aparición del riesgo pasa por la formulación de un juicio cognoscitivo, designado con el nombre de «*juicio de peligrosidad*» en el primer caso, y «*juicio de peligro*» en el segundo.

Se trata de dos momentos cognoscitivos distintos. La primera valoración del comportamiento se hace residir en la *peligrosidad potencial* para un bien jurídico, es decir en un juicio de peligrosidad. Esta consecuencia proviene de situar la existencia del peligro en la acción. En cambio, si el peligro aparece como resultado, entonces requiere de un segundo juicio de *carácter concreto*; es decir, de un juicio de peligro (277). Es obvio, que las perspectivas desde las que se verifique uno u otro juicio serán necesariamente distintas. La primera admite o propicia una interpretación subjetiva, o al menos subjetivo-objetiva de las formas de criminalización anticipada; mientras que la segunda lo hace desde una perspectiva objetiva, o al menos objetivo-subjetiva. La perspectiva acogida por los primeros tiene únicamente acomodo en el juicio de valor que va del dolo a la conducta externa –la peligrosidad se presume–, no así en la dirección contraria –el estado de peligro se constata–.

---

(275) BERDUGO y otros, *Lecciones*, p. 123.

(276) Por todos, KAUFMANN, «*Normentheorie*», pp. 71 y ss.

(277) Para más detalles, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, pp. 188 y 189; cit.: GALLAS, *Abstrakte und konkrete Gefährdung*, en *FS für Ernst Heintz*, 1972, p. 181; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 123; SCHMIDHÄUSER, *AT*, p. 88. Cuando se trata de analizar el proceso de definición del contenido del deber de conducta, el juicio cognoscitivo se desdobra en un previo juicio de peligrosidad y en un ulterior juicio de peligro.

A pesar de que la idea de peligro posee un sustrato ontológico de fácil comprobación empírica, no es éste el concepto que interesa al Derecho. Lo jurídicamente valioso reside en los bienes dignos de tutela, y el peligro para el Derecho no puede ser extendido más allá del riesgo para los bienes socialmente valiosos (278). Por esta razón, se puede afirmar que no existe peligro en sí, sino que se trata de una realidad en referencia o, si se quiere, de una realidad teleológicamente orientada a la prevención de males para bienes dignos de tutela (279).

Sin duda, para un hombre omnisciente, con una experiencia universal de todos los fenómenos de la naturaleza, su vida transcurriría en un mundo en el que el azar, y por lo tanto el peligro, no tendrían cabida. Solamente existirían lesiones o hechos inocuos y el daño no sería más que un hijo de nuestra ignorancia («*ein Kind unserer Unwissenheit*») (280). Pero, como el hombre carece de tal aptitud, la aproximación a la realidad deberá realizarse en base a criterios de probabilidad.

La afectación que manifiesta una conducta respecto de la integridad de un bien jurídico es graduable. El autor coge la pistola, la carga, quita el seguro, apunta con ella a la víctima, coloca su dedo sobre el gatillo, dispara. Se trata de una secuencia en la que cada acto ejecutivo (material) encuentra su razón (su disposición final) en el siguiente acto hasta llegar al último y definitivo: la muerte de la víctima. Un proceso, en el que cada acto va acrecentando el peligro y reduciendo las posibilidades de salvación. No obstante, puede suceder que no se llegue al fatal desenlace al hacerse presente lo contingente en algún momento del proceso: se olvidó de quitar el seguro, se le encasquilló el arma, la víctima vestía un chaleco antibalas, etc.

De producirse el daño, parecería obvio asegurar, sin ningún género de duda, la presencia de un peligro en la ejecución de la acción y, por lo tanto, sobra cualquier juicio de peligro. Tal afirmación es incierta. En general, en el ámbito de los delitos contra la vida o de lesiones tales deducciones, guiadas por el sentido común (la experiencia del hombre de la calle), suelen acertar. No sucede siempre así con tipos de lesión de mayor complejidad: estafas, fraudes alimentarios, delitos ecológi-

---

(278) BUSTOS, *Control social*, p. 323.

(279) De opinión contraria Kindhäuser. Los delitos de peligro tienen autonomía propia, se configuran como delitos de lesión contra la «seguridad». El autor niega que ese fin derive de la necesidad de proteger un bien jurídico determinado contra una posible lesión. El adelantamiento de la punibilidad en la tentativa cumple ya con esa función (KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 163).

(280) MERKEL, *Die Lehre*, p. 55.

cos, etc. (281) La producción del resultado, y consiguiente nexo causal, pueden ser un indicio, pero nunca una confirmación de la peligrosidad de la conducta. Por eso, también en estos casos, la demostración de la presencia de un riesgo en la acción (la formulación de un juicio de peligro) resulta preceptiva por exigencias dimanantes del principio de imputación objetiva; por exigencias político-criminales que proscriben un Derecho penal de responsabilidad objetiva.

De no producirse el daño, nos enfrentamos con la misma exigencia de formulación de un juicio de peligro. No obstante, aquí se acrecienta la dificultad, al menos para los que sitúan el peligro sólo en la acción, ya que carecen de un «*resultado*» como punto de referencia. Quiero decir, que al no reconocer la existencia objetiva de un estado de peligro deben conformarse con el mero conocimiento de la peligrosidad de la acción. Así, aquellos se ven obligados a sustituir el juicio objetivo de imputación por alguna forma de juicio subjetivo de imputación: la alarma social generada (impresión social) o simplemente por la actitud desobediente del autor respecto del mandato de la norma. En definitiva, todos ellos criterios que giran más o menos en la órbita del dolo, de lo subjetivo. En cambio, si consideramos que en cada paso, en cada acto ejecutivo, hay un resultado de peligro (en gradación), acertaremos político-criminalmente, qué es lo importante, al no debilitar un pilar básico propio de un Derecho penal liberal: el principio del hecho.

9. Las afirmaciones hasta aquí vertidas carecerían de fundamento si no aclarásemos esta cuestión: la naturaleza epistemológica del juicio de peligro y de peligrosidad. El apartado siguiente lo dedicaremos al análisis del concepto normativo del peligro. Veamos la primera cuestión.

Reflexionar acerca de la naturaleza epistemológica de los juicios de peligro implica proponer una explicación racional de fenómenos empíricamente perceptibles. Se trata por tanto, de un juicio de carácter *cognoscitivo*, no normativo (282). Juicio, que se convertirá en la base fáctica del posterior juicio de valor sobre la conducta (283).

Toda ley causal explica el origen de un efecto, conoce del mecanismo interno según el cual se produce reiteradamente un efecto. Cuando tal cosa sucede decimos que la ley está científicamente fundamentada (284). Si el conocimiento científico es perfecto, por ejem-

---

(281) Véase en extenso la descripción de esta problemática: MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *La responsabilidad*, pp. 72 y ss.

(282) PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 163

(283) *Ibíd.*, p. 166.

(284) PUPPE, *Causalidad*, p. 910.



plo la ley de la gravedad, nos encontraremos ante una ley universal (causal) que nos permitirá sin excepción asegurar: siempre que se da A se produce X. Se trata por tanto de una ley necesaria, determinista, pues conocemos de antemano el desarrollo del proceso causal (285). Por desgracia, este tipo de conocimiento es infrecuente. Lo normal, es que nuestros conocimientos científicos de las leyes naturales sean imperfectos. Se trata de supuestos en los que se conoce parcialmente el fundamento material de la relación causal. Las leyes de imperfecto conocimiento las denominaremos leyes causales generales.

Estas dos clases de leyes causales operan como *ley de cobertura* explicativa de una relación de causalidad. Se trata de una premisa lógica en la que habrá de subsumirse el supuesto de hecho, en orden a poder afirmar empíricamente que de tal causa se deriva tal efecto (286). Si A sufre de intoxicación, no será suficiente establecer la relación de aquélla con la ingestión de mahonesa en mal estado, sino demostrar que el origen del trastorno tiene su razón en la salmonella (287). En supuestos corrientes la ley de cobertura la conforma la experiencia. No será necesario que un Juez fundamente su fallo aduciendo que la ley de cobertura explicativa de la muerte del arrojado desde un séptimo piso sea la ley de la gravedad. No obstante, en muchos otros casos, determinar la ley de cobertura subyacente resulta difícil, si no imposible (288).

La doctrina, en especial la alemana, ha elaborado distintos métodos o teorías dirigidos a solucionar estos problemas de prueba. En el famoso caso Contergan (289), Kaufmann fundamenta su posición

(285) GIMBERNAT, *Delitos cualificados*, p. 26.

(286) CUESTA AGUADO, *Causalidad*, pp. 64 y 65.

(287) Una cosa es la relación de causalidad y otra el fundamento material de la misma: es decir la causa. La inoperancia de la teoría de las condiciones se manifestaba, cuando tenía que operar en procesos causales en los que la experiencia de vida se veía impotente para dar una explicación plausible del fenómeno acaecido. En otros términos, el método hipotético consistente en la eliminación de la «causa eficiente» dejaba de rendir sus frutos al desconocerse la naturaleza de esa causa. Por todos, KAUFMANN, *Die Bedeutung*, pp. 207 y ss. Sobre una revisión de la teoría de la equivalencia de las condiciones: EBERT/KÜHL, *Kausalität*, pp. 561 y ss.

(288) Considérense: el caso del aceite de colza, los casos Contergan, Lederspray, el caso Montecatini-Edison di Mori, etc. Muy ilustrativo resulta la exposición de estos problemas en la doctrina española: MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1944; MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (Coordinadores) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1966; GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.

(289) LC AACHEN, JZ 1971, 507.

entendiendo que la causalidad, como elemento del tipo, es un elemento en blanco que debe rellenarse mediante una ley de cobertura universal (290). La función del Juez deberá limitarse, entonces, a seleccionar la ley necesaria bajo la cual subsumir el concreto supuesto de hecho. Diametralmente opuesta es la solución que aboga por la libre apreciación subjetiva de la prueba fundada en la experiencia general de la vida (291). El Juez, ante la imposibilidad de aplicar una ley causal necesaria, decide de acuerdo con su experiencia.

Ninguna de las dos soluciones propuestas resulta satisfactoria. Las leyes causales de cobertura no forman parte del tipo, pues se trata de estructuras de la realidad ya dispuestas y ajenas al mandato de la norma. Asimismo, la opinión contraria actúa con precipitación cuando deducen del carácter fáctico de las leyes causales que su constatación en el proceso judicial está sometida a la libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal (292). El Juez no debería decidir según su propio «sentido común» sobre cuestiones en las que los expertos no han llegado a ponerse de acuerdo.

Sin embargo, se afirma en base a esa libertad de conciencia de que goza el Juez, que la búsqueda de la verdad material en un proceso penal debe ser relativizada. Lo importante es la obtención de la verdad procesal, por eso no siempre la verdad forense coincide con la verdad material (293).

Sin duda, la problemática concerniente a la «responsabilidad por el producto» vuelve a poner a prueba el alcance y fundamento del principio de jurisdicción (art. 741 LEC) (294). ¿Cuál es el margen de divergencia tolerable entre la verdad forense y la verdad empíricamente comprobada?; ¿bajo qué condiciones puede un Tribunal aceptar una proposición empírica general sujeta a controversia en el ámbito de las ciencias experimentales? Es posible que la solución provenga de adoptar una alternativa intermedia: sustituir la ley nece-

---

(290) KAUFMANN, *Tipicidad*, p. 28.

(291) Desde la óptica del Derecho penal se puede fundamentar la relación causal sobre «la experiencia de la generalidad de las personas» (STS 23 de abril de 1992). «La demostración científico natural no supone una certeza matemática excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva» (STS 12.5.1986). El Juez podrá fundamentar el fallo en «conocimientos generales de la experiencia», siempre que no se pruebe que tal conocimiento es falso (KUHLEN, *Cuestiones fundamentales*, pp. 239 y ss.).

(292) PUPPE, *Imputación del resultado*, p. 226.

(293) HASSEMER, *Fundamentos*, p. 190.

(294) PUPPE, *Imputación del resultado*, p. 227.

saría y reducir los espacios de discrecionalidad judicial mediante una ley de contenido estadístico, probabilístico (295).

10. Las leyes fenoménicas probabilísticas no son leyes deterministas (296), se limitan tan sólo a cuantificar el grado de frecuencia existente entre causa y efecto. No proporcionan, en consecuencia, la impresión de certeza que se deduce de la constatación de un nexo causal por vía de la común experiencia en los casos triviales o la certeza que dimana, en contadísimas ocasiones, de la subsunción del suceso causal en una ley universal de perfecto conocimiento. En cambio, este método cognoscitivo sí se revela pertinente y válido para esclarecer nexos causales regidos por leyes generales causales o, si se quiere, aumentan nuestro conocimiento sobre las mismas (297).

Las leyes probabilísticas no tienen un contenido subjetivo (298). Se trata de proposiciones predicativas inducidas de datos estadísticos. Por ello, para comprobar su validez se requiere de la aplicación de métodos de verificación empírica de contenido también estadístico (299). La comprobación del peligro inherente a una acción no dependerá por lo tanto de una presunción fundada en el «sentido común» (eso sí sería subjetivo), sino de datos empíricos cuantificados estadísticamente (eso sí es objetivo). De acuerdo con esto, una ley de carácter probabilístico será válida mientras no se compruebe que la inferencia inductiva del resultado obtenido en un muestreo estadístico (la creación de un riesgo en nuestro caso) resulta absolutamente improbable en virtud de otras leyes probabilísticas no recusadas (aquí, la acción que se califica como peligrosa) (300).

No deberían perturbarlos las objeciones hechas a esta alternativa metodológica por la posible falta de verificabilidad y vaguedad que ostenta el juicio normativo apoyado en consideraciones estadísticas.

---

(295) Torío López se decanta por esta solución para aquellos casos en los que queda excluida la operatividad de una ley científico-natural o la simple experiencia dada la trivialidad del curso causal (TORÍO LÓPEZ, *Cursos causales*, p. 237).

(296) La causalidad entendida de forma determinista responde a una concepción mecanicista del mundo físico: de condiciones iniciales semejantes siempre se derivan los mismos efectos. A partir de la segunda mitad del siglo XX la física cuántica introduce una corrección: la ley natural sólo expresa una alta probabilidad de predicción. No obstante, la crisis del determinismo no impide en la diaria aplicación del Derecho acudir con absoluta seguridad a las leyes causales (ROXIN, *PG*, p. 219).

(297) PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 175.

(298) De opinión contraria GIMBERNAT (Prólogo a la 2.<sup>a</sup> edic. Código penal de 1995, p. 22).

(299) HERBERGER/SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980, pp. 350-352, cit. PAREDES CASTAÑÓN, *op. cit.* p. 177. nota n. 79.

(300) PAREDES CASTAÑÓN, *ibíd.* p. 177.

Los juicios de probabilidad son materialmente inherentes a todo juicio de peligro (301). Constituyen el ámbito fáctico sobre el cual se decide la tipicidad del peligro. El peligro graduado en términos probabilísticos se convierte así en una condición necesaria, aunque no suficiente, para emitir un juicio objetivo de imputación, juicio por el que se decide elevarlo ya a la categoría de riesgo jurídicamente relevante. En la tentativa, el contenido jurídico del peligro se expresaría objetivamente por su grado de proximidad al momento consumativo del tipo de la Parte Especial que corresponda.

11. El conocimiento de la peligrosidad o peligro de un comportamiento obtenido por esta vía de conocimiento resulta jurídicamente legítimo por los siguientes motivos:

Primero. La idoneidad objetiva de la peligrosidad de un comportamiento apreciado *ex ante* solamente puede ser fijada por vía estadística. De lo contrario, la estimación de probabilidades se convertirá en una estimación de posibilidades, sólo ya deducible de criterios subjetivos. En la práctica esto significa una restricción de criterios conducentes a la estimación de la antijuridicidad de una conducta peligrosa y se ajusta al contexto objetivo en el que queda regulada legalmente la tentativa. El juicio de probabilidades también es posible realizarlo desde una perspectiva *ex post*, pues como se ha visto, raramente se puede subsumir el suceso causal en una ley natural de perfecto conocimiento.

Segundo. No resulta tampoco incompatible este método con el principio de legalidad en atención a la presunta vaguedad de sus conclusiones. El problema no estriba en la debilidad de la valoración probabilística, sino en la vaguedad con que queda descrito el objeto de valoración o el término de referencia del juicio, es decir de la acción y del correspondiente resultado típico (302).

Tercero. Se respeta la capacidad de decisión del Juez en orden a seleccionar el muestreo más conveniente. En efecto, aquél podrá aplicar, ante la falta de certeza de los datos fácticos obtenidos o el

---

(301) BUSTOS RAMÍREZ, *Control social*, p. 332.

(302) FRISCH, *Prognoseentscheidungen*, p. 16. Por esta razón, surgen con frecuencia dificultades insalvables para probar la responsabilidad por el producto. Circunstancia que podría explicar la escasísima jurisprudencia referida a los delitos de peligro concreto introducidos en el artículo 348 bis a) y bis b) del anterior Código Penal (MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *Responsabilidad*, pp. 74 y ss.). Sensible a este problema Khulen manifiesta: «Hasta cierto punto, los modernos peligros para bienes jurídicos pueden y deben ser reconducidos a través de normas de conducta jurídico-penales. El legislador lo intenta cada vez más recurriendo a tipos de peligro abstracto» (KHULEN, *Cuestiones fundamentales*, p. 235).

equilibrio entre las probabilidades de producción o no del daño existente (303), el principio *in dubio pro reo* (304). Es decir, estará facultado para subsumir la conducta en aquel término valorativo cuyas consecuencias jurídicas resulten más favorables para el acusado (305).

En síntesis, todo juicio de peligro encierra un juicio de probabilidades y el mismo constituye el ámbito fáctico a partir del cual debe decidirse su relevancia penal. En los supuestos triviales no será preciso recurrir a complejas operaciones estadísticas para comprobar la presencia del peligro, el conocimiento precientífico de la realidad será suficiente; tampoco se recurrirá a esta metodología en los contados casos que puedan acogerse bajo la cobertura de una ley causal universal; sin embargo, este conocimiento obtenido por vía estadística deberá ser aplicado, siempre que no sea posible la verificación de la *probatio plena* de la regla científico-natural (306).

#### 4. Concepto normativo del peligro

12. La racionalización del pensamiento dogmático pasa ineludiblemente por tomar en consideración los resultados de las ciencias experimentales. Es decir, los conocimientos obtenidos por intermedio

---

(303) Muñoz Conde advierte que no puede plasmarse en la Ley el grado de probabilidad o de inminencia de producción de una lesión que debe manifestar la acción peligrosa para considerarla como exponente de un peligro concreto, constatación que obviamente queda supeditada a la libre valoración por parte del Juez (MUÑOZ CONDE/HASSEMER, *La responsabilidad*, p. 74). ¿Y qué otro criterio de ponderación del peligro admite ser cuantificado legalmente? Pienso que ninguno. Sin embargo, la aceptación de juicios probabilísticos como base fáctica de la valoración jurídica resulta más fiable, más adecuada a los fines de prevención y determinación de la pena que la aceptación de juicios subjetivos como base de esa valoración.

(304) KLEINE-COSAK, *Kausalitätsprobleme*, p. 77.

(305) Muy ilustrativas resultan las observaciones hechas por Arzt acerca de las consecuencias que se derivan en la interpretación del principio *in dubio pro reo*, dependiendo de la perspectiva dogmática adoptada. En particular, respecto a si la duda incide sobre un componente objetivo o subjetivo del tipo (ARZT, *Ketzerische Bemerkungen*, pp. 6 y ss.)

(306) TORIO, *Cursos causales*, pp. 223 y ss. Así, en el caso de la colza se recoge en uno de los Fundamentos de Derecho de la sentencia: «La ciencia más adecuada para llegar a conclusiones sobre la causalidad en el síndrome tóxico es la epidemiología (es decir la estadística)... a través de la multiplicidad de los estudios epidemiológicos se ha demostrado científicamente la asociación causal entre el consumo de los aceites referidos y el síndrome tóxico; los también múltiples estudios realizados desde otras perspectivas científicas no han confirmado hasta ahora rotundamente la conclusión epidemiológica, pero en modo alguno la han descartado, ni es racionalmente previsible que vayan a hacerlo» (STS 23 de abril de 1992).

de leyes deterministas o fenoménicas. Necesidad que aparece ya en el momento de la interpretación del precepto concreto. No obstante, la incorporación al razonamiento jurídico de los resultados científicos no debe realizarse de forma neutra. En efecto, las conclusiones obtenidas por esta vía, en relación con la puesta en peligro o la lesión de un determinado bien jurídico, debe ponerse en conexión con el fin perseguido en la norma. En consecuencia, esta exigencia relativiza la trascendencia de los resultados experimentales (307).

Estas mismas ideas se pueden expresar de la siguiente manera: los juicios de peligro o de peligrosidad consisten en operaciones cognoscitivas dirigidas a la explicación racional de determinados fenómenos empíricamente perceptibles. Juicios que conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, carecen de un valor normativo directo (308). El momento plenamente normativo se alcanza cuando se relacionan dichos juicios con el bien jurídico protegido (o, en el caso de la tentativa con el tipo de la Parte Especial correspondiente). A través de esta operación se individualiza el riesgo penalmente relevante. Así, en el conocido caso, utilizado en la docencia, de que A persuade a B para que realice un viaje en avión con la esperanza, que luego efectivamente se cumple, de que aquél se estrelle, no se realiza el tipo objetivo del artículo 138 CP. Si bien, la acción merece un juicio positivo de peligrosidad, por resultar racionalmente idónea para la puesta en peligro o producción del resultado de muerte, no obstante, esa idoneidad carece de consecuencias penales al tratarse de un riesgo no desaprobado, ajeno a la esfera de la protección de la norma o, si se quiere, justificado (309).

Hasta ahora se ha hablado indistintamente de juicio de peligrosidad y juicio de peligro. Pues bien, el primero constituye un primer paso valorativo y por él se determina: a) si la conducta en abstracto es potencialmente idónea para producir el daño; y b) si tiene capacidad para crear un riesgo penalmente desvalorado (todavía en abstracto).

---

(307) A pesar de ello, en ningún caso los resultados a los que llega el intérprete pueden estar en oposición con los resultados a los que se ha llegado a través de la investigación empírica (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Concepto, método y fuentes*, pp. 397 y 398).

(308) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 796; WOLTER, *Konkret*, p. 749.

(309) Lenckner entiende que la fundamentación del riesgo permitido esta emparentada con la ponderación de intereses en el estado de necesidad (Sch/Sch/Lenckner antes del § 32, nm.107b, 23.<sup>a</sup> edic.). En contra Roxin: el riesgo permitido constituye una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que, con independencia del caso concreto, está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo (ROXIN, *PG*, pp. 371 y 372).

De ser así, a continuación, se emitirá un juicio de peligro que exige demostrar la proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, o sea la presencia de un resultado de peligro.

A propósito, desde una perspectiva ontológica, el peligro no es momento, sino duración o permanencia. Ante la ausencia de un daño, definido en el espacio y en el tiempo, es harto frecuente caer en la tentación de no distinguir el peligro de la acción; o, si se quiere, sólo considerar «acciones peligrosas». Sin embargo, el peligro admite una perfecta delimitación temporal, por instantánea que sea, en términos de situación o estado. De esta forma, aquél gana en consistencia y operatividad, a efectos penales, cuando así se le visualiza (310).

Por lo dicho, la previa constatación de la peligrosidad de la acción (con relevancia penal) es absolutamente imprescindible para establecer la presencia de un resultado de peligro (con relevancia penal). Por ejemplo, si la peligrosidad de la acción resulta potencialmente insignificante —palmeo en la cabeza—, pero esa acción causa un resultado de peligro para el bien jurídico —la víctima había sido operada recientemente de un tumor cerebral—, la imputación queda excluida a pesar de la existencia de una concreta situación de peligro.

El juicio de peligrosidad constituye la base objetiva (probabilística) sobre la cual se valorará la presencia de un riesgo determinado en abstracto. El ámbito fáctico al que se circunscribe el juicio de valor lo conforman, solamente, las circunstancias referidas al hecho conocidas con anterioridad a la acción por el autor (311). Esta exigencia dimana de un Derecho penal con vocación preventiva. Evidentemente, este juicio deberá retrotraerse al momento inmediatamente anterior a la acción (valoración *ex ante*). Así, la conducta consistente en «palmeo la cabeza de pacientes recién operados de tumores cerebrales» (conociendo el autor tal circunstancia), incorpora un riesgo idóneo para la vida o la salud como bienes jurídicos.

Obsérvese que se trata de un juicio normativo mixto o subjetivo-objetivo. La presencia del componente subjetivo —conocimientos especiales del autor— predetermina el ámbito sobre el cual ha de emitirse el juicio objetivo de peligrosidad (probabilístico). Con toda la razón, Kuhlen califica como muy mala la denominación de *pronóstico (prognosis) objetivo-posterior* con la que se conoce a este jui-

---

(310) FARIA COSTA, *O Perigo*, p. 604 y ss. En este orden de ideas Wolter distingue entre peligrosidad de acción y peligrosidad de situación (WOLTER, *Konkrete*, p. 750).

(311) *Infra* 3.3/6. Sólo son imputables al dolo los cursos causales que se manifiesten como realización del plan del autor (ROXIN, *Dolus Generalis*, p. 116).

cio (312). Según la cual, el Juez se coloca posteriormente (en el proceso), en el punto de vista de un observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor. Este último saber ya no es objetivo, sino subjetivo al ser referido al autor (313).

13. Así pues, por el juicio de peligrosidad se procura saber si, en general, la conducta resulta idónea para crear un peligro para el bien jurídico. Por eso, tal juicio exige ser despojado de toda referencia al caso concreto, salvo la que atañe a la propia conducta típica (314). Si el juicio es afirmativo, se abre otro proceso de ponderación encaminado a determinar el grado de peligro concretamente alcanzado para el bien jurídico. Es decir, el juicio de peligro concreto permite, al ser relacionado con el interés jurídico protegido, comprobar la existencia de una situación o estado de peligro. Este juicio, estrictamente objetivo, debe ser realizado *ex post* y está referido al resultado de peligro alcanzado.

En la medida que un juicio de peligro se define como una relación entre una acción antecedente y la lesión del bien jurídico, debiendo establecerse el enlace teleológico entre ambos extremos, es indudable que una de las cuestiones a dilucidar será la perspectiva desde la que se determina la situación (*Zustand*) de peligro. La utilización de las expresiones *ex ante* y *ex post* indican la necesidad de fijar la posición desde la cual se emite el juicio; dicotomía, como se ha visto, absolutamente relacionada con la problemática del desvalor de acción y de resultado (315). Las circunstancias del hecho, como ya se dijo, se expresarán de distinto modo desde la perspectiva del autor (subjetivamente, *ex ante*), que con arreglo a un juicio general (objetivamente, *ex ante*), o incluso tras la ejecución del hecho (objetivamente, *ex post*). En definitiva, de lo que aquí se trata es de establecer si de la ausencia

---

(312) KUHLEN, *Zur Problematik*, p. 341.

(313) En todo caso, no hay impedimento para que ese «conocimiento especial» vuelva a ser valorado en sede del tipo subjetivo junto al resto de los componentes intelectivos y volitivos que conforman el dolo. No debemos olvidar que la decisión acerca de la existencia o de la clase de dolo (directo o eventual) presentes en el tipo requieren de un juicio global e integrado de todos sus componentes. Esta problemática se encuentra en el centro de la polémica en torno a si existen criterios autónomos para la imputación al dolo del resultado objetivamente imputado. En la controversia surgida al efecto entre Kaufmann y Roxin, me decanto por la posición mantenida por este último al aseverar que el conocimiento por parte del autor del riesgo objetivo es una cuestión de imputación objetiva y no del dolo (ROXIN, *Finalität*, pp. 237 y ss.).

(314) PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 188.

(315) GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, pp. 73 y 74.



de una lesión cabe deducir la falta de peligro y en que circunstancias de la producción de una lesión cabe deducir la presencia de un peligro en la realización de la acción (316).

Pues bien, para poder resolver esas cuestiones es necesario proporcionar un concepto de peligro concreto. Entiendo, que en el marco de esta monografía, no tiene sentido considerar todas las teorías que la doctrina ha elaborado sobre la noción de tal clase de peligro (317). Más bien, lo que corresponde es exponer aquella que sistemáticamente se ajuste mejor al fundamento objetivo que atribuyo a la tentativa. Razón, que me lleva a colocar el peligro en el resultado y no en la acción.

A finales de los años cincuenta Welzel y Bockelmann debatieron en el seno de la comisión encargada de la reforma del Código penal alemán el concepto de peligro. Uno de los casos utilizados en el marco de la polémica fue el siguiente: Mientras se encontraba abierta al público una estafeta de correos, un terrorista oculta una bomba de relojería para que explote de noche, cuando la estafeta está cerrada y vacía. Sin embargo, esa noche penetra un ladrón que resulta muerto al hacer explosión el artefacto (318). Según Welzel el análisis de la concurrencia del peligro corresponde ser hecho por un observador experto en base al propio plan del autor. De esta forma, si el perito *ex ante* confirma que a partir de la hora del cierre de la oficina los empleados siempre la abandonan, la acción no comporta un concreto peligro para la vida (aun cuando se haya producido la muerte del ladrón); cosa que no ocurrirá, si aquél estima la posibilidad excepcional de que ello no ocurra.

Así pues, Welzel sitúa el peligro en la acción, utilizando la opinión del observador a modo de filtro objetivo del plan del autor. Bockelman, por el contrario, distingue entre peligrosidad de la acción y resultado de peligro. Al igual que en los delitos de lesión, éste admite la posibilidad de establecer una relación causal entre la acción y el resultado, en este caso conformado por la situación o el estado concreto de peligro. De esta manera, se traslada el momento ponderativo al instante en que tenía lugar la explosión, es decir *ex post*, de donde la presencia del ladrón por casual que fuese confirma el resultado con-

---

(316) JAKOBS, *PG*, p. 206.

(317) En español se puede encontrar un estado de la cuestión sobre el tema en: RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.

(318) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 8 Band, BT, Bonn, 1959, pp. 417 y ss.; citado de GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, p. 84.

creto de peligro. Mientras que para Welzel la idoneidad del peligro se satisface con su potencialidad lesiva afirmada *ex ante* por un observador imparcial, para Bockelmann depende de la real amenaza lesiva constatada *ex post*. Así pues, desde una misma perspectiva ontológica, dos enfoques diferentes: uno subjetivo con pretensiones objetivas y otro objetivo, ambos con poco éxito abocados a aprehender la noción del peligro.

14. No es éste el camino a seguir. Resulta contrario a toda lógica jurídica decidir la presencia del peligro atendiendo escuetamente a las propiedades de ser que confluyen en el suceso. El peligro es un concepto normativo que indirectamente manifiesta un alto grado de probabilidad dañosa, pero que adquiere plena relevancia jurídico-penal cuando se pone en relación directa con el bien jurídico en cuestión. Por eso, si el peligro es amenaza concreta y próxima a la integridad de un bien jurídico, no debería contentarnos que su constatación se verifique por la única vía de un juicio hipotético (de peligrosidad). La vigencia del principio del hecho exige circunscribir nuestro juicio orientado normativamente a su objetiva presencia. Tampoco conviene reducir el problema a la mera comprobación de un nexo causal. Doy aquí por reproducidas las críticas efectuadas desde la teoría de la imputación objetiva a la pretensión de dotar de relevancia penal a la escueta relación de causalidad (319). Como podemos percibir, una vez más, la espinosa cuestión de las relaciones entre el ser y el deber ser aflora al analizar esta categoría del delito.

Decía que el peligro es un concepto normativo, la cuestión es precisar su contenido. Quizás sea Von Hippel (320) el primero en proponer tal noción al establecer una relación funcional entre el peligro y el tipo de la Parte Especial correspondiente. Como se verá a continuación esta idea es ampliamente desarrollada por Schünemann y Demuth.

#### A) SCHÜNEMANN

Su toma de posición tiene origen en la crítica que realiza al concepto ontológico de peligro de Horn (321). Según este último, el peligro es un «*estado de cosas definido*» (*begriffener Sachverhalt*), lo cual evidencia que se trata de un concepto objetivo de validez general

---

(319) Por todos, ROXIN, «Finalität und objektive Zurechnung» en FS A, KAUFMANN, *op. cit.*

(320) VON HIPPEL, *Gefahrenurteile*, pp. 455 y ss.

(321) HORN, *Gefährungsdelikte*, pp. 45 y ss.

y no un mero juicio del observador experto o del propio Juez. Juicios considerados superfluos, pues se limitan a expresar la congruencia entre el concepto de peligro y el estado de peligro (322). De ahí, no existirá lesión sin una situación o estado de peligro previo, por lo que de comprobarse la lesión habrá que afirmar indefectiblemente la existencia del peligro (323). Como es obvio, el problema se plantea en los supuestos de existencia de peligro y ausencia de lesión. En ellos se manifiesta una aparente contradicción, observa con gran perspicacia el autor, por un lado aparece el peligro como posible causa de lesión, y, por otro, como no causa de lesión. Si se conoce la razón (el curso causal) que impidió la producción de la lesión no habría peligro concreto y sí en el caso contrario (324). En otros términos, lo esencial es preguntarse acerca de las causas que impidieron la lesión efectiva (325). Por eso, el juicio debe ser *ex post*, en consideración de todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, y no *ex ante* mediante la abstracción de los hechos conocidos. Por ejemplo, si la víctima sobrevive a pesar de haber ingerido una dosis de veneno absolutamente mortal (según la experiencia) entonces aparece una situación de peligro concreto; en cambio, si la dosis era insuficiente, como se comprobó *ex post*, no es posible hablar de tal peligro (326).

Horn al dirigir el análisis hacia las causas que impidieron la producción de la lesión consigue avanzar en el conocimiento de la estructura ontológica del peligro. Sin embargo, el concepto de peligro lo articula en términos causalistas, según modelos perceptibles sensorialmente, en lugar de hacerlo en referencia a la finalidad de la norma (327). Ésta es la objeción principal que le hacen Schünemann (328) y Demuth (329). Pese a ello, aprovechan esta base fáctica

---

(322) Horn distingue entre leyes de causalidad abstracta, que registran una relación de causa a efecto como resultado experimental, y leyes de causalidad concreta referente a todas a las circunstancias presentes en el hecho (HORN, *ibíd.*, p. 138).

(323) *Ibíd.*, p. 52.

(324) Peligros de lesión son hechos respecto a los cuales la ciencia debe confesar su incapacidad para explicar su cualidad de no-causa. En otros términos, si la ciencia puede explicar por qué no podía llegar a la lesión, entonces es que no había peligro (HORN, *Gefährungsdelikte*, pp. 159 y 160).

(325) *Ibíd.*, pp. 113 y ss.

(326) Conforme a la ley de la experiencia (causalidad abstracta) ingerir tal dosis de veneno es causa regular de lesión; no obstante, su ausencia no pudo explicarse mediante una concreta ley de imposibilidad —«se salvó milagrosamente»—. En cambio, puede explicarse que la víctima sobreviva a la toma de ese mismo veneno, cuando lo hace en cantidad insuficiente.

(327) JAKOBS, *PG*, p. 243.

(328) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 795.

(329) DEMUTH, *Gefährbegriff*, p. 175.

tan bien diseñada, con alguna corrección (330), para construir un concepto normativo del peligro concreto.

Para Schünemann la existencia del peligro no depende de si se puede o no individualizar la ley que imposibilitó la producción del daño, sino de si se puede confiar aún en alguna causa salvadora, inserta en el curso normal de los acontecimientos, que evite la lesión. El peligro surge cuando la salvación depende de factores que no pueden ser controlados por el actuar humano. Así en el caso del conductor suicida que no logra hacer impacto contra el otro vehículo al ser desviado por un golpe de viento, la causa salvadora obedece a una circunstancia extraordinaria, anormal e imprevisible y, por lo tanto no impide la aparición del peligro concreto. En los mismos términos habrá que considerar la posesión, por parte de la víctima, de ciertas facultades excepcionales: se salvó gracias a su experiencia como corredor de carreras.

A partir de este principio de confianza en sentido amplio (331), el autor sienta las bases de su concepto normativo de peligro que reúne los siguientes criterios:

i) Presencia en la acción de un riesgo típico referido a un objeto jurídico también típico.

ii) Aptitud lesiva de la acción respecto de ese bien jurídico. Posibilidad estimada *ex ante* por un observador imparcial y realizada en el marco típico del bien jurídico amenazado de acuerdo con las leyes probabilísticas disponibles.

iii) Consideración (*ex post*) de todas aquellas causas salvadoras que impidiendo finalmente la producción del resultado no respondan al normal desarrollo del curso causal. Que equivale a decir: «sólo los medios salvadores dominables excluyen la peligrosidad de la acción» (332).

Como observa García Rivas, la ponderación de la dominabilidad de los acontecimientos por parte del autor debe retrotraerse inevitablemente al momento de la acción, por lo que la perspectiva *ex post* queda un tanto desdibujada. «En conjunto, la excesiva inclinación de Schünemann hacia la dominación del riesgo conlleva un repliegue del desvalor de resultado y un avance hacia posiciones más subjetivas de

---

(330) En efecto, Horn de acuerdo con una concepción mecanicista de la física sólo admite que la leyes de imposibilidad (leyes de cobertura) explicativas de la no aparición de la lesión tengan un contenido determinista, y no probabilístico. (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 33).

(331) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 34 y ss.

(332) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 796.

lo debido en la teoría del injusto» (333). En este sentido, resulta más consistente la noción normativa de peligro de Demuth.

## B) DEMUTH

Al igual que Schünemann, Demuth considera que el peligro surge cuando la circunstancia salvadora ya no depende del actuar humano. No obstante, añade una nueva cautela al exigir que tal situación de peligro coloque al bien jurídico en «aguda crisis». «La proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, afirma Demuth, se detecta siempre que el bien jurídico se halla de tal modo inmerso en el radio de la acción peligrosa que las medidas preventivas normales –es decir, las predispuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños– no resulten suficientes para impedir con seguridad el resultado lesivo. Si el bien jurídico no alcanza este estricto ámbito de peligro, no cabe admitir el resultado de peligro» (334).

Entonces, todo resultado de peligro requiere de un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido. Plasmación, que debe manifestar externamente dos características entre sí dependientes: la proximidad de lesión del bien jurídico y la falta de dominabilidad de las posibles causas salvadoras. Entonces, «peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa» (335).

Este concepto normativo que entiende el peligro como resultado cumple no sólo una función interpretativa y de filtro de las acciones con potencialidad lesiva, sino también una importante función de prevención general de conductas y de adelantamiento en la protección de bienes jurídicos (336). Sin duda, es la propuesta que mejor define el peligro concreto contenido en todo acto ejecutivo. Obsérvese, que la valoración de la proximidad del peligro de lesión para el bien jurídico admite objetivamente una gradación de la amenaza. Aspecto valorativo en correspondencia con el grado de desarrollo de la tentativa a la luz del tipo correspondiente de la Parte Especial.

---

(333) GARCÍA RIVAS, *Tipo de peligro*, p. 98.

(334) DEMUTH, *Gefahrbegriff*, pp. 209 y 210. Precisamente, de esta proximidad externa de lesión surge un sentimiento de desvalor similar al de la lesión tanto para la generalidad como para el propio autor (ibíd., p. 197).

(335) Ibíd., p. 218.

(336) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 36.

Así, la falta de consumación del delito de homicidio debido a que el arma se encasquilló al efectuar el disparo o a la mala puntería del autor provocan una verdadera amenaza para la existencia del bien jurídico (*einer echten Daseinsbedrohung*). En efecto, la circunstancia salvadora había dejado en uno y otro caso de ser dominable a través de los medios normales de defensa. Sólo el azar impidió la producción de la lesión a pesar de que el autor ya había apretado en ambos casos el gatillo. En otros términos, el análisis *ex post* afirma la plasmación de la peligrosidad de la acción (establecida *ex ante*) en el peligro concretamente acaecido. Sin embargo, dada la diferente proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro —no logra disparar, efectúa el disparo— podría dejar abierta la posibilidad de considerar al primer supuesto como una forma de tentativa inacabada. Alternativa que no comparto, ya que en ambos casos la pretensión objetiva de lesión se alcanza concretamente con la acción de presionar el mecanismo de percusión del arma. En cambio, disparar contra el cadáver de su enemigo, creyendo que estaba vivo no crea situación de peligro (tampoco tentativa de homicidio), puesto que faltaría la «proximidad necesaria del bien jurídico amenazado a la fuente de peligro». Nótese, por todo lo dicho, que no existe en la categoría de los delitos de peligro una clase de peligro «inidóneo», por eso tampoco existe tentativa inidónea.

16. Veamos con un ejemplo la capacidad resolutive de todas las consideraciones hasta aquí hechas:

«A efectuó cinco disparos contra su cónyuge cuando la misma se hallaba entre 15 y 20 metros de distancia; resulta probado por la correspondiente pericia, que al carecer de estriado el ánima del cañón la efectividad del disparo solamente era posible a una distancia inferior a los 6 metros.»

La hipótesis que debe ser confirmada es si el autor ha cometido una tentativa de homicidio. Para ello, y de acuerdo con la tesis aquí defendida, tenemos que establecer la presencia de *un resultado de peligro concreto* para el bien jurídico vida en el tipo objetivo. El proceso de análisis exige dar los pasos siguientes:

1) Delimitación del ámbito fáctico sobre el que debe operar el juicio de peligrosidad (cognoscitivo). La conducta debe ser formulada de la manera más general (abstracta) posible y *ex ante*: «sujetos que disparan un revólver contra una persona situada a menos de 20 metros de distancia, con conocimiento de la capacidad lesiva de las armas de fuego». En un caso tan trivial, el Juez podrá apoyarse en la simple

experiencia común para fundamentar racionalmente la peligrosidad de la acción (potencial respecto de un resultado lesivo).

2) Determinación de la relevancia jurídico-penal de ese juicio afirmativo de peligrosidad. Valoración que surge de poner ese juicio en conexión con el tipo objetivo del homicidio. Así, el Juez individualiza, circunstancia que en el presente caso acaece, la presencia de un riesgo con *capacidad potencial* (en abstracto) de lesionar el bien jurídico vida protegido en el artículo 138 CP.

3) Confirmación de la existencia de un resultado de peligro concreto para el bien jurídico protegido. La valoración *ex post*, ya referida al caso particular, indica objetivamente la absoluta falta de proximidad del bien jurídico a la fuente de peligro —el sujeto pasivo se encontraba fuera del radio de acción lesivo— por tanto no es posible demostrar la existencia de una situación o estado de peligro; entonces, no hay desvalor de resultado.

En conclusión, no cabe apreciar en la conducta del autor tentativa de homicidio, aunque sí la presencia de un peligro abstracto que, en este caso, admite ser subsumido en el tipo del artículo 563 del Código Penal por el que se castiga la tenencia de armas prohibidas (337).

17. Este método valorativo es el que mejor se adapta a los requerimientos objetivos del artículo 16.1. En mi opinión, tal regulación posibilita apreciar por un lado la peligrosidad (potencial) de la acción, y por otro la situación de peligro (concreto) como resultado; a su vez, términos teleológicamente enlazados con el bien jurídico amenazado. Ponderación, que exigirá del Juez situarse *ex ante* y *ex post*, y de cuyos juicios podrán deducirse el desvalor de acción y el desvalor de resultado presentes en el injusto de todo delito intentado.

Considérese, que desde una valoración *ex ante* en la que sólo se tomara en cuenta la perspectiva del autor (subjctiva) el Juez hubiera apreciado tentativa de homicidio. A la misma conclusión se hubiera llegado utilizando exclusivamente el llamado pronóstico (prognosis) objetivo-posterior. En efecto, se estaría castigando la tentativa (imposible) en base a fundamentos distintos a los exigidos en el artículo 16.1. Así, Silva entiende, que en éste y otros casos similares, es posible apreciar tentativa, siempre que el hombre medio, en la posición del autor, advierta peligro para el bien jurídico con lo que el supuesto adquiere «una evidente dimensión social de sentido (virtualidad de

---

(337) El supuesto examinado corresponde a los antecedentes de hecho de una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (secc.1.<sup>a</sup>) y que llega con razonamientos jurídicos diferentes a la misma solución (SAP 24-05-96, ponente Sr. Zubiri de Salinas en AP, Audiencias, p. 303).

desestabilización de la norma) y un Derecho penal preventivo (desde luego con pretensión de integración)» (338). Si dicha advertencia debe reunir la cualidad de comunicativamente relevante (en lo social), empleando la terminología jakobiana, se estará una vez más fundamentando la punibilidad de la tentativa en los términos de la teoría de la impresión. Llamemos a las cosas por su nombre, lo que por esta vía se consigue es el castigo de la tentativa como una manifestación de un peligro abstracto.

Lo que no se puede hacer, como pretende Mir, es admitir que en la tentativa idónea concurre un peligro concreto (339) y constatar esa situación únicamente en base a un juicio *ex ante*, es decir en base a un juicio de peligrosidad *potencialmente* lesivo. El estado de peligro es efectivo, permanente y dogmáticamente opera como un resultado. Por ello tal juicio requiere de dos momentos uno *ex ante* en el que se establece, en los mismos términos por él establecidos, la peligrosidad de la acción, y otro *ex post* que indaga la proximidad del riesgo al bien jurídico. Es decir, constata la producción de un acto ejecutivo.

## V. LA LLAMADA TENTATIVA INIDÓNEA

### 1. Consideraciones generales

1. Bajo la denominación de tentativa inidónea o delito imposible la doctrina tradicional describe aquellos supuestos en los que la falta de aptitud del objeto, de los medios o del sujeto, impiden llegar a la consumación del delito efectivamente intentado (340). Cuando un individuo se decide a cometer un crimen lo normal es que diseñe un plan de ejecución. No obstante, puede acontecer que su estrategia contenga errores de tal entidad que le impidan concretar la lesión del bien jurídico. Se llega a tal situación cuando el autor desconoce el contenido de las leyes de experiencia que han de dotar de efectividad a su conducta en el mundo exterior (*errores nomológicos*) – cree que se puede mediante hechizos provocar la muerte de su enemigo–; o bien, se equivoca al seleccionar el instrumento o el objeto sobre el que pretende realizar el crimen (*errores ontológicos*) – el arma estaba

---

(338) SILVA, *El nuevo Código*, pp. 137 y 138.

(339) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347.

(340) Sobre la evolución histórica del delito imposible: FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 277 y ss. En español una completa monografía sobre el tema: SOLA RECHE, *Tentativa Inidónea» de delito*, Granada 1996.



descargada o se intenta un aborto cuando la mujer no estaba siquiera embarazada—.

Salvo en los supuestos en que se manifiesta una falta burda de entendimiento (tentativas irreales o supersticiosas), el resto de los casos han podido ser castigados desde que el Código Penal de 1944 consideró igualmente punible la tentativa y el denominado delito imposible (341). Ya en una Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1896 se planteaba la necesidad de castigar estas conductas. Se decía al respecto: «negar el carácter de delincuencia a la intención criminal, por grave que ésta sea, cuando está exteriorizada por hechos vanos o inadecuados para el fin que el agente se proponía, implica una postergación del elemento moral contrario a los principios de justicia y del interés de la sociedad» (342). Cita en extremo ilustrativa, pues hoy, cien años más tarde, un amplio sector de la doctrina española invoca parecidas razones para castigar acciones carentes de la más mínima posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido (343).

El legislador del actual Código Penal no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición del delito imposible. En efecto, aunque el artículo 16.1 no emplea el término «*idoneidad*» para referirse a los actos propios de la tentativa, dicho calificativo puede entenderse implícitamente utilizado al exigir el precepto que dichos actos «*deberían producir el resultado*», lo que reclama una determinada aptitud de la acción ejecutada (344). En contra de tal interpretación cabe alegar que en el mencionado precepto se incluye el adverbio «*objetivamente*», término ya contenido en el Proyecto de 1994, que unido a la expresión «*peligro inherente al intento*» del artículo 62 CP y al hecho de no recogerse en el capítulo dedicado a «La aplicación de las penas» el segundo párrafo del artículo 52 del CPTR (345), hace suponer que

---

(341) Ya el Código Penal de 1928 contemplaba esta posibilidad en el artículo 41. A su vez, la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, en el artículo 9, había reparado en los hechos inidóneos, sea por el medio empleado o por la inexistencia del objeto, autorizando a los Tribunales para declarar el estado peligroso del agente e imponerle una medida de seguridad. El Código Penal de 1944 es el que introduce expresamente el segundo párrafo del artículo 52 del CPTR.

(342) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1896, en VIADA Y LÓPEZ PUIGSERVER, *Doctrina Penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, p. 6.

(343) La legitimad del segundo párrafo del artículo 52 CPTR ha sido objeto de fuerte discusión doctrinal. Sin embargo, en el marco de un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional establece la conformidad del precepto con la Constitución (STC 70/1985, de 31 de mayo).

(344) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDecasas, *Lecciones*, p. 238.

(345) En el capítulo relativo a las reglas para la aplicación de las penas se establecía, que la regla aplicable a los autores de un delito intentado regirá también: «*en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de un delito*» (art. 52 CPTR).

el fundamento punitivo de la tentativa en el nuevo Código se hace recaer en la producción de un peligro objetivo para un bien jurídico.

2. La doctrina española no muestra discrepancias a la hora de reconocer la exigencia de «objetivismo» en los actos ejecutivos. Sin embargo, la polémica surge respecto a cómo debe interpretarse tal término. Así, los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que la tentativa inidónea o imposible es impune, ya que la «*peligrosidad*» de toda tentativa reside, en última instancia, en la representación mental que tenga del hecho el autor, aunque imponiéndole, como se verá, determinadas correcciones (346). En tanto, entre los autores que se decantan por una solución objetiva, que puede considerarse la posición dominante, nos encontramos hasta con cuatro alternativas diferentes:

a) Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas (347).

b) Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esa peligrosidad debe establecerse *ex ante* (348).

c) La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas –punibles– e inidóneas absolutas –impunes–; la distinción se efectúa en base a consideraciones fácticas (349).

d) Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que por sí misma sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Tesis defendida por mí en esta monografía (350).

(346) CEREZO, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I y II*, 5.ª edic., 1995; del mismo, *Derecho Penal. Parte General*. UNED, 1997; GRACIA MARTÍN, *Política Criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España*, en AP, 1994; SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» del delito*, 1996. No obstante, parecería que las posiciones mantenidas por este último lo sitúan en una zona intermedia entre las teorías objetivas y subjetivas.

(347) GIMBERNAT, *Prólogo al Código Penal de 1995*, Tecnos, 1997.

(348) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.

(349) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Las fases de ejecución del delito*, en RJC n. extra, 1980; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código penal*, 1996.

(350) Tesis apuntada ya, aunque no desarrollada en BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 1996.

Como se ha podido comprobar en torno al tema de la tentativa inidónea reina la complejidad, por no decir la mayor de las confusiones. En particular, entre los que nos inclinamos por una fundamentación objetiva del injusto de la tentativa, ya que la sistemática seguida por los que se decantan por una teoría subjetiva, aunque no se comparta, resulta mucho más coherente. Los malentendidos, como veremos al final de este capítulo, surgen por la falta de claridad inicial respecto a las categorías utilizadas.

3. Este marco de decisión objetivista en la regulación de la tentativa es aceptado en mayor o en menor medida por la doctrina española. Los que menos la aceptan son aquellos aferrados a una fundamentación subjetiva del ilícito. Puede resultar ilustrativo, a riesgo de pecar por un excesivo reduccionismo, sintetizar su punto de vista en la siguiente expresión: «El deber hacer se refiere sólo a realizaciones de valor que sean posibles subjetivamente» (351). En tanto, los partidarios de una fundamentación objetiva del ilícito, parten por el contrario de esta premisa: «La pregunta por lo interno está permitida sólo para la interpretación de lo que ya es, de cualquier modo, algo externo perturbador. Conforme a ello, si una conducta ha de ser punible, tiene que serlo independiente de su aspecto subjetivo» (352).

Valga decir, que la primera manifestación se debe a Kaufmann y la segunda a Jakobs, es decir representantes cada uno de la «antigua» y «nueva» Escuela de Bonn. Puede resultar paradójico que haya escogido a Jakobs como portaestandarte de la segunda alternativa, no obstante, la decisión está justificada. En efecto, a lo largo de la producción científica de este autor se pueden observar dos posiciones encontradas, la que corresponde a la publicación en 1985 de su famosa «*Kriminalisierung*», en la que esclarece el contenido del principio del hecho, y la que supone un giro subjetivista con la publicación en 1992 del «*Rücktritt*». Evidentemente, los argumentos aquí citados provienen de la abandonada perspectiva objetiva en la fundamentación de la tentativa. Abandono entendible, a mi juicio, pues de haber seguido profundizando en esa línea le hubiera conducido a cuestionarse su propio concepto del ilícito penal. Comentar, por último, que junto con Kaufmann no hubiera desmerecido en su papel de portavoz de la primera alternativa Sancinetti, autor de una inteligente actualización de los postulados de esa vieja Escuela (353).

---

(351) KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 75.

(352) JAKOBS, *Estudios*, p. 302.

(353) SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Santa Fe de Bogotá, 1993.

Conviene tener presente a lo largo de la discusión aquí iniciada, que en Alemania la constatación de la peligrosidad de la acción no es un requisito constitutivo de la tentativa, ya que la referencia que impone el § 22 es la representación del hecho por parte del autor (354). De ahí la posibilidad de castigar la tentativa inidónea, circunstancia que se ve confirmada en el § 23.3 StGB (355). Valga esta observación para recordar que tal «representación» no figura como requisito en el artículo 16.1 CP y, sin embargo, un relevante sector de nuestra doctrina, fuertemente influenciado por el finalismo, le confiere cierta carta de naturaleza en el tratamiento de la tentativa inidónea (356).

4. Decíamos que las discrepancias doctrinales surgen a la hora de obtener un significado de lo que se entiende por «objetivo». Para ser más preciso, la discusión se centra más bien en el «modo» de fijar tal característica de la conducta (357). Con ello se quiere decir que para saber en definitiva cual es el tratamiento asignado a la tentativa inidónea es necesario plantearse la cuestión general de cuándo la misma debe ser punible (358). Cuestión que se encuentra íntimamente identificada con las posiciones mantenidas en la fundamentación del injusto y que fueron tratadas con anterioridad (359). Corresponde ahora fijar el marco de la discusión en el ámbito doctrinal de nuestro país en atención a la particular regulación que hace nuestro Código Penal de la tentativa (360).

---

(354) Por eso, «dentro del comportamiento de tentativa penalmente relevante no hay distinción entre el intentar idóneo y el inidóneo»... lo que importa es «dar comienzo directo a la realización del tipo, según su representación (es decir, según su dolo típico)» (JAKOBS, *PG*, p. 872).

(355) «Cuando el autor, por una burda falta de entendimiento, ignoró que la tentativa no podía haber conducido en ningún caso a la consumación, debido a la naturaleza del objeto o del medio, el Tribunal puede, según su arbitrio, disminuir o prescindir de la pena (§ 49.2)» (§ 23.3 StGB).

(356) Al respecto Gracia Martín hace la siguiente afirmación: «La tentativa idónea es la tentativa peligrosa *ex ante*; en ella concurre la voluntad de consumir el delito (dolo) y la acción es, además, peligrosa. La tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa *ex ante*; en ella concurre la voluntad de consumir el delito (dolo), pero la acción no es peligrosa» (GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, p. 353).

(357) SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 5.

(358) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 125.

(359) *Infra* 3.3.

(360) No incluyo en el análisis la posición representada por aquellos que ven a la tentativa inidónea como un ilícito ajeno al concepto de la tentativa (TORÍO LÓPEZ, *Indicaciones*, pp. 169 y ss.). Se sostiene que en la tentativa inidónea ha de verse tan sólo una causa de extensión de la pena y no una forma de delito intentado. Como indica Sola, la desaparición en el Código Penal de 1995 del segundo párrafo del artículo 52 del CPTR priva a esta teoría de los posibles apoyos legales en los que encontraba su fundamento (SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. XI y pp. 218 y 219).

## 2. La discusión doctrinal en España

5. La noción tradicional del delito imposible (361), según la cual el autor no llega a la efectiva lesión del bien jurídico por la inidoneidad de los medios utilizados del objeto o del sujeto, se acoge a particulares características ontológicas que, en definitiva, nada dicen acerca de su naturaleza jurídica (362). En efecto, siempre que el autor suponga erróneamente que esos medios, objeto o sujeto, son los adecuados desde una perspectiva *ex ante*, el intento es «idóneo» para ser considerado como tentativa de un delito. De modo que, si el autor yerra por casualidad tomando la sal por arsénico, ese envenenamiento putativo ya constituye un ilícito de tentativa; lo mismo, si dispara contra un cadáver creyéndolo con vida o utiliza un arma descargada. El fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea se hace recaer así sobre una representación errónea, en apariencia peligrosa (363) para el observador colocado en la posición del autor.

Esta manera de enfocar la cuestión nos lleva inevitablemente a una interminable discusión acerca de la naturaleza del error. Discusión, por otra parte, nada fructífera y que nos recuerda a las polémicas habidas entre los causalistas acerca de las distintas maneras de aparición de los cursos causales. Si el autor yerra en la puntería es tentativa idónea, pero si la desviación del proyectil se explica por un defecto del arma entonces la tentativa es inidónea; rasgar la ropa interior de la niña con ánimo de realizar una penetración es tentativa idónea (364), pero fracasar en sus propósitos debido a la desproporción de los órganos genitales del hombre y de la víctima es una tentativa inidónea (365). Junto con estos errores de carácter ontológico se suman los nomológicos, es decir aquellos que afectan a las leyes de la experiencia y que, según ciertos autores, conducen a tentativas irreales. El problema aquí se sitúa en fijar el modelo de sensatez a tener en consideración, puesto que el contenido burdo del error dependerá del coeficiente de inteligencia del autor (366). Éstos y otra infinidad de ejemplos que podrían ponerse muestran la futilidad de intentar obte-

---

(361) Por todos JESCHECK, *PG*, p. 725.

(362) En el mismo sentido SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 165.

(363) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347.

(364) Véanse respecto a formas imperfectas de ejecución en agresiones sexuales: SSTS de 24 de noviembre de 1986, 15 de noviembre de 1993 y 14 de octubre de 1994 entre otras.

(365) GIMBERNAT, *Prólogo*, p. 22.

(366) De la misma opinión SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, p. 127.

ner *directamente* de determinadas propiedades del ser consecuencias jurídico-penales.

A) LA TENTATIVA INIDÓNEA COMO TENTATIVA *EX ANTE* NO PELIGROSA (367)

6. Una fundamentación subjetiva del injusto (368) considera a la tentativa como una acción final que tiende a la afectación del objeto jurídico, siendo este acto el objeto del juicio de valor. Aseveración, que admite también ser así formulada: el dolo del hecho determina de manera única el sustrato valorativo del juicio de antijuridicidad (369). De esta manera infringe idénticamente el mandato de la norma la tentativa idónea y la inidónea. El disparo efectuado con dolo de homicidio es tentativa de homicidio con independencia de que el autor creyera que el bulto sobre la cama era su enemigo; resultando indiferente para el juicio que la víctima hubiera, momentos antes, abandonado la cama o hiciese una semana que se encontraba de vacaciones.

Desde esta perspectiva, la peligrosidad de la conducta deja de ser un elemento necesario para fundamentar el desvalor de la acción y por lo tanto «*el principio de ejecución del delito*» se alcanza con la simple manifestación externa del dolo. A su vez, «*el peligro inherente al intento*» deja de medirse en términos de proximidad de lesión del bien jurídico, para pasar a serlo en términos de voluntad criminal. Y, por último, la demanda de medir «*objetivamente*» los actos que deberían producir el resultado se remite a la decisión *ex ante* del observador imparcial provisto del conocimiento y de las capacidades del autor.

En mayor o menor medida es éste el punto de vista mantenido por un relevante, aunque minoritario, sector de nuestra doctrina fuertemente influenciada por la dogmática alemana de la tentativa. Así Cerezo entiende que puede haber actos ejecutivos no peligrosos (370); «*la tentativa inidónea es la tentativa no peligrosa ex ante*», o la peligrosidad objetiva de la conducta no es un elemento necesario para consituir el desvalor de la acción (371). Asimismo, respecto a las tradicionales dificultades que toda teoría subjetiva manifiesta en orden a

---

(367) Este enunciado es tomado de SOLA RECHE, *Tentativa Inidónea*, p. 198.

(368) Véase *Infra*. III/3.

(369) JAKOBS, *Estudios*, p. 225.

(370) CEREZO, *Lo objetivo y subjetivo en la tentativa*, Fac. de Derecho, Valladolid, 1964, cit. SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 199, nota n. 16.

(371) GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, pp. 353 y 349 nota 329 citando a Cerezo.

distinguir la tentativa inidónea de la irreal, opina Cerezo que no es necesario acudir a la teoría de la impresión para evitar la punición de esta última, puesto que en el delito imposible no concurre desvalor de acción, es decir dolo (372). Solución que se hace depender de estar o no en posesión de un conocimiento nomológico objetivamente exacto (373).

7. No obstante, el problema no queda así resuelto. En primer lugar, la distinción entre un error nomológico y otro ontológico es con frecuencia difícil de establecer (374). Distinción, por otra parte, irrelevante ya que la solución del problema no reside en decidir acerca de las características naturales del error que afecta al componente intelectual del dolo, sino en determinar el sentido social típico de la representación (375). En segundo lugar, nada se dice en relación con el criterio que ha de emplearse en la determinación del contenido «burdo» de la representación (376). En efecto, resulta al respecto muy ilustrativa la crítica que le hace Jakobs a Kaufmann, por concretar la relevancia del plan desde la perspectiva del autor y no analizar si dicha representación puede ser sostenida desde el punto de vista social (377).

Más atrás, se decía que, en el «*Kriminalisierung*», Jakobs criticaba entre otros a la «antigua» Escuela de Bonn por adoptar una perspectiva en la que el hecho se convertía en un mero pretexto para indagar en lo interno de la conducta, en la vertiente subjetiva, despojada ya de todo su contenido (materialmente) lesivo (378). Pues bien,

---

(372) Pues: «(el dolo) es conciencia (conocimiento) y voluntad y aquí no se puede hablar de la existencia de conocimiento, de dolo» (CEREZO, *PG UNED*, p. 126.)

(373) GRACIA MARTÍN, *Política Criminal*, p. 211.

(374) Véase al respecto, TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot. Untersuchungen zu den §§23 Abs.2, 13 Abs.2, 17 Abs.2, 35 Abs.1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Berlin, 1983; JAKOBS, *PG*, p. 872, nota 56.

(375) Jakobs critica a Struense («*Verursachungsvorsatz*», p. 21) por distinguir dos «géneros de dolos»: los viciados por un error de percepción (ontológicos) o por un error que hace servir al autor de un curso causal no típico (nomológicos). Esta distinción, observa Jakobs, es arbitraria en el Derecho penal. Lo relevante es distinguir entre el género de dolos que en su realización consituyen una infracción a la norma del resto. (JAKOBS, *PG*, p. 872, nota 56).

(376) El párrafo § 23 III del StGB concede al Tribunal la facultad de atenuar o no aplicar la pena, en el caso de una tentativa inidónea por «falta de comprensión burda».

(377) JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva» en *Estudios*, pp. 223 y ss.

(378) Véase, infra IV/4.2 § 5 y 6.

estas observaciones, por extensión, son aquí perfectamente aplicables. No obstante, hay que reconocer la coherencia sistemática de esta posición, ya que el contenido del desvalor de la acción es el mismo para todo tipo de tentativa (idónea o inidónea), de suerte que la consideración de cualquier circunstancia del hecho no conocida por el autor, modifica el objeto del juicio de valor, o sea, «la acción en la situación de la acción» (379). No renunciando, sin embargo, a cierto atisbo de objetividad formal, al permitir al observador preguntarse cómo habría debido actuar el autor en esa situación, o sea, cómo habría actuado el mismo con el conocimiento efectivo del autor.

8. En todo caso, la crítica que corresponde hacerles es de mayor trascendencia dogmática que la de su puntual posición respecto a la tentativa inidónea. Conviene recordar las observaciones que en su día hizo Roxin a Welzel a propósito de la opinión que este último tenía acerca de la «*misión esencial*» del Derecho penal (380). En efecto, Welzel sostenía que dicha misión no consistía en la protección de bienes jurídicos, sino en velar por la observancia de los valores del acto expresivos de una actitud interna jurídica (381). Afirmación sospechosa de propiciar un Derecho penal de intenciones (*Gesinnungsfreht*). Sin embargo, ni Welzel, ni los autores españoles mencionados son acreedores de tales imputaciones, ya que no pretenden imponer cualquier actitud interna positiva por la vía del Derecho penal, sino sólo el respeto de los bienes jurídicos y el reconocimiento a la vigencia de las normas. Pero, ello no obsta para señalar que Welzel confunde medios y fines, y que en la práctica su teoría se acerca a ese tipo de Derecho penal; pues la estabilización de las normas en la conciencia de la comunidad no deja de ser un medio para lograr el fin de la protección de bienes jurídicos (382). Por eso era de prever que el epílogo del finalismo elaborado inicialmente por Welzel y Kaufmann, lo escriban Zielinski y Jakobs expulsando al bien jurídico como referente del Derecho penal.

La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige siempre su lesión efectiva para que la conducta genere consecuencias jurídicas, a veces se conforma con la puesta en peligro de los mismos. En el caso de una forma adelantada de la punibilidad como es la tentativa se requiere que la acción incorpore una tendencia

---

(379) ZIELINSKI, *Disvalor*, p. 219.

(380) ROXIN, *AT*, XII § 2, 34.

(381) «La misión del D penal consiste en la protección de los valores fundamentales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de bienes jurídicos particulares» (WELZEL, *PG* 1997, p. 5).

(382) ROXIN, *AT*, XII § 2, 34.



objetiva y subjetiva a la consumación del delito. Un Estado de libertades no se condice con una interpretación subjetiva del injusto. Un ciudadano sólo se convierte en autor si desborda el ámbito privado ajeno, si lo perturba. Esa arrogación será reconocible *ex re* y solamente entonces resultará legítimo preguntar cómo llegó el autor a esa conducta y que fin perseguía con ella (383). En la tentativa, la representación del autor puede descansar en un error (tentativa inidónea) y en tal caso le faltaría su componente objetivo. Sin embargo, el temor de que pueda reducirse excesivamente el ámbito de las conductas punibles (384) no justifica que el castigo de estos supuestos se funde en el dolo, pues en la tentativa «*no todo es subjetivamente sustituible*» (385). Cuando la peligrosidad de la conducta (la perturbación) sólo se deduce de la representación *no objetivada* del autor será socialmente insignificante y, si se la convierte artificiosamente en tentativa, se castigarán representaciones y no hechos (386).

## B) LA PELIGROSIDAD *EX ANTE* DEL INTENTO INIDÓNEO

9. La mayoría de la doctrina española se decanta por una interpretación objetiva de la tentativa al considerarla más acorde con la regulación que se hace de ella en el Código Penal vigente. En base a consideraciones político-criminales, ya enunciadas en otro momento y, en especial, por una clara aceptación de un Derecho penal abocado a la exclusiva protección del bien jurídico, el principio de lesividad del hecho, y no el dolo del autor, pasa a ser la referencia obligada, el eje alrededor del cual gira la constatación del «*peligro inherente al intento*».

Las consecuencias que se derivan de este cambio de enfoque son importantes, por ejemplo: el sentido típico del acto ejecutivo se hace depender de su peligrosidad para los bienes jurídicos; el juicio cognoscitivo que permite comprobarla se formula en base a un criterio estadístico o probabilístico; se produce una lógica reducción de la punibilidad en el ámbito de las tentativas inidóneas (387).

---

(383) JAKOBS, *Estudios*, p. 303.

(384) Cerezo refiriéndose al grado de probabilidad que debería manifestar la peligrosidad de la conducta, dice: «Tampoco resulta satisfactorio exigir la probabilidad de la producción del resultado delictivo, por consideraciones de política criminal, ya que se reduciría excesivamente el ámbito de las conductas punibles» (CEREZO, *PG UNED*, p. 128).

(385) JAKOBS *Estudios*, p. 305.

(386) *Ibíd.*, p. 305.

(387) SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 212.

10. Gimbernat identifica el contenido de la expresión legal «*actos que objetivamente deberían producir el resultado*» (art. 16.1 CP), con el juicio de un hombre medio objetivo: «*que con el mismo desconocimiento parcial del autor (...) y con un conocimiento nomológico objetivo de las leyes de la naturaleza, hubiera llegado a la misma conclusión del sujeto activo de que el hecho exterior iba a lesionar el bien jurídico protegido.*» Caso contrario, si dicho observador en las mismas condiciones considera que el comportamiento no implicaba ningún peligro, la tentativa será impune. De esta manera, la apreciación que tenga el autor particular acerca de su representación es irrelevante, por ejemplo está convencido que es posible quitar la vida con sortilegios, pues da por vigentes «*leyes de la naturaleza que, en la realidad, ni existen, ni nadie objetivamente, piensa que tengan validez alguna*». Por todo lo dicho, Gimbernat entiende que «*la llamada imprecisamente "tentativa inidónea" (imprecisamente porque todas las tentativas son, por definición, inidóneas) seguirá siendo punible*» y sólo quedarían al margen las tentativas irreales o supersticiosas (388).

Comparto con Gimbernat la opinión de no distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas, aunque las razones que le mueven a efectuar tal afirmación tengan un contenido diverso a las mías. Parecería que se hace depender la peligrosidad de la conducta de un adecuado conocimiento nomológico del autor a juicio del «hombre medio objetivo»; sin que se abarque en el mismo la valoración de los errores ontológicos o de percepción de la situación del hecho. Quizás, el motivo haya que encontrarlo en su contundente afirmación de que «desde un punto de vista objetivo, todas las tentativas son inidóneas» (389). Es decir, en el sentido de que toda tentativa incorpora un déficit en el objeto, en los medios o en el sujeto que la hace inepta para lograr la lesión del bien jurídico; carencia que puede provenir del azar o del propio error del autor en la apreciación de la situación. Ciertamente, desde el punto de vista de capacidad de lesión toda tentativa es inidónea, pero no así respecto a su capacidad *de puesta en peligro* del bien jurídico. Desde esta referencia, sí se puede hablar de una y otra clase; y, en consonancia con la tesis que mantengo, las tentativas que no llegan a crear una situación de peligro –las inidóneas– o son impunes o constituyen *por sí mismas* un delito de peligro abstracto. Por eso, al igual que Gimbernat considero que sólo hay una clase de tentativas penalmente rele-

---

(388) GIMBERNAT, *Prólogo*, pp. 23 y 24.

(389) *Ibíd.*, p. 22.

vantes, pero no porque sean todas ellas inidóneas, sino al contrario, porque toda tentativa que merece tal tratamiento debe ser idónea.

11. En una línea similar a la de Gimbernat se expresa Mir Puig y Silva Sánchez al considerar que una solución objetiva del problema es necesaria para un Derecho penal preventivo propio de un Estado social y democrático de Derecho. Un tal Derecho debe penar comportamientos que *ex ante*, y por intermedio del juicio emitido por un observador objetivo situado en la posición del autor, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos; ya que *ex post*, toda tentativa demuestra no haber sido suficientemente peligrosa para consumar el delito (390). No obstante, esta última afirmación no reviste el grado de contundencia alcanzado por Gimbernat, ya que se acepta distinguir *ex post* entre tentativas *ex ante* peligrosas; o, lo que es lo mismo, se admite establecer graduaciones de la peligrosidad *ex post*. En efecto, Silva Sánchez, sostiene la posibilidad de introducir más elementos en el juicio que los presentes en el juicio *ex ante*, aunque no el hecho de la producción o no del resultado, de suerte que por esta vía se encontrarán tentativas que muestren todavía un peligro concreto *ex post* y otras que desde el inicio de ningún modo podrían conducir a la consumación del delito (391). Naturalmente, el juicio *ex post* lo realiza el hombre medio al margen de la posición del autor, de modo que dicho observador podrá entonces advertir el peligro o no advertirlo, en el primer caso sería una tentativa idónea, y en el segundo inidónea (392).

Obsérvese que Silva, a diferencia de la teoría subjetiva e incluso del propio Gimbernat, no hace depender la distinción entre tentativas idóneas o inidóneas (directamente) de la clase de error en el que incurre el autor. Y ello porque comparte también la idea de que no sólo resulta confusa la distinción entre un error nomológico (que llevaría a una tentativa inidónea) y un error ontológico, sino porque puede haber errores ontológicos que pueden conducir a formular un juicio de no peligrosidad y errores nomológicos que sí pueden hacerlo (393). Observaciones que comparto, aunque no así lo que sigue.

12. Tanto Mir como Silva se conforman con una *apariencia de idoneidad ex ante de la conducta*; es decir, con una apariencia de peligrosidad para el espectador objetivo (394). La razón reside en que la

---

(390) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347 y *Función de la pena*, p. 70; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 124.

(391) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 70.

(392) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 126.

(393) *Ibíd.*, p. 127.

(394) MIR PUIG, *PG* 1996, p. 347 y SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 127.

diferencia entre un peligro *real* y un peligro *putativo* es de grado, de modo que al final la cuestión de fijar la frontera entre uno y otro es una cuestión valorativa y no ontológica. «Lo que se denomina “real”, en puridad no es necesariamente real (en el sentido “fuerte” del término), sino aparente», afirma Silva, «lo “real” es una fórmula expresiva de un consenso social máximo sobre su existencia»; y, concluye: «es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad» (395).

Esta formulación resulta en extremo familiar a la sostenida por Jakobs en su artículo «*Tätervorstellung und objektive Zurechnung*», cuando afirma que la vieja teoría de la falta de tipo había observado correctamente que en la tentativa la realidad no puede ser suplantada por cualquier fantasía, pues la representación del autor debe ser comunicativamente relevante desde el punto de vista social, ya que es la única forma de ser reconocida como perturbación, como realización del tipo (396). De aquí a sostener que es el «*consenso cultural*» el que constituye la obligada referencia para establecer el juicio de tipicidad, permite concluir que las diferencias de criterio entre uno y otro autor son más bien terminológicas. Lo único que los separa es que Jakobs adscribe la relevancia comunicante del conocimiento a la representación de un hecho en el sentido del § 22 StGB; mientras que Silva lo hace respecto a la *expresividad* del peligro en el sentido del artículo 16.1 CP.

Por esta razón, no resulta muy consecuente la crítica que hace Silva a los seguidores de la teoría subjetiva (397) por pretender corregir —en términos objetivos— el juicio sobre la representación del autor demandando de ella un «*sentido social típico*» de la acción (398). Me atrevería a afirmar, que es precisamente con la adopción de este criterio valorativo, donde las versiones moderadas de la teoría objetiva y subjetiva concuerdan, situándose ambas así en una zona de encuentro, según se mire: objetivo-subjetiva o subjetivo-objetiva. En todo caso, como reconoce el propio Jakobs este criterio, puesto al día sin duda, tiene su origen en la teoría de la impresión.

---

(395) *Ibíd.*, pp. 127 y 128.

(396) JAKOBS, *Estudios*, p. 235. «La teoría de la tentativa basada únicamente en la perspectiva del autor renuncia a la comprobación de si éste, con su comportamiento “intentado” alcanza el contexto en el que se desenvuelve el fenómeno social jurídicamente regulado»; y más adelante: «Dado que lo injusto conforma una perturbación social, injusto sólo puede ser, siempre, un comportamiento por medio del cual el autor exterioriza algo; esto es, sólo hay injusto cuando tiene lugar la realización del tipo» (*Ibíd.*, pp. 231 y 232).

(397) *Ibíd.*, p. 126.

(398) Véase SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 213.

13. La distinción entre peligro real y putativo no puede hacerse depender de consideraciones ontológicas o nomológicas, son simplemente circunstancias que integran el ámbito fáctico sobre el cual habrá de emitirse el juicio de peligrosidad (y el de peligro). El contenido de ese juicio, el momento del deber ser, exige ineludiblemente su formulación en términos normativos. Por eso, es necesario utilizar un concepto normativo de peligro que se adecue a las exigencias objetivas requeridas en el artículo 16.1 de nuestro Código Penal. No creo que tales exigencias las cumpla un concepto de peligro fundado en el «*consenso social*», cuestión que nos conduciría a una discusión de mucho mayor alcance de lo que aquí se está debatiendo. Sí, en cambio, se alcanza ese momento del «*deber ser*» cuando se pone en relación la probabilidad de lesión establecida por intermedio de un juicio cognoscitivo con el bien jurídico. Por esta razón, el juicio de peligrosidad no decide sobre la apariencia de un peligro, sino sobre la *potencialidad* de un peligro para el bien jurídico.

### 3. La tentativa inidónea no es punible

14. Puesto que la tentativa sólo es punible en los delitos dolosos, un significativo sector de la doctrina deduce que sea únicamente el desvalor de la acción el que conforme el contenido material de su antijuridicidad. Según hemos podido comprobar, concuerdan en esta opinión tanto los partidarios de la teoría subjetiva, como los seguidores de la teoría objetiva aferrados a una excluyente perspectiva de análisis *ex ante*. No es este el fundamento de la punición del acto ejecutivo aquí seguido. Como se ha dicho en otras ocasiones, el fundamento del delito consumado e intentado debe ser por necesidad unitario y responder a las mismas exigencias político-criminal y preventiva que preside al Derecho penal (399). En consecuencia, el injusto de la tentativa, como cualquier otro, exige también de un desvalor de resultado. Para explicar de tal desvalor conviene tomar como modelo el injusto de los delitos de peligro concreto (400), a cuya estructura se debe asimilar el delito intentado (401).

---

(399) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, p. 431.

(400) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDCASAS. *Lecciones*, p. 239; de la misma opinión MIR PUIG aunque sólo para la tentativa idónea (*PG* 1996, p. 347).

(401) Con arreglo a la primera versión de la teoría objetiva el peligro concreto que entraña el ataque contra un bien jurídico constituía el motivo por el cual se castigaba la tentativa (FEUERBACH, «*Lehrbuch*», § 42 nota 3). Naturalmente chocaban con dificultades insalvables al partir de un concepto ontológico y no normativo del peli-

Entre los que nos orientamos por una fundamentación objetiva del intento surgen importantes discrepancias en cuanto a la forma de establecer la presencia del peligro. Para un sector doctrinal hoy dominante solamente la peligrosidad objetiva (estadística) de la conducta es suficiente para justificar el adelantamiento de la punibilidad. La razón de esta limitación reside en que las normas que prohíben (o mandan) conductas en el momento en que pueden realizarse (*ex ante*) no deben prohibir *ex post* los resultados de lesión, ni la puesta en peligro (402). Sin embargo, no se descarta una valoración posterior, que sin decidir sobre la peligrosidad de la acción, lo hará sobre la idoneidad o no del intento (403). De esta manera, será posible castigar las tentativas inidóneas en razón de la «*apariencia de idoneidad ex ante*» (para el observador objetivo); y, las idóneas por su aptitud real, también *ex ante*, de alcanzar la consumación; en las primeras concurrirá un peligro abstracto y en las segundas un peligro concreto (404).

A la vista de la nueva regulación legal de la tentativa, no parece la fórmula más sencilla y adecuada para ser aplicada por los Tribunales. Tampoco útil, dado que la decisión (*ex post*) acerca de la idoneidad del intento se realiza *directamente* en consideración a meras propiedades de ser —objeto, medios, sujeto— que, como vimos, lejos de esclarecer al observador lo sumen con frecuencia en la perplejidad más completa (405). Por último, adolece de inconsecuencias sistemáticas: a) el injusto de la tentativa inidónea manifiesta un contenido diferente del de la idónea; y b) a pesar de atribuirse a la tentativa idónea la estructura propia de un peligro concreto su constatación se verifica por intermedio de un juicio abstracto de peligrosidad (406).

---

gro. La versión moderna se debe a Von Hippel y se reduce al establecimiento de un juicio *ex ante* de peligrosidad.

(402) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 69 y PG 1996, pp. 329 y 330.

(403) «...yo no introduzco elementos *ex post* para decidir dicha peligrosidad, sino sólo para determinar la idoneidad o inidoneidad de la tentativa, que para mí no afecta el injusto» (MIR PUIG, PG 1996, p. 346, nota n. 59).

(404) *Ibíd.*, p. 347.

(405) En efecto, Mir aprecia tentativa inidónea «cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado» (PG 1996, p. 346).

(406) Posiblemente, por estas razones Silva Sánchez difumina las diferencias entre peligro putativo y real, alegando que la noción de peligro, en última instancia, es fruto del «*consenso social*» (SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 127 y p. 128 nota n 329). La necesidad de proporcionar coherencia sistemática a una determinada propuesta tiene también sus límites. El contenido pretípico de la noción de peligro, por ejemplo la acción que manifiesta una amenaza contra la vida, contiene una especificidad material estandarizada o concreta que no debe ser suplantada por consideraciones sociológicas. Por desgracia, la historia reciente nos ofrece un abundante repertorio de

El núcleo de la tesis que se propone lo constituye una noción normativa de peligro (407) ausente en el resto de las teorías objetivas. Las premisas o criterios utilizados, ya tratados en anteriores capítulos, serían los siguientes:

a) Se considera factible distinguir entre peligrosidad de la acción y estado o situación de peligro.

b) La constatación de uno y otro momento debe realizarse por intermedio de dos juicios distintos: uno de peligrosidad *ex ante* y otro de peligro *ex post*.

c) El contenido fáctico del primero lo conforman las circunstancias concurrentes en la acción conocidas por el autor y valoradas estadísticamente por un perito (el observador imparcial); su relevancia penal se deduce de conectar esa valoración natural con el bien jurídico particular.

d) El contenido fáctico del juicio de peligro (concreto) decide sobre la falta de dominabilidad de la situación creada por el autor a través de medios normales de defensa; su relevancia penal expresa el grado de proximidad lesiva de la situación de peligro con el bien jurídico correspondiente.

15. En síntesis, toda tentativa requiere de la aparición de un peligro en el resultado. Por lo que, todo resultado de peligro requiere de un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido. Plasmación que debe manifestar externamente dos características interdependientes: la proximidad de lesión del bien jurídico y la ausencia de una normal dominabilidad de las posibles causas salvadoras.

El juicio de peligrosidad es abstracto y se realiza *ex ante* por el observador objetivo colocado en la situación del autor (408). Sin embargo, la probabilidad de lesión establecida por vía de un juicio cognoscitivo sólo será penalmente relevante si de su enlace teleológico con el bien jurídico particular aparece un riesgo para el mismo. Constatada la potencialidad lesiva de la conducta se efectúa a continuación el juicio de peligro. Por su intermedio, se establece el grado de peligro concreto que manifestaba el acto o los actos ejecutivos res-

---

equivocaciones de la opinión pública y de su arquetipo —el famoso «observador»— a la hora de establecer lo que es o no es peligroso para un bien jurídico. Naturalmente, esta cuestión nos llevaría a discutir sobre un aspecto esencial: las relaciones entre la legalidad y la legitimidad en el Derecho penal.

(407) Demuth: «peligro es la amenaza a un bien jurídico ya no dominable a través de los medios normales de defensa» (DEMUTH, *Gefahr begriff*, p. 209).

(408) BERDUGO/ARROYO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ/PIEDecasas, *Lecciones*, p. 239.

pecto del bien jurídico particular. Evidentemente, el juicio debe realizarse *ex post* y deberá indagar acerca de las razones por las cuales no se alcanzó la consumación del delito.

El juicio de peligrosidad establece la presencia de un peligro abstracto y con él se descartan las tentativas irreales o supersticiosas; el juicio de peligro establece la presencia de un peligro concreto y con él se eliminan las tentativas inidóneas. Puede suceder que respecto del bien jurídico particular la acción comporte un peligro abstracto, aunque no concreto, en ese caso la acción será punible si existe un tipo legal comprensivo del desvalor del hecho; de lo contrario la acción queda impune.

16. Con esta fórmula se propone una fundamentación única para todos los supuestos de punibilidad adelantada, entre los cuales figura el delito intentado. El principio de lesividad concretado en el peligro para el bien jurídico aparece, así, como el punto de referencia alrededor del cual deberá girar la dogmática particular de estas formaciones típicas. Por esa razón, al no haber peligro, ni peligrosidad inadecuados no se admite el castigo de las llamadas tentativas inidóneas; se prescinde de argumentaciones extrañas, adecuadas para una regulación subjetivista de la tentativa –la del § 22 del StGB– por ejemplo, que la tentativa inidónea y la irreal constituyen errores invencibles de tipo o normativos al revés (409); por último, se gana en seguridad jurídica ya que se impone un doble filtro normativo, ajustándose los juicios a los requerimientos de la imputación objetiva.

Así pues, la peligrosidad abstracta de la conducta más el estado de peligro aparecen como requisitos objetivos en el injusto del delito intentado a tenor de la nueva regulación que de ella se hace en el nuevo Código Penal.

#### 4. Capacidad resolutive de la propuesta

17. Podría parecer que los criterios propuestos llevan a una reducción exagerada del ámbito típico en esta forma de aparición del delito. Esta opinión es sólo parcialmente cierta, pues a diferencia de la versión radical de la teoría objetiva, la idoneidad de la acción no se valora respecto a su aptitud de causar la lesión, sino respecto a su capacidad de crear un peligro concreto de lesión. Solución que, por una parte, permite descartar tentativas inidóneas cuyo castigo se justificaba en meras representaciones –en el dolo del auto–; y, por otra,

---

(409) BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 116 y 117; SILVA SANCHEZ y otros, *Iter Criminis*, pp. 382 y 383. El desarrollo de esta fórmula en JAKOBS, *PG*, p. 879 y en SANCINETTI, *Fundamentación*, p. 51.



incluir como idóneas, tentativas que por motivos ontológicos se consideraban inidóneas.

Valga como muestra de lo dicho una sentencia del Tribunal Supremo de 30 enero de 1992, por la que se desestima el recurso que solicitaba la calificación del hecho como homicidio frustrado, confirmando la sentencia que apreciaba tentativa inidónea de homicidio. El supuesto era el siguiente:

El imputado había asestado a su adversario dos puñaladas hasta el mango de una navaja de seis centímetros de hoja, una en la zona deltoidea derecha y otra en la región precordial. A la vista de los hechos el TS entiende que el examen de la inidoneidad debe realizarse *ex ante* y con tal criterio «difícilmente puede causarse la muerte, con una navaja de seis centímetros de hoja, que, aunque se clavó hasta el mango, como se describe en el factum, no ocasiona la muerte del sujeto pasivo» (410).

De acuerdo con nuestra tesis la conducta es pasible de un juicio afirmativo de peligrosidad potencial (abstracta) al incorporar su conducta un riesgo penalmente relevante para la vida. La valoración *ex ante* del observador se realiza sobre la siguiente situación fáctica: «comportamientos expertos de individuos que asestan puñaladas.»

Asimismo, cabe apreciar una situación concreta de peligro para el bien jurídico, ya que éste se ha encontrado de tal modo inmerso en el radio de la acción peligrosa, que las medidas preventivas normales de defensa no han resultado suficientes para impedir *con seguridad* el resultado lesivo. De acuerdo con el concepto normativo de peligro asumido (411), las heridas inferidas no fueron capaces de «causar la muerte del sujeto pasivo», pero sí para colocarle en un grave riesgo de muerte; pues ese suceso no llegó a producirse por mera casualidad o por la concurrencia de circunstancias inusuales —es decir las predisuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños— (por ejemplo: el individuo gozaba de una fuerte complexión atlética o era excesivamente obeso, vestía ropas de cuero en el momento del ataque, una costilla desvió el golpe mortal, etc.). Por lo demás, la valoración de la prueba realizada por el Tribunal en cuanto a la longitud de la hoja del cuchillo y su capacidad lesiva resulta absolutamente incomprensible.

---

(410) Sentencia recogida por SOLA RECHE, en *Tentativa inidónea*, p. 225, nota n. 112.

(411) *Infra*, § 4.4/15.

Otra sentencia en la que se utilizan los mismos argumentos en este caso para descartar la frustración y sí tentativa de homicidio es el que proporciona la STS de 29 de diciembre de 1995. Según los antecedentes de hecho A. se había acercado a B. poniéndole una pistola en la cara, pero éste «(...) inmediatamente reaccionó protegiendo su faz con la mano derecha, de suerte que uno de los disparos efectuados por el procesado impactaran en la mano de B. y posteriormente rebotara en la mandíbula derecha de la cara...» de modo que sólo sufrió lesiones. En los Fundamentos de Derecho se dice: «Al haber entendido el Juzgador *a quo* que el sujeto activo del delito objetivamente no ejecutó los actos necesarios y precisos para consumir el delito (...), aun cuando subjetivamente tuviera ánimo de matar, para lo que utilizó un arma de fuego, las lesiones realmente causadas a la víctima del delito en ningún caso hubieran producido la muerte de la víctima por lo que no se puede mantener que realizó todos aquellos actos ejecutivos que eran precisos objetivamente para consumir el delito».

Silva Sánchez se vale de esta sentencia para confirmar que «una determinación *ex post* de los “actos que objetivamente deberían producir el resultado” excluirían del ámbito del artículo 16.1 a buen número de tentativas idóneas» (412). Tal consecuencia no llegará a producirse si la capacidad del intento se refiere a la puesta concreta de peligro. Objetivamente, todo peligro concreto conduce inevitablemente a la «producción del resultado» salvo que lo impida lo fortuito o la concurrencia de alguna circunstancia extraordinaria. Por esta razón, habría que haber apreciado en el marco regulativo del anterior Código Penal delito de homicidio frustrado o tentativa acabada de homicidio con el vigente.

18. En otro grupo de casos, la jurisprudencia ha fundamentado el castigo de la tentativa inidónea en base a la simple y escueta representación del autor. Supuestos que aquí se consideran de todo punto impunes.

Como síntesis de esta concepción claramente subjetiva merece la pena reproducir una parte de los Fundamentos Jurídicos recogidos en una sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993 (413), en la que se declara lo siguiente:

«El delito o tentativa imposible tiene su base normativa en el art.52.2 del Código penal, constituyendo una figura propia, recono-

---

(412) SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código*, p. 134.

(413) También en otra STS de 5 de julio de 1993 se señala como uno de los requisitos para que concurra tentativa inidónea (punible): «*que exista una intencionalidad patente y manifiesta en dirección a una figura delictiva representada y querida.*»

ciéndose como fundamento de la punibilidad la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía a la norma, así como por la conmoción colectiva que produce en el medio social esa conducta, haciéndose intolerable para el común y pacífico sentir de las gentes.»

Esta orientación jurisprudencial, como diría Jakobs, propia de un «*Derecho penal de enemigo*» (414), no repara en la ausencia de peligro, siquiera lejano, para el bien jurídico protegido, desvelando algunas de las verdaderas intenciones que se persiguen con el castigo de esta clase de tentativas. En efecto, al amparo de la regulación del anterior Código Penal, que castigaba el aborto con resultado de muerte o lesiones graves realizado o intentado en mujer no embarazada y la tentativa de delito incluso en caso de imposibilidad de ejecución (art. 411 y art. 52.2 CPTR), el TS (415) y cierto sector doctrinal estimó que en el aborto eran posibles todas las formas imperfectas de ejecución, incluidas las tentativas absolutamente inidóneas. Dicha posición evidencia cómo el delito imposible ha sido el expediente utilizado por los jueces para solventar los difíciles problemas de la prueba del embarazo, aunque ni siquiera en este caso puede justificarse un castigo que delata, «un transfondo moralista más próximo a un Derecho penal inquisidor, de autor, de carácter fascista y autoritario, que al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho» (416).

El delito imposible de omisión de deber de socorro constituye otro significativo ejemplo no sólo de adelantamiento punitivo, sino de ampliación del ámbito típico (417). El Tribunal Supremo asume que la omisión de todo intento de auxilio por parte del causante del accidente, sin cerciorarse de la muerte instantánea del sujeto, o de que estaba siendo auxiliado por terceros, configura una tentativa inidónea punible. Alternativa a la que se accede por vía de una inadmisibles interpretación extensiva del tipo, pues los presupuestos que condicionan la presencia del deber no pueden hacerse depender de la supuesta existencia de una obligación por parte del omitente, sino de que existan o no existan objetivamente. «Admitir la punición de la tentativa inidónea supone cabalmente inferir del deber de auxilio un previo y adicional deber penal de cerciorarse si concurre el mismo, extensión

---

(414) Infra § 4.2/6.

(415) STS de 30 de diciembre de 1955; STS de 23 de enero de 1981 y SAP de Gerona de 14 de diciembre de 1993.

(416) MUÑOZ CONDE, *PE*, p. 89.

(417) SSTS de 5 de diciembre de 1989, 8 de marzo de 1990, 20 de diciembre de 1991 y 25 de octubre de 1993.

de la punibilidad inaceptable en el contexto del carácter excepcional que asume la punición de la infracción de normas preceptivas» (418).

19. Por otra parte, la exigencia de un doble juicio normativo permite, caso de manifestar la acción sólo una peligrosidad abstracta para el bien jurídico, la posibilidad de su castigo siempre que exista un tipo penal en el cual esa conducta pueda subsumirse.

Por eso, el «intento de homicidio» con el arma descargada, o el disparo sobre un cuerpo muerto, desde nuestro punto de vista, manifiestan una peligrosidad potencial (abstracta) para bienes jurídicos individuales como la integridad física o la vida, pero en ningún caso genera un estado de peligro (concreto) para la vida como bien jurídico particular de referencia. De aquí, la calificación de los hechos deberá conducirnos al tipo de la tenencia ilícita de armas y no al de una tentativa (inidónea) de homicidio. En este sentido, nos parece correctamente ajustada a la nueva regulación de la tentativa la sentencia dictada en 1996 por la Audiencia Provincial de Zaragoza al resolver el caso en sentido similar al propuesto (419).

20. La situación o estado de peligro admite una gradación objetiva expresiva de la proximidad o lejanía de la amenaza a la integridad del bien jurídico. En determinados casos la concreción del peligro alcanzará su cota más alta: se han realizado todos los actos ejecutivos y la tentativa está acabada; en otros, tal estado se irá poco a poco diluyendo en una tentativa inacabada, hasta que, por fin, el peligro sea de tan escasa entidad que pasa a ser abstracto. Naturalmente, la decisión que se tome al respecto debe realizarse desde la perspectiva del tipo particular y, por supuesto, en consideración de todas aquellas circunstancias salvadoras que impidieron finalmente la producción del resultado (420).

Sin duda, este grupo de casos presentan una fuerte cuota de incertidumbre y quedan sujetos, en última instancia, a la discrecionalidad judicial. Por ejemplo, salvar la vida por la intervención de un tercero cuando estaba siendo encañonado con un arma; sobrevivir a una dosis de veneno que en contados casos produce efectos letales; intentar un robo por el procedimiento del butrón que se frustra porque, a la vista del espesor de la pared y de los instrumentos que emplean los autores para forzarla, éstos no eran aptos para forzar aquélla (421); querer acabar con su vida y con la de su enemigo lanzando su coche contra el de aquél, accidente que no se concreta gracias a la habilidad de la víc-

---

(418) QUINTERO OLIVARES/VALLE MUÑIZ, *CPE*, p. 289.

(419) Véase § 4.4/16.

(420) SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen*, p. 796; *Infra* § 4.4./15.

(421) Ejemplo tomado de GIMBERNAT en *Prólogo*, p. 23.

tima; etc. Desde nuestro punto de vista todos estos peligros son idóneos, y constituyen en su caso tentativa de homicidio o de robo. En cada uno de los ejemplos propuestos el bien jurídico se encontraba inmerso en el radio de la acción peligrosa; no obstante, la intromisión de un curso causal insospechable impidió que se llegara a efectuar el disparo; un inusual medio salvador —el espesor del muro— frustra el robo; la excepcional salud o experiencia en la conducción salva a la víctima de morir envenenada o arrollada. La discusión, por tanto, quedaría remitida en decidir si nos encontramos ante una tentativa acabada o inacabada.

Por esa razón, lo ajustado a Derecho sería apreciar tentativa inacabada de estafa (art. 250.1, n. 3. CP), en absoluto inidónea, en el caso siguiente:

*«Se declara probado que el procesado prevaleándose de la amistad que le unía con M. penetró en la habitación ocupada por éste en el hotel y se apoderó de tres talones de cuenta corriente del B.P.E., que estaban en blanco, los que rellenó con las cantidades..., poniendo al pie de cada uno de ellos su propia firma (...). Al ser presentados para su cobro no fueron pagados ya que la firma estampada en los mismos, no correspondía a la del titular de la cuenta corriente»* (STS de 11 de diciembre de 1968).

El acto ejecutivo consistente en presentar al cobro el talón bancario constituye una acción que escapa ya a la dominabilidad del autor situando al bien jurídico en una zona próxima de lesión. Es decir, tal como exige el artículo 248 del Código Penal, el peligro se ha concretado en un engaño «bastante para producir error en otro».

Decíamos que uno de los requisitos normativos del peligro lo constituye el grado de proximidad lesiva de la acción respecto del bien jurídico. Proximidad que exige para la no producción del resultado la intervención del azar o la utilización por parte de la víctima o de terceros de medios de defensa fuera de lo normal. Pues bien, estos criterios sirven para resolver supuestos en los que la doctrina tradicional ha venido apreciando inidoneidad por ausencia de objeto.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo apreció tentativa inidónea de homicidio en el siguiente caso: *«(...) el recurrente con ánimo de matar, dispara con tiros de escopeta del calibre n. 12 sobre el asiento del coche donde había visto al conductor anteriormente, pero éste ya se había salido, sin ser observado por el recurrente»* (STS de 26 de febrero de 1981) (422).

---

(422) SILVA SÁNCHEZ y otros, *Iter criminis*, pp. 382 y 383.

Desde nuestro punto de vista existe un resultado de peligro que no culmina con la muerte o lesiones de la víctima por la simple intervención del azar. A la misma conclusión, se llega si la víctima advertida de la inminencia del ataque se refugia bajo el salpicadero del coche, o lo abandona apresuradamente; o si despertado por el ruido, salta de la cama y se esconde en un armario o coincide que se había levantado para beber un vaso de agua evitando así su muerte, etc. En todos estos supuestos, sea por la casualidad o por mediar una perspicacia y estado de ánimo poco corrientes, y por lo tanto no exigibles al común de las personas, el resultado lesivo no llega a producirse.

Se diría, que el problema reside aquí en determinar el alcance del radio de la acción peligrosa, hasta donde son operantes esos cursos salvadores fortuitos o esas medidas excepcionales y desde donde la concurrencia de otros factores les hacen perder relevancia penal. Por esta razón, es sumamente importante delimitar razonablemente el ámbito fáctico de valoración. En el supuesto de la sentencia examinada, el intervalo de tiempo que media entre el instante en que el agresor visualiza a la víctima y el momento en que efectúa el disparo es tan insignificante, que la «suerte» sigue siendo un factor salvador. Caso distinto sería, si la víctima hubiera abandonado el coche unas horas antes y el autor, mal informado, disparara a bulto en la penumbra. En este caso, sí se trataría de una tentativa inidónea impune. Apreciación, sin duda discrepante con los que se conforman con la aptitud «objetiva» de la representación mental del autor o de la de aquellos que fían la constatación de la idoneidad a una alambicada discusión acerca del carácter vencible o invencible del error del agente (423).

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.  
 ANTÓN ONECA, en Antón Oneca/Rodríguez Muñoz, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, 2.<sup>a</sup> edic. 1986. Madrid (cit. PG).  
 ARROYO ZAPATERO, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.  
 ARZT, «Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo», en *Juristischen Gessellschaft zu Berlin*, Berlin-New York, 1996.  
 ARTZ/WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil, LH 2*, vid. «Delikte gegen die Personen, Schwerpunkt: Gefährungsdelikte, 1983 (cit. BT).

---

(423) SILVA SÁNCHEZ y otros, *Iter Criminis*, pp. 382 y 383.

- BACIGALUPO, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», en *LH a Jiménez de Asúa*, 1986.
- BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994.
- BARBERO SANTOS, *Política y Derecho penal en España*. Madrid, 1977.
- BAUMANN-WEBER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, edic. 9, Bielefeld, 1985 (cit. *AT*).
- BELING, *Die Lehre vom Tabestand*, 1930.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Concepto, método y fuentes del Derecho penal*, texto mimeografiado. Salamanca, 1982.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, 1987.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «El medio ambiente como bien jurídico tutelado», en *El delito ecológico*, Coord. Terradillos Basoco, Madrid, 1992.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Ensayos penales*, Sinaloa, 1994.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
- BERDUGO-ARROYO-GARCÍA RIVAS-FERRÉ-PIEDRECASAS. *Lecciones de Derecho penal*. Parte General. Madrid, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL, *Lecciones de Derecho Penal*, Madrid, 1997.
- CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*. Parte General, t. I. Introducción, t. II. Teoría Jurídica del Delito. 5.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1997 (vid. *PG*. en su caso I o II).
- CEREZO MIR, *Derecho Penal*. Parte General (UNED), Madrid, 1997 (vid. *PG UNED*).
- COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*. Parte General, 2.<sup>a</sup> edic. Valencia, 1987 (cit. *PG*).
- CÓRDOBA RODA, *Notas de Derecho penal español a Maurach*, Tratado de Derecho Penal, 1962.
- CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, 1962.
- CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 12.<sup>a</sup> edic. 1956 (cit. *PG*).
- CUESTA AGUADO, *Causalidad de los delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1995.
- DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Tesis Doctoral. Salamanca, 1997.
- DIEZ RIPOLLÉS, «La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal», en *ADPCP*, 1990.
- EBERT-KÜHL, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *JurA*, 1979.
- ENGISCH, *Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.
- ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal*. Estudio de alguno de sus problemas fundamentales. Madrid, 1994.

- FARIA COSTA, *O perigo em Direito penal*, Coimbra, 1992.
- FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*. Doctrina y jurisprudencia. Barcelona, 1986.
- FERRÉ OLIVÉ, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
- FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983.
- FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, 1983.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14.<sup>a</sup> edic., 1847.
- GALLAS, «Abstrakte und konkrete Gefährdung», en *FS für Ernst Heinitz*, 1972.
- GALLAS, «Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *FS für P. Bockelmann*, Múnich, 1979.
- GARCÍA RIVAS, *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, en prensa (Praxis). Albacete, 1995.
- GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en un Estado de Derecho*. Cuenca, 1996.
- GARCÍA RIVAS, *Lecciones de Derecho penal*. Parte General, AA.VV. Barcelona, 1996.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, Madrid, 1979.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1981.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a la segunda edición del Código Penal*, Técnos, 3.<sup>a</sup> edic. 1997.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del Derecho penal*. Parte General. Madrid, 1992.
- GÓMEZ BENÍTEZ, «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo de las desviaciones causales», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994.
- GRACIA MARTÍN, «Política criminal y Dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España», en *AP*, 1994. pp. 307-379.
- HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964. Traducida al español por E. Gimbernat «Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho», 1964.
- HIPPEL, *Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*. Berlín, 1972.
- HIRSCH, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10.<sup>a</sup> edic. 1978 (vid. LK).
- HIRSCH, «Gefahr und Gefährlichkeit», en *FS A. Kaufmann*, Heidelberg, 1993.
- HIRSCH, «Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht», *ZStW* 106, 1994.
- HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.
- HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.
- HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984.



- KLEINE-COSACK, *Kausalitätsprobleme im Umweltstrafrecht*, Berlín, 1988.
- KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en *Jung y otros, Recht und Moral*, 1991.
- JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlín/New York, 1972.
- JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992.
- JAKOBS, «Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación». Traduc. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Muriillo. 1995 (cit. PG).
- JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. por Cancio Meliá y Feijó Sánchez. Madrid, 1996.
- JAKOBS, *Estudios de Derecho Penal*, Traducido y comentado por Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, 1997.
- JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte General. Vol. II. Trad. por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. Granada, 1981 (cit. PG).
- KAUFMANN, A., *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologie und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.
- KAUFMANN, A., «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», en *ZStW* n. 80, 1968, pp. 34 y ss.
- KAUFMANN, A., «Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht» en *FS für Welzel*, Köln, 1974.
- KAUFMANN, A., «Die Bedeutung hypothetischer Erfolg und seine Kausale Erklärung im Strafrecht» en *FS für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961.
- KAUFMANN, A., «Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan», en *NPP*, 1973.
- KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat: Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt, 1989, p. 163.
- KLUG, U., «Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen», en *Skptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*. 1981.
- KLUG, U., «Zur Problematik juristischer Definitionen» en *Skptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*. 1981.
- KRATSCHE, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlín, 1985.
- KUHLEN, «Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto», en *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. Mir Puig-Luzón Peña) 1996, (pp. 231 a 241).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción y revisión M. Rodríguez Molinero. 1.ª edic. Barcelona, 1994.
- LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, Valencia, 1992.
- LUZÓN PEÑA, *Comentarios a la legislación penal*, Vol. V (dctor. Cobo del Rosal).
- LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, 1978
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*. Parte General. Madrid, 1996 (cit. PG).

- MAQUEDA ABREU, «Los elementos subjetivos de justificación», en *La Ley*, 1984 (2).
- MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, traduc. y comentarios Córdoba Roda, Barcelona 1962. (cit. *TPG*).
- MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, «Derecho penal». Parte General Vol. II. Trad. por Bofill Genzsch de la 7.<sup>a</sup> edic. 1995 (cit. *PG*).
- MERKEL, *Die Lehre von Verbrechen und Strafe*, 1912.
- MEZGER, «Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände», en *FS für Ludwig Traeger*, 1926.
- MEZGER, «Derecho Penal. Parte General». Traduc. y notas de Rodríguez Muñoz. 1.<sup>a</sup> edic. Buenos Aires, 193 (cit. *PG*).
- MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.<sup>a</sup> edic., 1982.
- MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y subjetivo en el injusto», en *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*. 3.<sup>a</sup> edic. Barcelona, 1990/ 4.<sup>a</sup> edic. 1996 (cit. *PG / PG 1996*).
- MIR PUIG-LUZÓN PEÑA (Coordinadores), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1966.
- MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972.
- MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*. Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal. Parte Especial», 11 edic. Valencia 1996 (cit. «*PE*»).
- MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*. Parte General. 2.<sup>a</sup> edic. Valencia, 1996 (cit. *PG*).
- MUÑOZ CONDE-HASSEMER, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Valencia, 1989.
- MUÑOZ CONDE-HASSEMER, *Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.
- NOWAKOWSKI. «Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit» en *ZStW* 63, 1951. p. 287 y ss.
- NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Univ. de Salamanca, 1963.
- PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, 1991.
- POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*. Univ. de Sevilla, 1972.
- POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974.
- PUPPE, I. *Causalidad*, traduc. Silva Sánchez, en *ADPCP*, 1992.
- PUPPE, I. «Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto», en *Responsabilidad de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto* (Coord. Mir Puig-Luzón Peña), 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, 1958 (cit. *PG*).
- QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo Código penal*, dir. Quintero Olivares, Pamplona, 1966.

- QUINTERO OLIVARES-VALLE MUÑIZ, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Pamplona, 1996. (cit. *CPE*).
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*. Parte General, 8.<sup>a</sup> edic. Madrid, 1981 (cit. *PG*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*. Parte General, I, Madrid, 1977 (cit. *PG*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «La punición de los actos preparatorios», *ADPCP*, 1968.
- RODRÍGUEZ MOURULLO-CÓRDOBA RODA. *Comentarios al Código Penal*, T. I 1976.
- RODRÍGUEZ MOURULLO-CÓRDOBA RODA «Las fases de ejecución del delito», en *RJC*, n. extra, 1980.
- RODRÍGUEZ RAMOS, «El resultado en la teoría jurídica del delito», en *CPC*, 1977, pp. 442-459.
- RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*. Parte General, 4.<sup>a</sup> edic. 1988 (cit. *PG*).
- ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963.
- ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*. Traduc. Luzón Peña, Madrid, 1976.
- ROXIN, «Gedanken zum “Dolus generalis”», en *FS für Württemberg*, 1977.
- ROXIN, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en *FS für Paul Bockelmann*, München, 1979.
- ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traduc. de E. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979.
- ROXIN, «Strafrecht Allgemeiner Teil» Vol. I. München, 1992 (cit. *AT*).
- ROXIN-STREE-ZIPF-JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2.<sup>a</sup> edic. München, 1975.
- SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. Santa Fe de Bogotá, 1995.
- SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*. Buenos Aires, 1991.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> edic. Tübingen, 1975 (*vid. AT*).
- SCHÖNKE-SCHRÖDER, «Strafgesetzbuch (Kommentar)», 22.<sup>a</sup> edic. actualizada por Lenckner, Cramer, Esser y Stree. 1985, 24.<sup>a</sup> edic. 1991 (*vid. Sch/Sch/Redactor*).
- SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte», en *JA*, 1975.
- SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, MJI, 1994.
- SCHÜNEMANN, «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft», en *GA* 5/1995.
- SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- SERRANO-PIEDECASAS, *La estafa en el Contrato de seguro*, Barcelona, 1991.

- SERRANO-PIEDECASAS, «Crítica formal del concepto de omisión», en *ADPCP* Fasc. III, 1993.
- SERRANO-PIEDECASAS, «Lecciones de Derecho penal. Parte General», AA.VV. Barcelona, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del Iter Criminis (artículos 16-18)», en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ-BALDÓ LAVILLA-CORCOY BIDASOLO, «“Iter Criminis”. Actos preparatorios punibles. Tentativa de delito. Desistimiento de la tentativa», en *Casos de la Jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*. Barcelona, 1997.
- SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*. Granada, 1996.
- STRATENWERTH, «Das rechtstheoretische Problem der “Natur der Sache”», en *Recht und Staat*, n. 204, 1957.
- STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª edic. Köln, 1981 (vid. PG).
- STRUENSE, «Versuch und Vorsatz», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989; trad. Serrano González de Murillo en CPC, 1989.
- STRUENSE, «Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102, 1990.
- TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981.
- TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», en *ADPCP*, 1986.
- TORÍO LÓPEZ, «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *Centro de Estudios Criminológicos*. Univ. de la Laguna, 1992.
- VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt, 1991.
- VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985.
- WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas por J. Cerezo Mir. Barcelona, 1964.
- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11.ª edic. Berlín 1969. Trad. castellana por Bustos/Yáñez, 2.ª edic. 1976. (cit. PG).
- WOLTER, «Konkret Erfolgsdelikt und konkreter Gefährerfolg im Strafrecht», en *JuS*, 1978.
- ZACZYK, *Das Unrecht der Versuchten Tat*. Berlín, 1989.
- ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. M. Sancinetti. Buenos Aires, 1990.

# La pena de vergüenza pública (siglos XVI-XVIII). Teoría legal castellana y práctica judicial gallega

PEDRO ORTEGO GIL

Catedrático de Historia del Derecho

El objetivo del presente trabajo es presentar una serie de consideraciones que permitan acercarnos, en la medida de lo posible, a la realidad de la pena de vergüenza pública durante la Edad Moderna, desde la perspectiva legal de la Corona de Castilla y desde la práctica de uno de los altos tribunales de la Monarquía hispana, la Real Audiencia del Reino de Galicia.

Para dicho fin resulta necesario, en primer lugar, determinar los delitos para los cuales estaba prevista en las leyes castellanas su imposición, por lo general junto con otra u otras penas. Éstos eran, entre otros, los siguientes:

a) *Delitos de alcahuetería y lenocinio*. Los alcahuetes que fueren villanos serían desterrados de la villa, con las prostitutas, según Partida 7, 22, 2, con independencia de poder perder la casa donde hubieren hecho la mancebía u otras sanciones (1). Pero si este delito se cometiera con virgen, casada, religiosa, viuda honesta o la prostituida fuera la propia mujer, el reo sería castigado con la muerte. No obstante, desde las Cortes de Ocaña de 1469 se prohibió que las prostitutas –*mugeres publicas que se dan por dinero*– tuvieran rufianes, bajo la pena de cien azotes «*por cada vez que fuere hallado que lo tiene pública o secretamente*» y pérdida de toda su ropa; mientras que a dichos rufianes, además de otras penas secundarias, les serían dados cien azotes por la primera vez, destierro perpetuo de la Corte y el lugar donde fueren hallados, la segunda, y en la tercera ocasión serían ajusticiados (2).

---

(1) Sobre las modalidades de alcahuetes Partida 7, 22, 1.

(2) Nueva Recopilación, 8, 11, 4, y Novísima Recopilación, 12, 27, 1.

En virtud de la Pragmática de 25 de noviembre de 1552 se conmutó la pena de azotes prevista para los rufianes por vergüenza y seis años de galeras la primera vez; cien azotes y galeras perpetuas, la segunda, con pérdida de la ropa en ambas ocasiones; y resulta obvio que con muerte la tercera vez (3). Pocos años después, en virtud de la Pragmática de 3 de mayo de 1566 se agravó la estancia en galeras por la primera vez, hasta alcanzar los diez años, aunque el reo no alcanzara la edad de veinte años (4). Además, Felipe II en la Pragmática de 18 de febrero de 1575 volvió a incidir en la alcahuetería de la esposa, al disponer que los maridos que por precio consintieran que sus mujeres vendieran su cuerpo, «*o de otra qualquier manera las induxeren o traxeren a ello, demas de las penas acostumbradas, les sea puesta la misma pena que por leyes de nuestros reynos está puesta a los rufianes*» (5).

Adviértase que el monarca había admitido que a los maridos consentidores les fueran impuestas *las penas acostumbradas*, junto con las determinadas legalmente. Ello permitió mantener en la tradición punitiva castellana, de modo similar a otros territorios europeos, una peculiar modalidad de ejecución de la pena de vergüenza para estos personajes, que detallaré más abajo.

Acevedo se inclinaba por considerar al lenocinio como uno de los delitos más graves, por lo que con sujeción a la legislación alfonsina manifestaba que la punición se extendiera hasta la muerte tratándose de la perversión de la propia esposa o de las hijas (6). Pero la Recopilación modificó algunas de las penas, si bien manteniendo la pena capital (7). Con relación a los maridos que consintieran, exigía que

---

(3) *Prematica que Su Magestad ha mandado hazer este año de MDLII de la pena que han de aver los ladrones y los rufianes y vagamundos, y para que sean castigados los holgazanes ansi hombres como mugeres y los esclavos de cualquier edad que sean, que fueren presos*, en *Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527-1567)* (ed. facsímil), Valladolid, 1987; en N.R., 8, 11, 5; y Nov., 12, 27, 2.

(4) *La Pragmatica que Su Magestad manda que se imprima sobre los vagamundos, ladrones, blasphemos, rufianes, testigos falsos, inducidores, y casados dos vezes, y otras cosas*, en *Reales Ordenanzas y Pragmáticas (1527-1567)* (ed. facsímil), Valladolid, 1987; N.R., 8, 11, 5; y Nov., 12, 27, 2.

(5) N.R., 8, 20, 9; y Nov., 12, 27, 3 (con error de data). Al respecto, TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta*, Madrid, 1992, pp. 75-76. Además es preciso considerar la prohibición de mancebías públicas dispuesta en la Pragmática de 10 de febrero de 1623, en Nov., 12, 26, 7.

(6) ACEVEDO, Alfonso, *Commentariorum iuris civilis Hispaniae regis Constitutiones*, Antepurniae, 1618, tomo 5, p. 204, n. 4.

(7) ACEVEDO, *Commentariorum*, 5, p. 204, n. 6, donde detalla los tres requisitos que debían concurrir para imponer la pena de muerte a los rufianes. Con anterioridad, GÓMEZ, Antonio, *Ad Leges Tauri Commentarium Absolutissimum*, Madrid, 1768,

fuera probado tal consentimiento y conocimiento (8), además de dar cuenta de la costumbre punitiva mencionada (9).

En una sentencia de finales del siglo XVII acerca de este delito, o como dice una referencia de la causa *«sobre receptacion en su casa de Mugeres»*, la alcahueta fue castigada a la vergüenza pública, emplumada y condenada a destierro perpetuo de la ciudad y provincia de Coruña (10). Es difícil precisar cuáles fueron las circunstancias que valoraron los alcaldes mayores para fijar esta condena, aunque sospecho que se llegó a ella por una interpretación de las menciones a las mujeres en las Pragmáticas de 1552 y 1566: fue condenada como los rufianes por la primera ocasión en vergüenza pública; pero se sustituyó la pena de galeras durante diez años por el destierro perpetuo, quizás por no existir ninguna casa galera en el Reino de Galicia u otro

---

Imp. de Gabriel Ramirez, había manifestado sobre la pena del lenocinio que, *«si adulterium fuerit perpetratum perfecte et consummate, punitur poena mortis, sin minus poena arbitraria ponitur; de consuetudine tamen huius regni lenones vel laenae, falgellantur cum mitra»*, p. 724, n. 74.

(8) *«Ideo laenones, et laenae puniebantur poena mortis, ex l. 2, tit. 22, Part. 7, et ex l. 7, tit. 17, eadem part. 7, punitur maritus id permittens, et ibi glos. inquit, hoc procedere etiam si pretium ob hoc maritus non recipiat, et Anto. Gom. in l. 80 Tauri... hoc limitat, dumtamen adulterium, vel stuprum fuerit consummatum non alias, prae-sumiturque maritus laeno, qui ex adulterio uxoris non irascitur»*, en ACEVEDO, *Commentariorum*, 5, p. 347, n. 8.

(9) Agregando, *«quod hic Placentiae, et iterum in villa, De Talavera, ubi fuit iudex ordinarius, quosdam homines condemnasse, ut publice verberarentur per uxores suas cum ristros alliorum, et lineis cornuum in collis, quia consentiebant uxores suas esse in lupanari, et iuste sed ex nova pragmatica Madricii facta anno 1575... declarata est iam poena talibus maritis imponenda, quae tanquam novior servanda est, et tunc, cum ut ipsa loquitur, mariti id consentiunt, scientes, et permittentes, quorum scientia, et consensus debet vere probari»*, en *Commentariorum*, 5, p. 347, nn. 11 y 12.

(10) Archivo del Reino de Galicia (=A.R.G.), *Sentencias de la Real Audiencia (=Sentencias)*, leg. 28483, sentencia de vista de 9 de febrero de 1692, entre el Fiscal de S.M. y María Vázquez, en rebeldía: *«aciendo Justicia Condenamos a la dicha Maria Vazquez en berguença publica... y de echo salga desterrada perpetuamente desta Ciudad y su probinzia y se le notefique el que pena de duizeintas azotes no quebrante dicho destierro. Y por hesta nuestra sentencia en grado de Vista Ansilto pronunciamos y mandamos y que lo referido se execute sin embargo de suplicacion ni otro recurssso alguno»*. El pregón fue: *«esta es la Justicia que el Rey nuestro Sor Manda aver en esta muger Condenada a verguença publica y enplumada y en destierro perpetuo fuera desta ciudad y su probinzia por alcagueta ppca»*. Después de ejecutada la vergüenza, salió fuera de la Puerta de la Torre, donde se la volvió a notificar cumpliese con lo que estaba mandado por dicha sentencia bajo las penas en ella contenidas. Aparece mencionado en los libros de la Escribanía de Fariña, Libro 23, Letra F, f. 147 v., el Fiscal de S.M. *«con Maria Vazquez sobre receptacion en su casa de Mugeres»*.

edificio de reclusión semejante para mujeres, y sin duda de acuerdo la Partida 7, 22, 2, que obligaba a expulsar de la ciudad a los rufianes y a las prostitutas.

En la mitad del siglo XVIII, Berni Catalá resaltaba el tratamiento en la mitigación de las penas por parte de los tribunales, lo que también benefició a los alcahuetes, quienes vieron reducir la pena de muerte en que estaba sancionada su conducta por otras corporales (11). Esta mitigación punitiva se puede comprobar, incluso, en la práctica de la Real Audiencia de Galicia al concluir dicha centuria (12), pues su Sala del Crimen castigó a una alcahueta, ante la falta de una casa galera en Coruña, con ocho años de destierro veinte leguas fuera de ésta y Sitios Reales, además de apercibirla (13).

---

(11) «*Titulo XXII. En mi Practica Criminal, lib. 1, cap. 6 noto lo siguiente, n. 3. El que fuere alcahuete de muger casada, Virgen, ò Viuda, que viva honestamente, incurre en pena de muerte; pero la practica ha mitigado esta pena con verguenza publica, y diez años de Galeras, aora Arcenales, por la segunda vez, cien azotes, y Galeras perpetuas. L. 9, tit. 20, lib. 8 Rec. y el reo queda infame, L. 4, tit. 6, part. 7*», en BERNI y CATALÁ, Joseph, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida a tenor de las leyes recopiladas, autos acordados, autores españoles y práctica moderna*, Valencia, 1759, p. 91.

(12) A.R.G., *Causas criminales, inhibitorias y sobreseimientos de la Real Audiencia (=Causas)*, leg. 29045, 12, causa entre el Oficio de Justicia contra Alejandra Pardo (alias Obeira), *sobre mala conducta*. Tras la delación hecha por el guarda mayor de Rentas de Coruña, se dictó auto de oficio cabeza de proceso el 12 de septiembre de 1793. El delator manifestó que, Alejandra Pardo, acompañada de una moza llamada Juana, le dijo «*que aquella Señora tenia que hablar al declarante, y no teniendo antezedente de que le buscasse para cosa ninguna que se dirijiese a recto fin*», dio cuenta de que aquella se le había presentado en otras ocasiones con mozas «*pidiendo algunos empeños, a que nunca accediò por saber el declarante el torrido fin de la Alexandra en la presentacion de dichas Mozas (pues tiene acreditada su mala conducta en proteger mozas, y servirle de Alcahueta como lo hà ejecutado con un caballero, y Señora que por sus circunstancias se omite su nombrê y apellido, que aunque lo apresò el Declarante resultaria de Autos de nudillo que a este fin protesta Su Señoria formar...)*». Alejandra, que contaba treinta años, declaró que su marido era corregidor de Majunje en Cartagena de Indias; que había vivido con él seis años, y otros ocho sin él, desde que se marchó con un hermano muy rico en Cartagena de Indias, por cuanto el oficio de sastrero no le acomodaba.

(13) Auto de la Sala del Crimen de 4 de octubre de 1793: «*Por lo que resulta de estos autos de que ha dado cuenta à la Sala por si mismo el Sr. Dn. Juan de Loresecha y de los autos de Nudillo que se han puesto en el Cajon o Archivo Secreto de la Sala, Se condena à Alexandra Pardo en ocho años de Destierro à distancia veinte Leguas de esta Ciudad, Corte de Madrid y Sitios Reales que no quebrante pena de Verguenza Publica y se le ponga en libertad para que dentro de veinte y quatro oras salga de este Pueblo y posadas pudiendo ser havida en el se le arreste por qualquiera Ministro o Alcalde de Varrio y sedè Cuenta. Se apercive a la misma Alexandra que en lo subcesivo aregle su portte y Conducta sin reincidir en los Delitos que dieron motivo a la formacion de esta Causa pena del mass serio Castigo.*»



Por su parte, Marcos Gutiérrez proponía para la represión de la prostitución como penas *mas adecuadas* las de infamia y privación de ciertos derechos, honores y facultades propias de las mujeres. No obstante, a tenor de algunas disposiciones recopiladas las prostitutas debían prenderse en cualquier lugar y encerrarlas en la casa galera, si bien denunciaba que esto «*no se observa con todo rigor*» (14). De la misma manera, las penas previstas en las Partidas para punir la rufianería «*no se hallan en observancia*», mientras que las disposiciones recopiladas eran «*las que mas se observan*» (15). De esta expresión, sin embargo, se desprende que no se aplicaban en todos los casos, porque la práctica las había modificado al atemperarlas, por lo general, con vergüenza pública, junto con galeras para los hombres y casa galera para las mujeres (16).

b) *Delito de bigamia*. El castigo para los casados dos veces fijado en las Cortes de Valladolid de 1548 (17), se reformó por la Pragmática de 3 de mayo de 1566. En esta norma se determinó que, para aquellos casos en que al bigamo debía imponerse pena corporal y señal (18), se conmutara por vergüenza pública y diez años de galeras (19).

Para Antonio de la Peña por Derecho común se les castigaba con la muerte, pero lo que se practicaba en Castilla durante el reinado de Felipe II era, «*a más de perder la mitad de sus bienes, ha de ser herrado en la frente con un hierro como esta 9 y ha de ser desterrado por cinco años en una isla, que de derecho más nuevo ha de ser destierro por diez años a las galeras de su majestad real. De manera que el juez ha de condenar a quien se casare dos veces siendo sus esposas vivas, a que sea traído a la vergüenza por las calles acostumbradas y llevado al lugar público de ejecución de la justicia y allí será herrado*

(14) MARCOS GUTIÉRREZ, José, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1826, tomo 3, p. 170, achacándolo a sus protectores y a los temores de su extinción.

(15) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica*, 3, p. 193.

(16) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica*, 3, pp. 193-194.

(17) N.R., 5, 1, 7. Agravó el destierro fijado en Partidas 7, 17, 17, por el destino en galeras, lo que se justificaba por ser delito grave y frecuente.

(18) Establecida en las Cortes de Briviesca de 1387, ley 31, en N.R., 5, 1, 1. Sobre los requisitos para imponer al bigamo esta pena de la señal y acerca de la letra más ajustada a este delito, GÓMEZ, *Ad Leges Tauri*, p. 703, nn. 27 y 28.

(19) N.R., 8, 20, 8, y Nov., 12, 28, 8 y 9. GACTO FERNÁNDEZ, E., «El delito de bigamia y la Inquisición española», en *A.H.D.E.*, LVII (1987), pp. 465-492, y, en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 127-152. COBOS RUIZ DE ADANA, J., «Delincuencia y sexualidad en la Córdoba Barroca», en *El Barroco en Andalucía*, Córdoba, 1993, Tomo II; y, «Matrimonio, amancebamiento y bigamia en el Reino de Córdoba en el siglo XVII», en *El Barroco en Andalucía*, Córdoba, 1993, Tomo II.

*en la frente con un hierro a manera de 9, destierro por diez años a las galeras y perdimiento de la mitad de sus bienes para la cámara real y esta pena se guarda, platica y es usada y así lo he visto muchas veces*». Incluso, esta sanción punitiva no implicaba distinción con referencia al sexo, pues comprendía a ambos (20). Contrasta, sin embargo, la exposición del citado jurista con la abrogación expresa de la señal establecida en la mencionada Pragmática de 1566, esto es, siete u ocho años antes de redactar su texto (21).

Hay que tener en cuenta que éste era un delito cuyo conocimiento se encomendó a los inquisidores, quienes tomaron del Derecho canónico la pena de vergüenza pública, también contemplada por el ordenamiento regio. No obstante y a diferencia de los tribunales reales, en el ámbito inquisitorial «con la vergüenza se combinaba casi siempre otra pena de rancio abolengo canónico, la fustigación, que se solía administrar al día siguiente del auto, también de forma itinerante. Ambas sanciones (vergüenza pública y azotes) se convirtieron en las penas más usuales de la bigamia, las que sufrieron la mayor parte de los varones y prácticamente todas las mujeres» (22).

Siglos después daba cuenta nuestro Marcos Gutiérrez que «*algunas veces se ha mitigado el rigor de la ley condenando á los reos á seis ó mas años de presidio*» (23). Tendencia que parece se observaba en otros territorios europeos, aunque incidiendo más en la exposición a la vergüenza pública del condenado por bigamo (24).

(20) PEÑA, Antonio de la, *Tratado muy provechoso, útil y necesario de los jueces y orden de los juicios y penas criminales*, en LÓPEZ-REY ARROJO, Manuel, *Un práctico castellano del siglo XVI. Antonio de la Peña*, Madrid, 1935, p. 153.

(21) La razón pudiera encontrarse en que las leyes recopiladas recogieron la referida disposición de las Cortes de Briviesca de 1387. La pérdida de la mitad de los bienes se volvió a reiterar en las Cortes de Segovia de 1532. N.R., 5, 1, 5 y 6. Aun con todo, GÓMEZ, *Ad Leges Tauri*, p. 703, n. 27, afirmaba que «*hodie tamen iste talis punitur corporaliter isto modo, nam debet sibi publice imponi signum in fronte, ad instar litterae q. ita disponit textus in leg. 6, tit. 15, lib. 8 Ordin., in leg. 3, tit. 1, lib. 5 Ordin., et in quantum illa l. dicit ultra poenas a iure statutas, intelligo de poena infamiae quae erat ipso iur imposita per dictas leges communes supra allegatas*».

(22) GACTO FERNÁNDEZ, E., «El delito de bigamia y la Inquisición española», en A.H.D.E., LVII (1987), pp. 465-492 (reproducido en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 127-152), en concreto pp. 482-483. Como expone a continuación, el reo desfilaba por las calles acostumbradas con los demás herejes, tocado con la coraza que identificaba su pecado (un hombre pintado entre dos mujeres, o una mujer entre dos hombres) hasta llegar al tablado o la iglesia en que se celebraba el auto, donde se leía públicamente la sentencia.

(23) *Práctica*, 3, p. 189, nota.

(24) CARBASSE, Jean-Marie, *Introduction historique au Droit pénal*, París, 1990, p. 267, recoge cómo a fines del siglo XVIII Denisart (*Collection de déci-*

c) *Delito de fornicio de un criado con mujer, criada o sirvienta de su amo.* Por Pragmática de 25 de noviembre de 1565 se estableció que el criado o servidor hidalgo que tuviere acceso carnal con alguna mujer, criada o sirvienta de su amo fuese castigado con vergüenza pública y destierro (25). De su aplicación no he encontrado ninguna causa.

d) *Delitos de armas prohibidas.* En virtud de un Auto del Consejo de 27 de junio de 1562 se imponía la vergüenza, 30 días de prisión y tres años de destierro a los delincuentes de baja esfera que portaren estoques (26). Por el año 1573 ó 1574 Antonio de la Peña comenzaba el capítulo 23 de su obra enumerando las penas en este ámbito: «*el que sacare espada o cuchillo contra otro, para herirle en la corte o fuera de ella, se le debe cortar la mano según la ley del ordenamiento real. Lo que en esto se practica, es que le saquen a la vergüenza y en el lugar público le enclavan la mano, y otras veces le azotan según la calidad del delito y de las personas injuriadas, mayormente si el delincuente sacó sangre de la herida y aun esto no lo ha de hacer siempre el juez sino teniendo respeto a las personas, porque si una persona noble sacó espada contra algún plebeyo, basta que a este tal le condenen a destierro y pena pecuniaria y si le hiriera en la cara puede aumentar la pena, pues herir en la cara es gravísimo delito*» (27).

---

*sions nouvelles*, París, 1773) manifestaba que los bigamos ya no eran castigados con la pena de muerte, «*mais on s'est relâché de cette sévérité... et actuellement on les condamne à être exposés au carcan, ayant écriteaux devant et derrière, pendant trois jours de marché; les homme avec autant de quenouilles qu'ils ont de femmes, les femmes avec autant de chapeaux qu'elles ont de maris*». LAINGUI, A., «*La sanction pénale dans le Droit français du XVIIIe et XIX siècle*» en *Recueils de la Société Jean Bodin. Le peine*, vol. 3 (1989), pp. 161-194, nota 45, con remisión a la obra de Muyart de Vouglans, manifiesta que a finales del siglo XVIII, «*on se rapprochera l'exposition au carcan des bigames, portant, s'il s'agit d'une femme, un chapeau de paille; s'il s'agit d'un homme, deux ou plusieurs quenouilles*».

(25) Si el servidor no fuera hidalgo, la pena sería de cien azotes y destierro. N.R., 6, 20, 3; y Nov., 12, 29, 3.

(26) Autos Acordados, 6, 6, 1. Nov., 12, 19, 3.

(27) PEÑA, *Un práctico castellano*, p. 175. Detalla a continuación la obligación de entregar a la víctima las correspondientes pensiones al objeto de remediar sus posibles mutilaciones, así como los cálculos para la fijación de aquellas según la edad que tuviera la víctima, en pp. 175-176. Completa además estos criterios, manifestando que cuando el herido quedase vivo y manco, «*el juez condenará al delincuente que le mancó, que le pagase cierta suma de maravedises cada año por lo que podía ganar el tiempo que viviere y si señal le quedase de la herida lo podría estimar en más y el juez debe condenar al delincuente en mayor pena por ser en este caso la injuria más grave, aunque no acrecentaría por eso el daño o interés, salvo si fuese alguna mujer la que así fuere señalada en la cara, porque como por*

Por la regulación contenida en la Pragmática de 2 de junio de 1618, los oficiales que fabricaran pistoletos o arcabuces pequeños serían castigados, por sólo hacerlo y no manifestarlo, con vergüenza pública, seis años de galeras y la pérdida de la mitad de los bienes (28). Con posterioridad se volvió a reiterar el cumplimiento de la norma anterior –signo inequívoco de su falta de cumplimiento–, aumentando también las penas contra quienes portaran o tuvieran pistoletos (29).

A pesar de admitirse la posibilidad de imponer la vergüenza pública de conformidad con las normas citadas, no he encontrado ninguna causa o sentencia –de instancia, vista o revista– procedente de la antigua Real Audiencia de Galicia por la cual se castigara a reos acusados de estos hechos delictivos con aquella pena.

e) *Delitos de resistencia a la justicia*. A tenor de la Pragmática de 3 de mayo de 1566 se dispuso que los que cometieran dicha resistencia o hirieran a las justicias, determinó que se atendiera a la calidad del delito y de las personas para conmutar la pena corporal por vergüenza y ocho años de galeras, «*salvo si la resistencia fuere tan calificada, que para el exemplo de la justicia se deba y convenga hacer mayor castigo*» (30). Con posterioridad también se recogió la pena de vergüenza por resistencia al arresto en una Real Orden de 21 de julio de 1787.

La resistencia a la justicia podía dar lugar a peculiaridades, en especial, por razón de la persona que la hiciera y su relación estamental con la justicia a quien se hiciera, y la forma de verificarse dicha

*ella había menester mayor dote para se casar, será mayor la estimación del daño*», en pp. 176-177. Tal aumento se derivaría del hecho de quedar un signo permanente de la injuria cometida sobre la víctima.

(28) N.R., 8, 23, 16. Nov., 12, 19, 6.

(29) Hay que tener presente que disposiciones posteriores volvieron a aumentar, en algunos casos de forma considerable, la tenencia, fabricación y empleo, como la Pragmática de 10 de enero de 1687, Nov., 12, 19, 9, agravaba la tenencia de estas armas fuera de casa; y lo mismo sucedió con la Pragmática de 17 de julio de 1691, Nov., 12, 19, 10. Además, HERAS SANTOS, José Luis, *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*, Salamanca, 1991, pp. 157-160.

(30) N.R., 8, 22, 7, cuya rúbrica es «*que los que hizieren resistencia a las justicias, sean condenados en pena de galeras*» y cuyo texto disponía: «*que los que cometieren delito de resistencia a las nuestras justicias, o les hirieren en caso que segun la calidad del delito, y de las personas les avia de ser puesta pena corporal, aquella que conmute en verguença, y ocho años de galeras, salvo si la resistencia fuere tan calificada, que para exemplo de la justicia se deva, y convenga hazer mayor castigo*»; en Nov., 12, 10, 6.

oposición, como expuso Antonio de la Peña en el último cuarto del siglo XVI (31).

Era habitual que las resistencias se produjeran al intentar, las justicias inferiores o los oficiales de la Audiencia, ejecutar los autos o mandatos dictados por los juzgadores, aunque no siempre conllevara la resistencia armada, sino tan sólo el simple desprecio a cumplir con la decisión judicial. No puede extrañar que en determinados lugares se enfrentaran las justicias con los hidalgos más o menos poderosos de aquellos territorios, como sucedió en Quiroga a fines de 1615, cuando uno de éstos y su criado se opusieron a que el administrador de la Encomienda de Quiroga pudiera prenderle, amenazándole con armas blancas y dándose con posterioridad a la fuga (32). La causa se sustanció contra el criado y en la rebeldía de su amo (33). El promotor afirmaría que esta resistencia y desacato de un vasallo de la citada Encomienda, fue «*de acuerdo y caso pensado*», al encararse con furia y determinación, armado con alfanje desnudo con el que acometió y dio de cuchilladas a la justicia, pudiendo terminar con su vida si no llegaran otras personas y, por ello, pedía que fuera condenado en las

---

(31) «*Si el delito que se cometiere de resistencia contra la justicia o les hirieren, fueren en algunos casos susodichos y tales que según la calidad de él y de las personas se había de poner pena corporal, en este caso se conmuta en vergüenza pública y diez años de galeras y advierta el juez que no por cualquier resistencia condene en esta pena como hizo un juez en la villa de Ledesma*», en *Un práctico castellano*, p. 249.

(32) *Particulares*, leg. 23.811/101, causa entre Fernando de los Infantes, administrador de la Encomienda de Quiroga, contra Francisco Enríquez de Quiroga y Juan Díaz de Barja, su criado. Se inició por auto de oficio de 9 de noviembre de 1615, al llegar al lugar de Lamela Infantas y casa de Enríquez, «*para Prender al sobre dicho por cierta Resistencia que avia echo a francisco sanchez Juez desta Encomienda, preguntando por el a una muger que estava en el corredor de la dicha casa al tiempo que fuera a subir la escalera el dicho francisco Enriquez de acuerdo y caso Pensado saliera de dentro de la dicha casa y aremetiera a el y al dicho Juez que llevaba su bara de Justicia en la mano con una alfanje desnudo en la mano derecha y enla otra una daga tambien desnuda, Rebuelto un capote en el braco y con Gran furia y atrebimiento le Tirara muchos golpes y cuchilladas faboreciendole la dicha muger que estava en el Corredor y Juan diaz de barja su criado con sendos palos Grandes y de Echo le mataran y al dicho Juez sino Echan mano a las espadas para se defender dellos y aviendole preso y quitado el dicho alfanxe y dado su palabra como hidalgo de se yr Con su mrd. al Castillo devajo de la dicha palabra le dexara subir en su cavallo el qual avia huido en el, y Para que semexante delito no quedase sin punicion y Castigo protestava en Raçon dello*».

(33) Se efectuó la necesaria información de testigos. Se procedió a tomar confesión al criado, quien declaró ser ciertos los hechos. El promotor pidió la ratificación de los testigos, al tiempo que se promulgaron los edictos de la rebeldía.

penas establecidas por las leyes del reino «*en las quales y mayores que por derecho se allaren*».

La sentencia del merino de la Encomienda de Quiroga, dictada en la rebeldía del acusado de oficio, le condenó a vergüenza pública, ocho años de galeras, veinte mil maravedíes y pérdida de las armas con que se hizo la resistencia (34); mientras el criado fue desterrado por un año y condenado en tres mil maravedíes (35). Esta sentencia, ajustada a la normativa real, fue apelada por el reo rebelde ante la Audiencia como *mas alto y seguro Tribunal*, por entender que la justicia inferior procedía contra él de manera apasionada (36). Alegó en su defensa, durante la confesión, una de las cuestiones que no es extraño encontrar en estos delitos de resistencia a la justicia: esta no iba sufi-

(34) Sentencia del merino de la Encomienda, entre el promotor y Francisco Enríquez, en rebeldía de 5 de enero de 1616: «*Ffallo Atento los autos e meritos deste prozeso A que me rrefiero que por la culpa que del Resulta contra el dicho franco Enrriquez donde quiera que fuera allado esa traydo A la carzel Publica desta villa de castro de donde mandamos sea sacado en la forma acostunbrada ala verguenza y en ocho Años de galeras que sirva A su magestad en ellas: y en veinte myll maravedies y Perdimento de las harmas con que delinquo costas desprezes y Rebeldias que todo aplico Conforme alas leyes destes Reynos y por esta mi sentencia difinytiva Juzgando ansilo pronuncio E mando Con pareszer de Asesor*». Es evidente que la justicia ordinaria aplicó la pena prevista para la resistencia a la justicia en la Pragmática de 3 de mayo de 1566 (N.R., 8, 22, 7), con pena corporal, conmutable por vergüenza pública y ocho años de galeras. Téngase presente que por la Pragmática de 1564 (Nov., 12, 19, 3) el portar espadas estaba castigado con pena de 10 ducados, 10 días de cárcel y pérdida del arma; pena doblada y un año de destierro del lugar de la aprehensión y vecindad.

(35) Sentencia de instancia del juez de la Encomienda de Quiroga de 5 de enero de 1616, «*sobre la resistencia y lo mas del pleyto*»: «*Fallo por lo que resulta deste proceso contra el dicho Jun diaz de varja lo debo de condenar y condeno en pena de tres mil maravedis que aplico segun y como las leyes destes reynos los aplican, mas le condeno en un año de destierro preçiso desta Jurisdicìon y encomienda de quiroga, que salga a cumplir dentro de seis dias como sea suelto de la carçel y prision en que esta y salido no lo quebrante en pena de le ser doblado, condenole mas en las costas deste proceso Justamente contra el fechas cuya tasacìon en mi reservo y Juzgando asilo pronuncio y mando con acuerdo de asesor que lo firmo*». De acuerdo con Ordenamiento de Alcalá, 20, 14, (N.R., 8, 22, 5, en Nov., 12, 10, 5) se castigaba mediante un año de destierro del reino y seis mil maravedíes al que sacara armas o fuera con ellas contra los oficiales de justicia.

(36) En la apelación se presentaba ante la Audiencia como *mas alto y seguro tribunal*, nulidad y agravio contra el proceso de Infantas por decir este «*se le avian resistido y Echado ahuir*», en lo cual «*prozeden muy apasionadamente contra el dicho mi parte y contra El dicho Juan diaz su criado*», llevándoles costas y salarios excesivos, sintiéndose agraviado se presentó ante el tribunal, suplicando la revocación de la anterior sentencia y pidiendo libertad, además de recusar por odiosos y sospechosos a los jueces inferiores.

cientemente identificada cuando procedió contra él y, además, que ante los malos tratamientos inferidos a él o su familia, cargó contra ella para defenderse (37). La causa se sustanció con una pena de treinta mil maravedís impuesta por los alcaldes mayores de la Real Audiencia en vista, confirmada por la sentencia de revista (38).

f) *Delitos de fuga de cárcel*. El quebrantamiento de la cárcel era castigado, según Antonio de la Peña mediante la imposición de una pena arbitraria (39), si bien él mismo reconoció que «*tuve este caso en plática, que teniendo un hombre preso quebró una cadena y se escapó, por lo que fue traído a la vergüenza y otros son por ello azotados o condenados en seiscientos maravedises para la cámara de su majestad; según la calidad del delito y de la persona y en estas cosas que se dejan al albedrío del juez, muy bueno es que los jueces se moderen pues mejor será que dé cuenta por haber usado de misericordia que no por haber sido cruel*» (40).

---

(37) Se tomó confesión a Francisco Enríquez en la Cárcel Real el 23 de marzo de 1616, en la cual declaró que «*mino un hombre a su casa quien no conoço a pedille la rrenta, y como tal no le conoço por teniente ni alguazil ni traya bara ny le conoço tanpoco por criado del dicho don fernando*», y que si lo era que trajese justificación. Después estando en su casa quieto y pacífico, oyó dar voces a su mujer y saliendo a ver que había, vió a Infantas, al juez y al escribano «*con espadas desnudas acuchillando a la dicha dona queriendola maltratar y el dicho confesante byendo lo suso dicho y afligida a la dicha su muger acudio a sor de un cuchillo de monte que tenia colgado para defendella*», Infantas le dijo que se diese preso «*de muy buena gana y le entrego el dicho cuchillo el qual lo llebo y este confesante teniendose de que como apasionado y parte interesante le aria malos tratamientos y muchas bejaciones en la Carcel de dicha encomienda se uyo y vino apresenter*». Tras lo cual, se le dio la ciudad por cárcel bajo fianza, además de dictarse sentencia para recibir a prueba la causa, haciendo cada parte sus probanzas.

(38) Sentencia de vista de 2 de septiembre de 1616. «*Fallamos Atento los autos y Meritos deste Processo que sin embargo dela ssentencia Enesta causa dada Por francisco sanchez Leal Juez dela encomienda de quiroga Conparezer del Licendo Sopena La qual anulamos y damos Por ninguna y de ningun balor y effeto y Por la culpa que del Ressulta contra el dicho don francisco Enrriquez le debemos de Condenar y Condenamos en treinta mill mrs Para la camara de ssu magestad y Gastos de Justicia Por mitad tomando en quenta al dicho don francisco Enrriquez los Veinte y seis mill mrs que tiene Pagado y Poresta nuestra ssentencia Ansילו pronunciamos e mandamos. Con costas*». La de revista de 5 de octubre de 1616, suplicada por Infantas, confirmó la anterior en todo.

(39) «*Atento a que la pena en que incurre el que quebrantara la cárcel no está determinada en derecho, será arbitraria como hoy lo dispone la ley de la partida citada y ejecutada de allí en adelante será más gravemente guardado por el delito principal y éste es el más real y verdadero entendimiento de dicha ley... En esta pena que se deja al arbitrio del juez, podrá éste arbitrar hasta la pena de muerte*», en *Un práctico castellano*, p. 168.

(40) *Un práctico castellano*, en pp. 168-169.

Por lo que se refiere a las fugas y efracturas de cárcel, a través de las sentencias y otra documentación consultada, parece que más que castigar tal acción como un delito independiente y propio, de su contenido se desprende que se valoraba la existencia de una agravación en la culpabilidad que conllevaba el delito principal. Lo cual implicaba una agravación en la pena, puesto que, además, la fuga determinaba que saliera por autor del delito (41).

En los años centrales del siglo XVIII, para Berni los quebrantamientos de cárceles eran supuestos en que, con carácter tradicional, los criminalistas siguiendo los criterios legales también se mostraron favorables al ejercicio del arbitrio judicial para fijar la pena de los fugados, que se limitaba a imponer una de las ya existentes dentro del propio ordenamiento, entre ellas la vergüenza (42).

En unos autos en los que se hallaron encausados un buen número de ladrones, la justicia ordinaria de una de las jurisdicciones donde cometieron hechos delictivos, a fin de evitar gastos y molestias a sus vecinos hasta la completa tramitación del proceso, y por carecer de cárcel «*capaz con bastante yncomodidad y expuesttos a fugarse como se hà verificado*», impuso a algunos de ellos por haberse fugado de otra un año de presidio, además de la pena que tenían por los otros delitos (43). La Sala del Crimen vino a confirmar la anterior resolución, con algunas modificaciones sobre el total de la pena impuesta, y condenó a uno de los fugados a que, además, aprontase las costas deri-

---

(41) La fuga de la cárcel estaba castigada en N.R., 8, 26, 7 con la declaración de la autoría del delito y seiscientos maravedís; mientras el carcelero respondería en su lugar y multa.

(42) Título XXIX, «*Ley 9. La L. 7, tit. 26, lib. 8 Recop. pone 600 mrs de multa para la Camara contra el fugitivo. La L. 13, tit. 29, part. 7 previene, que el reo quebrantador de carcel, es havido por confesso del delito, porque està preso, y otras penas al arbitrio del Juez, que se reducen à 200 azotes ò verguenza publica segun la practica de oy*», en BERNI, *Apuntamientos*, p. 109.

(43) *Causas*, leg. 29203, 35, causa entre el Oficio de la Justicia contra Juan Antonio Pérez Abeleira, Simón Prieto, Juan Antonio Fernández, Manuel González, Juan Barreiro, Manuel Barreiro, Manuel Barreiro, Francisco Prieto (alias Manote) y otros *sobre robos*. Auto de providencia del juez de Salvatierra de 31 de diciembre de 1788, contra Juan Antonio Pérez Abeleira, Juan Antonio Fernández y Manuel González, «*en seguir contra estos la causa nada mas se adelantará que gasttos y molestias con dilaciones en las carceles en que esttàn por no haber una capaz con bastante yncomodidad y expuesttos a fugarse como se hà verificado*», a Francisco Rey (alias Danzas), Francisco Antonio Prieto, Manuel de Torres y Juan Antonio López, «*fugados dela carcel de Puentte Areas acada uno en un año de Prisidio en Africa... y en quanto ala fuga de dicha Carcel de Tuy probeera aquella Justticia segun hallare por combeniente*».



vadas de dicha fuga (44). Otro de los ladrones, fugado de la cárcel de Tuy con violencia, fue condenado en vergüenza, azotes y diez años de presidio, castigo rebajado a estas dos últimas, junto con el oportuno apercibimiento para que en el futuro evitara huir de la cárcel y maltratar al alcaide (45).

Por su parte, una Real Orden de 21 de julio de 1787 dispuso la imposición de vergüenza pública para quienes se fugaran.

g) *Delitos de falsedad testifical*. A tenor de lo dispuesto en la Ley 83 de Toro de 1505 fijó la pena del talión contra los que depusieran falsamente contra alguna persona en causa criminal cuyo castigo fuera pena de muerte u otra corporal. Por su parte, la repetida Pragmática de 3 de mayo de 1566 dispuso que, «*los testigos falsos en el*

(44) *Causas*, leg. 29203, 35, el Real Auto de Sala de 31 de enero de 1789: «*Confirmase el auto de providencia dado por el Juez de Salvatierra quanto a Manuel de Torres, Benito Sousa y el compañero que dijo llamarse Pepe, Francisco Rey alias Danzas Juliana Puyme, Manuela Franqueira, Manuel Rodriguez alias Camulo, Ysabel y Maria Sanchez muger y cuñada de el mismo y Antonio Marttinez con ital que la Pena de Presidio a dicho Torres se entienda unicamente por espacio de seis años, la de dicho Rey Danza por ocho en Africa, y la de Manuel Rodriguez y Antonio Martinez en el Ferrol... y a Francisco Rey en las que le Correspondan en los yncidenttes de sus fugas y Deligencias para su arresto*». Se remitía a la justicia de Salvatierra para que la cumpliera y enviara el original, sin incurrir en omisión bajo pena de responsabilidad, con los incidentes de su fuga y de la que hicieron de Tuy.

(45) A.R.G., *Causas criminales de la Sala del Crimen (=Crimen)*, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>, el Fiscal, en 19 de diciembre de 1792, decía que Pérez Abeleira, sentenciado a sufrir azotes, vergüenza y diez años de presidio africano por Real Auto de 27 de marzo de 1792, pues estaba «*plenamente acreditado por los autos haver el sobre dicho echo fuga de la carcel de la Ciudad de Tuy, donde se allaba arrestado violentando las prisiones ausiliado de otros que tamvien se hallaban en la misma Carcel, e ygualmente ser un Ladron famoso con especificacion de los Robos que havia Cometido Cuia Sentencia no ha tenido execucion por hallarse en reveldia, y fugado hasta que Ultimamente la justicia de la Jurisdicion de Parada lo arrestò, y remitio ala Carcel Real con su Ynforme... lexos de haver Satisfecho à los cargos que se le hicieron que antes Vien confiesa el echo de la Fuga y algunos de los Robos porque ha sido procesado siendo fribolas, y despreciables, las Causales que propone para moderar ambos delitos... Podra la Sala confirmando dicha Sentencia mandar se Cumpla y execute en anbos particulares de la condena de Azotes y Berguenza publica, y destino alos diez años de Presidio. Y por lo que mira a Simon Prieto comprendido en los mismos autos que use de la Vista que le esta concedida*». El Real Auto de la Sala del Crimen de 7 de enero de 1793: «*Como lo dize el Fiscal de S.M. y en su consecuencia se de vista de la causa a Simon Prieto, Y se condena a Juan Antonio Perez Abeleira en la pena de Doscientos Azotes y sele destina auno delos Presidios de Africa por termino de Diez años que cumpla con cadena. Se le apercive que de echo se dedique à algun oficio, y se separe enteramente de robar Cavallerias, Ganados, ni otra cosa, de huirse dela carcel, de sorprender el Alcaide carcelero y maltratarle pena de mayor Providencia, y se execute sin embargo de suplicacion.*»

*caso que, segun las leyes de nuestros reynos, en las causas civiles habian de ser condenados a quitar los dientes, les sea esta pena conmutada en vergüenza pública y servicio de galeras por diez años; y que los dichos testigos falsos en las causas criminales, no siendo caso de muerte, en que se hubiese de executar en él la misma pena, sean condenados en vergüenza pública y perpetuamente a galeras»* (46). Los Autos del Consejo de 26 y 28 de julio de 1705 reiteraron la rigurosa obligación de cumplir las leyes contra falsos testigos y delatores, de cuyo tenor se deduce que la práctica generalizada era la opuesta (47), es decir, los tribunales se mostraban benignos en la sanción de este delito.

En este sentido, a comienzos del siglo XVII tenemos constancia de la imposición de vergüenza pública y destierro perpetuo de la ciudad de Santiago a una mujer por testigo falso (48). Resulta obvio la aplicación de la pena ordinaria fijada en 1566, puesto que ante la imposibilidad de destinar a las mujeres a galeras —ni siquiera a un establecimiento de reclusión en Galicia— era preciso enviarlas al destierro.

La práctica reiterada de la Real Audiencia gallega fue contraria al rigor legal. Aunque excede de la pretensión de este trabajo dar cuenta de las penas concretas impuestas por declaraciones falsas, de la abundante documentación estudiada se deduce una clara tendencia a imponer leves sanciones pecuniarias y algún apercibimiento por parte de dicho tribunal. Esta afirmación viene corroborada, incluso, por las manifestaciones de un ilustre personaje gallego de la época. El padre Feijóo afirmaba que, en su larga vida, no había visto (o al menos no

---

(46) El mismo castigo se establecía para los inductores. N.R., 8, 17, 7, y Nov., 12, 6, 5. Véase ALEJANDRE GARCÍA, J. A., «Del delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español», en *Historia, Instituciones, Documentos*, 3 (1976), pp. 9-139, en concreto pp. 95-107 para las cuestiones generales de la época estudiada, y 107-118 para las sanciones en la Corona de Castilla.

(47) Se reconocía «*que estos enormes y perniciosos abusos proceden de no practicarse con el vigor y puntualidad que conviene las penas prescritas y establecidas en las leyes*», en Nov., 12, 6, 6.

(48) *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 5 de febrero de 1610, entre Nicolás de Costales, Magdalena de Miranda, su mujer con María Fidalga: «*a que dela carçel donde esta sea sacada a la berguença en la forma acostumbrada mas la Condenamos en destierro perpetuo dela ciudad desantiago y cinco leguas*». Se le notificó en la Cárcel Real y su pregón decía: «*Esta es la Justiçia que mandan açer a esta muger [los senores gobernador e oydores deste rreyno, tachado] El Rey nuestro senior por testigo falso mandale traer ala berguença y sea desterrada de la çiudad de santiago con cinco legoas alderredor perpetuamente y no lo quebrante sopena de cumplirlo fuera del rreyno.*»

recordaba) de un testigo falso que hubiese sido castigado con un elemental rigor, pues «*lo que comúnmente sucede es que, al tiempo de votar, entra intempestivamente la piedad en la Sala, y a contemplación de esta serenísima señora, en vez de vergüenza y galeras perpetuas, se decreta una multa pecuniaria*» (49).

No obstante, también los alcaldes mayores de Galicia impusieron la vergüenza y galeras a otro reo «*por aver dado ffe como scrivano sin serlo y ffalsear*» (50).

h) *Delitos de hurto*. En virtud de lo dispuesto en Partida 7, 14, 2 y 18 para los hurtos manifiesto y no manifiesto. La última ley citada determinó la pena que merecen quienes hurtan y roban: de pecho o con escarmiento en el cuerpo. Después de distinguir entre las penas que corresponden al hurto manifiesto y al no manifiesto, excluyendo del hurto la pena capital y las mutilaciones, establece que «*deven los judgadores quando les fuere demandado en juyzio, escarmentar los furtadores publicamente con feridas de açotes, o de otra guisa, de manera que sufran pena, e verguença. Mas por razon de furto non deve matar, ni cortar miembro ninguno*». Estas penas fueron modificadas por las Pragmáticas de 25 de noviembre de 1552 y de 3 de mayo de 1566 (51). En algún caso nos consta que los alcaldes mayores impusieron la pena ordinaria de la Pragmática de 1566 para el primer

---

(49) «Balanza de Astrea, o recta administración de la Justicia», *Teatro Crítico Universal y Cartas eruditas* (ed. de Luis Sánchez Agesta), Madrid, 1947, pp. 130-131.

(50) *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 23 de febrero de 1606, entre el Fiscal de S.M. y Gregorio López Pardo: «*con que los ocho anos de galeras en quel dicho gregorio Lopez esta Condenado, sean y se entiendan quatro ano y no mas, y la pena de berguenza se execute luego*». En Partidas, 3, 19, 16 y 7, 7, 6, *in fine*, se castigaba la falsedad cometida por escribano con la amputación de mano e infamia. Si tenemos presente la conmutación de penas corporales por el destino de galeras establecida por las leyes recopiladas (N.R., 8, 24, 4), resulta obvio el castigo impuesto por los alcaldes mayores.

(51) N.R., 8, 11, 7 y 9; y, Nov., 12, 14, 1 y 2. De las penas previstas en la Pragmática de 25 de noviembre de 1552 y con independencia de sus modificaciones de 1566, cabe destacar las siguientes notas: a los ladrones mayores de veinte años por la primera vez, se les castigaba con vergüenza y cuatro años de galeras, mientras que por la segunda que cometieran este delito, se les condenaba a cien azotes y galeras perpetuas, con una salvedad: los menores de aquella edad y las mujeres no serían enviados a galeras, sino que serían penados y castigados conforme a las leyes del reino. Incluso, las ordenanzas municipales de Portugalete de 1518 prevían como castigo por el primer hurto, con una finalidad preventiva, como ha expuesto BAZÁN DÍAZ, Iñaki, *Delincuencia y criminalidad en el País Vasco en la transición de la Edad Media a la Moderna*, Vitoria, 1995, pp. 582-583.

hurto, a pesar de que en la sentencia de instancia se había excluido la vergüenza pública, que si se agregó en la sentencia de vista (52).

En la exposición de las penas para el castigo del primer hurto, fuera manifiesto u oculto, Acevedo se muestra partidario de llegar a imponer corporales arbitrarias, además de las pecuniarias, en contra de la postura de otros juristas (53). Esta agravación de las penas la admitía, lógicamente, en los cometidos por segunda (54) y tercera vez, si bien recogiendo las modificaciones establecidas por la costumbre y las leyes recopiladas, advirtiendo que «*ex quibus in practice id observabis quod attenta qualitate furti, et valoris eius imponens poenam ad verecundiam si plus non meretur fur, vel flagellorum, si non est legitimae aetatis ad triremes sustinendas, quod si aetatem legitiman habet, et meretur flagellari, verecundabitur, et poena trirerum subiacebit*» (55).

---

(52) *Sentencias*, leg. 28506, sentencia de vista de 12 de septiembre de 1597, entre el Fiscal de S.M. y Gonzalo da Graña: «*Fallamos atento los autos y meritos deste proceso quedebemos de confirmar y confirmamos la sentencia en este pleyto y causa dada por el Juez de montes de que por parte del dicho gonçalo da graña fue apelado La qual mandamos sea llebada a debida execucion con efeto con que demas de los seis años de galeras en que esta condenado el dicho gonçalo da graña sea traydo a la verguença por las calles publicas desta ciudad enla forma acostumbrada y cumplido lo susidho mandamos sea llebado alas galeras de Su magestad conforme a su Real cedula y por esta nuestra Sentencia ansilo pronunciamos y mandamos con costas.*»

(53) No obstante, después de detallar las penas por el primer hurto manifiesto –restitución y cuádruplo– y no manifiesto –duplo–, recoge las opiniones acerca de las que deberían imponerse según la l. 18, tít. 14, Partida 7, porque por esta «*ultra poenam pecuniariam imponetur et poena flagellorum, vel alia corporalis iudicis arbitrio, sed legem hanc 18 id non probare voluit Cantera... et id dubium esse dicebat Anton Gomez, quia non reperitur dispositum quod quis pro primo furto ultra poenam pecuniarum corporaliter puniatur*», en ACEVEDO, *Commentariorum*, 5, p. 210, n. 89. Agregando, sin embargo, que en este último caso, «*neque debet quis duplici poena puniri... et pro hoc allegat l. 12, tit. 1, libr. 8 Recopila., quae mihi hoc non probat, sed nihilominus contrarium est tenendum, imo quod pro primo furto possit imponi poena pecuniaria applicanda parti, et insuper corporalis arbitraria*», en *Commentariorum*, 5, p. 210, n. 89.

(54) «*Pro secundo vero furto ultra dictas poenas pecuniarias de iure civili aggravabatur poena, et imponebatur corporalis iudicis arbitrio, quia ob frequentiam delicti sit aggravatio poena... quod iure regio ex dict. l. 6, titulo 5, lib. 4 Fori et l. 16, tit. 18, Part. 7, pro secundo furto communiter imponitur poena flagellorum et abscessionis auricularum, et lex illa fori pro secundo furto imponens poenam mortis non servatur*», en *Commentariorum*, 5, p. 210, nn. 93 y 94.

(55) «*Pro tertio furto, inquit ibi Anton. Gomez, quod imponitur poena mortis de generali consuetudine.. si commode potest fieri commutatur poena mortis in triremes quae sunt piissimae leges, et hodie observantur, iis tamen sic scitiis, usu obtentum est hodie etiam pro primo furto poenam corporalem imponi... et cum haec corporalis*

Se puede comprobar la imposición de la pena de vergüenza en varias causas contra ladrones a lo largo del siglo XVII, sobre todo durante el reinado de Felipe III, tanto a simples ladrones (56) como a otros calificados de públicos (57). Y no falta quien fue condenado a

---

*poena imponatur hodie pro primo furto commutatur iam ex lege nostra in poenam verecundiae pro primo furto, et in sex annis extra curiam, et decem intra curiam, pro secundo vero furto flagellatur, et ad triremes perpetuas mittitur...*», en *Commentariorum*, 5, p. 210, nn. 95 a 100.

(56) *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de revista de 19 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Mateo de Cortinas, preso, que confirmó la de vista, le fue notificada en la Cárcel Real de Coruña y fue sacado a la vergüenza por ladrón. *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 26 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Pedro do Sixto: «*confirmamos la sentençia en este pleyto y caussa dada por el capitán [] Corregidor de betanços por la qual condeno al dicho pedro do sixto en berguença publica y quatro años de galeras de que por su parte para ante nos fue Apelado. La qual mandamos se execute sin embargo de duplicacion*», se le notificó en la Cárcel Real y su pregón manifiesta su condición de ladrón. *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de revista de 29 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Juan do Pico, que ratificó la anterior de vista, le fue notificado en la Cárcel Real y se leyó el pregón; aparece mencionado en los libros de la Escribanía de *Fariña*, Libro 23, Letra F, f. 155, el Fiscal de S.M. «*con Juan do Pico sre. robo*»; y en libros de la Escribanía de *Pillado*, Libro 83, Letra F, f. 259 v., el Fiscal de S.M. «*con Fernando y Juan do Pico y Pedro Tome sre. robos en vivero*». *Sentencias*, leg. 28526, sentencia de vista de 26 de agosto de 1614, entre el Fiscal de S.M. y Juan do Pazo, que confirmó la anterior del alcalde de Caldas, le fue notificada en la Cárcel Real y su pregón fue: «*Esta es la Justicia que el Rey nuestro señor manda Hazer a este hombre por ladrón manda sea traydo a la verguenza y a que sirva en las galeras de su mgd por espacio de quatro anos y no los quevrante so pena de servillos doblados quien tal Haze que tal pague.*»

(57) *Sentencias*, leg. 28525, sentencia de vista de 31 de enero de 1612, entre el Fiscal de S.M. y Juan Rodríguez da Debeja: «*con que la Condenacion que por ella se haze sea y se entienda ser Verguenza publica y quatro años de galeras y no mas*»; se le notificó en la Cárcel Real y el texto de su pregón decía: «*Esta es la Justicia que el rrei nuestro señor manda azer a este hombre Por publico ladrón manda sea traydo a la berguenza Por las calles Publicas y ssea llebado a las galeras en las quales le sirban Por galeote al rremo y sin sueldo por el tiempo de quatro años para que a el sea castigo y a otros exemplo quien tal aze quetal pague*». *Sentencias*, leg. 28525, sentencia de vista de 11 de julio de 1612, entre el Fiscal de S.M. y Juan Rodríguez da Proba, que confirmó la sentencia de la justicia de Chantada, se le notificó en la Cárcel Real de Coruña y el texto de su pregón era: «*Esta hes la Justicia a que el rrey nuestro Señor manda azer aeste hombre por puco Ladron Manda sea traydo a la berguença por las calles publicas i sea llebado a las galeras en las quales le sirva por galeote al rremo i sin sueldo por tiempo de seys anos Para que a el sea Castigo y a otros exemplo quien tal haze que tal pague*»; aparece citado en Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, f. 297 v., el Fiscal de S.M. «*con Juan Rodriguez da Proba sobre robos*». *Sentencias*, leg. 28525, sentencia de vista de 11 de agosto de 1612, entre el Fiscal de S.M. y Juan Fernández do Cobelo: «*con que toda la condenacion de la dicha sentençia Sea y Se entienda berguenca publica y seis anos de galeras y con esto mandamos que la dicha sentençia se cunpla guarde y execute*»; también se le notificó en la Cárcel Real de

ella por ladrón y estuprador (58). Las hubo de vergüenza y cuatro años de destierro, que por ser penas arbitrarias inferiores a las ordinarias del hurto fueron suplicadas por el Fiscal (59). De igual manera también hay constancia de su aplicación a ladrones imposibilitados para destinos más duros (60).

---

Coruña, siendo su pregón: «*Esta es la Justicia que El rrei nuestro señor manda azer a este honbre por publico ladron mandase traer a la berguenza Por las Calles publicas y ssea llebado a las galeras de su magestad en las quales sirba Por galeote al remo y sin sueldo por tiempo y espacio de seis anos para que a le sea Castigo y a otros enxemplo quien tal aze que tal pague*». Sentencias, leg. 28528, sentencia de vista de 26 de agosto de 1625, entre el Fiscal de S.M. y Juan Rodríguez Cangado: «*con que los çien azotes sea berguenza publica y los ocho años de galeras sean seis y con esto mandamos que la dicha sentencia se guarde cumpla y execute*»; de ahí que su pregón dijera: «*Esta hes la Justiçia que el Rey nuestro señor Manda hacer A este hombre Por ladron mandasse sea llebado a las galeras de su magestad en donde sirba al rremo y sin sueldo Por tiempo de seis anos y berguença publica quien tal açe que tal pague*».

(58) Sentencias, leg. 28582, sentencia de vista de 12 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Sebastián Fernández Feijó: «*con que los duçientos açotes y diez anos de galeras en que Por ella esta Condenado, sea y se entienda Verguença publica y seis anos de galeras*»; se le notificó en la Cárcel Real de Coruña y su pregón decía: «*Esta hes la Justicia que manda Acer El Rei nuestro señor a este Honbre Por ladron manda sea traído a verguença publica y que sea llebado a las galeras De su magestad Por seis anos y no los quebrante y para que a el sea castigo y a otros enxemplo quien tal aze que tal Pague*». Sentencias, leg. 28582, sentencia de revista de 28 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Sebastián Fernández Feijo: «*con que la berguença publica en que por ella esta condemnado sean duçientos açotes y con esto mandamos que la dicha sentençia se guarde cumpla y execute como en ella se contiene y por esta nuestra sentençia en grado de Revista ansilo pronunçiamos y mandamos Con costas*»; le fue notificada en la Cárcel Real de Coruña. Pregón: «*Esta Hes la Justicia que Manda Hes [la Justicia que manda açer, tachado] el rrei nuestro señor a este Honbre por aver estrupado y forzado a una mujer manda le dar duçientos açotes y que sea llevado a las galeras de su magestad donde sirba en ellas Por tiempo de seis anos en donde sirba al rremo y sin sueldo y no lo quebrante en pena de muerte y por que a el sea Castigo y a otros enxemplo Lo quien tal aze que tal Pague*».

(59) Sentencias, leg. 28582, sentencia de revista de 29 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Juan do Pico, preso en la Cárcel Real, confirmó en todo la de vista que había sido suplicada por el Fiscal, siendo el pregón: «*Esta es la Justicia que Manda Açer el rrei nuestro señor a este Honbre Por ladron Manda sea traído ala berguença y le condena en quatro anos de destierro desta rreal audiencia y su cassa con çinco leguas alrredor El qual lo salga a cunplir dentro de tres dias y no lo quebrante en pena de ser [do] blado en las galeras de su magestad al rremo y sin sueldo quien tal aze que tal pague y porque a el sea Castigo y a otros enxemplo*».

(60) Mediado el siglo XVII, un joven ladronzuelo de 12 años, José Valdés, acusado de varios hurtos fue condenado a diferentes penas, hasta que quedó inútil de un brazo y, por tanto, para las obras públicas (presidio de África). Con posterioridad, «*furandi consuetudinem continuavit, et condemnatus fuit ad poenam ignominiae, vulgo verguenza publica, et exilii*», en MATHEU y SANZ, LORENZO, *Tractatus de re cri-*

Los robos domésticos cometidos por criados en ausencia de sus amos es otro de los ámbitos a considerar. Sucedió en Coruña en 1610 que hallándose el Sargento mayor de su Presidio de romería en Puente deume, su criada aprovechó dicha ausencia para extraer con una ganzúa o con llaves falsas el contenido del arcón de caudales de sus amos. Interrogada por ellos y ante la posibilidad de que se descubriera su delito, optó por huir (61). Una vez apresada volvió a negar ante la justicia el hecho, alegando su curador que su amo le quitara ciertas joyas (62).

El teniente de corregidor de Coruña condenó a la criada en seis años de destierro precisos fuera de su jurisdicción (63). En esta san-

---

*minali, sive controversiarum usufrequentium in causis criminalibus*, Madrid, 1776, controversia, 41, p. 231. Aunque este ilustre jurista reconoció que por su incorregibilidad «*exilium fregerat, flagella contempsit, ignominiam non erubuit*», p. 232.

(61) *Particulares*, leg. 23.798/1, causa entre Francisco de Aguilar contra Isabel Pérez. «*El sargento mayor francisco de aguilar Residente en el Presidio desta ciudad ante v.md. me querello y acuso creminalmente y pido complimiento de Justicia de ysabel criada que me serbia e nmi casa y mas culpados y aziendo rrelacion del caso digo que teniendo en mi casa al serbicio a la dicha moza llamada ysabel que me serbia y fiando della las llaves y todo lo que abia en cassa es ansi que Pode aber ocho dias poco mas o menos questando yo y mi muger ausentes de mi casa desta ciudad enla villa de puente deume en rromaria de nuestra Senora de los rremedios y dexando en la dicha mi casa en un arca y cajon della cierta cantidad de dinero, oro, plata y otras xollas de cierto balor cerrada con llaves y por guardia y costodia de la dicha cassa y de lo que en ella abia a la dicha mi criada abiendo yo y la dicha mi muger llegado a ella de buelta de la rromaria y mirando la dicha arca y caxon la sobredicha se fue a el y lo abrio con ganzula y llave falsas y lo que le paresçio y del hurto y llebo seisçientos rreales en rreales de a ocho y doblones de a quatro y sencillos y abiendo allado de menos el dicho dinero ayer que se contaron diez e seis de este Presente mes y Preguntandole por el dicho dinero y como lo abia hurtado la sobredicha como culpada en el dicho delito esta manana al amanecer estando yo y la xente de mi casa en la cama dormiendo se huyo y fue de la dicha cassa; y ansimismo con el dicho dinero se acoxia en algunas partes y rrecetadoras adonde lo gastaba y ponía desu mano conprandoles muchas rropa de bestir...» Se despachó auto el 17 de julio de 1610 para que se iniciara la información. Fueron inculpados también algunos soldados del Presidio, con los que aquella tenía trato.*

(62) Encarcelada en la pública de Coruña, se tomó confesión a Isabel Pérez, de treinta años, quien admitió haber recibido una joya como regalo, pero negando lo demás. Con posterioridad, se tomó confesión a Francisco Rodríguez, soldado de la Compañía del Presidio de Coruña acerca de los mismos hechos. Por su parte, el curador de Isabel declaró que el Sargento le quitara dos agnusedí de plata, un crucifijo de plata, dos sortijas de plata, unas almendrillas de plata, una sarta de corales, una saya de mezcla nueva y otras cosas «*todo lo qual hes de mi parte que lo a traydo de Pontevedra*».

(63) Por sentencia de 13 de agosto de 1610 fue condenada en seis años de destierro precisos de la ciudad de Coruña y su jurisdicción, y no los quebrantara so pena de vergüenza pública, con costas.

ción quizás influyera la negativa en su confesión, por lo que no puede extrañar la solicitud de la parte contraria para que se le diera tormento (64). En su apelación, la parte querellante adjetivó a este hurto de calificado, se quejó que la justicia inferior no hubiera ordenado la restitución de lo robado y, sobre todo, porque la condena impuesta *«no se puede decir pena pues siendo la sobre dicha moça soltera y bagamunda no puede sintirla en salir desta ciudad y yrse a bibir a otra, antes es dalle ocasion para que de aqui adelante cometa otros hurtos»* (65). Además surgió otro problema, pues dos abogados se negaron a defender a la acusada, cuestión que puso de manifiesto el solicitador de los pobres de la cárcel ante la Audiencia (66).

En su sentencia de vista, los alcaldes mayores se acomodaron más a las penas previstas por las leyes recopiladas, pues la acusada fue condenada a la restitución de parte del dinero que confesó haberle hurtado, vergüenza pública y seis años de destierro (67). En este sen-

(64) El procurador del Sargento había pedido que se la condenara a cuestión de tormento, respecto de los indicios que había, y como el teniente de corregidor no lo admitió, *«por tanto sentiendome de la dicha senta agrabiado aqui delante VSSa. apelo de la dicha sentenzia y de todos su efeto a quien suplico en el dicho grado la rreboque condenando a la sobredicha en lo que por mi parte esta pedido asta que rrealmente sea castigada conforme a derecho aciendo conplimyento de Justicia»*.

(65) Ratificó esta petición porque se había hurtado seiscientos reales y otras piezas de su casa, por lo menos de otro tanto valor, abriendo los cofres donde estaban, constando por la declaración de la acusada *«y siendo hurto tan calificado y digno de castigo exenplar por que no se atrevan los que sirven a haçer otros semexantes deviendo el dicho tenie de corregor condenar a la sobredicha en pena condigna al delito, no lo hiço y solo la condeno en seis años de destierro y sin mandar Restituir a mi parte el dicho hurto Lo qual no se puede decir pena... debia ser Puesta a rregurosa question de tormento por que a VSSa. Pido y suplico Reboque la dicha sentenzia y condene a la dicha acusada a que sea puesta a la dicha question de tormento o no haviendo eso lugar en pena suficiente y qual pide se le de el dicho delito mandando Restituyr a mi parte lo que se le a hurtado o que se le supla su balor se que Pide Justicia y costas»*.

(66) El Solicitador de los pobres de la Cárcel manifestó a los alcaldes mayores cómo dos licenciados se negaron a defender a Isabel por haber dado parecer al sargento, suplicaba *«mande nombrar letrado que debaxo de una pena alegue por la dicha moça atento que esta el pleito parado y no puede pasar adelante»*.

(67) La sentencia de vista de 22 de septiembre de 1610, inserta en la causa se encuentra en mal estado, por lo que cabe acudir a *Sentencias*, leg. 28524: *«Fallamos Atento los autos y meritos deste proçeso que devemos de confirmar y Confirmamos La sentenzia en este pleyto i Causa dada por el teniente de Corregidor desta çiudad en treze dias del mes de agosto pasado deste presente ano por la cual condeno ala dicha isavel perez en seys anos de destierro preçisos, con que demas de los dhos seys anos de destierro porla Culpa que contra la dicha ysavel perez rresulta La Condenamos ansi mismo en berguença publica La qual sea executada en ella en la forma acostunbrada y Con esto Mandamos La dicha sentenzia seguarde i Cumpla y execute segun y Como en ella se Contiene y por esta nuestra sentenzia Ansilo pronunçiamos y mandamos con*



tido, si de acuerdo con la Pragmática de 3 de mayo de 1566 se imponía para los ladrones vergüenza pública y seis años de galeras, como las mujeres no podían ser enviadas a las embarcaciones reales, se optaba por desterrarlas (68).

Hubo un robo de casa especialmente grave, al aprovechar los delincuentes la ausencia de los dueños, la protección de la noche, el que sólo hubiera en ella criadas y la posible existencia de un importante caudal (69). La gravedad de los hechos que cometieron los acusados «*una noche siendo muy denoche*» y «*de preposito y casso penssado*», el rompimiento de las puertas, el intento de forzar a las mujeres, el robo del dinero y alhajas, la nocturnidad, la rebeldía de algunos de ellos, la propia condición del dueño –noble, alférez real y señor jurisdiccional–, debieron mover a los alcaldes mayores del reino a imponer unas condenas durísimas: a un reo encarcelado, doscientos azotes y seis años de galeras; los rebeldes en doscientos azotes y diez años de galeras; a la mujer que les acompañaba en cien azotes y ocho años de destierro del reino; a dos hermanos en vergüenza pública y seis años de galeras; dos más en vergüenza pública y cuatro años de galeras; y, a otros en cuatro años de destierro del reino (70). En estas

---

*costas, i Condenamos ansimismo a la dicha ysavel perez A que de y pague al dicho sargento mayor aguilar Los siete rreales de a ocho que consta abelle hurtado y gastado y lo mismo los Veynte rreales porquel dicho sargento mayor desenpeno el uno de los doblones que fueron allados todo lo qual se cobre de los vienes de la sobredicha.»*

(68) El hurto fuera de la corte en la Pragmática de 3 de mayo de 1566, en N.R., 8, 11, 9, que aumenta de las penas de 1552, condena por el primer hurto en vergüenza pública y seis años de galeras.

(69) *Causas*, leg. 29051, 257, causa entre D. Juan de Montenegro y Taboada, señor de la Casa de Montenegro y alférez de la Armada, contra Fernando Sanjurjo (alias El Nuevo), Gabriel López y Pedro Balseiro. El procurador de Juan de Montenegro, en la querrela presentada ante la Audiencia, expuso que teniendo su parte en casa más de 400 ducados en dinero y más de 2.000 en bienes y alhajas, encontrándose ausente y habiendo dejado en su casa doncellas y criadas, «*los adverssos se fueron una noche siendo muy de noche se fueron a la dicha ssu cassa y rompieron las puertas della quisieron forzar las dhas donzellas y mozas y lo hicieran sino se recojieran en una torre de la dicha fortaleça en lo qual an cometido grave delito y encorrido en las penas en derecho hestablecidas de las quales y cada una dellas a V.SSa. Supplica les condene y Mande castigar por todo y rigor y Pido Justicia y costas y juro en forma. El conozimiento Hes de V.SSa por sser delito de preposito y casso penssado y rompimiento de cassa y Ser mi parte Señor de la dicha jurisdiccion y los adverssos bibir en diferentes jurisdicciones atento lo qual a V.SSa Supplico mande dar provision para que las justicias o qualquia melitar que estuviere en aquella partida recivan ynformacion del delito, y casso de corte ynserta la querrella*». En la información testifical se ratificaron estos hechos.

(70) *Sentencias*, leg. 28529, sentencia de 7 de junio de 1631, entre el Fiscal de S.M. y D. Juan de Montenegro contra Antonio Carneiro, Antonio do Outeiro, Esteban

condenas las hay previstas por las leyes recopiladas para los hurtos cometidos fuera de la Corte por mayores de veinte años (71), aunque las hay arbitrarias que moderan las establecidas para estos casos (72).

Del mismo modo consta la imposición de la pena de vergüenza, junto con destierro, a ciertas mujeres que acompañaban a algunos cuatreros que actuaron en la Tierra de Santiago en los años centrales del siglo XVII (73). A fines de agosto de 1653 la justicia de la ciudad arzobispal condenó a estos ladrones de la siguiente manera (74): al

---

Teijo, Pedro Balseiro, Felipe Criado, Alonso Vázquez, Domingo Pelote, Domingo Bo, Pedro Domínguez, Martín Delgado, Diego y Alonso de Formias, Antonia de Lastres, en su rebeldía: «*Fallamos atento los autos y meritos deste processo y la culpa que dellos resulta contra el dicho antonio Carnero le devemos de condenar y condenamos en ducientos azotes y seis años de galeras al remo y sin sueldo no los quebrante pena de muerte, y a los dichos antonio douteiro y [] mandamos que en qualquiera parte deste Reino que fueren allados sean traídos ala [Cárcel] real deste Reino y por la culpa que contra ellos resulta les condenamos a los dichos antonio douteiro y estevan teixo en cada uno ducientos azotes y diez años de galeras al remo y sin sueldo no los quebranten pena de muerte, y a la dicha antonia de lastres en cien azotes y ocho años de destierro del Reino no los quebrante pena de cumplirlos doblados y al dicho domingo bo en vergüença publica y quatro años de galeras al remo y sin sueldo no los quebrante pena de cumplirlos doblados y a los dichos pedro balseiro, fhelipe criado alonso bazquez domingo pelote en quatro años de destierro precissos fuera del reino no los quebranten pena de cumplirlos doblados en las galeras de su magestad al remo y sin sueldo y al dicho martin delgado en vergüença publica y quatro años de galeras al Remo y sin sueldo no los quebrante pena de cumplirlos doblados, y a los dichos diego y alonso de formias en vergüença publica y seis años de galeras al remo y sin sueldo no los quebranten pena de muerte y por esta nuestra senta ansilo pronunciamos y mandamos con costas».*

(71) La Pragmática de 25 de noviembre de 1552 y la Pragmática de 3 de mayo de 1566, en N.R., 8, 11, 7, castigaba el primer hurto con vergüenza pública, cuatro años de galeras.

(72) Por ejemplo, la efractura de casa para cometer maleficio estaba castigado en N.R., 8, 26, 6, con caer en caso de alevé, pérdida de la mitad de los bienes y el cuerpo a merced del rey. Y con anterioridad el robo con fuerza en casas, en Partidas 7, 14, 18 con pena de muerte.

(73) La causa de la Justicia de Santiago contra Pedro García Juárez *sobre delitos*, en *Particulares*, leg. 21.711/34, donde consta el inicio de la causa el 27 de julio de 1653 ante el Asistente por comparecencia de Amaro da Brea, vecino de Santiago y guarda de los tributos reales, «*y le dio cuenta como en el barrio de san pedro hestavan tres o quatro Ladrones quatreros que an sido tenderos de çestas y a mucho tiempo que andan hurtando En las ferias y caminos ganado de bueys bacas y cabalgaduras y otras cossas y al presente tienen En su poder un caballo hurtado, y su merced oyda la dicha rrelaçion mando que dicho amaro da brea en compañía de pedro de meis y otras personas prendiessen los dichos hombres y mugeres y los pusiessen enla çarçel publica deste arçovispado».*

(74) Aunque no he encontrado la sentencia de 1653, los autos de esta causa comienzan con el poder otorgado en la Cárcel de la Torre de la Plaza de Santiago, el 30 de agosto de 1653, dado por Pedro García Suárez, Pedro Varela, Alberto Muñoz,

que figuraba como cabeza de ellos en doscientos azotes y cuatro años de galeras, al que tenía una causa anterior a doscientos azotes y ocho años de destierro, a otro de los hombres en vergüenza pública y cuatro años de destierro, mientras a las mujeres se las impuso vergüenza pública y dos años de destierro. Los alcaldes mayores de la Audiencia se limitaron a confirmar estos castigos, agravando alguno de ellos, y ordenando que la justicia señorial dispusiera el cumplimiento de las penas de azotes y vergüenza (75).

Pocos años después, los alcaldes del alto tribunal gallego agravaron la pena de vergüenza y seis años de galeras impuesta en la sentencia de vista a un abigeo integrado en una importante gavilla, hasta los doscientos azotes y diez años de remo en el siguiente grado (76).

---

Magdalena González y Dominga Rodríguez, para apelar la sentencia dictada por el asistente de Santiago, *«por que les condenò a berguenza publica azotes y galeras y otras Cossas que dicha Sentencia rrefiere»*. No obstante, la sentencia de vista de la Audiencia permite completar esta laguna.

(75) *Sentencias*, leg. 28536, sentencia de vista de 30 de junio de 1655, entre el Fiscal de S.M. contra Pedro García Suárez, Pedro Varela, Alberto Muñiz, Magdalena González y Dominga Rodríguez: *«Fallamos Atento los autos y meritos deste proceso que devemos de confirmar y confirmamos las sentencias en esta causa dadas por el alcalde mayor de la ciudad de santiago a beinte y nueve de agosto del ano pasado de sseiscientos y cinquenta y tres porque condeno a dicho pedro garcia Suarez en ducientos Açotes y quatro anos de galeras y al dicho pedro barela en ducientos açotes y ocho años de destierro y al dicho alberte muniz en berguença publica y quatro anos de destierro y a la dicha madalena goncalvez en berguença publica y dos anos de destierro y a la dicha dominga rrodriguez en berguença puca y dos anos de destierro y de que por parte de los ssobre dichos Para antenos fue apelado las quales mandamos se guarden cunplan y executen segun y como en ellas se contiene, con que los quatro anos de galeras en que fue condenado el dicho pedro garcia Suarez sean ocho y los ocho anos de destierro en que fue condenado el dicho pedro varela sean ocho anos de galeras y mandamos que dicho Alcalde execute las açotes y berguença publica en que estan condenados los ssobre dichos y por esta nuestra ssentencia Asilo Pronunciamos y Mandamos Con costas»*; el Fiscal se dio por notificado de esta sentencia *«y en quanto a no ser condenados los Reos en mayores y mas graves Penas Supplica della Pide se supla y añada a las Condegnas a la Culpa que Resulta de los autos.»*

(76) *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 24 de noviembre de 1664, entre el Fiscal de S.M. contra Domingo de Argozón, Domingo de Vigo, Domingo de Argozón Vispo, Domingo Rodríguez de Suruia, Pedro de Faylde, Juan de Vigo, Sebastián do Porto, Cristobal do Pazo, Pedro Regueiro de Sa, Ventura de Sousa, Bartolomé Pereira, Juan de Nojilde, Inés Pata de Moreiras, en su rebeldía: *«Fallamos Atento los autos y meritos deste processo que devemos de condenar y condenamos alos dhos Domingo de argoçon en duçientas acotes y seis anos de Galeras y al dicho Domingo de Vigo en Verguença publica y seis anos de Galeras al Remo y sin sueldo y alos dhos domingo de argoçon Vispo Domingo Rodriguez pedro de faylde Jun de Vigo sebastian do porto Cristobal do paço Pedro Rigueiro de Sa Bentura de sousa Bartolome Pereira y Jun de Nogilde a cada uno dellos en diez anos de galeras al*

También fueron castigadas con vergüenza dos mujeres por «ladronas robadoras de Casas» al concluir el siglo xvii, si bien la Audiencia endureció alguno de los castigos impuestos por el corregidor de Coruña (77).

Durante la primera mitad del siglo xviii vemos impuestas a ladrones, entre otras, las siguientes penas: vergüenza pública y ocho años de galeras por la justicia inferior, convertidos en doscientos azotes y tres años de galeras por los alcaldes mayores del reino (78) —en ambos

---

*Remo y sin sueldo y no los quebranten pena de la vida y a la dicha ynes pata la condenamos en seis años de destierro precisos fuera del Reyno pena de Cunplillos doblados y por esta nuestra sentençia ansilo pronunciamos y mandamos con costas». La sentencia de revista de 24 de enero de 1665: «Fallamos atento los autos y meritos deste processo que debemos de confirmar y confirmamos la sentencia de vista en este pleito y causa dada por algunos de los alcaldes mayores desta Real audiencia de su magestad en veinte y quatro de noviembre de mill y sseiscientos y sessenta y quatro anos Exceto que en quanto al dicho Domo de Vigo la debemos de emendar y para la emendar la retocamos y le condenamos en Ducientos acotes y diez anos de destierro preçisso fuera del Reino la qual mandamos se guarde y cumpla segun y como en ella se contiene y porestá nuestra ssentencia juzgando en grado de revista ansilo pronunciamos y mandamos». Aparece en libros de la Escribanía de Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, f. 294 v., el Fiscal de S.M. «con Domingo de Argozon Antonio Pita y otros, sobre avigeato y otros delitos».*

(77) *Sentencias*, leg. 28485, sentencia de vista de 4 de septiembre de 1699, entre el Fiscal de S.M. con María de Lago, ciega, María Fernández, viuda Nicaela Fernández, criada de dicha ciega: «Fallamos Por los Auttos A que nos referimos que por lo que dellos resulta devemos de confirmar y confirmamos la ssentencia en este pleitto y causa Dada por Dn Anttonio Sanguinetto y çaya Correxidor desta ciudad y de la de Vetanços Con parecer del lizado. Dn Joseph Somoça, abogado destta rreal audiencia Pronunçiada en los veinte y tres de Junio del ano Pasado de Mill y sseiscientos y noventa y ocho Por la qual condenó a la dicha Maria de lago ciega en Ducienttos Açottes y carçel Perpetua, Con que dicha carcel perpetua se entinda Destierro Perpetuo, fuera deste rreyno, el qual no quebrante pena de Muerte y lo mismo quanto a que Por dicha ssentencia Condeno a dicha Maria fernandez y Nicaela fernandez criada de dicha ciega en destierro perpetuo, fuera del Reino y en berguença publica. Con que se añade a la berguença publica de dicha Maria fernandez se entienda mas Çien açottes y en esta conformidad que Confirmamos dicha ssentencia praa Cuya execucion sean sacadas, todas tres, de la carcel Real, por el executor de la Justicia en sus Bestas, de albarda por las calles publicas y acostumbradas y por esta nuestra sentençia en Grado de Vista; y de que para Anttenos fue apelado por las sobres dichas Ansilo pronunciamos y mos Con costtas». Se ejecutó el 5 de septiembre por las calles y plazas públicas de la ciudad y Pescadería, dando los azotes a las dos en la forma que refiere la sentencias, hasta salir fuera de la Puerta de la Torre, donde se les volvió a notificar cumplieran con la sentencia y no volvieran al reino, «pena de vida». Aparece mencionado en *Fariña*, Libro 23, Letra F, f. 154, el Fiscal de S.M. «con Maria de Lago sre. robos».

(78) *Sentencias*, leg. 28542, sentencia de vista de 10 de diciembre de 1709, entre el Fiscal de S.M. y Francisco Rodríguez: «Fallamos Por los auttos a que nos refirimos que por lo Que dellos resulta devemos de Confirmar y Confirmamos la ssentencia en

casos son penas extraordinarias—; vergüenza pública y ocho años de destierro a una ladrona (79); y vergüenza pública y dos años de galeras —que era el tiempo mínimo—, pena revocada por los alcaldes mayores para castigar con cuatro años de destierro y apercibimiento (80).

Bastantes años después, en 1744, un ladrón fue condenado en instancia a sufrir vergüenza pública, doscientos azotes y tres años de galeras, pena a todas luces arbitraria —pero que se repitió concluyendo el siglo—, pues en Castilla los azotes llevaban implícita la vergüenza;

---

*este Pleitto y Caussa dada Por el corregidor dela ziadud de orensse Por la qual Condegno a dicho francisco rodriguez en Berguenza Publica y en ocho años de galeras Y mas Que dicha ssentencia Contiene La qual se guarde y executte como en ella se expresa; Con que la Berguenza Publica sea y se enttienda Duçienttos azottes y los ocho anos degaleras se enttiendan solamente tres, Y Poressta nuestra Senttencia en Grado de Vistaa assi lo Pronunciamos y mandamos Con costas esso mismo destta ystantia y la pena de azottes se executte sin embargo»; en Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, f. 308, aparece el Fiscal de S.M. «con Francisco Rodriguez sre. robos». No deja de extrañar el cambio de penas, y la extraña combinación de doscientos azotes con tres años de galeras, más que la de vergüenza con ocho de galeras.*

(79) *Sentencias*, leg. 28491, sentencia de vista de 19 de julio de 1732, entre el Fiscal de S.M., Alberto Alonso, Manuel García, Pedro de Outarelo, Pedro Bello y Ventura de Gabián con Teresa do Faro: «Fallamos Por los Auttos â que nos rreferimos que por lo que dellos rresultta debemos de Condegnar y condenamos â dha theresa do faro en berguenza publica y ocho años de destierro fuera deste Reyno para lo qual mandamos se rreduzga a la Carcel rreal destta ziadud y della sea sacada... y Buelba a la rreferida Carcel para que desde ella baya â cumplir dicho desttiero lo que ejecutte por el mencionado tiempo de dhos ocho años pena de duçienttos azottes y quatro años de carçel. Y por estta nuesta senttencia que mandamos se ejecutte sin embargo de suplicacion Asilo pronunciamos y mandamos»; la causa contra Teresa do Faro, por extracción de bienes en Tuy, en *Particulares*, leg. 4.772/44. En Francia, la vergüenza, «c'était généralement les auteurs de vols simples, vols de blé et vols en foire surtout, qui étaient attachés au pilori», ULRICH, D., «La répression en Bourgogne au XVIIIe siècle», *Revue historique de Droit français et étranger*, 3 (julio-septiembre, 1972), p. 424.

(80) *Sentencias*, leg. 28489, sentencia de vista de 22 de agosto de 1722, entre el Fiscal de S.M. y Esteban Morado, pobre de solemnidad y como tal mandado ayudar: «Fallamos por los autos a que nos referimos que porlo que dellos resulta devemos de revocar y revocamos la sentencia en este pleito y causa dada por el llamado Alcalde maior dela Ciudad de Mondoñedo pronunciada en los diez y seis dias del mes de junio del año pasado de mill setecientos y diez y siete por laqual condeno a dicho hesteban Morado en verguenza publica y en dos años de galleras y mas que dha Sentencia [contiene] que declaramos por nulla y de ningun valor y efecto y aciendo justicia le condenamos a dicho hestaban morado en quatro años de destierro fuera del reino y no los quebrante con apercivimiento de que sera Castigado severamente y cumpliendo el sobre dicho con esta sentencia la justicia de la Ciudad de Mondoñedo le suelte de las prisiones en que se alla [] y se ejecute sin embargo de suplicacion y por esta nuestra sentencia ansilo pronunciamos y mandamos»; existe una causa contra Esteban Morado por robos hechos en Castromayor, en *Particulares*, leg. 3.457/45.

y, aunque la Escuadra de galeras no había desaparecido, no consta que la Audiencia la siguiera imponiendo desde 1742. Por esto, los diez años que denunció llevar encarcelado y otros motivos que desconocemos, debió favorecer que los alcaldes mayores optaran por condenarle en ocho años en el Arsenal de La Graña, con la obligación de solicitar licencia de la Audiencia para abandonarlo una vez cumplidos, y en cincuenta ducados (81).

El robo sacrilego de una corona de la Virgen del Campo de Monforte a mediados de siglo fue castigado con vergüenza pública y diez años de presidio en África, en calidad de gastador y con la necesidad de obtener la licencia regia para poder salir de él (82).

---

(81) *Sentencias*, leg. 28552, sentencia de vista de 9 de diciembre de 1744, entre el Fiscal de S.M. y el Oficio de la Justicia con José de Rivas, pobre de solemnidad, por tal mandado ayudar y preso en la Cárcel Real: «*Fallamos por los áutos a que nos Referimos que por lo que de ellos Resulta Devemos de Revocar y Revocamos la Sentencia en este pleito y Causa Dada por el Juez hordinario de la Ciudad de Santiago pronunciada en los seis de septiembre del año pasado de mill setecientos treinta y seis, por lo que mira a la pena de Verguenza publica y ducientos Azotes en que por ella se condenava a dicho Joseph de Riva; y los tres años de Galeras en que asimismo se le Condeno sean y se entiendan ôcho en el Real Servicio de Su Magestad, los que Cumpla en el Puerto de la Graña; y de fenecidos no salga de dicho servicio sin expresa Lizencia del tribunal; y asimismo se le Condena en Cinquenta Ducados de multa aplicados Camara y gastos de por mitad; y quanto a lo mas que dicha sentencia contiene la devemos de Confirmar y Confirmamos y se Guarde Cunpla y eecute segun y Como en ella se Contiene y por esta difinitivamente Juzgando en grado de Vista asilo Pronunciamos y mandamos*»; se le notificó en la Carcel Real, «*dixo la ovedece Como deve y quanto a su Cumplimiento respecto a ttan larga prison en que se alla hâ Diez años y no ttener medios para Acredittar su ygnozencia para seguir la segunda Ynstantcia en Bia de suplica sin perjuicio de en qualquiera ttiempô mexorando de fortuna hacer ber la Ygnozencia que lleva respondido y usar de los mas recursos quele convengan Por aora le Consiente, y que sin dilacion alguna se le saque de esta Carcel*». Aparece mencionada en Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, f. 313, el Fiscal de S.M. «*con Josef da Riva sre. robos*».

(82) *Sentencias*, leg. 28554, sentencia de vista de 14 de octubre de 1752, entre el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pedro Vázquez Caraveles: «*Fallamos áttento los áuttos y merittos del prozeso â que nos rreferimos que por lo que de ellos resulta devemos de Confirmar y Confirmamos la senttenzia en esta Causa dada por el Correxidor de Monforte pronunziada en los veintte y ttres de Junio del año pasado de mill settecientos y zinquentta entendiendose el presidio en que por ella se Condena a dicho Pedro Vazquez Caraveles en qualidad de Gastador y Con declarazion de que no salga de el aun despues de cumplidos los diez años sin expresa lizenzia de la sala y para la execucion de la primera parte de dicha ssentencia mandamos se le saque de la Carzel rreal donde se alla en una Vesttia de Alvarda y arricado del pelo y zexas por el ofizial publico por las calles y sittios âcostunbrados de esta ciudad, a boz de pregonero que publique su delitto y echo se le rrestituya áella para el distino y en esta Conformidad mandamos se Guarde y cunpla dicha ssentencia segun y Como en ella se previene y por esta nuesttra difinitivamte Juzgando que*

Algunos delincuentes recibieron la calificación de *ladrones famosos* (83), con independencia de que cometieran robos de caballerías y pudieran ser considerados abigeos. La consecuencia más inmediata fue la agravación de sus penas con relación a los autores de otros robos. Por ello no puede extrañar que se impusiera doscientos azotes y diez años de galeras al cabecilla, y vergüenza pública con ocho años de galeras a los restantes miembros de cierta gavilla (84). Aunque no dejan de existir disparidades, al condenarse a un reo calificado como tal ladrón famoso —de bodegas— en instancia a vergüenza y dos años de galeras, que los alcaldes mayores agravaron y con más correspondencia a la normativa regia, impusieron doscientos azotes y seis años de galeras, más lógica que la anterior, pero más reducida de lo que era habitual para los ladrones que recibían esta calificación (85).

---

*se execute sin embargo de suplicacion asilo pronunziamos y mandamos»; aparece en Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, el Fiscal de S.M. «con Pedro Vazquez Caraveles y Lucia Rodriguez su muger sre. robo de una corona à la Ymagen de nuestra Sra. del Campo de Monforte».*

(83) Creo que este término se puede interpretar como sinónimo de *público ladrón*, citado en algún pregón. Parece que con estas denominaciones hacían referencia al *ladrón conocido* de Partida 7, 14, 18.

(84) *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 3 de diciembre de 1669, entre el Fiscal de S.M. con Luis Alvarez, Pedro Alvarez, Sebastián Fernández, sargento, Antonio Pérez, Juan González, Dominga Vázquez mujer de Antonio Pérez, Sebastián Fernández de Castro, Bartolomé de Puente Areas, en su rebeldía. A pesar de su estado de conservación, consta que fueron condenados Antonio Pérez, tabernero, a diez años de galeras y doscientos azotes; Luis Alvarez, Pedro Alvarez, Sebastián Fernández, sargento, cada uno en ocho años de galeras y vergüenza pública; a cada uno en doscientos ducados y les mancomunan con Antonio Pérez y a él con ellos en la pena pecuniaria de novecientos ducados; Juan González, cuatro años de destierro voluntarios; «y que todo lo en ella contenido ansi penas corporales como pecuniarias se execute cumpla y guarde en todo y por todos sin embargo de suplicazon». Además, se dispuso: «En la Ciudad dela Coruña A siete dias del mes de Diciembre de mil y seiscientos y sesenta y nueve años los señores Don Juan Pardo de monçon Don Juan Santos de San Pedro, Don Geronimo Altamirano y Don Gregorio Perez Dardon Mandaron que en el pregon se diga: esta es la Justicia que el Rey nuestro señor manda açer en estos hombres Por ladrones famosos, Y asilo dijeron»; y, aparece en Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, f. 297, el Fiscal de S.M. «con Antonio Perez Luis Albarez y consortes sobre el Robo echo a Dn. Jacinto Gayoso y su muger».

(85) *Sentencias*, leg. 28539, sentencia de vista de 16 de octubre de 1694, entre el Fiscal de S.M. y Juan Douteiro: «Fallamos Por los autos A Que nos rreferimos y por lo que dellos rresulta debemos de confirmar y confirmamos la sentencia dada en esta caussa por la Justicia hordinaria de biberio con que la berguença publica y dos años de Galeras en que se condeno a dicho Juan douteiro sea y se entienda Duzientos açotes que les sean dadas por las calles publicas desta ciudad aboz de pregonero que publique su delito de ladron famoso y en sseis anos de Galeras al remo y sin sueldo y se execute sin embargo Y por esta nuestra Sentencia Asilo pronunziamos y

Otra de las gavillas más importantes del Reino de Galicia en los últimos años de la centuria ilustrada, fue la capitaneada por Juan Antonio Pérez Abeleira y cuyo ámbito territorial se centraba en la jurisdicción de Puenteareas y Petán, aunque fueron arrestados en la de Salvatierra, estando dedicada sobre todo al robo de caballerías para su venta en otros lugares, incluido el Reino de Portugal. En el mes de mayo de 1788 algunos de estos agavillados trasladaban algunas caballerías robadas perseguidos por una partida del Regimiento de Irlanda, de lo que tuvo noticia el juez de Salvatierra, pudiendo apresarlos y proceder contra quienes componían este grupo de bandoleros (86). En un auto de providencia de la justicia de aquella tierra «*por los muchos robos de caballerias y ganados*» (87), condenó a sus componentes,

---

*mandamos en grado de Vista*». Sentencias, leg. 28484, sentencia de revista de 10 de diciembre de 1694, confirmó los términos de la anterior. Aparece citado en *Fariña*, Libro 23, Letra F, f. 158, el Fiscal de S.M. «*con Juan de Outeyro sre. robos de Bodegas*».

(86) *Causas*, leg. 29203, 35, causa entre el Oficio de la Justicia contra Juan Antonio Pérez Abeleira, Juan Antonio Fernández, Manuel González, Juan Barreiro, Manuel Barreiro, Manuel Barreiro, Francisco Prieto (alias Manote), Gregorio Estévez, Simón Prieto y otros, sobre robo de caballerías. Comenzó por auto de oficio de la Justicia de Salvatierra de 13 de mayo de 1788, ya que la víspera le salió un hombre en el camino de vuelta expresándole que, por una vereda inmediata, transitaban tres hombres con unas caballerías robadas, en cuyo seguimiento ya venían varios hombres, por lo que su merced determinó salirles al encuentro. Consiguieron asegurarlos y ponerlos a cargo de los perseguidores, aunque se le comunicó que uno de los presos se había fugado, sin que fuera posible volverle a coger por ser de noche y los auxiliares hallarse muy cansados. Por todo ello abrió auto de oficio, cabeza de proceso, mandando se tomaran declaración a los presos, al tiempo que solicitaba el arresto del fugado. El día 15 mandó trasladar los arrestados a la cárcel de Puenteareas, puso a cuidado las caballerías para que un albéitar diera sus señales, envió requisitorias a las justicias inmediatas para conocimiento de los posibles dueños, etc. Estos autos han de completarse con *Crimen*, leg. 3, 17, tres piezas, siendo la última la que contiene el extracto de la Causa intitulada «*El Real oficio de la Justicia de Salvatierra Con Juan Antonio Perez Abeleira, Juan Antonio Fernandez y otros sobre robos*».

(87) Auto de providencia del juez de Salvatierra de 31 de diciembre de 1788, contra Juan Antonio Pérez Abeleira, Juan Antonio Fernández y Manuel González, «*los tres aprehendidos con siete caballerias robadas en el dia doce de Mayo pasado de este año y en que despues han resultado reos por los muchos robos de caballerias y ganados Juan Barreiro... teniendo presente que algunos de los reos tienen calificada vien su mala condutta y excesos y por lo mismo en seguir contra esttos la causa nada mas se adelanttarà que gasttos y molestias con dilaciones en las carceles en que esttàn por no haber una capaz con bastante yncommodidad y expuesttos a fugarse como se hà verificado admas de que algunos de los mismos reos se hallan separados de defensa por itodo ello y con arreglo a lo mandado en los reales auttos de sala que encargan la brebedad de el assumpto debe de acriminar y determina baxo su superior aprobacion lo siguiente*»: Francisco Rey (alias Danzas), Manuel Rodríguez Camulo, Antonio Martínez, Manuel de Torres, Juliana Puyme, Isabel y María



entre otras, a las siguientes penas: a los presos en ocho y cuatro años de presidio como gastadores en Africa; a todos los ausentes en ocho años de presidio; dos mujeres presas y otras dos fugadas debían ser puestas a la vergüenza en la puerta de la cárcel un día de mercado y seis años de destierro fuera del reino; otras dos fueron apercibidas para que se dedicaran al trabajo, evitando excesos como los que resultaban contra ellas; y, los consabidos apercibimientos acerca de su buena conducta. Este auto se confirmó en parte por la Sala del Crimen con referencia a algunos reos, mientras que revocó la vergüenza impuesta a dos de las reas y mitigó a alguno su estancia en presidio o enviándolos al más cercano de Ferrol (88).

---

Sánchez y María Domínguez, todos presos: al primero y último a ocho años de presidio en Africa; al segundo y tercero en cuatro, todos en calidad de gastadores, pena de doblado; Puime y Domínguez, vergüenza pública en un día de mercado en la puerta de la cárcel por espacio de una hora, y en seis años de destierro de este reino; a las Sánchez, apercibimiento. A Pérez Abeleira, Manote, Estévez, Simón Prieto, José Giraldez, Benito González, Antonio Pérez, Pepe, Benito González, Antonio José, Pepe, Benito Antonio Sousa, Manuel Leandro, Baltasar de Peejido e Ignacio Domínguez, siendo habidos, a ocho años de presidio, dirigiendo testimonios a la autoridad militar por el miliciano Simón Prieto. A Manuela Felgeiro y Ana Fernández, siendo habidas, en la misma pena que a Puime y Domínguez. Con respecto a los demás reos, se sigan las causas por los trámites de derecho. A Jacobo Domingo, Francisco y Manuel Barreiro, sus hijos, Domingo y Juan González, Antonio Rodríguez, Juan Antonio Fernández y Manuel González se les pusiera en libertad bajo fianza de estar a derecho. A Antonio Giráldez se le ponga en libertad sin costas. Francisco Moure se le apercibe por sus declaraciones y a resarcir daños. A Francisco Rey (alias Danzas), Francisco Antonio Prieto, Manuel de Torres y Juan Antonio López, por el incidente de la fuga a un año de presidio en Africa. Junto con otros apercibimientos y matizaciones con relación a costas.

(88) El Real Auto de Sala de 31 de enero de 1789: «*Confirmase el auto de prohibencia dado por el Juez de Salvatierra quanto a Manuel de Torres, Benito Sousa y el compañero que dijo llamarse Pepe, Francisco Rey alias Danzas Juliana Puyme, Manuela Franqueira, Manuel Rodriguez alias Camulo, Ysabel y Maria Sanchez muger y cuñada de el mismo y Antonio Martinez con ttal que la Pena de Presidio a dicho Torres se entienda unicamente por espacio de seis años, la de dicho Rey Danza por ocho en Africa, y la de Manuel Rodriguez y Antonio Martinez en el Ferrol y el destierro de Juliana Puyme y Manuela Franqueira sin la pena de Verguenza sin perjuicio de que siempre que puedan ser habidos o se presenten adisposicion deel Tribunal dicho Benito Sousa, Su compañero Pepe y la cittada Manuela Se les oira conforme a Derecho. A los ttres primeros se les condena mancomunadamente en todas las costas de que fueron Causa y en las por su parte Causadas en los yncidenttes de fuga; A Antonio Martinez se les condena enlas costas por su parte Causadas, Y a los seis restantes se les condena mancomunadamente enlas cosittas por si causadas y a Francisco Rey en las que le Correspondan en los yncidenttes de sus fugas y Deligencias para su arresto, Y se executte quantto a todos presos contenidos en este real Auto*». Se remitió a la justicia de Salvatierra para que la cumpliera y enviara el original.

Una vez completas todas las diligencias procesales, incluida probanzas, reconocimientos de caballerías, confesiones, declaraciones de los testigos, etc., la justicia de Salvatierra dictó sentencia, en virtud de la cual condenó en diez, ocho o seis años de presidio a los hombres, destierro a las mujeres y apercibimientos tanto a los condenados como a los absueltos (89).

La Sala del Crimen introdujo algunas modificaciones en la sentencia de la justicia citada. De ellas hay una muy interesante que es la impuesta al capitán de la gavilla, fugado: «*en la Pena de Doscientos Azotes y Berguenza Publica, y se le Destina por Diez años a presidio, que cumpla en uno de los de Africa*» (90). En Castilla la pena de

---

(89) *Crimen*, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>, sentencia de 18 de marzo de 1790, srê. *Robos de Cavallerias, y Ganados, conlo mas que rresulta de los autos*: «*Fallo atento a los meritos del Proceso a que en caso nezario me rrefiero, que por lo que de ellos resulta devo de condenar, y condeno a Juan Antonio Perez Abeleira en diez años de Presidio, a Francisco Prieto Manote, Simon Prieto, Gregorio Estevez, Jose Giraldez, Juan Barreiro, Juan Baptista Davila, en ôcho; a Juan Antonio Lopez, Antonio Perez, Ygnacio Dominguez y Manuel Leandro en seis; que cumplan todos en calidad de gastadores en uno de los de Africa, y no quebranten pena de doblado; a Maria Dominguez y Ana Fernandez, en seis años de destierro a seis leguas de distancia de esta Provincia, De la Corte, y Sitios reales y no podran ser admitidas en los Paraxes de que se les destierra, sin que pasado el termino agan constar el Pueblo donde han rresidido, y que han bivido con arreglo alas leies; a Manuel Barreiro el maior, Jacobo, y Domingo sus hermanos, Domingo Freixanes, Jose Gonzalez, Manuel Fernandez y Antonio Rodriguez se les aperzive que en lo futuro eviten los indicios y sospechas que contra ellos rresultan, Y expecialmente a los tres primeros se les encarga que mediante ellos propios confiesan las pocas utilidades licitas que les puede producir el trato de Cavallerias se abstengan de el, expecialmente, fuera de las ferias Publicas, a donde concurran sus convecinos, y sobre la conductta de todos estos zelaran las respectivas Justicias, y a todos los asta aqui expecificados, los condeno mancomunadamente en todas las costas en quanto a ellos ocasionadas en sumario, y plenario, a Francisco Barreiro y Manuel Barreiro el Mozo, les devo absolver, y absuelvo de la acusacion contra ellos propuesta satisfaciendo cada uno las costas por su parte Causadas a Benito Gonzalez, Balthasar Puexido, y Benito Antonio de Sousa les condeno a cada uno en ocho años al referido Prsidio, y a Juan y Domingo Gonzalez y Rosa Carreira les apercivo tamvien para lo subcesivo eviten las sospechas que contra ellos rresultan, y à la Rosa que para mejor evitar las procure distribuir su familia aplicandola segun sus respectivos sexos a ôficio util, ô aganar soldada, y á todos estos les condeno mancomunadamente en las costas en quanto a las correspondientes a Antonio Marinez, vecino de San Martin de Caldelas, que yà se alla aplicado a presidio, Y por esta mi sentencia difinitivamente Juzgando, y vaxo la aprobacion de su excelencia los Señores de la real Sala del Crimen con quien se consulte por mamo del Fiscal de S.M. con los autos orixinales, quedando un testimonio con relacion de los Reos Profugos comprehendidos para procurar su arresto».*

(90) *Crimen*, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>, Real Auto de la Sala del Crimen de 27 de marzo de 1792: «*Rebocase la sentencia que consulta la Justicia de Salvatierra, en quanto por ella condena a Benito Antonio Sousa à ocho años de Presidio... A Juan Antonio*

azotes llevaba implícita la de vergüenza pública (91), frente a lo que ocurría en otros territorios europeos donde aparecían como penas independientes (92). Por eso resulta muy extraño tan peculiar y arbitraria pena, aunque en todo caso es más moderada que la de muerte natural, si bien la impuesta no dejaría de ser una aplicación práctica de la conmutación prevista para la pena capital por galeras y esta, a su vez, por presidio, de conformidad con las leyes recopiladas. Años después los principales cabecillas –Juan Antonio Pérez Abeleira (93) y Simón Prieto (94)– fueron arrestados. El Fiscal pidió que se ejecutaran las penas fijadas al primero de los citados, al estar lo bastante probado el hecho por su fuga y ser deducible de su confesión (95). La

---

*Perez Avelira se condena en la Pena de Doscientos Azotes y Berguenza Publica, y se le Destina por Diez años a presidio, que cumpla en uno de los de Africa, sin perjuicio de oírle siempre que se presente, o sea havido, absuélvese a Francisco y Manuel Barrerero de la Acusacion contra ellos echa... Se confirma en todo lo demas y execute sin embargo de suplicacion».*

(91) Por ejemplo, SALGADO DE SOMOZA, F., *Tractatus de Regia Protectione vi oppressorum appellantium à causis et iudicibus Ecclesiasticis*, Lugduni, Imprenta de Laurentii Anisson, 1659, Parte II, cap. IV, nn. 201 a 203, p. 186, manifiesta que los azotes «*poena est corporalis, et corporis afflictiva, et multum ignominiosa... Qua etiam ratione poenam corporalem et infamatoriam esse illam, quam nos verecundiae diximus; qua quia condemnatur, ut publice per urbem jumento mulove impositus circumeat, et in publico praecone ejus delictum pandatur, ac manifestetur quam vocamus pena de verguenza imponi solitam pro delictis turpibus, et haec poena loco corporalis habetur*». Mientras que según MATHEU, *De re criminali*, controversia 55, 28, p. 293, «*congruenter publicae utilitati consulebatur hunc reum flagellis per plateas caedendo, quorum poena ratione ignominiae aequalis, vel major ipsa morte reputatur*». En este punto había manifestado que «*plus deterret multitudinem popularem Hispanorum, fustigationis poena propter ignominiam resultantem, quam acerba ultimi supplicii*», controversia 42, n. 30, p. 238.

(92) Cabe recordar que en 1744 ya se había dictado una sentencia similar –verguenza, doscientos azotes y galeras– por el juez de Santiago, revocada por la Audiencia. Mientras que en esta últimamente citada, la imposición de ambas penas lo fue por la Sala del Crimen. Sólo encuentro una razón: mostrar al pueblo dos veces a un terrible delincuente condenado, por las mismas calles y aplicándole dos penas diferentes aunque conexas. Mostrar, en definitiva, el triunfo de la justicia real sobre el delincuente, al tiempo que precaver a los demás de incurrir en iguales delitos.

(93) *Crimen*, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>, fue arrestado en septiembre de 1792, en la jurisdicción de Parada y enviado a la Cárcel Real de Coruña.

(94) Sobre el arresto e identificación de Simón Prieto y Margarita Giraldez por la justicia de Rivadavia el 27 de junio de 1792, los autos y diligencias en *Crimen*, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>.

(95) *Crimen*, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>, el Fiscal, en 19 de diciembre de 1792, manifestaba que Pérez Abeleira, sentenciado a sufrir azotes, vergüenza y diez años de presidio africano, estaba su fuga de la cárcel de Tuy «*e ygualmente ser un Ladron famoso con especificacion de los Robos que havia Cometido Cuiá Sentencia no ha tenido execucion por hallarse en reveldia, y fugado hasta que Ultimamente la justicia de la Juris-*

Sala del Crimen debió de reconsiderar la peculiar y arbitraria pena impuesta al capitán de la gavilla en rebeldía por lo que, tras oírle, se ajustó más a las penas habituales, pues le impuso doscientos azotes –ya no se incluye la vergüenza–, diez años de presidio en Africa «*que cumpla con cadena*» y le apercibió (96).

i) *Vagancia*. A tenor de lo previsto en las Pragmáticas de 25 de noviembre de 1552 y de 3 de mayo de 1566 (97). Aunque no he encontrado en la documentación de la Audiencia gallega su imposición por este delito (98).

Además de esta previsión punitiva para los delitos citados en los textos normativos, es preciso hacer mención a la regulación sobre la conmutación de una pena grave por alguna más leve, como la de vergüenza junto con otro castigo. Así se dispuso en la Pragmática de 25 de noviembre de 1552, donde se regula la conmutación de la pena de azotes por vergüenza y cuatro años de galeras al mayor de veinte años (99); mientras que en la Pragmática de 3 de mayo de 1566, se

---

*dicion de Parada lo arrestò, y remitio ala Carcel Real con su Ynforme, en el que no solo àsienta que el Juan Antonio Perez es un fino Ladron, sino que añade es un vengatibo, y que tan pronto se bea libre harà desatinos; Y aunque à consequencia de lo prebenido en dicha Sentencia se le ha tomado su Confesion, lexos de haver Satisfecho à los cargos que se le hicieron que antes Vien confiesa el echo de la Fuga y algunos delos Robos porque ha sido procesado siendo fribolas, y despreciables, las Causales que propone para moderar ambos delitos... Podra la Sala confirmando dicha Sentencia mandar se Cumpla y executte en anbos particulares de la condena de Azotes y Berguenza publica, y destino a los diez años de Presidio. Y por lo que mira a Simon Prieto comprendido en los mismos autos que use de la Vista que le esta concedida».*

(96) Crimen, leg. 3, 17.1.<sup>a</sup>, Real Auto de la Sala del Crimen de 7 de enero de 1793: «*Como lo dize el Fiscal de S.M. y en su consequencia se de vista de la causa a Simon Prieto, Y se condena a Juan Antonio Perez Abeleira en la pena de Doscientos Azotes y se le destina a uno de los Presidios de Africa por termino de Diez años que cumpla con cadena. Se le apercive que de echo se dedique à algun oficio, y se separe enteramente de robar Cavallerias, Ganados, ni otra cosa, de huirse de la carcel, de sorprender el Alcaide carcelero y maltratarle pena de mayor Providencia, y se execute sin embargo de suplicacion*». El 9 de enero se ejecutó esta pena de azotes. Por Real Auto de 14 de marzo de 1793 se dispuso que se llevara a efecto cuanto estaba prevenido para Simón Prieto en el de 27 de marzo de 1792.

(97) N.R., 8, 11, 6 y Nov., 12, 31, 4 y 5.

(98) Sobre la vagancia, PÉREZ ESTÉVEZ, Rosa M.<sup>a</sup>, *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1976.

(99) N.R., 8, 11, 7. Por ello, la pena de Partida 7, 14, 18, en el siglo XVI ya estaba fijada en la restitución de la cosa y pena corporal, aunque sobre esta se afirmaba que, «*cum haec corporalis imponatur hodie pro primo furto commutatur iam ex lege nostra in poenam verecundiae pro primo furto, et in sex annis extra curiam, et decem intra curiam, pro secundo vero furto flagellatur et triremes perpetuas mittitur*», según ACEVEDO, *Commentariorum*, 5, p. 210.

admite la conmutación de las penas arbitrarias corporales por vergüenza pública y galeras por el tiempo que pareciere a los juzgadores (100). Esta posibilidad tenía una doble justificación: el interés del monarca con el fin de obtener brazos para remar y no cadáveres para enterrar (101); junto con la proyección de la conciencia regia en aras de una misericordia particular de acuerdo con las circunstancias peculiares de cada reo y el hecho cometido (102).

Con posterioridad, al extinguirse la flota de galeras y, por consiguiente, este destino punitivo, una Real Orden de 18 de octubre de 1749 estableció que los reos fueran enviados al servicio en las minas de Almadén, y a los de mérito más leve a los presidios de África, precediendo vergüenza pública (103).

Vistas estas facetas, es preciso adentrarse en su naturaleza. La pena de vergüenza pública si bien es cierto que hacía perder la honradez —más que la fama— a quien la sufriera, no parece que fuera considerada tan solo infamante por esa deshonra que llevaba aparejada (104), pues

---

(100) N.R., 8, 24, 6, y Nov., 12, 40, 3.

(101) TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, p. 390, destaca las necesidades militares y políticas de los monarcas como dato esencial para comprender la imposición de penas como las de galeras o presidios. En igual sentido, HERAS SANTOS, *La justicia penal*, p. 316, donde resalta cómo en su función de acto de gobierno, en las sentencias se introdujeron consideraciones ajenas al caso criminal, como era precisamente esta de necesidad de remeros.

(102) «Este modelo de legitimación del poder crea un cierto habitus de obediencia en el que al mismo tiempo se entremezclan los vínculos del temor y del amor. Se teme la *ira regis* pero hasta la consumación del castigo no se desespera el triunfo de la misericordia. Es decir, que los lazos con el poder, de uno u otro tiempo, no se deshacen ni antes ni después de la comisión del crimen... Se trata, en fin, de un modelo de ejercicio del poder coercitivo que trata de evitar, evitando hasta la consumación final del castigo, la "desesperación" de los súbditos ante el poder», como ha expuesto Antonio Manuel HESPANHA, «Da "iustitia" à "disciplina"». Textos, poder y política penal no Antiguo Regime», *A.H.D.E.*, LVII (1987), pp. 493 a 577; en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, 1990, pp. 175 a 186, sin aparato crítico; y, por fin, en *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, pp. 203 a 273.

(103) Nov., 12, 40, 10.

(104) En este sentido, Partida 7, 31, 4, al enumerar *quantas maneras son de pena*, estableció que «*la sesta es, quando dañan la fama de alguno judgandolo por enfamado, o quando le tuellen por yerro que ha fecho de algund oficio...*»; mientras que «*la setena es, quando condenan a alguno que sea açotado, o ferido paladinamente, por yerro que fizo, o lo ponen en deshorrta del, en la picota o lo desnudan faziendolo estar al sol untadolo de miel, por que lo coman las moscas alguna hora del dia*». Con anterioridad, en Partida 2, 13, 16, acerca de la obediencia del pueblo al rey, se había puesto de manifiesto que «*despues que los omes pierden verguença e toman atrevimiento, por fuerça derecha han a entrar en carrera, para ser desobedientes, al que han de obedescer, e perder verguença, de las cosas que han de enver-*

se entendía que también era una pena corporal. En este sentido, Antonio Gómez la llegó a conceptualizar equiparable a la pena de muerte natural (105). Farinacio la incluía entre las penas no capitales corporales y en un grado inmeditamente inferior a los azotes (106), pero a continuación agregaba, «*et non solum corporales sunt, sed etiam propter gravem, quam inferunt infamiam, cum non nisi pro turpibus et infamatoriis delictis irrogari toleant... et grandes et graves reputantur... quod tales poenae aequiparantur morti, et in causis ubi de illis agitur, procurator non admittitur... quod est manifestum signum, eas esse graviores relegatione*» (107). En todo caso se estimaba como una pena ignominiosa (108), aunque la opinión más generalizada a finales del período estudiado afirmaba que se trataba de una pena corporal y aflictiva (109). Se justificó su condición de pena corporal «*por lo que*

---

*gonçar*»; de modo que al glosarla Gregorio López comenzara afirmando que «*verecundia signum est timoris*».

(105) «*Quae dicatur poena corporalis? Et breviter et resolute dico, quod poena mortis naturalis; sed poena abscisionis membri, vel poena flagellorum, vel etiam poena galearum, vel etiam sola poena infamiae, quia aequiparatur morti naturali*», en GÓMEZ, Antonio, *Variae resolutiones Iuris civilis, communis et regii, tomis tribus distinctae, Editio novissima, Cui praeter Annotationes Emanuelis Soarez a Ribeira, accesserunt Illustrationes, sive Additiones Joannis de Ayllon Laynez in fine cuiusque Capituli appositae, cum Indice generali*, Madrid, 1794, tomo III, cap. 3, p. 136. Defendió, incluso, que haciendo el reo concordia y transacción (bien graciosamente o bien por precio) con su contrario sobre el delito que se hubiera cometido principalmente en su persona o en la de los suyos, no se le podía imponer pena de muerte ni otra corporal, como la de mutilación de miembros, la de azotes, la de galeras y la de infamia, que se equiparan a la capital, por ser lícito a cada uno redimir su sangre del modo que le sea posible; pero si el delito se hubiese cometido principalmente sobre una cosa, como el hurto, o el acusador fuere extraño, sin embargo de la concordia puede y debe el juez de oficio o a instancia de otro acusador proceder a la imposición del castigo condigno al crimen, en *Variae*, tomo III, cap. 3, nn. 54, 55, 56, 57 y 58, pp. 133-136.

(106) «*Poenae fustigationis, vel mitrae, vel berlinae, hodie apud nos multum frequentes sunt; et licet capitales non sint... negari tamen non potest, quin corporales sint... imo fustigatio magis afficit corpus quam poena mitrae, et forsitan etiam magis infamat*», FARINACIO, Próspero, *Praxis et theoricarum criminalium*, Venetiis, 1603, parte primera, tomo I, p. 156.

(107) *Praxis*, parte primera, tomo I, p. 156. En este sentido, ya se había manifestado con anterioridad que «*reicitur procuratoris interventus, quando delictum commissum poena infamiae principaliter meretur... quibus falsarius ea poena punitur, ut mitra deonestatus in publicum producat, his ergo casibus procuratorem non admitti... et in specie quando quis mitrari debet, quod per procuratorem non possit comparere... quia poena infamiae poena mortis aequiparatur, et ob id dicitur maior poena ipsa relegationis*», MENOQUIO, Jacobo, *De arbitrariis iudicium, quaestionibus et causis*, Colonia, 1615, lib. I, q. 80, p. 87.

(108) MATHEU, *De re criminali*, controversia 41, n. 1 p. 231.

(109) LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas contrahido a las Leyes criminales de España para facilitar su reforma*, Madrid, 1782, p. 196. Idea

*padece el cuerpo, atado o sujeto al desprecio e ignominia*», debiendo imponerse con moderación para evitar males mayores en quien ya hubiera perdido la vergüenza (110). Los propios alcaldes mayores de la Real Audiencia gallega tuvieron claro en 1608 que esta pena se ejecutaba *en el cuerpo y persona* (111), quizás con la idea de manifestar que no sólo se trataba de una pena corporal, sino que conllevaba un elemento añadido que afectaba a la misma condición de persona del reo: la nota de ignominia.

Manteniendo opiniones elaboradas con anterioridad (112), al terminar el siglo XVIII se continuaba entendiendo que era pena propia para castigar delitos contra las buenas costumbres (113), aunque se afirmaba la necesidad de reformar su ejecución con relación a las mujeres (114). Por su gravedad, se resaltó la obligación de dar parte de la causa o consultar en su caso la sentencia con el tribunal superior (115).

---

recogida por TAPIA, Eugenio de, *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos*, Madrid, 1829, tomo VII, p. 40.

(110) «*De esta pena parece, que debe usarse con mucha moderación, y en aquella especie de delitos, en que sus autores parece, que han perdido todo el pudor, y que solo puede esperarse, que vuelvan en sí con una fuerte sofrenada de cubrirlos de oprobio a la vista de todo el público. Quando no se usase de ella con moderación se aplicaría una pena mayor que la correspondiente al delito, y se experimentaría el inconveniente de precipitarse los hombres en mayores excesos, porque una vez perdida la vergüenza no habrá maldad, que no cometa el hombre*», según DOU Y BASOLS, Lorenzo de, *Instituciones del Derecho Público general de España con noticia particular de Cataluña*, Madrid, 1802 (ed. facsímil), tomo VII, pp. 157-158.

(111) *Sentencias*, leg. 28524, sentencia de vista de 21 de octubre de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Juan Couseiro. Se le notificó en la Cárcel Real y se mandó a los oficiales que ejecutasen la pena de vergüenza «*En el cuerpo y persona de Juan Couseiro*».

(112) «*Et hodie huiusmodi poenae apud nos imponi solent furibus mariolis, incisoribus bursarum, truffatoribus, testibus falsis, blasphemantibus, et similibus facinorosis, vilibus et infamibus personis*», FARINACIO, *Praxis*, parte primera, tomo I, p. 156.

(113) «*Los delitos contra las costumbres se deben castigar con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad á los que conservan la pureza de ellas. La vergüenza, el oprobio, el desprecio, la expulsion del lugar serán penas correspondientes*», según LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, pp. 37-38.

(114) «*Creo también muy digna de reforma la práctica que actualmente hay, cuando se sacan las mujeres a la vergüenza de llevarlas desnudas de medio cuerpo arriba con los pechos descubiertos, lo que ciertamente ofende a la modestia, y he visto causar este efecto aun en las gentes del bajo pueblo. En algunas partes van cubiertas por delante, dejándoles solamente descubiertas las espaldas, lo que es mas conforme a la decencia, y por otra parte no se disminuye nada la pena de vergüenza*», en LARDIZÁBAL, *Discurso*, p. 196.

(115) JUAN Y COLOM, José, *Instrucción de Escribanos en orden a lo judicial*, Madrid, 1769, (ed. facsímil), p. 237, enumera entre las penas corporales la de ver-

Por otra parte y desde una perspectiva empírica, con relación a su aplicación práctica a los condenados por la Real Audiencia del Reino de Galicia (116), desde una perspectiva cuantitativa, cabe reseñar que durante el siglo XVI de 191 sentenciados en vista que he podido hallar (117), sólo 13 de ellos fueron castigados con vergüenza, lo que alcanza el porcentaje del 6,8 por 100. Ocho de ellos fueron condenados además a galeras, tres a destierro, a siete les impusieron diferentes penas pecuniarias y a tres otras penas (118).

En las 88 sentencias de vista de la Audiencia de Galicia del siglo XVI sobre las que he trabajado, de 28 en las que se impuso la citada pena de galeras (119), sólo consta expresamente que además se sumara el castigo de azotes en tan sólo 7 de ellas, mientras que la de vergüenza se añadió en 8 y, en las restantes 13 no consta que fuera unida a estas, antes al contrario aparece como único castigo (120).

---

güenza, para indicar que el juez inferior no letrado, estando la causa en sumaria, debía dar parte al superior; o siendo letrado, consultar la sentencia con el tribunal.

(116) He utilizado para estos datos los legajos de sentencias originales, ya que es la serie que, de momento y hasta tanto no se informaten los ciento cincuenta mil autos de la Serie de Particulares –donde se entremezclan todo tipo de causas–, es la que permite unos cálculos más adecuados. No creo, sin embargo, que los datos sobre la imposición de la pena de vergüenza que se puedan extraer de dicha serie modifiquen, en lo sustancial, la información obtenida de la Serie de Sentencias.

(117) Las penas se distribuirían de la siguiente manera: a muerte 2; a galeras 28; a presidio, ninguno; a minas, ninguno; a las armas, ninguno; 10 condenados a azotes; a vergüenza pública, 13; al destierro –compreendiendo los desterrados de sus casas de morada, jurisdicción, audiencia y reino– 70; con penas pecuniarias fueron condenados 63; fueron absueltos, 19; y con otras penas –tormento, restituciones, suspensiones o privaciones de oficios, pérdida de las armas, desdecirse, dotes y curas– fueron castigados 26. SALVADOR ESTEBAN, Emilia, «Tortura y penas corporales en la Valencia foral moderna. El reinado de Fernando el Católico», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 22 (1996), pp. 263-287, señala entre las penas corporales no capitales «con una presencia casi anecdótica, la exposición a la vergüenza pública en la picota... Se trata en este caso de un castigo más psicológico que físico –aunque no se descarta el padecimiento de permanecer, a veces muchas horas, a la intemperie y prácticamente inmovilizado», p. 276.

(118) Seis meses de suspensión del oficio, otra privación de oficio y una obligación de desdecirse ante testigos. De estos datos se desprende que la vergüenza no siempre «se llevaba a la práctica generalmente en los casos de condenados a pena capital o corporal», como ha sostenido BAZÁN, *Delincuencia*, p. 581. Salvo que opinemos, como hace algún jurista, que el destierro era pena corporal.

(119) El año de 1597, quizás por la amenaza de la armada inglesa al mando del Conde de Essex o la última tentativa de Felipe II contra Inglaterra, fue especialmente intenso en la imposición de condenas a galeras, tanto por lo que se refiere a su imposición directa como a la amenaza de imposición para los supuestos de quebrantamiento o incumplimiento de otros castigos, en concreto de destierro.

(120) Después de haber consultado Archivos (pp. 16-17), HERAS SANTOS, *La justicia penal*, p. 265, afirma rotundamente que «la condena a galeras, por citar unas



Por tanto, durante el siglo XVI de ordinario la pena de galeras no es habitual que vaya acompañada de las penas de azotes o de vergüenza, tal y como se recoge en las leyes recopiladas, en las que aquel castigo indefectiblemente va acompañada de estas últimas. Bastaría para ello repasar la Pragmática de 3 de mayo de 1566. De este dato se desprende que no siempre los alcaldes mayores de la Audiencia de Galicia impusieron las penas ordinarias o legales, introduciendo matizaciones en las que no deja de ser habitual moderar el rigor del Derecho.

En el siglo XVII he trabajado con un total de 775 sentenciados en vista (121), de los cuales aparecen condenados a vergüenza pública un total de 46 reos. El resultado porcentual alcanza durante esta centuria el 5,9 por 100. Del total, 26 acabaron en galeras (122), 20 fueron

---

de las más frecuentes, iban indefectiblemente unidas a ciertas cantidad de azotes y vergüenza pública». Ciertamente así consta en la legislación recopilada, pero en la práctica judicial de la Real Audiencia de Galicia no aparecían necesariamente unidas ambas penas.

(121) De su contenido y por el tenor de las condenas en ellas inserto resultaría la siguiente distribución: 13 reos de muerte; 115 enviados a galeras; 38 azotados; 46 sometidos a vergüenza pública; 10 fueron enviados a servir al rey en sus ejércitos; 268 enviados al destierro —reino, audiencia, jurisdicción, lugar, casas de morada—; 242 fueron castigados con alguna pena pecuniaria; 50 fueron apercibidos de diferente manera; 107 serían absueltos de la instancia y juicio, y a 104 reos se les impusieron otras penas —desdecirse, restitución, dote, pérdida de los instrumentos, ratificarse, suspensión o privación de oficio, pasar por debajo de la horca, tormento, minas de Almadén—. Incluidas las diez sentencias de tormento dictadas por los alcaldes mayores en el grado de vista.

(122) *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 12 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Bastián Fernández Feijó. *Sentencias*, leg. 28524, sentencia de 21 de octubre de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Juan Couseiro. *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 17 de octubre de 1608, entre Francisco Martínez Leal y Juan González. *Sentencias*, leg. 28525, sentencia de vista de 31 de enero de 1612, entre el Fiscal de S.M. y Juan Rodríguez da Debeja. *Sentencias*, leg. 28525, sentencia de vista de 11 de julio de 1612, entre el Fiscal de S.M. y Juan Rodríguez da Proba. *Sentencias*, leg. 28525, sentencia de vista de 11 de agosto de 1612, entre el Fiscal de S.M. y Juan Fernández do Cobelo. *Sentencias*, leg. 28526, sentencia de vista de 26 de agosto de 1614, entre el Fiscal de S.M. y Juan do Pazo. *Sentencias*, leg. 28526, sentencia de vista de 16 de septiembre de 1614, entre el Fiscal de S.M., Pedro da Montaña contra Alonso da Montaña. *Sentencias*, leg. 28528, sentencia de vista de 21 de julio de 1620, entre el Fiscal de S.M. y Antonio de Vaamonde contra Juan do Coto y Fernán de Rinlo. *Sentencias*, leg. 28528, sentencia de 19 de agosto de 1625, entre el Fiscal de S.M. con Alonso López de Saavedra Santalla, Juan Álvarez, Domingo de Argan, Pedro de Fontille, Miguel López de Saavedra, Vasco de Prado, Amaro de Vigo y Juan de Vigo. *Sentencias*, leg. 28528, sentencia de vista de 26 de agosto de 1625, entre el Fiscal de S.M. y Juan Rodríguez Cangado. *Sentencias*, leg. 28529, sentencia de 7 de junio de 1631, entre el Fiscal de S.M. y D. Juan de Montenegro con Antonio Corneiro, Antonio do Outeiro, Esteban Teijo, Pedro Balseiro, Felipe Criado

desterrados –tanto hombres (123) como mujeres (124)–, cinco de ellos fueron condenados además en penas pecuniarias y hubo otras dos penas más –restitución de lo hurtado.

A lo largo del siglo XVII en buena parte de las 360 sentencias originales estudiadas y que contienen la pena de galeras, se impone como pena única –a pesar de que en la práctica totalidad de las disposiciones reales se aplica con azotes o con vergüenza (125)–. Como ya que-

---

y otros. *Sentencias*, leg. 28532, sentencia de vista de 18 de junio de 1641, entre el Fiscal de S.M. y Domingo Pérez. *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 24 de noviembre de 1664, entre el Fiscal de S.M. contra Domingo de Argozón, Domingo de Vigo, Domingo de Argozón Vispo, Domingo Rodríguez de Surruia, Pedro de Faylde, Juan de Vigo, Sebastián do Porto, Cristóbal do Pazo, Pedro Regueiro de Sa, Ventura de Sousa, Bartolomé Pereira, Juan de Nojilde, Inés Pata de Moreiras. *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 30 de julio de 1669, entre el Fiscal de S.M. y Santiago de Cobilloas. *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 3 de diciembre de 1669, entre el Fiscal de S.M. con Luis Álvarez, Pedro Álvarez, Sebastián Fernández, sargento, Antonio Pérez, Juan González, Dominga Vázquez mujer de Antonio Pérez, Sebastián Fernández de Castro, Bartolomé de Puente Areas, en su rebeldía. *Sentencias*, leg. 28483, sentencia de vista de 13 de diciembre de 1691, entre el Fiscal de S.M. con Antonio de Miranda, Feliciano González y Antonia de Caixide.

(123) *Sentencias*, leg. 28476, sentencia de vista de 9 de noviembre de 1604, entre el Fiscal de S.M. y Miguel Fernández. *Sentencias*, leg. 28580, sentencia de vista de 26 de enero de 1605, entre el Fiscal de S.M. y Esteban Fernández. *Sentencias*, leg. 28477, sentencia de vista de 25 de septiembre de 1619, entre el Fiscal de S.M. y Domingo García Rojo, condenado a seis años de destierro, pero una nota agrega: «Esta Sentencia se a de sacar a la berguença conforme a la del pleito». *Sentencias*, leg. 28477, sentencia de vista de 11 de septiembre de 1620, entre el Fiscal de S.M. y Francisco y Diego de Barja y Pedro Martínez. *Sentencias*, leg. 28573, sentencia de vista de 4 de abril de 1634, entre el Fiscal de S.M. y Sebastián López de Loureiro. *Sentencias*, leg. 28534, sentencias de vista de 8 de octubre de 1649, entre el Fiscal de S.M. y Francisco del Hierro Chabarría, y de revista de 23 de diciembre de 1649. *Sentencias*, leg. 28480, sentencia de vista de 16 de noviembre de 1674, entre el Fiscal de S.M. con Eugenio de Platas, Antonio de San Martín y María de Platas.

(124) *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 5 de febrero de 1610, entre Nicolás de Costales y Magdalena de Miranda contra María Fidalga. *Sentencias*, leg. 28524, sentencia de vista de 22 de diciembre de 1610, entre Francisco de Aguilar e Isabel Pérez. *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 21 de junio de 1613, entre doña María de Figueroa y María Prego de Montaos. *Sentencias*, leg. 28536, sentencia de vista de 30 de junio de 1655, entre el Fiscal de S.M. con Pedro García Suárez, Pedro Varela, Alberto Muñiz, Magdalena González y Dominga Rodríguez. *Sentencias*, leg. 28483, sentencia de vista de 9 de febrero de 1692, entre el Fiscal de S.M. y María Vázquez. *Sentencias*, leg. 28485, sentencia de vista de 4 de septiembre de 1699, entre el Fiscal de S.M. con María de Lago, ciega; María Fernández, viuda; Micaela Fernández, criada de dicha ciega.

(125) Contrasta el porcentaje elevado de la aplicación de esta pena en comparación con Portugal, a tenor de lo expuesto por HESPANHA, Antonio Manuel, «Da iustitia à disciplina. Textos, poder e política penal no Antigo Regime», en *AHDE*, LVII (1987), pp. 493-577; y en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*,

dara definido en el siglo anterior, de todas las condenas de galeras tan sólo en una se impuso además la vergüenza pública (126). Asimismo, un número considerable de destierros llevan aparejada alguna pena pecuniaria de cuantía variable, y en menor medida vergüenza (127).

Para el siglo XVII, resta hacer una somera referencia a las penas que se establecían en las sentencias para el caso de quebrantamiento de las condenas o dispuestas para una posible reiteración en la comisión delictiva. Es preciso resaltar que, en algunos casos, esta *so pena* era, precisamente, la pena ordinaria determinada por la legislación regia; mientras que la impuesta al reo, en realidad, era arbitraria y fijada por los propios alcaldes mayores valoradas diferentes circunstancias (128).

Durante el siglo XVIII, de la distribución de penas impuestas por los alcaldes mayores y también por los alcaldes del crimen a los 875 sentenciados en el grado de vista cuyas sentencias originales he manejado (129), tan sólo seis fueron sometidos a vergüenza

---

Madrid, 1990, pp. 175-186; recogido también en *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993.

(126) *Sentencias*, leg. 28542, sentencia de vista de 24 de diciembre de 1709, estando en visita general de Cárcel de Pascua de Navidad, entre Tomás Calvo, pobre de solemnidad y por tal mandado ayudar con el Fiscal de S.M., Pedro do Pico, Antonio García Moutojo, Alonso Fernández y Pedro de Lamas.

(127) Véase, TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, p. 392, afirma que la pena de destierro «casi nunca se imponía sola, sino acompañando a la de azotes y vergüenza»; en las sentencias de la Real Audiencia de Galicia, son proporcionalmente pocas aquellas sentencias en las que se imponían conjuntamente la de destierro y alguna de las citadas, ya que lo más habitual era que se fijara cierta pena pecuniaria. Incluso no llegó a comprender que después de citar la vergüenza pública, añadía que «como accesorias solían imponerse junto a ella las penas de azotes y destierro», en *El Derecho penal*, pp. 386-387; pues la ejecución de los primeros llevaba implícita la vergüenza, ni que el destierro fuera *accesoria* de la vergüenza. Mis resultados acerca de su imposición a los reos de la Audiencia de Galicia, ya recogida con anterioridad, contrasta con la afirmación de HERAS SANTOS, *La justicia penal*, p. 298, de ser «la pena corporal más ordinaria». Por el contrario, mis apreciaciones se encuentran más cercanas a lo expuesto por HESPANHA, «De *Iustitia*», pp. 212 y 226, al indicar «los azotes y la marca no se aplican con más frecuencia que la pena de muerte».

(128) Consta, incluidas sentencias de vista y revista, la *so pena* de muerte en 38 sentencias; en 61 la pena de galeras; en 12 el presidio; en tres doscientos azotes; la vergüenza pública en cuatro; el destierro, por lo general del reino, 73; y diferentes penas pecuniarias en 10 de ellas.

(129) El número de sentencias consultadas fue de 278. La distribución por reos sería la siguiente: 14 fueron condenados a la pena capital; 45 enviados a galeras; 123 a presidios; cinco a las minas de Almadén; 20 al servicio de las armas en tierra o mar; 30 fueron azotados; seis fueron sometidos a vergüenza pública; 92 fueron desterrados; 227 fueron condenados pecuniariamente; 134 recibieron apercibimientos; 109 vieron impuestas otras penas, comenzándose a apreciar a fines de la centuria la

pública (130). El porcentaje de reos castigados con dicha pena rondaría el 0,68 por 100. Uno de ellos fue enviado a galeras, otro a presidio, tres fueron al destierro y uno de ellos obligado a pagar a la víctima gastos y daños (131).

Si consideramos las penas de vergüenza impuestas por los alcaldes mayores en sus sentencias de revista, comprobaríamos cómo se produce una reducción tan significativa que da lugar a que, de las sentencias originales consultadas pertenecientes al siglo XVIII, sólo una de ellas ratificó su imposición, pero el reo falleció antes de ejecutarse (132). Entre las otras dos centurias apenas fueron seis los condenados a vergüenza en el grado de súplica. Del mismo modo, también aparecen supuestos en los cuales se revocó en revista esta pena, impuesta en el grado inferior por los propios alcaldes mayores (133). Además del ejercicio del arbitrio judicial en beneficio de

---

opción de considerar a la cárcel como pena, no sólo como lugar de custodia, y 199 fueron absueltos. Cabe destacar el vacío existente en las fuentes documentales acerca de las sentencias dictadas durante los primeros años de vida de la Sala del Crimen.

(130) Algo similar sucedió en Borgoña, donde «*le justice ne se montre guère prodigue de cette mesure (le carcan), moins encore le Parlement que les juridictions inférieures. Jusqu'en 1770 la Cour ne prononça cette peine qu'en moyenne une fois par an; après 1770 ce fut un peu plus fréquent: 3 fois par an, mais le chiffre des condamnations en appel sera toujours inférieur à celui des condamnations prononcées en Ire instance*», según ULRICH, «La répression en Bourgogne au XVIIIe siècle», p. 424.

(131) Cabe indicar que a una condenada se le impuso como pena única en una causa por moneda falsa. *Sentencias*, leg. 28557, sentencia de vista de 10 de mayo de 1759, entre el Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Antonio Fontela y Francisca de la Iglesia, su mujer; Juan Balestras Biglio y Antonia de la Iglesia, su mujer; Rosa del Río y otros: «*Mandamos que a dicha Rosa Clemente del Río se le saque a la berguenza publica, asimismo en la forma acostumbra*».

(132) *Sentencias*, leg. 28543, sentencia de revista de 1710, entre el Tomás Calvo con el Fiscal de S.M., Pedro do Pico, Antonio García Montojo, Alonso Fernández y Pedro de Lamas: «*debemos de confirmar y confirmamos la ssentencia de vista en este pleito y causa dada por algunos de los alcaldes maiores de la Real audiencia porque condenaron a dicho Thomas Calvo en berguenza publica y en seis años de galeras al remo y sin sueldo y mas que dicha ssentencia contiene*». Sin embargo: «*Antes de publicarse y executarse esta sentencia en el reo se fallecio en la carcel Real*».

(133) *Sentencias*, leg. 28535, sentencia de revista de 30 de abril de 1652, entre el Fiscal de S.M. y Bartolomé Dalen: «*en quanto a la berguenza publica la rebocamos atento los nuebos papeles en esta instancia de rebista presentados*». *Sentencias*, leg. 28540, sentencia de revista de 30 de marzo de 1700, entre el Fiscal de S.M. y Antonio Trigo: «*y la rrevocamos quantto a la verguença publica que ella refiere y la damos por de ningn valor y efetto*». *Sentencias*, leg. 28486, sentencia de revista de 15 de septiembre de 1700, entre el Fiscal de S.M. con Santiago da Pena y María da Pena, su hija: «*Y en quanto por ella se condeno a dicho Santiago da pena en Ducientos Acotes y a dicha Maria Rodriguez da pena en Berguenza ppublica la revocamos*».

los reos, cuya tendencia es a imponer penas más leves a medida que se asciende en grado, también se justifica esa disminución en la determinación de los alcaldes mayores de ejecutar esta pena *sin embargo de apelación o suplicación*, lo cual conllevaba su aplicación inmediata (134).

Si verificamos el cotejo entre las sentencias dictadas por las justicias ordinarias –teniendo presente que no todas llegaban por apelación a la Audiencia– y las pronunciadas por los alcaldes mayores, se puede comprobar cómo en ciertos casos se revoca la pena de vergüenza impuesta por los primeros (135), siendo destacable que en las

---

(134) Por ejemplo, *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 23 de febrero de 1606, entre el Fiscal de S.M. y Gregorio López Pardo: «y la pena de berguenza se execute luego». *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 26 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Pedro do Sixto: «debemos de confirmar y confirmamos la sentençia en este pleyto y caussa dada por el capitan [...] Corregidor de betanços por la qual condeno al dicho pedro do sixto en berguença publica y quatro años de galeras de que por su parte para ante nos fue Apelado. La qual mandamos se execute sin embargo de suplicacion»; se le notificó en la Cárcel Real y se ejecutó inmediatamente según el pregón. *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 5 de febrero de 1610, entre Nicolás de Costales, Magdalena de Miranda, su mujer, contra María Fidalga: «condenamos a que de la carçel donde esta sea sacada a la berguença en la forma acostumbrada mas la Condenamos en destierro perpetuo de la ciudad desantiago y cinco leguas y no lo quebrante sopena de cumplirlo fuera de todo este Reyno y Con esto mandamos que esta sentençia se execute sin embargo de qualesquiera suplicacion». *Sentencias*, leg. 28491, sentencia de vista de 19 de julio de 1732, entre el Fiscal de S.M., Alberto Alonso, Manuel García, Pedro de Outarelo, Pedro Bello y Ventura de Gabián con Teresa do Faro: «debemos de Condegnar y condenamos â dicha theresa do faro en berguenza publica y ocho años de destierro fuera deste Reyno... que mandamos se ejecutte sin embargo de suplicacion».

(135) *Sentencias*, leg. 28571, sentencia de vista de 23 de mayo de 1603, entre el Fiscal de S.M. con Bartolomé de Castanal, preso y con curador: «Con que la berguenza publica y quatro anos de galeras en quel dicho bartolome de castanal por la dicha sentençia esta condenado sea y se entienda ser todo ello dos anos de galeras y no mas». *Sentencias* leg. 28524, sentencia de vista de 15 de marzo de 1606, entre el Fiscal de S.M. y Gonzalo de Zumara: «Fallamos atento los autos y meritos deste Proçeso que debemos Rebocar y Rebocamos la sentençia en este pleito y Causa dada Por alonso gonçalez da costa alcalde ordinario que a sido de la Villa de noya con Parescer del bachiller alonso gomez de Reino su açesor en Veinte y quatro de março del ano Pasado de seiscientos y tres, Por la qual le condeno en Verguença Publica y ocho anos de galeras y de que por parte del dicho gonçalo da çumara para antenos fue apelado y la damos Por ninguna y De ningun Valor y efeto y açiendo Justicia Por la culpa que contra el dicho gonçalo da çumara rresulta le condenamos en seis mill maravedis». *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 10 de octubre de 1606, entre el Fiscal de S.M. y Bartolomé García: «Fallamos Atento los autos y meritos deste proçeso qudebemos Rebocar y rrebocamos la sentencia en esta causa dada porla Justicia dela Villa de Layossa por la qual condeno al dicho bartholome garçia en berguenza publica y en seis años de galeras y aziendo Justicia absolbemos al

del siglo XVIII se verificó con pobres de solemnidad, esto es, con quien no tenía honra que pudiera quitarle dicho castigo (136). Los supuestos de endurecimiento de las sentencias de los jueces inferiores, por convertirse la vergüenza en azotes, son escasos (137).

Si atendemos a los delitos en virtud de los cuales fue dictada esta pena, a pesar de las dificultades que presentan las sentencias originales para su determinación, cabe hacer las siguientes apreciaciones: en el siglo XVI se impuso a dos reos por malos tratamientos de obra, uno de palabra y dos por robos, en otra sentencia se verificó la conmutación de azotes por vergüenza y para los restantes delincuentes no se trasluce; durante el siglo XVII, 28 de los sometidos a vergüenza

---

*susodicho de la ynstancia deste Juizio». Sentencias, leg. 28524, sentencia de vista de 10 de septiembre de 1610, entre Gonzalo de Armada y el Fiscal de S.M. contra Bartolomé Carpintero: «y en quanto a la berguença Rebocamos la dicha ssentencia». Sentencias, leg. 28526, sentencia de vista de 12 de mayo de 1615, entre el Fiscal de S.M. y Pedro Cesta de Cedeira: «y en quanto a la verguença publica, revocamos la dicha sentença y la damos por ninguna y de ningun valor y effeto». Sentencias, leg. 28529, sentencia de vista de 8 de abril de 1631, entre el Fiscal de S.M. y Juan Gue, francés: «Fallamos atento los autos y meritos deste proçesso que debemos de rebocar y rrebocamos la ssentencia en esta causa dada por el teniente de correxidor desta ciudad con paresçer del dotor rreal de que por parte del dicho Juan gue para ante nos fue apelada en quanto por ella le condena en berguença publica y sseis años degaleras (y la damos) por ninguna y de ningun balor y efeto, y por la culpa que de dicho pleito Ressulta contra el dicho Juan gue le condenamos en dos años de destierro Preçissos deste rreino».*

(136) *Sentencias, leg. 28486, sentencia de vista de 7 de junio de 1701, entre el Fiscal de S.M. con Pablo de Rivera, pobre de solemnidad y preso en la Cárcel Real, revoca la sentencia dada por la justicia ordinaria de Lugo de 14 de diciembre del año pasado de 1699, en cuanto a la condena hecha a Pablo Fernández en vergüenza pública. Sentencias, leg. 28489, sentencia de vista de 22 de agosto de 1722, entre el Fiscal de S.M. y Esteban Morado, pobre de solemnidad y como tal mandado ayudar. Sentencias, leg. 28552, sentencia de vista de 9 de diciembre de 1744, entre el Fiscal de S.M. y el Oficio de la Justicia con José de Rivas, pobre de solemnidad, por tal mandado ayudar y preso en la Cárcel Real.*

(137) *Sentencias, leg. 28539, sentencia de vista de 16 de octubre de 1694, entre el Fiscal de S.M. y Juan Douteiro: «confirmamos la sentencia dada en esta caussa por la Justicia hordinaria de biberio con que la berguença publica y dos años de Galeras en que se condeno a dicho Juan douteiro sea y se entienda Duçientos acotes que les sean dadas por las calles publicas desta ciudad aboz de pregonero que publique su delito de ladron famosso y en sseis anos de Galeras al rremo y sin sueldo». Sentencias, leg. 28542, sentencia de vista de 10 de diciembre de 1709, entre el Fiscal de S.M. y Francisco Rodríguez: «Confirmamos la ssentencia en este Pleitto y Causa dada Porel corregidor de la ziedad de orensse Por la qual Condegno a dicho francisco rodriguez en Berguenza Publica y en ocho años de galeras Y mas Que dicha ssentencia Conttiene La qual se guarde y executte como en ella se expressa; Con que la Berguenza Publica sea y se entienda Duçientitos azottes y los ocho anos de galeras se enttiendan solamente tres».*

pública lo fueron por ladrones –públicos ladrones, abigeos, agavillados, sacrílegos–, uno por dar fe como escribano sin serlo, otro por estupro y fuerza a mujer, uno por malos tratamientos de obra, una por testigo falso y otra por alcahueta, mientras que para trece de ellos desconocemos su comisión delictiva; y, en el siglo XVIII, uno fue condenado por hurto sacrílego, otra por extracción de bienes y una tercera por moneda falsa, aunque para los tres restantes no puedo aportar el hecho. De estos datos, lo más interesante es su imposición, sobre todo, en sentencias dictadas por delitos de hurto, con independencia de sus diferentes especies.

Por sexos, a lo largo de las tres centurias fue creciendo de modo proporcional el número de mujeres sometidas a esta pena. En el siglo XVI no he encontrado ninguna; en la centuria siguiente siete de un total de 46 avergonzados, y en el siglo XVIII fueron la mitad de seis (138).

Por lo que respecta a su cumplimiento, hay que tener presente que el ritual de ejecución de la pena de muerte, en sus diferentes modalidades, conlleva en primer término una exposición a la vergüenza pública. Si comparamos el traslado del reo condenado a la pena capital hasta el cadalso y la forma de ejecutar la vergüenza, veremos que no hay ninguna variación (139), salvo que en la comisión del delito

(138) En términos porcentuales, que no creo significativos, pasarían del 0 por 100 al 15,21 por 100, para llegar al 50 por 100 en el siglo XVIII

(139) Por ejemplo, pueden servir de muestra, *Sentencias*, leg. 28506, sentencia de vista de 25 de agosto de 1581, entre el Fiscal de S.M. con Catalina Rodríguez de Rabade: «*Fallamos attento los autos y meritos de este proceso que por la culpa que del Resulta contra la dicha catalina de Rabade, la devemos de condemnar y Poresta nuestrâ sentencia condemnamos a que de la carçel donde esta presa sea sacada con boz de pregonero que manifieste su delito en una bestia de albarda por las calles publicas y acostumbradas de esta cibdad, y sea llevada a la orilla dela mar, donde mandamos le sea dado Garrote en un palo que ally este fixado para el dicho effecto fasta que muera naturalmente*». Aunque BAZÁN, *Delincuencia*, p. 580, señala que la conducción al cadalso «podía realizarse mediante la simple conducción del condenado por las autoridades, o bien, mediante un paseo triunfal en el que la justicia proclamaba su victoria sobre el delincuente; en ese segundo caso, la sentencia llevaba incorporada la pena complementaria de vergüenza pública»; por la documentación consultada, lo habitual era esta segunda modalidad, puesto que el ceremonial incluía la publicación de un pregón en alta voz. También puede consultarse HERZOG, Tamar, *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid, 1995, p. 211. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, A., *Morir en Extremadura. La muerte de horca a finales del Antiguo Régimen (1792-1809)*, Cáceres, 1980; y, «La soga y el fuego. La pena de muerte en la España de los siglos XVI y XVII», en *Cuadernos de Historia Moderna*, 15 (1994), pp. 13-39. SALVADOR ESTEBAN, *Tortura y penas corporales*, pp. 276-279.

atroz por el cual fuera castigado al último suplicio concurriera alguna cualidad agravante (140). Por su parte, la pena de azotes suponía una agravación importante a la vergüenza que lleva implícita, puesto que no sólo se le flagelaba, sino que era normal atar los pies y las manos de los reos, además de impedir que escondieran la cara mediante el *pie de amigo* (141).

El ritual de su cumplimiento en Galicia es el tradicional de Castilla durante los siglos XVI a XVIII: se sacaba de la cárcel a los reos en bestias de albarda, se les conducía por las calles habituales de la ciudad y se pregonaba su delito (142). En la mayoría de las sentencias

(140) En este sentido, BAZÁN, *Delincuencia*, p. 581, aporta una completa descripción en supuestos de muerte segura o muerte a traición.

(141) Por ejemplo, *Sentencias*, leg. 28539, sentencia de vista de 16 de octubre de 1694, entre el Fiscal de S.M. y Juan Douteiro: «*Duzienttos acotes que les sean dadas por las calles publicas desta ciudad a boz de pregonero que publique su delito de ladron famoso*». Le fue notificada el mismo día en la Cárcel Real e inmediatamente se ejecutó la pena de azotes «*por Gregorio louro oficial publico desta ciudad caballero en una bestia de albarda Desnudo del medio cuerpo arriva con un pie de amigo al pescuezo por las calles publicas desta ciudad*». *Sentencias*, leg. 28479, sentencia de revista de 24 de mayo de 1644, entre el Fiscal de S.M. y Gregorio Fidalgo, por la que se le imponían, entre otras penas, doscientos azotes se le notificó en el patio de la Cárcel Real el 28 de mayo, se le desnudó de cintura para arriba y puesto en una bestia de albarda, «*el dicho ofiçial publico le ato con una sogá los pies y manos y en la manera referida*», fue sacado de la cárcel y se los dieron por las calles acostumbradas, con el pregón correspondiente.

(142) Entre otros, *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 12 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Bastián Fernández Feijó, pregón: «*Esta hes la Justicia que manda Acer El Rei nuestro señor a este Honbre Por ladron manda sea traido a verguença publica y que sea llebado a las galeras De su magestad Por seis anos y no los quebrante y para que a el sea castigo y a otros exenplo quien tal aze que tal Pague*». *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de revista de 19 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Mateo de Cortinas, pregón: «*Esta hes la Justicia que manda azer el rrey nuestro senor a este onbre por ladron manda sea ssacado a la berguença y sea llevado a las galeras de su magestad por quatro anos y no los quebrante so pena de muerte y para que a el sea castigo y a otros exenplo quien tal aze que tal pague*». *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 26 de agosto de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Pedro do Sixto, pregón: «*Esta Hes la Justicia que manda Azer el rrey nuestro señor a este Honbre por ladron manda (le sean dados duçientos azotes, tachado) sea traydo a la berguença y sea llevado a las galeras de su magestad por quatro anos y no los quebrante so pena de muerte y para que a el sea castigo y a otros exemplo quien tal açe que tal pague*». *Sentencias*, leg. 28524, sentencia de 21 de octubre de 1608, entre el Fiscal de S.M. y Juan Couseiro, pregón: «*Esta hes la Justiçia quel Rei nuestro señor manda azer En este onbre Por publico ladron manda sea traydo a la berguença y sea llevado a sus Reales galeras Por espacio de quatro anos Para que le sea Castigo y a otros Exenplo quien tal aze que tal pague*». *Sentencias*, leg. 28582, sentencia de vista de 5 de febrero de 1610, entre Nicolás de Costales, Magdalena de Miranda, su mujer contra María Fidalga, pregón: «*Esta es la Justiçia que mandan*



que contienen la pena de vergüenza pública se dispone que se ejecute en la forma ordinaria o acostumbrada (143), sin aludir a los pormenores de cumplimiento (144). No obstante, en alguna de ellas se detallan ciertas circunstancias del llamado, en lenguaje germanesco, *paseo*:

– «*que de la Carçel donde esta sea sacado caballero en una vestia dalbarda Atados pies y manos y sea traído ala berguença por las calle publicas acostunbradas desta çïudad Con boz depregonero que manyfieste su delito y la Justicia que en el se manda hazer*» (145).

– el mismo día en que se le notificó la sentencia se ejecutó la pena de vergüenza, para lo cual dos alguaciles ordinarios de la Real Audiencia mandaron a un oficial público de la ciudad «*baxase de la carçel Real a Francisco de Hierro Chabarría, el qual le baxo y desnudo del medio Cuerpo arriba y puso a caballo en una bestia de albarda y fue sacado por las calles plaças publiças desta çïudad y de la pescaderia acostumbradas*» (146).

---

*açer aesta muger (los senores gor e oydores deste rreyno, tachado) El Rey nuestro señor por testigo falso mandale traer ala berguença y sea desterrada dela çïudad de santo concinco legoas alderredor perpetuante y no lo quebrante sopena de cumplirlo fuera del rreyno*».

(143) Hay excepciones. *Sentencias*, leg. 28580, sentencia de vista de 20 de febrero de 1573, en Coruña, entre Pedro Fernández de Pallares y Ares Fernández de Rubían, preso en la Cárcel Real: «*a que sea traydo ala verguenza (publi) camente en la manera e forma que por nos sera declarado*». La causa en *Particulares*, leg. 19.199/27.

(144) Por ejemplo, *Sentencias*, leg. 28537, sentencia de vista de 30 de julio de 1669, entre el Fiscal de S.M. y Santiago de Cobilloas: «*en berguença publica para lo qual ssea ssacado dela carçel Real donde hesta presso en la forma ordinaria*». Se le notificó en la Cárcel Real el 3 de agosto, dijo que la obedecía y suplicaba de ella a los alcaldes mayores; mientras que el Fiscal se dio por notificado, «*suplica della y pide se condene a Santiago de cobilloas en ella contenido en la pena hordinaria de Muerte en que ha yncurrido y en casso que no haya lugar y no de otra manera se haducen formar la sentencia dada por la Justicia Hordinaria supliendola a que la berguenca Publica en que a sido condenado sean azotes que asi conbiene al Buen exenplo y satisfacion dela republica*».

(145) *Particulares*, leg. 3.258/24. La causa se inició por injurias contra Fernando da Rúa Nova y su padre por cierto escrito en unos billetes, «*hescritos de su letra y firmados de su nombre*», sentencia del alcalde mayor de Santiago de 21 de julio de 1576 por la que se le condenó además en 600 maravedíes y seis meses de destierro. La sentencia de vista de 5 de noviembre de 1577 dictada en Orense, revocó la resolución anterior.

(146) *Sentencias*, leg. 28534, sentencia de vista de 8 de octubre de 1649, entre el Fiscal de S.M. y Francisco del Hierro Chabarría, que revocó la del juez ordinario de Santiago por la que había sido condenado a muerte, castigándole a vergüenza y ocho años de destierro del Reino. El Fiscal se dio por notificado y «*suplica della. Pide se supla a mayores penas y condenaçiones*»; aunque por sentencia de revista de 23 de diciembre de 1649 se confirmó la anterior. Se le notificó el 21 de febrero de 1650 en la Cárcel Real.

– «para cuyo efeto sea sacado desnudo de medio cuerpo ariva por las Calles publicas y acostumbradas Con boz de pregonero que manifieste su culpa y delito Cavallero en una bestia de albarda» (147).

– «mandamos se rreduzga a la Carcel rreal destta ziuudad y della sea sacada A caballo en besttia de albarda por el oficial publico y sea llebada por las Calles publicas y acosttumbradas destta dicha ziuudad, y Buelba a la rreferida Carcel para que desde ella baya â cunplir dicho desttiero» (148). Una redacción similar se utilizaba en los supuestos en que los reos condenados se hallaran fugitivos (149).

– «mandamos se le saque de la Carzel rreal sonde se alla en una Vesttia de Alvarda y arricado del pelo y zexas por el ofizial publico por las calles y sittios âcostunbrados de esta ciudad, a boz de pregonero que publique su delitto y echo se le rrestituya á ella para el distino» (150).

(147) *Sentencias*, leg. 28480, sentencia de vista de 16 de noviembre de 1674, entre el Fiscal de S.M. con Eugenio de Platas, Antonio de San Martín y María de Platas, en rebeldía, por la cual el primero fue condenado a vergüenza y seis años de destierro del Reino. El Fiscal suplicó de la anterior a mayores penas y condenas por los delitos cometidos, aunque por sentencia de revista de 19 de diciembre de 1674 se confirmó. Se ejecutó la pena de vergüenza el 25 de enero de 1675 por las calles públicas, hasta la puerta de la Torre, donde se volvió a notificar al reo la sentencia de destierro del reino. Aparece una referencia en Gómez, Libro 60, Letra Fiscal, f. 296, el Fiscal de S.M. «y Suero Gomez Abad de Melias con Antonio de Puga, Antonio San Martín y otros sre. Robos».

(148) *Sentencias*, leg. 28491, sentencia de vista de 19 de julio de 1732, entre el Fiscal de S.M., Alberto Alonso, Manuel García, Pedro de Outarelo, Pedro Bello y Ventura de Gabián con Teresa do Faro, *sobre extracción de bienes*.

(149) *Sentencias*, leg. 28574, sentencia de vista de 8 de agosto de 1578, dictada en Orense, entre Marcos López Pardo con Andrés Pérez de Pedrosa y Jacome, su criado, en sus ausencias y rebeldías: «devemos de condenar y condenamos a que en quales quiera partes y lugares de los Reinos y senorios de su magestad donde fueren allados sean presos y traídos ala carzel Real de donde Mandamos sean sacados cavalleros, en sendas vestias de albarda enla forma acostumbrada y con boz de pregonero que manyfieste su delito, sean traydos Por las calles publicas y a donde se acostunbra hazer semejante justicia, y al dicho Jacome criado, le sean dados dozientos azotes, y al dicho andrés perez su amo sea traydo a berguença Publica».

(150) *Sentencias*, leg. 28554, sentencia de vista de 14 de octubre de 1752, entre el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pedro Vázquez Caraveles, condenado a diez años de presidio y vergüenza. Se le notificó el mismo día, fue sacado de la cárcel y conducido por las calles de la ciudad. En el siglo xvii las prostitutas, según la práctica de la Sala de alcaldes de Casa y Corte, eran recluidas en la casa galera y se las podía llegar a rapar el cabello y las cejas *iusta scandali dati vel luxuriandi excessum*, MATHEU, *De re criminali*, controversia 59, n. 38, p. 303. En Quito también consta el rapado de pelo durante el siglo xviii, en HERZOG, *La administración*, p. 212. Advértase que la duración de la ejecución de la pena no sólo era la del *paseo*, sino el tiempo que tardara en crecerle el pelo de cabeza y cejas, lo cual suponía una agravación de la pena por lo que afecta a dicha duración.

– «se les condena à ser puestas a la vergüenza publica en un dia de mercado a la puerta de la Carcel de la Villa de Puente areas por espacio de una ora para que con este egemplo escarmientten otras se ebiten los graves perxuicios que acarrean semejantes mugeres que regularmente son en este Pais las fomentadoras de genttes foraguidas» (151).

Mención especial merece la ejecución de la pena de vergüenza impuesta a los alcahuetes y a los maridos consentidores, cuyas peculiaridades respetó Felipe II, como ya vimos al principio. Los juristas del siglo XVI también mostraron las peculiaridades de esta sanción punitiva. En este sentido, según Antonio de la Peña, «*lo que hoy en nuestro reino se platica, es que sacan al marido y a la mujer caballeros en sendos asnos, él desnudo delante y ella vestida detrás con una riestra de ajos en la mano y cuando dice el verdugo: quien tal hace que tal pague, ella le da con la riestra y así lo vemos cada día se ejecuta esta pena en este delito con algún destierro que se les da*» (152). Otro tanto manifiesta Pérez de Salamanca, para quien, con independencia de la determinación de la pena de muerte u otras graves en ciertos supuestos, reconocía que los alcahuetes «*hodie tamen aliter consuetudine puniuntur, nam flagellantur uncti melle, ac plumis coo-*

---

(151) *Causas leg.* 29203, 35, causa entre el Oficio de la Justicia contra Juan Antonio Pérez Abeleira, Juan Antonio Fernández y otros, *sobre robo de caballerías*. Auto de providencia del juez de Salvatierra de 31 de diciembre de 1788. Véase el texto de Partida 7, 31, 4, *in fine*, o como dice en su glosa a la ley Gregorio LÓPEZ: «*in publico ad spectaculum positio*». En otras épocas y tierras también se ejecutó esta pena en día de mercado solemne, FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, 1992, p. 64. En diferentes lugares se exponía a los reos condenados en las famosas picotas o rollos durante toda la jornada. Sobre esta forma de cumplimiento, BAZÁN, *Delincuencia*, p. 582. En Quito, además del desfile, el reo podía ser expuesto con una argolla en la plaza mayor durante las horas de mayor concurrencia de los vecinos, en HERZOG, *La administración*, p. 212. Esta agravación en la exposición pública del reo mediante su sujeción a un cepo también se dio en Francia, CARBASSE, *Introduction historique au Droit pénal*, p. 229. Sobre la vergüenza mediante paseo o por exposición en Portugal, CORREIA, E., «A evolução histórica das penas», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, LIII (1977), pp. 51-300, en concreto, pp. 92, 93 y 101. Con respecto a Italia, PERTILE, Antonio, *Storia del Diritto italiano dalla caduta dell'Imperio romano a la Codificazione. V. Storia del Diritto penale*, Bolonia, 1965-1966, pp. 341-347. Por tanto, no puede extrañar que se hable de la *variopinta casuística denigratoria de la llamada vergüenza pública*, PALOP RAMOS, José-Miguel, «Delitos y penas en la España del siglo XVIII», en *Estudis. Revista de Historia Moderna*, 22 (1996), pp. 65-103, en concreto p. 94.

(152) PEÑA, *Un práctico castellano*, p. 152.

*perti, et cum mitra*» (153); mientras que al marido consentidor se le azotaba del modo descrito (154).

En el siglo XVII Pradilla Barnuevo daba cuenta de la modificación de la pena de muerte prevista en el Derecho común para el marido consentidor o lenón, «*ya por la general costumbre en España, y otras partes, la pena es, que tales hombres viles, è infames, son açotados publicamente, por sus mesmas mugeres con unas ristras de ajos, y llevan mitras, o corçoças en la cabeça con cuernos al cuello, y otros son untados con miel, y emplumados*» (155). Lo mismo resalta de los alcahuetes, pues si las mujeres solicitadas eran casadas, doncellas o viudas honestas tenía pena de muerte, «*pero ya por la dicha general costumbre los empluman, y llevando corçoças en las cabeças son publicamente avergonçados*» (156). La pena es, en todo caso, benigna comparada con las previstas en algunos textos antiguos.

La Real Audiencia de Galicia sentenció, como he recogido anteriormente, a cierta alcahueta a vergüenza, «*para lo qual mandamos sea sacada dela carcel Donde se alla A cavallo de una bestia de albarda y encoroçada y a boz de pregonero que publique su delito por las Calles publicas y acostunbradas desta Ciudad y pescaderia hasta traerla A la plaza principal en donde sea enplumada en la forma que se acostunbra a bista de todo el pueblo sobre un tablado en donde heste algunas oras*» (157).

Más conocidos son los sucesos que ocurrieron en la Corte a mediados del siglo XVII con *La Margaritona*, famosa celestina madrileña, a la que no azotaron por vieja, tullida y gafa, si bien pasaron

(153) PÉREZ DE SALAMANCA, Diego, *Commentaria in Ordinationes Regias Castellae*, Salamanca, 1609, glosa *Rufianes* de la ley 2, título 14, libro 8 del Ordenamiento, p. 275.

(154) «*Haec autem mortis sublata de consuetudine hodierna varie punitur hinc, et alibi, ut vidi, flagellatur ab uxore posita in alio iumento voce publica praeconis, collo mariti cornibus circumdato, et cum mitra. Alibi ab eadem uxore flagellis caeditur alliorum manipulo (quod Hispanae ristra de ajos nuncupatur). Alibi, melle inunctus, et plumis coopertus, in publicum cum mitra ducitur*», en *Commentaria*, glosa última ley, tit. 14, lib. 8, p. 276.

(155) PRADILLA BARNUEVO, Francisco de la, *Suma de todas las leyes penales canónicas, civiles y destos Reynos, de mucha utilidad y provecho, no solo para los naturales della, pero para todos en General*, Madrid, 1639, f. 7 v.

(156) PRADILLA, *Suma*, f. 7 v. y 8.

(157) *Sentencias*, leg. 28483, sentencia de vista de 9 de febrero de 1692, entre el Fiscal de S.M. y María Vázquez, en rebeldía. En el documento original aparece tachado: «No vale Pescadería». El pregón era: «*esta es la Justicia que el Rey nuestro Señor Manda aver en esta muger Condenada a verguença publica y enplumada y en destierro perpetuo fuera desta ciudad y su probinçia por alcagueta ppublica*».

«en un pollino de estatura gigantesca, acamellado, encajada con tablas y enjaulada como si fuera en un ataúd, con una corozca disforme» (158).

A mediados del siglo XVIII todavía algún autor recogía las peculiaridades de la ejecución de la vergüenza pública que «*và acompañada con miel, plumas, mitra, y bucaros de jarama*» (159). Más explícito en cuanto a los detalles a la vergüenza de los alcahuetes se muestra Marcos Gutiérrez: «*Pareciendo (y con razon) demasiado rigoroso para los alcahuetes el suplicio capital, se ha conmutado por costumbre general de los tribunales con la pena de azotes, con la de salir emplumados, para cuyo efecto se les baña ó unta el medio cuerpo con miel ú otro ingrediente pegajoso, y se echan encima las plumas; ó con la de sacarlos con corozca, en que se ven pintadas varias figuras alusivas á sus delitos... Tocante á los maridos consentidores, quienes han de ser emplumados, se les suele poner pendiente del cuello una sarta de astas de carnero*» (160).

Álvarez Posadilla también manifestó que la práctica había fijado que «*se den azotes tanto a la mujer como al marido, y demas que incurren en el delito de lenocinio, y se les saque a dar los azotes con mitra por escarnio, y a los maridos con astas además, porque estos no sólo son alcahuetes, sino consentidos cabrones*». Esto último era así, puesto que, según él, «*dicen que el macho cabrío está con mucha quietud, aunque acabe de separarse de la hembra, viendo a otro macho que la cubre, cosa que comúnmente no llevan en paciencia los demás animales*» (161).

De estas peculiaridades tan jocosas dieron buena cuenta célebres autores, entre otros, Melchor de Santa Cruz (162) y Quevedo (163).

(158) BARRIONUEVO, Jerónimo de, *Avisos*, ed. de A. Paz y Mella, Madrid, 1968, tomo I, avisos CXLIII y CXLIV, pp. 279-281. Con respecto a Isabel de Urbina, también tercera, «*tuvo favores para que no pasease las calles con la mitra obispa y la diesen algún jubón para el invierno*», aviso CLI, p. 299.

(159) BERNI, *Apuntamientos*, p. 91.

(160) MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica*, 3, pp. 193-194.

(161) *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España*, Madrid, 1833, pp. 437-438.

(162) «*A un cornudo mandó la justicia que le azotase su mujer, y que si no le diese recio, le diese a ella el verdugo. Y él volvió la cabeza, diciendo: Catalina, dame recio a mí, no te den a ti*», SANTA CRUZ, Melchor de, *Floresta española*, ed. Maximiliano Cabañas, Madrid, 1996, p. 526, apotegma 912. El refrán más expresivo con relación a esta pena era: «*Tras cornudo, apaleado*».

(163) «*Ayer salió la Verenda/obispada de corozca/por tejedora de gentes/y por enflautar personas*», en *Villagrán refiere sucesos suyos y de Cardoncha* QUEVEDO, Francisco de, *Antología poética*, ed. de Pablo Jauralde, Madrid, 1993, p. 245.

Incluso un ilustre pícaro gallego de Salvatierra dejaría constancia de tan famosa ejecución punitiva (164).

Hay que destacar que esta pintoresca modalidad de ejecución de la vergüenza no era exclusiva de Castilla, sino que aparece diseminada por otros lugares de Europa, como Francia (165).

Adviértase que en algunas ocasiones se especifica que el reo *sea traído*, mientras que en otros supuestos se dispone que *sea sacado*. Aunque se utilizan ambos términos de forma indistinta, en realidad el delincuente era sacado de la Cárcel Real y traído a la vergüenza, en el sentido de ser trasladado de un lugar a otro, aunque se podía interpretar el participio de traer en el sentido de inquietar, zarandear o marear (166). En todo caso, el resultado era el mismo (167).

(164) «*Salí del bosque con insignias de marido consintiente, sin que me faltase para el vergonzoso jeroífico sino sólo un pregonero y una ristra de ajos; y, como por calles acostumbradas...*», en *La vida y hechos de Estebanillo González*, ed. de Antonio Carreira y Jesús Antonio Cid, Madrid, 1990, vol. II, pp. 75-76.

(165) En tierras francesas, «*le proxénète était condamné à la course sur l'âne: on le promène en ville assis sur un âne, mais à l'envers, "la tête tournée vers la queue". Cette humiliation pénible était aussi infligée, un peu partout, et jusqu'au XVIIIe siècle, au mari battu: mais il ne s'agit plus ici d'une peine au sens juridique, puisqu'elle ne sanctionne pas une infraction pénale; c'est seulement une sanction portée par la société elle-même contre qui a laissé subvenir l'ordre "naturel", qui lui était aussi volontiers infligé*», CARBASSE, Jean Marie, *Introduction historique au Droit pénal*, p. 231. LAINGUI, *La sanction pénale dans le Droit français du XVIIIe et XIX siècle*, pp. 172-173, al tratar de las penas corporales y aflictivas, enumera «*la peine d'être promené par les rues sur un âne (infligée aux femmes proxénètes); le carcan et le pilori*», a la que califica de «*une des rares peines folkloriques demeurées dans le droit pénal classique, et prononcée par le Parlement de Paris en plein XVIIIe siècle*» (nota 45).

(166) Quizá de la Cárcel Real a la plaza que se hallaba delante del edificio del Real Acuerdo, sede de la Capitanía General y de la Real Audiencia, para ser conducido por algunas de las calles de la ciudad y, quizá, de su ensanche, la llamada *Pescadería*.

(167) *Sentencias*, leg. 28574, sentencia de vista de noviembre de 1579, entre María Danes da Caña, como madre de doña Teresa, su hija, y [...] Vermúdez marido difunto con Pedro do Mosteiro, escribano de número de la audiencia del arzobispo, en su ausencia y rebeldía: «*le debemos de condenar y condenamos, a que en qualquier parte destes rreinos de su magestad donde fuere allado, sea preso y traído a su costa a la carzel rreal deste rreino donde mandamos (sea) sacado caballero en una bestia dalbarda y sea traído por las calles publicas desta çudad ala Verg (üenza) publicamente*». *Sentencias*, leg. 28524, sentencia de vista de 15 de abril de 1580, entre el Fiscal de S.M. y Gonzalo Martínez: «*a que de la carçel do esta preso sea sacado en la forma acostumbrada por las calles publicas desta çudad con boz de pregonero publico que manifeste su delito sea traído publicamente a la Verguença*». *Sentencias*, leg. 28506, sentencia de vista de 4 de mayo de 1580, entre el Fiscal de S.M. y Francisco Rodríguez, preso: «*a que de la*

Es preciso, por último, no olvidar una cuestión transcendental: la participación del pueblo –en la mayoría de los casos mencionados, el de Coruña– como elemento necesario e imprescindible, sin el cual no se menoscabaría la honra, si es que la tenía, del reo (168). Tres actores en la misma representación, con tres papeles diferentes: el oficial público o verdugo que tira del cuartago y pregona la pena impuesta, o coloca en el rollo o picota al condenado, en su calidad de comisionado de la autoridad judicial regia para su ejecución; el reo que sufre el ridículo en sus carnes y su persona, como quebrantador de las leyes divinas y regias, y el pueblo, que insulta o se mofa de este último (169), al que se le permite participar en el triunfo de la justicia (170), pero al mismo tiempo se advierte para que no caiga en el

---

*carçel do esta preso, sea sacado por las calles publicas desta çiudad, en la forma acostumbrada con la boz depregonero, que manifieste su delito y sea traído publicamente a la verguença». Sentencias, leg. 28506, sentencia de vista de 20 de junio de 1580, entre Gonzalo Díaz de Navia y Vasco Pérez, en su ausencia y rebeldía: «a que en qualquiera parte y lugar deste rreino donde fuere allado sea presso y traydo a la carçel deste rreino a su costa, donde mandamos sea sacado en una bestia de albarda en la forma acostumbrada y sea traydo a la berguença por las calles publicas».*

(168) Se ha afirmado que frente al Derecho canónico, «*le droit laïque, moins évolué, se contente de poser le principe de punition comme un axiome avec, peut-être, toutefois une idée de “correction” par la souffrance ou par la honte: le fouet ou les mutilations, l’exposition au pilori qui attire la risée publique sur le coupable, peuvent avoir un effet curatif*», LAINGUI, André y LEBRIGE, Arlette, *Histoire du Droit pénal. I. Le Droit pénal*, París, 1979, p. 117. Más adelante agregarán que, a diferencia de la pena capital, «*pour les de moindre importance, le caractère public est même partie intégrante de la sanction. Tels le pilori, l’amende honorable, le fouet “aux carrefours”*», p. 119.

(169) «*Tiéenos muy lastimadas/la justicia, sin pensar/que se hizo en nuestra madre,/la vieja del arrabal,/pues sin respetar tocas,/ni las canas, ni la edad,/a fuerza de cardenales/ya la hicieron obispar./Tras ella de su motivo/se salian del hogar/las ollas con sus legumbres;/no se vio en el mundo tal!;/pues cogió más berejenas/en una hora sin sembrar,/que un hortelano morisco/en todo un año cabal*», QUEVEDO, *Antología poética*, pp. 239-240. La pena capital o los azotes se podrían haberse llegado a ejecutar sin la presencia del pueblo, pero la vergüenza exige para que se considere como tal pena infamante la presencia activa de la comunidad.

(170) «*El condenado, paseado durante largo tiempo, expuesto a la vergüenza, humillado, recordado varias veces su crimen, es ofrecido a los insultos, y a veces a los asaltos de los espectadores. En la venganza del soberano se invita al pueblo a deslizar la suya. No porque sea su fundamento y porque el rey tenga que traducir a su manera la vindicta del pueblo, sino más bien porque el pueblo debe aportar su concurso al rey cuando éste intenta “vengarse de sus enemigos”, incluso y sobre todo cuando esos enemigos se hallan en medio del pueblo*», en FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 63.

delito (171). No se puede entender la esencia misma de esta pena sin la presencia y participación directa del pueblo.

La vergüenza pública cayó en desuso y apenas fue impuesta por los alcaldes mayores o por los alcaldes del crimen en sus sentencias de la centuria ilustrada, hasta casi desaparecer en la segunda mitad del siglo XVIII (172). Se advierte, incluso, algunos supuestos expresos de revocación en vista o revista de esta pena (173).

---

(171) «En las ceremonias del suplicio, el personaje principal es el pueblo, cuya presencia real e inmediata está requerida por su realización. Un suplicio que hubiese sido conocido, pero cuyo desarrollo se mantuviera en secreto, no habría tenido sentido. El ejemplo se buscaba no sólo suscitando la conciencia de que la menor infracción corría el peligro de ser castigada, sino provocando un efecto de terror por el espectáculo del poder cayendo sobre el culpable... Es preciso no sólo que la gente sepa, sino que vea por sus propios ojos. Porque es preciso que se atemorice; pero también porque el pueblo debe ser el testigo, como el fiador del castigo, y porque debe hasta cierto punto tomar parte en él», FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 62. Cuestión sobre la que incide con posterioridad, pp. 113-116. Insiste en esta característica al tratar de la pena como espectáculo, LEBRIGE, Arlette, *La justice du roi. La vie judiciaire dans l'ancienne France*, París, 1988, pp. 133-134.

(172) *Sentencias*, leg. 28542, sentencia de vista de 24 de diciembre de 1709, estando en visita general de Cárcel de Pascua de Navidad, entre Tomás Calvo, pobre de solemnidad y por tal mandado ayudar con el Fiscal de S.M., Pedro do Pico, Antonio García Moutojo, Alonso Fernández y Pedro de Lamas: «*condegnamos al dicho Thomas Calbo embreguena ppca y en seis años degaleras*». *Sentencias*, leg. 28491, sentencia de vista de 19 de julio de 1732, entre el Fiscal de S.M., Alberto Alonso, Manuel García, Pedro de Outarelo, Pedro Bello y Ventura de Gabián con Teresa do Faro. *Sentencias*, leg. 28554, sentencia de vista de 14 de octubre de 1752, entre el Real Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Pedro Vázquez Caraveles. *Sentencias*, leg. 28557, sentencia de vista de 10 de mayo de 1759, entre el Oficio de la Justicia y el Fiscal de S.M. con Antonio Fontela y Francisca de la Iglesia, su mujer; Juan Balestras Biglio y Antonia de la Iglesia, su mujer; Rosa del Río y otros: «*que a dicha Rosa Clemente del Rio se le saque a la berguena publica, asimismo en la forma acostumbrada*».

(173) *Sentencias*, leg. 28540, sentencia de revista de 30 de marzo de 1700, entre el Fiscal de S.M. y Antonio Trigo. *Sentencias*, leg. 28486, sentencia de vista de 30 de marzo de 1700, entre el Fiscal de S.M. con Santiago da Pena y María da Pena, su hija: «*y a dicha Maria Rodriguez da pena su ija en Berguena publica*», aunque por sentencia de revista de 15 de septiembre de 1700, se revocó dicha pena. *Sentencias*, leg. 28486, sentencia de vista de 7 de junio de 1701, entre el Fiscal de S.M. con Pablo de Rivera, pobre de solemnidad y preso en la Cárcel Real, por esta se revocó la vergüenza, pero por la sentencia de revista de 3 de agosto de 1701 se confirmó.



# Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función ideológica del Derecho Penal

Prof. Dr. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo del presente trabajo, se van a exponer, con toda la brevedad que sea posible, algunos modelos metodológicos, con el fin de destacar la relación existente entre la configuración de la Ciencia jurídico-penal, los componentes básicos que integran el Derecho Penal y la propia tarea que se le asigna a este sector del ordenamiento jurídico. Se pretende, pues, poner en conexión función del Derecho Penal, objeto del Derecho Penal, metodología y sistemática en Derecho Penal. También quisiera destacar algunos aspectos ideológicos que en cierta medida explican este conjunto de vinculaciones. Pero esa reflexión ideológica quedará más nítidamente expresada en el último apartado de este trabajo.

Se ha puesto de manifiesto por un número considerable de autores que el edificio sistemático diseñado por las diferentes concepciones penales se apoya frecuentemente bien en el concepto previo de norma penal del que se parte, bien en el de acción. Aquí quisiera, sin rechazar esta idea, lanzar también argumentos en favor de la afirmación inversa: esto es, que las concepciones de la regla jurídico-penal y de la conducta criminal han sido de igual forma tributarias de las connotaciones sistemáticas derivadas de la teoría del delito y de la propia función que se le asigna al Derecho Penal.

Es decir, con algunos ejemplos de construcciones sistemáticas, pretendo mostrar en la evolución de las diferentes concepciones

teóricas cómo juegan los diversos elementos fundamentales de las mismas en atención a los fines que se le otorga al sistema penal. La norma jurídica o el concepto de acción pueden ser el presupuesto teórico fundamental sobre el que se estructura la teoría jurídica del delito en una época determinada. Pero estas mismas instituciones aparecen, en diferente contexto histórico, ya no como piedra angular del edificio sistemático, sino como consecuencia de una estructura teórica previamente elaborada. Y estos cambios de posición tan relevantes se ven fomentados notablemente por los fines que se le asignen al Derecho Penal, que no son ajenos a la influencia del pensamiento político de cada época. Vamos a ver algunos ejemplos.

## 2. NORMA PENAL, ESTRUCTURA DEL DELITO, SISTEMA Y FUNCIÓN DE DERECHO PENAL

Comenzaré con el análisis de la norma jurídica en sus relaciones con el Derecho Penal. Y voy a referirme ahora especialmente a la concepción imperativa de la norma penal, continuando después con la teoría de la doble función. Este apartado finalizará con una exposición de un sistema de Derecho Penal que se fundamenta en la tesis de la motivación de la norma.

La concepción imperativa, en sus postulados originales, parte de la premisa de que el ordenamiento jurídico se integra por manifestaciones de voluntad del legislador que se imponen al querer de los ciudadanos particulares, exigiendo de los mismos un determinado comportamiento (1). Dicho comportamiento se regula a través de la vinculación del destinatario de la norma con el deber jurídico que emana de la misma, y que se establece en una relación de exigencia con base en la consecuencia jurídica de aquélla. El deber, en este sentido, es la expresión técnica del sometimiento del sujeto a una voluntad superior (de la comunidad jurídica, del legislador o del Estado) que se dirige hacia una conducta humana, descrita de forma general y abstracta en la mayoría de los casos. Dicha conducta viene de esta forma determinada y supeditada al imperio de

---

(1) JESCHECK, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4ª edic., Berlín, 1988, p. 200.

aquella voluntad superior (2). De ahí se desprende que la norma sea un *imperativo*; y el deber represente el correlato de dicho imperativo. El ordenamiento jurídico es así concebido como un complejo de imperativos.

La concepción imperativa de la norma fue inicialmente formulada por Thon (3) y Bierling (4), si bien existen claros precedentes en Merkel (5). Con posterioridad, esta teoría ha sido seguida en Alemania, con notables variaciones, por un importante sector doctrinal (6).

A su vez, el vínculo de la determinación de la conducta y la norma se establece externamente a través de dos formas: el mandato, que representa la imposición del deber de actuar positivo, y la prohibición, que constituye la prescripción negativa de la conducta dirigida a la abstención de un determinado comportamiento. Los mandatos y las prohibiciones del Derecho no siempre aparecen expresados de una forma clara y manifiesta, sino que se desprenden indirectamente de las consecuencias de la aplicación de la norma, como es el caso de las disposiciones privativas de derechos (7).

---

(2) «Es claro que todos los imperativos tienen una determinada validez, a la que se dirigen, pues éstos, de hecho, no quieren ser otra cosa que la expresión de una voluntad, que dirige su aguijón no, o no al menos, contra el mero sometido, sino esencialmente contra otro, y siempre de alguna forma contra alguien determinado». BIERLING, Ernst Rudolph: *Juristische Prinzipienlehre*, tomo I, nueva reimpression de la edición aparecida entre 1894 y 1917, Aalen, 1961; pp. 26 y 27.

(3) THON, August: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, nueva reimpression de la edición de Weimar 1878. Aalen, 1964.

(4) BIERLING, Ernst Rudolph: *Zur Kritik der Juristische Grundbegriffen*, reimpression de la edición de Gotha, 1877-1883, Aalen, 1965.

(5) MERKEL concibió el injusto como lesión del derecho, es decir, como rebelión contra el poder espiritual del Derecho. A su vez, la violación del Derecho como infracción del poder espiritual presupone la capacidad de imputación del hombre, de tal forma que sólo los capaces de acción pueden ser culpables. Por otra parte, en su concepción el injusto y la culpabilidad todavía no encuentran una clara distinción. MERKEL, Adolf: *Kriminalistische Abhandlungen*, tomo I, Leipzig, 1867, pp. 5 y ss. *Vide*, al respecto, la exposición de ROXIN, Claus: «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, tomo I. München, 1992, p. 199, núm. 91.

(6) Al respecto, JESCHECK, Hans Heinrich: «Lehrbuch des Strafrechts», *Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> edic., Berlín, 1988, p. 213, nota 20. En Alemania, se pueden citar como autores que admiten esta concepción de la norma penal, entre otros, Engisch, H. Mayer, Armin Kaufmann, Stratenwerth, Welzel o Zippelius.

(7) «Con frecuencia tampoco quieren aparecer externamente como tal las prohibiciones y los mandatos del Derecho y se tienen que determinar de forma indirecta a partir de sus consecuencias con las que se amenaza para el caso de su infracción. Conceptualmente, por tanto, existe en toda proposición jurídica un imperativo, un *praeceptum legis*, o, como hoy estamos obligados a decir, una norma». THON: *Rechtsnorm und subjektives Recht...*, cit., pp. 2 y 3.

El imperativismo explica, en su versión más ortodoxa, el ordenamiento jurídico como un conjunto de mandatos y prohibiciones. Se admiten, claro está, disposiciones que no son ni preceptos ni interdicciones, pero, como ha señalado Bustos (8), «estas otras reglas que no son imperativos tienen por función crear los presupuestos para el surgimiento o desaparición de un imperativo o bien para anularlo total o parcialmente».

Este planteamiento también afecta al aspecto funcional que se le otorga al Derecho Penal. Desde una concepción imperativa de la norma, el fin que pretende el sistema jurídico-punitivo es dirigir la voluntad del individuo en el sentido del obrar conforme a Derecho con anterioridad a la comisión de una acción que pueda considerarse antijurídica (9). La valoración, en tal sentido, no sería inherente a la norma penal, pues aquélla habría guiado al legislador en el proceso de elaboración de la ley, pero perdería su virtualidad cuando se tratara de determinar el marco de actuación de la norma, de su eficacia (10). Eficacia que se persigue por medio de una coacción psicológica dirigida a la generalidad de los destinatarios a través de la amenaza del castigo. De esta forma, se lleva a cabo la dirección de la conducta del sujeto, y, por ello, este modo de concebir la disposición penal se denomina también norma de determinación (11).

---

(8) BUSTOS RAMÍREZ, Juan: *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, 1986, p. 46. Esta idea fue modernamente desarrollada por ENGISCH: «... Tanto las disposiciones legales conceptuales como también los permisos solamente son, por tanto, proposiciones dependientes. Éstas sólo tienen sentido en relación con imperativos que las aclaran o las limitan, como, vuelto por pasiva, esos imperativos sólo pueden llegar a completarse si se tienen en mente las aclaraciones por medio de las definiciones legales y los límites, tanto a través de permisos como por ciertas excepciones» ENGISCH, Karl: *Einführung in das juristische Denken*. 7.<sup>a</sup> edic., Stuttgart, Berlín, Köln y Mainz, 1977, p. 23.

(9) JESCHECK, Hans Heinrich: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, tomo I, traducción de la 3.<sup>a</sup> edic., adicionada y anotada por MUÑOZ CONDE, Francisco, y MIR PUIG, Santiago, Barcelona, 1981, p. 320.

(10) JESCHECK: *Ibidem*, MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 57.

(11) Sin embargo, no para todos los autores norma de determinación se identifica con imperativo. En este sentido, Larenz diferencia entre mandato y determinación. El primero se dirigiría a la voluntad del destinatario para ordenar o prohibir algo, el segundo se dirigiría a una comunidad indeterminada y amplia de personas y vendría representado como una pretensión de validez general. A este segundo supuesto corresponderían disposiciones como ésta que señala que la capacidad jurídica de la persona comienza con el nacimiento. LARENZ, Karl: «Der Rechtssatz als Bestimmungssatz», *Festschrift für Karl ENGISCH zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Mainz, 1969, p. 155.

Ahora me interesa destacar que la doctrina imperativista de la norma penal tiene también, en principio, repercusiones en el ámbito de la teoría del delito (12). Como ha señalado Mir Puig, la consecuencia dogmática más importante de la concepción imperativa de la norma penal es la necesidad de incluir en el centro del injusto el momento subjetivo de desobediencia, el dolo, pues éste representa la negación acabada del imperativo de la norma: la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma (13). La antijuridicidad, por tanto, se contempla desde parámetros subjetivos, porque el centro de la contradicción a la norma no es ya la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico impersonalmente considerado, sino la voluntad rebelde que no se somete al precepto (14).

Esta formulación original de la norma como imperativo encontró algunas dificultades en el desarrollo de la teoría del delito, entre las que cabe destacar la apenas diferenciación entre injusto y culpabilidad (15) o la ausencia de consecuencia jurídica alguna para los hechos ilícitos cometidos por incapaces (16).

En efecto, la distinción entre injusto y culpabilidad se hace difícil cuando la antijuridicidad se fundamenta en la actitud de rebeldía y desobediencia del sujeto a la norma, de carácter eminentemente subjetivo. De otro lado, en la medida en que la norma jurídica es concebida en esta primera época como mandato o prohibición dirigido a

---

(12) Sin embargo, ha señalado Bacigalupo que si bien el concepto de norma penal influyó en las distintas formulaciones de la teoría del delito, hoy en día no existe una relación necesaria entre concepción de la norma penal y estructura de la infracción punible. BACIGALUPO, Enrique: *La función del concepto de norma en la dogmática penal*, estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asúa, monográfico de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 11 (1986), pp. 73 y 74.

(13) MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal...* cit., p. 58.

(14) Sobre las consecuencias derivadas de la formulación original de la concepción imperativa de la norma en la antijuridicidad y en la culpabilidad, BACIGALUPO, Enrique: *La función del concepto de norma en la dogmática penal...* cit., p. 64.

(15) Si bien es cierto que en la formulación inicial de Thon la norma se dirige también al incapaz de acción en la medida en que éste puede cometer un hecho antijurídico, en los ulteriores desarrollos, especialmente en el de Hold Von Ferneck, el mandato sólo tiene como destinatarios a los imputables. En efecto, si la imputación subjetiva consistía desde Von Liszt en la normal determinabilidad conforme a motivos, el imperativo no se podría dirigir a alguien que carecía de las condiciones básicas para dirigir su conducta conforme a una norma cuyo sentido era incapaz de comprender. De ahí que antijuridicidad e injusto se vuelvan de nuevo a confundir. En este sentido, HOLD VON FERNECK, Alexander: *Die Rechtswidrigkeit*, tomo I, Jena, 1903, pp. 98 y ss.

(16) En este sentido, BACIGALUPO: *La función del concepto de norma en la dogmática penal...*, cit., pp. 64 y 65.

todos los ciudadanos, sólo pueden transgredirla sus auténticos destinatarios, esto es, aquellos que pueden comprender la prohibición y el mandato, es decir, los individuos que tienen capacidad de acción. Se tenía que llegar a la poco convincente conclusión de que los inimputables no podían cometer actos antijurídicos. Esta vez, los problemas que planteaba mantener una coherente sistematización de la estructura del delito, junto con el hecho de la distinta tarea que se pretendía asignar al propio Derecho Penal, actuaron como causas relevantes en la variación del rumbo seguido en la configuración de la esencia de la norma penal.

El cambio de orientación, hemos visto, se produce también en el mismo aspecto funcional del Derecho Penal. A finales del siglo pasado y comienzos del presente el punto de vista respecto del fin que persigue el Derecho Penal se modifica y se dirige a la protección de la sociedad a través de la protección de los bienes jurídicos, obligando así a los teóricos juristas a buscar un concepto de norma que otorgase preeminencia al aspecto objetivo de la lesión de intereses relevantes para la colectividad. Aparece así una más nítida distinción entre anti-juridicidad y culpabilidad: la primera, como juicio objetivo y despersonalizado de desvalor del hecho; la segunda, como juicio de desvalor de la personalidad del autor. La nueva concepción filosófica neokantiana que resaltó el aspecto valorativo en la forma de aprehender la realidad impulsó a la nueva dirección metodológica (17).

---

(17) Este cambio de concepción en la teoría del delito se observa ya en una época anterior en el mismo Von Liszt. En la 3.<sup>a</sup> edición de su tratado (Berlín y Leipzig, 1888) el autor alemán estructura claramente el injusto con base en la concepción imperativa de la norma, y, por ejemplo, la antijuridicidad la entiende como un ataque dirigido contra el ordenamiento jurídico, contra la fuerza vinculante que imponen los mandatos y las prohibiciones que el mismo establece (pp. 131 y 132). En la 4.<sup>a</sup> edición de esta misma obra (Berlín, 1891) ya no se dice tan sólo que la antijuridicidad suponga el ataque al ordenamiento jurídico o la desobediencia a sus mandatos y prohibiciones. Se sigue manteniendo que el injusto consiste en un menoscabo o lesión del Derecho, una infracción de preceptos estatales, pero lo más importante es que por primera vez señala el profesor alemán, dentro del apartado de la antijuridicidad, que todo delito comprende un ataque a intereses protegidos jurídicamente, y que dicho ataque consiste bien en la lesión de un bien jurídico o bien en su puesta en peligro (p. 145). Es más, en el marco del injusto, el imperativo queda desplazado a un segundo plano, como se desprende de las siguientes palabras: «Todo ataque al bien jurídicamente protegido es, en sí mismo, antijurídico, sin que esto requiera una especial prohibición del ordenamiento jurídico. El concepto de bien jurídico encierra en sí mismo necesariamente la prohibición de toda perturbación» (p. 145).

De igual forma, en el plano de la culpabilidad se observa un importante cambio. En la tercera edición, ésta queda relegada a la pura capacidad biopsíquica de imputación y a sus formas (el dolo y la culpa). La capacidad de imputación se define así

Y es precisamente este cambio de perspectiva en los fundamentos de la teoría del delito el que ahora abonaría, a su vez, el campo del que naciese una nueva concepción de la norma penal más acorde con las modificaciones estructurales en la sistemática del Derecho Penal. La concepción de la norma penal es ahora deducida del modelo teórico derivado de la estructura del delito. El nuevo planteamiento optaría, sin olvidar el aspecto determinativo de la disposición jurídico-penal, por dar mayor relevancia al aspecto valorativo de la misma.

Y así, en las primeras décadas del presente siglo se impondría una corriente doctrinal representada cronológicamente por Nagler, Goldschmidt y Mezger, que en la afirmación de una concepción objetiva y material del Derecho, y de su contradicción, esto es, la antijuridicidad, les llevaría a proponer una nueva definición de la norma penal (18).

Nagler parte de la idea del Derecho en su función primaria como orden objetivo de la vida social y como regulación externa de la convivencia humana en el ámbito de la comunidad. La antijuridicidad viene determinada precisamente con base en el menoscabo de esas condiciones de convivencia externa de los miembros de la comunidad (19).

Goldschmidt no combatió la teoría de los imperativos en el ámbito del Derecho Penal, aunque su posición constituye el germen de la teoría de la doble función de la norma penal (20). En su concepción, el injusto objetivo depende de las valoraciones abstractas del Derecho, o, dicho de otra forma, de estados objetivos y externos, en los que se

---

como un estado normal de determinabilidad conforme a motivos (p. 150). En la cuarta edición se introducen nuevos elementos definatorios de la culpabilidad en correspondencia con una mejor distinción realizada en el plano de la antijuridicidad. Se define la culpabilidad (cosa que no ocurre en la anterior edición) y se dice, por ejemplo: «Culpabilidad es responsabilidad por el resultado causado a través de un movimiento corporal voluntario». También se señala que la capacidad de culpabilidad es la capacidad para ser responsable de una acción antijurídica. El aspecto personal y subjetivo de la culpabilidad frente a la objetivización de la antijuridicidad se acentúa cuando en esta edición aparece como presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal la determinabilidad de la voluntad a través de la propia conducta y personalidad del sujeto derivada del conjunto de representaciones que la conforman, de la religión, de la moral, del Derecho, inteligencia, cultura, etc. (p. 160).

(18) Una exposición sobre este punto en ROXIN: «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, cit., p. 199, núm. 92.

(19) NAGLER, Johannes: *Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*. Festschrift für Karl Binding zum 4. juni 1911, reimpresión de la edición de Leipzig, 1911. Aalen, 1974, pp. 213 ss.

(20) GOLDSCHMIDT, James: «Der Notstand, ein Schuldproblem», *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht* (1913), pp. 129 ss.

puede reconocer por cualquiera la conducta correspondiente. Esto sucede cuando un concreto presupuesto de hecho se corresponde con el ámbito de esa norma abstracta. Junto a ésta, se encuentra la norma de deber que exige una conducta interna (21). El deber jurídico aparece así como imperativo. Esta primera norma objetiva que obliga a todos, imputables e inimputables, conduce, a su vez, a una segunda norma (si bien ésta goza de cierta independencia frente a aquélla), que se dirige al individuo en particular, a su conducta interna, para que determine su comportamiento externo conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Mientras que la primera norma prohibiría la causación del resultado y de esta forma se fundamentaría el injusto objetivo, esta otra segunda norma, o norma de deber, se dirigiría a la determinación de la conducta del individuo en favor del cumplimiento de la legalidad y fundamentaría la culpabilidad (22).

La formulación de la doble función de la norma penal, tras estos precedentes, encuentra una primera completa elaboración con Mezger (23). El citado autor alemán, en su intento de encontrar una nítida distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, establece un concepto del injusto netamente diferente al propugnado en su día por Thon o Hold Von Ferneck. «Injusto es, por tanto, todo aquello que se encuentra en contradicción con la voluntad del ordenamiento jurídico, no sólo el menoscabo de sus mandatos y prohibiciones, sino también toda organización de las conductas externas, que se oponen a sus principios reconocibles. Antijurídico es, por tanto, no sólo el culpable, sino el también inculpable ataque de los imputables a los bienes jurídicos...» (24). El Derecho es concebido como un orden objetivo de la vida, y el injusto, en correspondencia, como la lesión de ese orden objetivo. De ahí que el autor alemán señale que «no es imaginable el Derecho como “norma de determinación” sin el Derecho como “norma de valoración”, el Derecho como norma de valoración es presupuesto lógico e incondicional del Derecho como norma de determinación...

---

(21) La tesis de GOLDSCHMIDT está muy cercana a la de MEZGER. La diferencia fundamental se encuentra en que para este último autor, la norma de determinación deriva de la norma de valoración, mientras que en aquél una norma se encuentra junto a la otra. MEZGER, Edmund: *Tratado de Derecho penal*, traducido y revisado por Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid, 1955, p. 346, nota 6.

(22) Una valoración de la posición de Goldschmidt en relación con lo que representa el desvalor de acción y el desvalor de resultado se encuentra en ZIELINSKY, Diethart: *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, pp. 22 y 23.

(23) MEZGER, Edmund: «Die subjektiven Unrechtselemente», *Der Gerichtssaal*, núm. 89 (1924), pp. 207 ss.

(24) MEZGER: *Die subjektiven Unrechtselemente...*, cit., p. 218.



si alguien quiere determinar algo, tiene que saber con anterioridad lo que quiere determinar, tiene que “valorar” algo en un determinado sentido positivo. Un *prius* lógico del Derecho como norma de determinación es sobre todo el Derecho como norma de valoración, como “orden objetivo de la vida”... Para la consideración cognitiva del deber ser del Derecho, para la constatación del concepto de Derecho, la concepción del Derecho como norma de valoración resulta como necesidad apriorística» (25).

Pero, como es evidente, una norma que sólo sea concebida como juicio de valor no puede dejar de ser nada más que una declaración de buenas intenciones. La norma tiene también pretensión de eficacia, aunque venga dirigida a la afirmación y al mantenimiento real de los valores que protege el propio Derecho. La tesis de la norma como norma de determinación no es abandonada, sino que trasladada a un segundo plano, pues el propio concepto que encierra la misma obliga a la necesaria referencia del destinatario de la norma. Dirá entonces Mezger que mientras que el ordenamiento jurídico es un complejo de normas que como tal (es decir, como integrantes de ese ordenamiento jurídico) sólo pueden ser concebidas sin destinatario alguno; la realización y puesta en práctica de ese conjunto normativo sólo puede llevarse a cabo a través de los imperativos, mandatos y prohibiciones, que no se identifican directamente con la norma, sino que tan sólo se toma en consideración a la misma a partir de sus consecuencias como el medio necesario para su imposición o puesta en práctica.

El imperativo, en la tesis mezgeriana, no constituye la norma misma, sino tan sólo un medio de su realización, que no se confunde con aquélla: «Desde el punto de vista lógico es un error pensar en la norma y en el medio de realización de la norma (imperativo), como unidad, se trata de cosas diferentes. El concepto abstracto de la norma es independiente de la concreta circunstancia de su subjetiva relación normativa» (26). Lo que él entiende como norma en sí misma considerada es una concreción del deber ser impersonal que describe un determinado estado de la vida social, que no va dirigida a destinatario alguno. El imperativo, o, por emplear sus términos, el medio de realización de la norma, deriva de la norma objetiva de valoración y se dirige a un destinatario, individual o genérico, expresando el deber personal que a él le corresponde en razón de la vinculación originada en el Derecho objetivo. En consecuencia, el propio Mezger expresa con meridiana claridad el núcleo básico de su teoría

---

(25) MEZGER: *Die subjektiven Unrechtselemente...*, cit., pp. 240 y 241.

(26) MEZGER: *Die subjektiven...*, cit., p. 245.

de la norma penal: «La norma es en su evidencia conceptual sólo imaginable como deber ser impersonal en el que el destinatario no es ningún requisito esencial. Las normas del Derecho son normas de valoración dirigidas a un determinado y objetivo estado social, antes de que éstas conserven, en un amplio proceso lógico, el carácter de normas de determinación. Esta separación entre norma e imperativo es presupuesto ideal necesario para una clara y pura separación entre determinadas proposiciones que se refieren a la norma en su independencia abstracta, de aquellas otras que se refieren al medio de realización de la norma de los imperativos» (27). Similar posición en torno a la concepción de la doble función de la norma penal mantiene Eberhard Schmidt (28).

Esta formulación del carácter y de la esencia de la norma penal permitió fundamentar una clara distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad. El injusto, concebido como lesión del Derecho, consiste en la infracción de la norma propiamente dicha, esto es, como norma objetiva de valoración. La antijuridicidad es objetiva en el sentido de que ésta consiste en un juicio de desvalor impersonal, sin referencia alguna al sujeto activo de la infracción penal. De esta norma objetiva de valoración se desprende la norma subjetiva de determinación, que actúa como juicio de reproche de la conducta del concreto autor en relación con el hecho cometido. Es decir, la infracción de la norma de deber dirigida al sujeto establece el fundamento de la culpabilidad (29).

Ésta es, a grandes rasgos, la evolución de la teoría de la norma penal en sus dos concepciones básicas, como imperativo y en referencia a su doble función, valorativa y determinativa. En una primera aproximación, se ha podido destacar la relación existente entre concepción de la norma y teoría del delito. Sin embargo, este proceso no se ha desarrollado de forma uniforme y homogénea. En efecto, de la teoría de los imperativos en su formulación inicial se derivó un con-

---

(27) MEZGER: *Ibidem*.

(28) En VON LISZT, FRANK-SCHMIDT, Eberhard: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 26.<sup>a</sup> edic., Berlín y Leipzig, 1932. Tomo I; p. 174.

(29) «Si entonces nosotros hacemos frente en la “antijuridicidad objetiva” y en la “juridicidad objetiva” al Derecho en su función como norma de valoración, de igual forma tendrá que interesarnos todavía más dentro de la teoría de la culpabilidad en su función como norma de determinación». SCHMIDT, Eberhard en *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht...*, cit.; p. 176. En el mismo sentido, MEZGER: *Tratado de Derecho penal...*, cit.; p. 343: «... el deslinde conceptual entre la norma jurídica como norma de valoración que se dirige “a todos” y la norma de deber como norma de determinación que se dirige “sólo” al personalmente obligado, hace posible, en consecuencia, el necesario y claro contraste entre los dos presupuestos básicos del delito, entre la antijuridicidad objetiva y la reprochabilidad personal.»

cepto eminentemente subjetivo de la antijuridicidad y difícil de distinguir de los supuestos de imputación subjetiva. Precisamente, y como se ha señalado con anterioridad, fueron problemas dogmáticos en la estructuración de la teoría jurídica del delito los que determinaron un cambio en la concepción de la norma. La necesidad de atribuir consecuencias jurídicas también a los actos antijurídicos perpetrados por los inimputables y de llevar a cabo una nítida distinción de los planos de antijuridicidad y culpabilidad, desembocaron, tras una larga evolución, en la teoría de la doble función de la norma penal. Una vez se perfiló nítidamente esta concepción, se pudo fundamentar de nuevo, perfeccionándola, la teoría jurídica del delito derivada de estos planteamientos.

Se podrían poner más ejemplos con relación a la conexión existente entre función del Derecho Penal, método de investigación, norma penal y estructura del delito. Sin embargo, me voy a limitar a exponer brevemente las tesis del funcionalismo psicológico de Gimbernat, en su versión original, como una representación de esta vinculación interna entre los presupuestos señalados.

La pretensión del autor se dirige a buscar un criterio de racionalidad que explique de forma lógica las diferentes instituciones que estructuran el sistema de Derecho Penal. Se pretende así abandonar todo vestigio ético o moral en los conceptos o presupuestos de ese sistema de Derecho Penal. Y de ahí que se parta de un entendimiento psicoanalítico de las relaciones sociales, que explicaría el seguimiento de las reglas jurídicas merced a la inhibición psicológica que produce la amenaza de la sanción correspondiente para el caso de que el ciudadano las infrinja (30). Si así es como funciona el comportamiento del individuo en relación con el respeto a las normas de convivencia social, los fines que persigue el Derecho Penal deben ir encauzados a «... reforzar el carácter inhibitor de una prohibición. crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más rigurosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento» (31). La pena es concebida de este modo como un importante instrumento de política social. Es un medio de encauzamiento de conductas a través de la compulsión psicológica que produce en el individuo la amenaza del mal que representa la sanción. Por esta razón, se le atribuye a la san-

---

(30) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «¿Tiene un futuro la Dogmática juridicopenal?» en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976; pp. 64 y ss. Existen posteriores ediciones de esta obra, en las que también se contienen éste y otros artículos que mentaremos ulteriormente. Pero, dado que el contenido de los mismos no ha variado, seguiremos citando la primera edición.

(31) GIMBERNAT ORDEIG: «¿Tiene un futuro la Dogmática...», cit.; pp. 70 y 71.

ción punitiva una finalidad casi exclusivamente preventivogeneral, tendente a motivar a todos los ciudadanos, a través de la amenaza del castigo, para que no delincan. Y como toda pena implica un sacrificio de bienes y derechos del ciudadano de gran relevancia, su aplicación se limitará estrictamente a mantener la prevención general. La necesidad de pena se constituye así en principio general de toda la construcción sistemática del autor citado.

De lo señalado líneas atrás se deduce que, para Gimbernat, la norma penal es fundamentalmente norma de motivación. A partir de esta consideración en relación con lo dicho en materia de consecuencia jurídica, extrae todos los presupuestos sobre los cuales estructura su teoría jurídica del delito.

De esta forma, el tipo se define en atención a su función, función motivadora que determina su propio ámbito conceptual: «... en él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar» (32). De ahí se sigue que, si el legislador quiere evitar comportamientos intencionales que lesionan un determinado bien jurídico, el elemento volitivo se tenga que encontrar dentro del marco objeto de la prohibición y, por tanto, «el dolo es un elemento del tipo de los delitos dolosos, ya que es elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida» (33). Es así como, por vía distinta al finalismo, se llega a la conclusión de que el dolo se encuentra dentro del tipo. Este mismo hilo argumentativo es trasladado al delito imprudente, y de igual forma, en la medida en que la pena puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que la misma representa, el deber de cuidado se incluye también en la tipicidad. Esto es reforzado con la idea que constantemente gira en toda su propuesta sistemática: «no son causaciones de resultados—sólo constatables *ex post*—, sino conductas dolosas o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir y —de esta manera—prevenir; por ello, sólo la conducta dolosa y —si el legislador quiere ampliar aún más el ámbito de protección del bien jurídico— la imprudente puede ser objeto racional de tipificación: la cuidadosa es

---

(32) GIMBERNAT ORDEIG: «El sistema de Derecho penal en la actualidad» en *Estudios de Derecho penal...*, cit.; p. 94. En otro pasaje de este mismo trabajo el autor señala: «Sabemos ya en qué consiste y cuál es el tipo penal. Consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es el de motivar —mediante la amenaza con una pena— para que dicha conducta no se cometa» (p. 97).

(33) GIMBERNAT ORDEIG: «El sistema de derecho penal en la actualidad...», cit.; p. 95.

impune por falta de tipicidad» (34). Partiendo de este concepto amplio de tipo de injusto como descripción de lo prohibido, se lleva a cabo aún una extensión mayor al considerar que el mismo está integrado por el tipo en sentido estricto (positivo) y por la ausencia de las causas de justificación, que, coherente con su posición, quedan definidas como elementos negativos del tipo (35).

El sector de la antijuridicidad se define en atención al ámbito de lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir. Es decir, antijurídico es aquello que el Derecho desea prohibir *erga omnes*. De ahí que los supuestos de inexigibilidad, que no son amenazados con pena, no porque ésta no resultase eficaz, sino por el simple hecho de que el legislador no pretende inhibir de forma general la conducta lesiva al bien jurídico en determinadas circunstancias, sean considerados como causas de justificación y no de exculpación (36). El sector de la culpabilidad, por el contrario, se delimita, no con base en un juicio de reproche, como se ha definido por causalistas, finalistas o partidarios de la concepción social de la acción, sino por meras razones de prevención general y especial en directa relación con el principio de necesidad de pena. En este sector de la culpabilidad se establecen ciertos límites al poder punitivo del Estado en la medida en que se requiere, para que el sujeto pueda ser castigado por la comisión de un comportamiento antijurídico, que haya podido haber sido accesible a la llamada de la motivación de la norma a través de su consecuencia jurídica. Es decir, se exige que el sujeto sea una persona imputable, bien permanentemente, bien en el momento de la perpetración del hecho; o que en el espacio temporal de la realización del ilícito haya estado en condiciones, de igual forma, de haber podido conocer la prohibición determinada por la norma penal, y con ello, haber sido susceptible de ser influido por ésta (37). La ausencia de pena en los supuestos de falta de «culpabilidad» (y se entrecomilla el sustantivo, puesto que el autor rechaza el concepto tradicional de culpabilidad) se justificaría, de forma mediata, por esa imposibilidad de motivación de la norma en el sujeto que comete el injusto, pero, directamente, la razón fundamental está unida a criterios de

---

(34) GIMBERNAT ORDEIG: «El sistema de derecho penal en la actualidad...», cit.; pp. 97 y 98, nota 40.

(35) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*. Madrid, 1979; p. 34.

(36) GIMBERNAT ORDEIG: *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad en Estudios de Derecho penal...*, cit.; pp. 116 y ss.

(37) GIMBERNAT ORDEIG: *Estado de necesidad: un problema de antijuridicidad en Estudios de Derecho penal...*, cit.; pp. 114 y ss.

prevención general (38). La imputación subjetiva (equivalente a lo que la mayoría de la doctrina denomina juicio de reproche) quedaría así reducida a dos momentos fundamentales: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad (39).

Son muchas las peculiaridades de la concepción sistemática de Gimbernat, en las cuales no podemos ahora detenernos. En lo que interesa ahora resta señalar que el autor mantiene un específico concepto causal de acción (entendido de forma general, que comprende tanto el hacer activo como omisivo, y que él denomina «comportamiento»), pero no en razón a una metodología naturalística, sino fundamentado en atención a su punto de partida anclado en la teoría psicoanalista de la conducta humana. Así, define el comportamiento como «la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)» (40).

De todo lo expuesto en relación con el autor español, quisiera destacar ahora la forma en la que se estructuran y conectan entre sí los diferentes presupuestos y consecuencias de su propuesta metodológica. Se busca una explicación racional del Derecho Penal que evite recurrir a criterios y conceptos cargados de connotación ética o

---

(38) Son muchos los pasajes en la obra de GIMBERNAT en los que directamente se conectan fines de la pena y culpabilidad, fundamentalmente en atención a criterios de necesidad de pena. Traemos a colación una de las tantas referencias al respecto: «Desde el punto de vista del mantenimiento del orden social, proceder con una pena frente a los enfermos mentales y menores es intolerable y abusivo porque es también innecesario: pues que su comportamiento delictivo quede impune no disminuye en nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales». «¿Tiene un futuro la dogmática...», cit. p. 77.

(39) GIMBERNAT ORDEIG: *Introducción a la Parte general del Derecho penal...*, cit.; pp. 69 y ss.

(40) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: «Sobre los conceptos de omisión y comportamiento». *ADPCP*, núm. XL (1987); pp. 579 y ss., 587. No obstante, tampoco se puede confundir este concepto con el de acción definido causalmente en sentido estricto, pues como el mismo autor señala, en su tesis renuncia al requisito conceptual de la voluntariedad porque no está en condiciones de abarcar los comportamientos automatizados ni fallidos. Otra diferencia fundamental reside en que se considera ausencia de comportamiento cuando, aun existiendo esa voluntariedad, no hay un condicionamiento físico del mismo comportamiento. Así, no habría omisión «cuando por incapacidad del sujeto o por los datos objetivos de la situación era físicamente imposible la ejecución de un movimiento». Pág. 606. En relación con el concepto de acción de GIMBERNAT y su planteamiento general del Derecho Penal, BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: «Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las contribuciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat». *Estudios penales y criminológicos*, XIV. Santiago de Compostela, 1994; pp. 9-61.

moral, y se encuentra una fundamentación en un entendimiento psicoanalítico de las relaciones humanas. Desde este punto de partida, la norma penal es concebida, en atención a su incidencia en el comportamiento humano, como norma de motivación y se elude así toda referencia al clásico aspecto valorativo de la norma. Y la propia función del Derecho Penal no puede consistir, desde este prisma, en la tradicional tarea que la doctrina suele asignarle de tutela de bienes jurídicos. Ésta sería una misión ideal y trascendental que se encontraría fuera de los parámetros de constatación empírica que ahora se le puede atribuir a la solución de los problemas humanos. En cambio, la evitación de los delitos, impedir que en un futuro se alcance una cifra desorbitada en la estadística criminal, aparece como una posible aportación real del Derecho Penal al mantenimiento de la coexistencia social. Por eso se explica que se asigne al sector punitivo del ordenamiento jurídico la función de prevención general: a través de la amenaza del castigo, la norma motiva a la generalidad de la ciudadanía, mediante mecanismos de inhibición, al acatamiento de las reglas jurídicas. Y de este modo se vinculan íntimamente un presupuesto metodológico (que pretende huir tanto de las tesis valorativas como ontológicas), la concepción de la norma penal (como norma de motivación) y la función del Derecho Penal (prevención general). La teoría del delito, como no podía ser de otra forma, constituye una coherente consecuencia de estos presupuestos generales.

Y si el Derecho Penal persigue motivar a los ciudadanos para que no delincan, la tipicidad abarcará aquel sector del comportamiento humano que el legislador desea prohibir y que puede evitar a través de la amenaza penal (tanto el comportamiento doloso como, en algunos casos, el imprudente). El ámbito de la imputación subjetiva ya no se fundamenta en el libre albedrío, sino en la capacidad de motivación del sujeto y en las necesidades preventivo-generales... el sistema se ordena coherentemente desde sus presupuestos fundamentales hasta sus últimas consecuencias.

### 3. CONCEPTO DE ACCIÓN, FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL, ESTRUCTURA DEL DELITO Y SISTEMA DE DERECHO PENAL

Metodología del Derecho, función del Derecho Penal y estructura del delito se han puesto en comunicación no sólo mediante el compo-

nente fundamental de la norma jurídica sino también a través de la acción. El finalismo de Welzel llevó a cabo una propuesta metodológica en la que se puede observar claramente la conexión entre todos estos factores.

En opinión de este autor, la ciencia del Derecho Penal no puede construirse a partir de conceptos y principios estrictamente jurídicos, ordenados, explicados y sistematizados con base en criterios exclusivamente normativos. Esta forma de desarrollar la investigación juridicopenal operaría con un producto artificial en tanto que desconocería los acontecimientos, los fenómenos y las estructuras de la realidad que son previas a toda regulación jurídica (41). El punto de partida filosófico, como es fácil de adivinar, ya no es la doctrina neokantiana de los valores, sino que, por el contrario, se toman en consideración las corrientes ontológicas y fenomenológicas «para mostrar las distintas leyes estructurales del ser humano e intentar conformar a partir de aquí la base de las Ciencias que se ocupan del hombre» (42).

En correspondencia con este primer planteamiento teórico, el autor alemán señala que en las estructuras lógico-objetivas que acuñan y dan pleno sentido a través de la convivencia humana al mundo, existe una combinación de relaciones ontológicas y axiológicas, representativas de los planos del valor y de la realidad, que no han sido advertidas ni por el pensamiento científico-natural del naturalismo juridicopenal (en su examen de la realidad libre de toda valoración) ni por el método axiológico neokantiano (en una excesiva normativización y relativización de su teoría del conocimiento). Según esta concepción, esas estructuras lógico-objetivas vendrían determinadas, en última instancia, por constantes antropológicas que le son dadas previamente al Derecho y que no pueden ser transformadas por éste, y, en consecuencia, tienen que ser tenidas en cuenta también por el legislador, de tal forma que esas denominadas estructuras lógico-objetivas «representan los ladrillos físicos del mismo sistema de Derecho penal previo a la regulación

---

(41) WELZEL, Hans: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim-Leipzig-Berlín, 1935; pp. 64 y ss.

(42) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit.; p. 112, núm. 17. Sobre los presupuestos filosóficos de la doctrina de la acción final, es importante tomar en consideración las propias apreciaciones de WELZEL, Hans: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*. 4.<sup>a</sup> edic., Göttingen, 1961, pp. IX-XII. Existe versión castellana *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción y notas de Cerezo Mir, José. Barcelona, 1964.



jurídica» (43). La innovación metodológica fue, a todas luces, trascendental (44).

La estructura lógico-objetiva fundamental que está en la base de todo Derecho Penal es la acción humana. Ahora bien, en tanto que estructura lógico-objetiva, su significación básica para el sistema jurídico no puede ser distinta de la que subyace en el marco de la realidad. Por esta razón, y, según Engisch, el concepto de acción de Welzel, siguiendo a Nicolai Hartmann, y como base de la teoría jurídica del delito es equivalente al de actividad final humana (45). A la acción pertenece, por tanto, todo aquello que el querer del sujeto establece como medio para alcanzar un determinado fin. Sin embargo, de

---

(43) SCHÜNEMANN, Bernd: «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken» en el libro colectivo coordinado por el mismo autor *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*. Berlín-New York, 1984; p. 34. Existe traducción al castellano (*El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, traducido por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Madrid, 1991). Según este autor, la concepción de Welzel representa, dentro del ámbito filosófico-jurídico, un compromiso entre el Derecho natural y el relativismo valorativo.

(44) La concepción metodológica de Welzel se puede resumir en unas pocas líneas, tomando palabras del propio autor: «El ordenamiento jurídico determina por sí mismo qué elementos ontológicos quiere valorar y vincular a ellos consecuencias jurídicas. Pero no puede modificar los elementos mismos, si los recoge en los tipos. Puede designarlos con palabras, destacar sus caracteres, pero ellos mismos son el elemento individual, material, que constituye la base de toda valoración jurídica posible. Los tipos sólo pueden “reflejar” este material ontológico, previamente dado, describirlo lingüística y conceptualmente, pero el contenido de los “reflejos» lingüísticos y conceptuales puede ser sólo puesto de relieve mediante una comprensión penetrante de la estructura esencial, ontológica del elemento material mismo. De ello se deduce para la metodología, que la Ciencia del Derecho penal tiene que partir siempre, sin duda, del tipo... pero tiene que trascender luego del tipo y descender a la esfera ontológica, previamente dada, para comprender el contenido de las definiciones y para... comprender también correctamente las valoraciones jurídicas... Este método, “vinculado al ser o a las cosas...” que constituye uno de los aspectos esenciales de la doctrina de la acción finalista, debía ser designado con la palabra “ontológico”, sin que con ello se optase por un sistema ontológico determinado» (*El nuevo sistema del Derecho penal...*, cit.; pp. 13 y 14). Sobre toda la problemática planteada en relación con las estructuras lógico-objetivas en España CEREZO MIR, José: «La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española». *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Madrid, 1982; pp. 105 y ss.

(45) Decía Hartmann: «La persona, en tanto en cuanto configura y transforma sus deseos en fines, y realiza éstos valiéndose de los medios previstos para ello, dirige el suceder real a lo deseado, y precisamente este *dirigir* mediante la inserción de los propios componentes determinativos es la “acción”. Al respecto, el gran trabajo de RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo: *La doctrina de la acción finalista*. 2.<sup>a</sup> edic. Valencia, 1978, p. 84. Aunque existe gran similitud entre los puntos filosóficos de Hartmann y los presupuestos de la doctrina de la acción de Welzel, este mismo autor niega la influencia de aquél (*El nuevo sistema de Derecho penal...*, cit.; pp. 12 y 13).

un acto de voluntad pueden surgir muchos efectos, de los cuales no todos van a pertenecer a la acción. En esta determinación limitativa, el autor sigue también un postulado metodológico hegeliano, al intentar deslindar aquellas consecuencias que se le han de imputar a la acción, de aquellos efectos «ciegos» accesorios y lejanos (46). Llega así a concebir la acción, como señalábamos, en su consideración como actividad humana final. Así dirá el autor: «La acción humana es ejercicio de la actividad final. Lo propio y genuino del acto del hombre consiste en anticipar en la esfera del pensamiento determinadas metas, en seleccionar los medios necesarios para su consecución y aplicarlos después de modo planificado para lograr la realización de aquéllas... en virtud de su saber causal, la voluntad es el factor objetivo de la acción, dirige de modo planificado la acción a la consecución de la meta (realización de la voluntad)» (47).

La consecuencia sistemática más importante y revolucionaria que deriva de esta concepción de la acción va a ser expresada por el propio Welzel nítidamente: «Por ello pertenece el dolo a la acción como el factor configurador subjetivo de la misma» (48). No cabe duda que la traslación del dolo del ámbito de la culpabilidad a la acción es una de las innovaciones más importantes en la teoría jurídica del delito que han tenido lugar en este siglo.

Hasta aquí, he expuesto de forma descriptiva el planteamiento metodológico que tradicionalmente se le atribuye al autor alemán. Me gustaría añadir ahora un factor relevante sobre el que no se ha prestado tanta atención, y es este que hace referencia a la función que persigue el Derecho Penal y su relación con este planteamiento metodológico.

Frente a la teoría clásica y neoclásica que establecía como misión del Derecho Penal la protección de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia humana, las tesis finalistas de Welzel determinan una misión más profunda y positiva del Derecho Penal, una misión de naturaleza ético-social. El Derecho Penal prescribe y castiga la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica. De este modo, otorga vigencia a los valores positivos de acto, da forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su conciencia de permanente fidelidad al Derecho. Para Welzel, por tanto, la

---

(46) RODRÍGUEZ MUÑOZ: *La doctrina de la acción finalista...*, cit.; p. 85.

(47) WELZEL, Hans: *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1949; pp. 20 y ss. Tomamos la traducción y la cita de Rodríguez Muñoz: *La doctrina de la acción finalista...*, cit.; pp. 32 y 33.

(48) WELZEL: *Ibidem*.

misión del Derecho Penal consiste fundamentalmente en la tutela de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares.

La ulterior sistematización de la teoría del delito en el finalismo, de todos conocida, no es ajena ni a la función del Derecho Penal que su fundador establece, ni tampoco es indiferente a los presupuestos filosóficos que le sirven de base. En efecto, el finalismo establece como función primordial del Derecho Penal el mantenimiento de los valores ético-sociales, de los valores de conciencia en orden a preservar, en segundo término, los bienes jurídicos más relevantes de la comunidad. La imposición general de los valores de conciencia, de fidelidad al Derecho con el fin de preservar la convivencia social, tendría sus límites. Y es aquí donde se establece la metodología ontológica del tejido de estructuras lógico-objetivas previas a la regulación legal y de obligada observación por parte del legislador. Se quiere evitar así la crítica al excesivo voluntarismo que envuelve todo su modelo teórico.

Y tampoco es casual la incorporación de la estructura lógico-objetiva fundamental, la acción final, en la teoría jurídica del delito. Se puede afirmar que la subjetivización que se traduce en toda la doctrina welzeliana del ilícito merced a la inclusión y examen del contenido del querer dentro de la conducta humana (concepto personal del injusto, normativización y reducción de la culpabilidad, etc.) es el resultado de algo más que una mera consecuencia técnica por el hecho de haber partido de este presupuesto ontológico esencial. Precisamente toma Welzel la acción final como punto de partida de su sistemática porque ésta casa perfectamente con la función que se le había otorgado al Derecho Penal: el mantenimiento de la vigencia de los valores ético-sociales en orden a la conservación del respeto a los bienes jurídicos fundamentales. Dentro de estas coordenadas, el enfrentamiento a esa misión atribuida al Derecho Penal viene encarnada por la actitud interna que provoca la puesta en tela de juicio de esos valores de conciencia social. El momento de desobediencia, el momento de rebeldía a la asunción de los criterios éticos comunitarios se constituye en el aspecto más relevante de la negación del Derecho y por esta razón Welzel toma como estructura lógico-objetiva esencial la acción final y no cualquier otra. Las repercusiones que tuvo este cambio metodológico en la estructura del delito son de sobra conocidas y están íntimamente relacionadas tanto con el presupuesto metodológico como el ideológico. Especialmente su concepción de la antijuricidad vuelve a reflejar este pensamiento apuntado.

Así, para Welzel el ordenamiento jurídico pretende establecer con sus normas y preceptos un orden valioso de la vida social. La realiza-

ción antijurídica del tipo, en consecuencia, refleja siempre una conducta que contradice este orden valioso. La antijuridicidad, pues, en la tesis welzeliana, se contempla como un juicio «objetivo» (en el sentido de que viene determinado por criterios generales) de desvalor. Pero, en tanto que dicho juicio tiene como objeto una conducta humana, y ésta viene configurada tanto por componentes externos como internos, estos últimos, es decir, los elementos anímicos del sujeto, van a tener gran importancia en la fundamentación del juicio de desvalor (49).

El dolo también se incluye en el injusto, como es lógico, pero éste, además, ya no aparece desligado de la persona del autor: «... la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligaban a este respecto, todo ello determina de modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido a un autor, es injusto "personal"*» (50). De esta forma, la antijuridicidad y su sustantivización, el injusto, adquieren un grado de subjetivización desconocido hasta entonces tanto en la concepción causal del delito como en la neokantiana. Se busca así reafirmar la naturaleza ético-social del Derecho Penal que a su vez inspira toda la concepción iusfilosófica del autor alemán, y esto se pretende conseguir otorgando primacía al desvalor de acción frente al desvalor de resultado (51).

El cambio operado en la teoría de la culpabilidad también es reflejo no sólo de la coherencia con el presupuesto dogmático de partida, sino también de este aspecto ideológico señalado.

Las repercusiones sistemáticas del finalismo alcanzaron, como he señalado, al juicio de culpabilidad, que toma en consideración las circunstancias propias del autor con relación a la realización del comportamiento prohibido.

Si el dolo se había trasladado de la culpabilidad a la acción, desaparecía del ámbito de aquélla el componente psicológico que hasta entonces le había prestado cierto soporte material. La culpabilidad vendría así determinada de esta forma con base en componentes casi exclusivamente normativos. Y, en este sentido, el apoyo ontológico

---

(49) WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán. Parte general*. 11.<sup>a</sup> edic. traducida por BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Santiago de Chile, 1970; p. 79.

(50) WELZEL: *Derecho Penal...*, cit.; p. 92.

(51) Así se expresa BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción al Derecho Penal*. Bogotá, 1986; p. 183.

viene reflejado por la propia consideración al ser humano, como persona capaz de dirigir libremente su destino, de obligarse y, por tanto, de obrar conforme a las exigencias del Derecho. Se puede decir que la idea de ser humano como persona responsable es la estructura lógico-objetiva que en el sistema de Welzel parece residir en el campo de la culpabilidad (52). Ésta queda reducida a un juicio de reproche que se le formula al autor en la medida en que, pudiendo obrar el sujeto en la situación concreta de conformidad con los preceptos de la norma jurídica, optó por dirigir su comportamiento en contra del Derecho (53).

En razón a esta consideración general, los componentes que configuran el contenido de la culpabilidad se determinan en atención a su aptitud como objeto del reproche que se dirige al autor por el hecho cometido. La estructura de ese juicio de reproche se desarrolla a través de tres momentos fundamentales: imputabilidad, es decir, comprobación existencial de la capacidad del sujeto de comprender el injusto realizado y de dirigir su conducta de acuerdo con esa comprensión (54); posibilidad de comprensión de lo injusto, esto es, determinación de las condiciones del sujeto imputable en orden al reconocimiento de la significación antijurídica del hecho cometido o de la posibilidad de haber llegado a esta comprensión (55); y, finalmente, exigibilidad, en virtud de la cual el juicio de reproche requiere que en la situación concreta al autor imputable con conocimiento de lo injusto de su hecho se le pudiese exigir, en razón al conjunto de circunstancias concurrentes en dicha situación dada, un comportamiento distinto al que llevó a cabo (56).

La fuerte normativización de la culpabilidad, responde, de un lado, a una exigencia de intentar mantener un mínimo contenido de los aspectos personales del autor con relación al hecho antijurídico realizado. Pues la elaboración del concepto final de acción y del tipo personal de injusto determinaban un traslado de esos componentes personales del juicio de reproche al sector de la antijuridicidad. Pero, de otro lado, la

---

(52) Ésta parece ser la opinión de BUSTOS RAMÍREZ: *Introducción al Derecho Penal...* cit.; p. 184.

(53) «En este “poder en lugar de ello” del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica, reside la esencia de la culpabilidad; allí está fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de culpabilidad al autor por su conducta antijurídica. La teoría de la culpabilidad tiene que exponer los presupuestos por los cuales se le reprocha al autor la conducta antijurídica». WELZEL: *Derecho Penal Alemán...*, cit.; p. 197.

(54) WELZEL: *Derecho Penal...*, cit.; p. 216.

(55) WELZEL: *Derecho Penal...*, cit.; p. 221.

(56) WELZEL: *Derecho Penal...*, cit.; p. 248.

excesiva subjetivización de toda su sistemática implicaba que la culpabilidad se sustentase también en una estructura lógico-objetiva que evitase una posible y excesiva intromisión del poder punitivo en los elementos de conciencia del ciudadano. Y esa estructura lógico-objetiva en este campo viene representada por el libre albedrío.

En conclusión, como se ha ido esbozando a lo largo de estas líneas, el planteamiento iusfilosófico del finalismo y la subjetivización de todos los componentes de la teoría del delito no puede considerarse, como se ha señalado, una mera consecuencia técnica deducida de un presupuesto teórico puramente ontológico, sino que, por el contrario, dicha subjetivización sistemática se encontraba pre-determinada por la función ideológica atribuida al Derecho Penal en la determinación de su tarea fundamental.

#### 4. IMPUTACIÓN OBJETIVA, FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL Y SISTEMA DE DERECHO PENAL

Quisiera aportar dos ejemplos de planteamientos sistemáticos en los que se relacionan metodología del Derecho, función de la norma penal e imputación objetiva, que se encuentran en un plano intermedio a los dos supuestos anteriormente señalados (sistema y norma penal, sistema y acción). Me refiero al modelo funcionalista defendido por Jakobs, del que paso a ocuparme en primer lugar, y a la reciente propuesta de la concepción significativa de la acción de Vives Antón, que finalizará este apartado.

Jakobs, junto con otros penalistas que se encuentran en esta corriente, critican a la Dogmática tradicional la pérdida de contacto con la realidad, consecuencia de la utilización de metodologías que se fundamentan en presupuestos naturalísticos, normativistas u ontológicos. Las tendencias tradicionales del Derecho Penal se habrían consagrado particularmente a la teoría de los valores, olvidando la función que suelen cumplir esos valores en un determinado sistema social. Se rechaza, en esta línea argumentativa, la misión que se le suele atribuir al derecho penal, y que consiste en la protección de bienes jurídicos. Pues lo relevante no es la selección y tutela de estados ideales, sino la función que prestan las diversas instituciones penales. En cambio, para la doctrina tradicional, la cuestión sobre la tarea representada por esos valores sería, según los partidarios del funcionalismo, un tabú incontestable como todo aquello que queda fuera de la capa del derecho positivo. Sería expulsado a la moral, a la religión o a la política.

Así, se aconseja al Derecho Penal que se olvide del examen de la problemática sobre la naturaleza del valor fundamental para que desarrolle su actividad investigadora en la vida social (57).

La propuesta de Jakobs parte así de los presupuestos de la teoría de los sistemas sociales de Parson (58) y de la aportación científica de Luhmann (59) en el marco de la Ciencia del Derecho.

Como presupuesto, se parte de una concepción de la sociedad en la que ésta se contempla como un complejo organismo armónico donde cada uno de los miembros que la integran desarrolla una específica función que permite la coherencia del sistema y contribuye al desarrollo dinámico de aquélla, manteniendo así su estructura básica. En este contexto, el Estado sólo puede castigar aquellas acciones que presentan cierta lesividad social, de tal forma que el Derecho Penal tiene encomendada la tarea de dirigir su actividad en orden al establecimiento y protección de las condiciones necesarias que posibilitan el mantenimiento de la vida social en comunidad. Pero, se dice, allí donde la convivencia de una pluralidad de individuos en una determinada sociedad sólo es posible bajo ciertos presupuestos, no es suficiente contar únicamente con estados de valor dignos de protección, sino que, para que el Derecho Penal pueda cumplir su función, se ha de atender a los problemas organizativos necesitados de solución en orden a la conservación y aseguramiento de las condiciones de existencia de los ciudadanos que conviven en esa sociedad (60). Es decir, en consideración a los siempre complejos presupuestos sociales, que desde este punto de vista se entienden como conformados bajo fiables

---

(57) Al respecto, la exposición de AMELUNG, Knut: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt, 1972; pp. 350 y ss. RUDOLPHI, Hans Joachim: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs*. Festschrift für Honig. Göttingen, 1970; pp. 151 y ss. Un resumen de los presupuestos que guían este pensamiento en mi trabajo «El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada». *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. I. Valencia, 1998; pp. 247 y ss.

(58) PARSONS, Talcott: *The social system*. 4.ª edic. New York, 1968. LUHMANN, Niklas: *Zweckbegriff und Systemrationalität*. Frankfurt, 1973. Del mismo, *Rechtssociologie*, 2 tomos. 1.ª edic. Hamburgo, 1972. Una completa referencia bibliográfica y análisis sobre sus presupuestos en MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Barcelona, 1976; pp. 295 y ss. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel: *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid, 1979; pp. 9 y ss.

(59) JAKOBS, Günther: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 2.ª edic. Berlín-New York, 1991; pp. 6 y ss, núms. 4 y ss, expresamente en notas 7 y 8. Este mismo planteamiento fue anticipado en su trabajo *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976; pp. 9 y ss. Una clara, concisa y completa exposición en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona, 1992; pp. 69 y ss, núms. 4 y ss.

(60) Tesis fundamental de la que parte la obra de AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz...*, cit.; p. 351.

expectativas de comportamiento y que se proyectan en acciones, el Derecho ya no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que debe proceder a asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.

En su visión del Derecho Penal, pues, se niega la tarea clásica que se le atribuye y que se circunscribe a la mera protección de bienes jurídicos, en la medida en que la lesividad social comprendería algo más que la violación de valores ideales. El Derecho Penal, por el contrario, debe contribuir a la funcionalidad del sistema, al mantenimiento de su capacidad de organización, a la distribución y aseguramiento de competencias, al cumplimiento individual de cada uno de los roles asignados al ciudadano.

Con esta concepción como punto de partida, el autor define todas las categorías del delito en atención a la contribución que éstas prestan en orden al mantenimiento de la respectiva estructura social (61). De ahí que el cometido que se le atribuye al sector del ordenamiento punitivo explique que toda la elaboración dogmática del ilícito se estructure en torno a la institución de la imputación objetiva.

Y en efecto, se ha dicho, y con razón, que la teoría de la imputación objetiva propugnada por Jakobs se enmarca en una dogmática cuya pretensión es, sobre todo, la de explicar el sistema de atribución que rige en una determinada sociedad en un momento dado, y por eso su teoría en ocasiones ha recibido el nombre de *sociológica* (62).

No es casual, por tanto, que el autor tome como punto de partida de su teoría del delito la imputación objetiva, pues de lo que se trata es de establecer una relación entre el comportamiento de un sujeto y la violación del rol que le corresponde en atención a la distribución de competencias que lleva a cabo la norma infringida, de tal forma que el suceso lesivo aparece como obra de su autor (63).

La norma jurídica reflejaría así el criterio rector de ordenación que establece y diversifica los distintos roles en favor del funcio-

---

(61) En este sentido, y exponiendo algunos ejemplos, SCHÜNEMANN: *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken...*, cit.; p. 54, nota 133.

(62) CANCIO MELIÁ, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. En JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Estudio preliminar de Cancio Meliá, M./Suárez González, C. Traducción de Cancio Meliá, M. Madrid, 1996; p. 62. Estos autores, y especialmente el primero, han contribuido notablemente a la difusión de la obra del autor alemán en la mayoría de los países de habla hispana, y de ahí que sus apreciaciones siempre tengan que ser tomadas muy en serio por su valioso conocimiento de la complicada estructura dogmática de este gran penalista.

(63) «Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expec-



namiento del sistema social. La lesión a su vigencia, en consecuencia, representa la lesión a la función y se constituye así en el primer motivo de la incriminación. Se explica de este modo, como reiteradamente vengo señalando, que el Derecho Penal ya no persiga la mera protección de bienes jurídicos, pues ahora centra su atención en el mantenimiento de la vigencia de la norma, de la confianza en el Derecho. Todos los componentes del delito vienen de esta forma fundamentados desde el marco de su plasmación e incidencia en la norma penal, entendida bajo este presupuesto de criterio rector de asignación de competencias.

La conducta criminal se caracteriza como una forma de expresión con sentido que es imputada al agente en tanto que éste exteriorice una representación de ruptura de un orden vigente (64). Y esa expresión de sentido jurídico penalmente consistirá en la inseparable toma de posición respecto de la vigencia de la norma: el sujeto agente no ve ninguna norma que le obstaculice, bien sea porque no conoce la correspondiente norma, bien sea porque la conoce y a pesar de ello se ha propuesto infringirla (65).

La acción se constituye a su vez en causa de un resultado, definido éste como lesión de la vigencia de la norma, esto es, y entendiendo norma como criterio rector de ordenación comunitaria, como menoscabo de una determinada función social (66). En otras palabras, el autor es coherente con la concepción funcionalista de toda su posición en la medida en que se concibe el injusto de un delito como la frustración del cumplimiento de un rol asignado al sujeto en una comunidad dada, y en este sentido, la norma, en tanto que supone la definición de los papeles que cada ciudadano juega en la sociedad, representa el mecanismo supremo de organización de la señalada comunidad. La lesión a su vigencia, en consecuencia, reflejaría la lesión a la función y se constituiría así en el primer motivo de la incri-

---

tativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo; ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta en atención a personas». JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal...*, cit.; p. 97.

(64) JAKOBS, Günther: *El concepto jurídicopenal de acción*. Conferencia impartida en el CEU de Madrid en mayo de 1992. Traducida por Manuel Cancio Meliá; p. 14. Del mismo: *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit.; pp. 136 y ss, núms. 20 y ss.

(65) JAKOBS, Günther: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff: Kleine Studie*. München, 1992; pp. 33 y 34. Tomo aquí varios párrafos de forma casi literal para expresar más genuinamente el pensamiento del autor.

(66) JAKOBS: *El concepto jurídicopenal de acción...*, cit.; pp. 20 y 21.

minación. De todo esto se deduce por qué el autor llega a definir la acción con base en este resultado y por qué caracteriza a la misma como causación de la lesión de la vigencia de la norma. El resultado se define así como el no reconocimiento de la validez de la norma. O formulado de otra forma, se va a señalar que quien expresamente mantiene que la norma para él no conforma actualmente máxima alguna, actúa, si la expresión se realiza a través de una actividad corporal, y omite cuando toma expresión la no realización de una determinada actividad.

El concepto de acción, pues, ya no constituye el fundamento sobre el que se edifica el sistema penal del autor, sino el componente básico de la imputación objetiva que viene definido por su propia relación con la norma jurídica. De esta forma se explica que pierda ciertas características individuales en favor de una comprensión más sociológica.

Y esta ausencia de individualidad, de perspectiva personal en las diferentes categorías del delito, se va a plasmar también en la institución que tradicionalmente revela con mayor fuerza esos componentes individuales y personales: la culpabilidad.

En el sistema de Jakobs, la pena cumple una función fundamentada en la prevención general positiva, que en su particular terminología significa necesidad de mantenimiento de las expectativas de la fidelidad al ordenamiento jurídico. Esa fidelidad al ordenamiento jurídico se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada (en el sentido de cumplimiento de su rol personal en favor del desarrollo equilibrado del sistema), siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás; lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación «la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil», o esta otra similar «el fin que determina directivamente la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el orden jurídico perturbada por el comportamiento delictivo» (67). Pues en la defraudación de la expectativa que representa la norma por parte del sujeto que lleva a cabo la conducta bajo condiciones normales, es decir, en su comportamiento bajo condiciones volitivas e intelectivas susceptibles de ser interpreta-

---

(67) JAKOBS, Günther: *El principio de culpabilidad*. Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid en mayo de 1992. Traducción de Manuel Cancio Meliá; p. 29. También en *Schuld und Prävention*. Tübingen, 1976; p. 31 («Als der die Schuld leitend bestimmende Zweck erwies sich hierbei die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsverhaltens... »).

das con sentido en un determinado contexto social, se niega la vigencia de esa norma jurídica y con ello se debilita su afirmación y su aptitud funcional de equilibrio en el desarrollo de la comunidad. Pues si las reglas de la naturaleza no necesitan afirmar su vigencia, pues ésta no pelagra si alguien pretende actuar contra las mismas, ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza.

En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco, o el que desconoce la significación antijurídica del hecho cometido, cumpliera con esta exigencia de fidelidad al Derecho, o dicho en palabras que utilizaría el mismo Jakobs, la ausencia de sanción en estos supuestos, no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el Derecho (68). La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada con base en un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general.

Esta comprensión del sistema penal en la teoría del delito es coherente tanto con el planteamiento metodológico adoptado como con los fines que se le asignan a la pena. Se parte de la prevención general positiva como criterio decisivo de orientación de la sanción jurídica, es decir, que la pena supone la consecuencia racional y sincronizada del hecho punible del autor, en cuanto que éste con el mismo ha comunicado su esbozo de la realidad. Dicho hecho se entiende no tanto como acto psicofísico, sino, sobre todo, como representación de un esquema social rechazado por el ordenamiento jurídico. La pena supone otra comunicación en sintonía con el ilícito: reflejo de que no se quiere mantener ese esbozo de la realidad presentado por el autor con su comportamiento. En consecuencia, la prevención general es positiva puesto que no sólo se pretende dar a la sociedad una visión negativa de la consecuencia del delito, sino que también se desea imponer una determinada visión de la realidad. Esto dicho se refleja en las siguientes palabras del autor: «El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque se pretende producir un efecto en *todos* los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista

---

(68) JAKOBS: *El principio de culpabilidad...*, cit.; p. 39.

en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena; —en el siglo pasado se hablaba de manera plástica de eliminación del «daño intelectual del delito»— (69).

Pese a las distancias existentes entre maestro y discípulo, entre Welzel y Jakobs, el paralelismo en su estructura metodológica resulta, a todas luces, evidente. Para aquél, misión del Derecho Penal es mantener vigente los valores de conciencia jurídica; para éste, conservar la confianza en el Derecho, en el funcionamiento sincronizado del sistema social. Welzel conforma toda su sistemática en torno al concepto final de acción porque el mismo representa la estructura lógico-objetiva fundamental como voluntad que se opone al sometimiento de fidelidad a los valores de conciencia jurídica. Jakobs, en cambio, fundamenta todo su modelo teórico en la imputación objetiva, o si se quiere, en un concepto amplio de acción a través del cual se ponen en comunicación conducta del sujeto, ruptura de la norma y culpabilidad. La razón de esta prioridad radica, sin embargo, en el hecho de que todos estos momentos representan supuestos de menoscabo o debilitación de la vigencia de la norma, frustración de expectativas, desajuste en el desempeño de los roles socialmente asignados, y en última instancia, disfuncionalidad social.

La diferencia fundamental la encontramos en el hecho de que en Welzel el momento sustancial de fundamento del injusto se encuentra en la acción final mientras que en Jakobs la antijuridicidad, en tanto que frustración de roles, viene directamente relacionada con el menoscabo de la vigencia de la norma, y la acción queda relegada ya a un segundo plano, o si se quiere, cubierta en el momento fundamental de la imputación objetiva.

El concepto de acción, igual que en su día ocurrió con la norma penal, sufre, por tanto, una inversión en correspondencia con el método. La acción en las tendencias funcionalistas tiene ahora asignada la función, no de fundamentar la sistemática del Derecho Penal que se defiende, sino la de revalidar la aptitud y la coherencia de ese sistema respecto de todos sus componentes sustanciales.

---

(69) JAKOBS: *El principio de culpabilidad...*, cit. ; p. 34. En otro pasaje señala, en consonancia con lo expresado en el texto, que la prevención general no se entiende en el sentido de intimidación, sino en el de ejercicio en la confianza en el Derecho: «Dies ist Generalprävention nicht im Sinne von Abschreckung, sondern von Einübung in Rechtstreue». (*Schuld und Prävention...*, cit.; p. 10). También en *Strafrecht. Allgemeiner Teil...*, cit.; p. 13, núm. 15.

El último modelo metodológico que voy a exponer, también brevemente, es el reciente planteamiento formulado por Vives Antón. Es verdad que ni en sus presupuestos ni en sus consecuencias tiene parecido alguno con el sistema funcionalista de Jakobs. Pero existe algún paralelismo en el modo de concebir los fundamentos del Derecho Penal, y por esta razón, se ha elegido como ubicación sistemática el apartado dedicado a las relaciones entre imputación objetiva y sistemática penal.

En efecto, el autor presenta de nuevo a la acción como fundamento de la elaboración de la teoría del ilícito penal. Ahora bien, en la medida en que la esencia de este componente se encuentra en el significado que adquiere conforme a reglas y normas externas, la formulación jurídica del delito se edifica tomando como piedra angular la imputación objetiva, pues en última instancia a la disciplina punitiva le corresponde como tarea mediata determinar si un determinado comportamiento humano es atribuible a un sujeto con arreglo a los presupuestos establecidos en la norma jurídica (70).

Tomando como presupuesto acción y norma, y la forma en que aquélla se concibe desde ésta, el autor elabora todo el sistema penal bajo un prisma casi exclusivamente normativo. Creo, aunque puedo equivocarme, que de todas las propuestas metodológicas que existen en la actualidad en Europa, no encontramos un sistema tan fuertemente normativizado (casi tanto como el de Jakobs, pero con una fundamentación totalmente distinta) como el que nos presenta el profesor español. Voy a exponer algunas reflexiones en las que se aprecia esta característica señalada.

La originalidad de los fundamentos del sistema de Derecho Penal de Vives Antón comienza por los presupuestos filosóficos de los que parte, que toman como base la filosofía del lenguaje de Wittgenstein con cierta influencia de Habermas. También creo que es la primera formulación de las bases del Derecho Penal que se sustenta en la obra, entre otros, de estos autores. Y, como intentaré demostrar más adelante, este cambio radical en dichos fundamentos, tampoco es una casualidad.

En este proceso de normativización, todas las categorías que el autor reelabora vienen caracterizadas por la ausencia de todo elemento

---

(70) «Salir de la botella implica en este caso liberarse de esa confusión. El delito no es un objeto real y, por consiguiente, a la estructura del sistema no corresponde ninguna estructura objetiva. Y la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas». VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996, p. 482.

o componente fáctico, naturalísticos, material o psicológico. Por el contrario, las diferentes instituciones del Derecho Penal adquieren relevancia por el sentido, el significado, la interpretación que de las mismas se puede extraer conforme a reglas o normas externas. Con este criterio rector como referencia, presenta su concepción significativa de la acción y el resto de categorías subordinadas a la misma.

La determinación del concepto de acción se hace depender del significado, del sentido que se desprende de los actos humanos. Se concibe la acción, pues, como unidad de sentido, interpretable en el marco social por ajustarse al seguimiento de una regla. La esencia de la acción ya no se encuentra, por tanto, ni en el movimiento corporal, ni en la finalidad subjetiva, sino en el significado que adquieren ciertos acontecimientos del hombre en el contexto social en la medida en que aquéllos siguen unas pautas comprensibles en dicho contexto social. Luego el componente ontológico de la acción no es el aspecto más relevante de la misma. Es decir, la acción ya no consiste en el sustrato que luego adquiere un sentido, sino en el sentido que a través de las diferentes reglas sociales, da vida al sustrato (71). Se entiende ahora por qué nos encontramos ante una teoría fuertemente normativizada de la acción y también se comprende ahora la denominación de la misma, concepción significativa de la acción (72). Pero ese proceso de eliminación, de huida de toda comprensión fáctica de los elementos estructurales del delito, se va a producir en el conjunto del sistema.

---

(71) VIVES ANTÓN: *Fundamentos del sistema penal...*, cit.; pp. 245 y ss. Desde esta perspectiva, la acción como significado atribuido socialmente –jurídicamente– a ciertos movimientos corporales o a cierta ausencia de ellos, tiende a objetivarse. Dicha objetivación de la acción se produce mediante su reconocibilidad en las reglas sociales. A lo largo de toda su obra, el autor insiste en la idea de que en materia de acción no estamos ante proceso físico alguno, sino ante supuestos de interpretación de la conducta pública, esto es, de comprensión de su sentido.

(72) No podemos explicar ahora todas las derivaciones sistemáticas de la original propuesta del autor. Así, se distingue entre apariencia de acción y tipo de acción. Este último concepto adquiere relevancia preeminente en el sistema penal. «Las acciones no resultan, pues, inteligibles por referencias a estructuras objetivas (físicas o lógicas) situadas fuera de ellas, sino sobre la base de que se entrelazan en prácticas, en plexos regulares de interacción que determinan el sentido. En base al papel que juegan en esos plexos podemos hablar de diferentes *tipos de acción*, y tales *tipos de acción* –que no son más que la expresión de las diferentes funciones sociales– constituyen el dato primario de nuestro conocimiento de la acción... Así pues cabe afirmar, en consecuencia, que la acción típica es el constituiens real del tipo de delito y el *tipo de acción* su primer constituiens lógico.» VIVES ANTÓN: *Fundamentos...*, cit.; p. 266.

La pretensión metodológica, como he señalado, busca los componentes valorativos y significativos del delito y expulsa cualquier elemento material, sea físico, sea psicológico, del sistema penal.

De esta forma el dolo, que ahora se entiende como dolo neutro, esto es, como intención de realizar el hecho antijurídico (quedando la conciencia de la ilicitud en la pretensión de reproche), ya no es concebido como un componente claramente psicológico, que reside en el ámbito interno de la persona. El dolo, que, repito, es contemplado fundamentalmente como intención, ya no viene definido como impulso de la voluntad que se constituye en causa del movimiento corporal en los delitos de acción, sino que, por el contrario, viene regido también por códigos externos, por reglas sociales (73). De ahí que se redefina la categoría fuera del ámbito propiamente psicológico para adecuarla a los nuevos parámetros valorativos. Y de esta forma el dolo es enjuiciado ahora bajo el prisma de la existencia en el autor en el caso concreto de un compromiso de actuar, puesto que, en última instancia, el criterio de la aceptación de la consecuencia lesiva es constatable desde el punto de vista externo (74). Con toda coherencia, también los elementos subjetivos del injusto pierden todo carácter psicológico y devienen en categorías significativas cuya esencia se encuentra en el componente valorativo (75).

En fin, con la pretensión de no extenderme demasiado en la explicación, hay que señalar que las mismas consecuencias se aplican a

---

(73) No se niega que la capacidad de la acción exija cierta posibilidad de crear intenciones y voluntades, pero en cambio la determinación de la acción misma no sólo depende de la intención sino del código social establecido mediante el cual se extrae su sentido y significado. Y el propio examen del querer del agente no se sustrae a este requisito señalado de sometimiento a reglas externas. VIVES ANTÓN: *Fundamentos del sistema penal...*, cit.; p. 214.

(74) «En consecuencia, para determinar si una acción es o no intencional habremos de atender, no a inverificables procesos mentales, a deseos y propósitos, sino a si en la acción realizada se pone o no de manifiesto un compromiso de actuar del autor. Ese compromiso no es sino el trasunto de la relación que une la intención a su objeto (la acción) con la “dureza del deber ser lógico”. De este modo, la intención, inasequible como proceso psicológico, se muestra en una doble dimensión normativa. En primer término, en las reglas que la identifican y la hacen posible y cognoscible y, en segundo lugar, en la relación entre el autor y la acción: a través del significado de sus actos, de las competencias que cabe atribuirle y del entramado de los estados intencionales que se plasman en su vida imputamos –o no– una determinada intención al autor.» VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; pp. 232 y 233.

(75) *Fundamentos...*, cit.; p. 257: «Si ello es así, los elementos subjetivos han de configurarse y entenderse no como procesos internos semejantes a los físicos –como cosas que ocurren en el fondo del alma–, sino como momentos de la acción, como componentes de un sentido exteriorizado, de algo que no es –ni puede ser– secreto».

dos instituciones que hasta este momento eran fundamentales en el sistema del Derecho Penal: la relación de causalidad y el tipo de injusto.

En la medida en que las teorías de la relación de causalidad pretenden, desde el punto de vista objetivo y material, determinar si un concreto resultado lesivo y prohibido por la norma penal es atribuible a la acción de un sujeto a través de criterios generales y universales, se está recurriendo al método «cientifista», que, aunque sea parcialmente, pretende resolver el problema mediante el recurso del desvelamiento de leyes causa-efecto. Pero, claro está, semejante metodología opera con procesos derivados de la uniformidad de la naturaleza, lejos de los cauces por los que discurre la aplicación de las normas de Derecho. Por esta razón se rechaza toda pretensión de elaborar teorías uniformes y generalizadoras, como las representadas por las que proceden de la problemática de la relación de causalidad, y se traslada la cuestión a las prácticas jurisprudenciales, a la interpretación, al consenso doctrinal, etc. (76). Y por estas mismas razones se rechaza el tipo de injusto como categoría básica del sistema penal, por estar sobrecargado de elementos materiales, normativos y descriptivos. Se sustituye de esta manera el tipo de injusto por el tipo de acción (77).

La ulterior propuesta de explicación del resto de la teoría del delito del autor español es todavía muy provisional y por esta razón no voy

---

(76) *Fundamentos...*, cit.; p. 310. El autor señala que establecer criterios universales que recurran a fundamentos naturalísticos, valorativos o mixtos para la temática de la adscripción a tipo en los delitos de resultado es un error. Y sería un error porque en definitiva la adscripción típica en esta clase de delitos no tendría por qué ser diferente al resto. No hay que recurrir a teorías científicas para establecer la relación causal del resultado con relación a la acción porque se nos presenten una serie de casos que encierren una seria dificultad. Sería mejor tratar de resolver estos supuestos con arreglo a la interpretación general de la acción dentro del tipo de acción. Por ello no es en las teorías de la relación de causalidad donde hay que poner el acento, sino en los criterios generales de interpretación, en las prácticas, en el precedente, en la creación de reglas hermenéuticas que nos ofrezcan posibilidades de certeza jurídica. Y es que en última instancia el resultado no se encontraría fuera de la acción, sino en la acción misma.

(77) VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos...*, cit.; p. 272: «Y lo que no parece, en cambio, metodológicamente correcto es edificar un sistema sobre una categoría básica multi-forme y sobrecargada. Pues al tipo de injusto, tal y como lo concibe hoy la doctrina, pertenecen momentos de la configuración de la acción que no tienen más sentido que delimitar su relevancia penal (o su específica relevancia penal); otros en los que reside la lesividad del acto; y finalmente otros en los que radica su contrariedad al deber. Así las cosas, la teoría del delito se ha convertido en la teoría del injusto, de categoría básica ha pasado a ser categoría hegemónica, en la que ulteriormente se distinguen estratos diversos (tipo objetivo y tipo subjetivo). Y cabe afirmar que esa distinción ulterior no siempre se lleva a cabo con criterios valorativamente unívocos ni funcionalmente útiles.»



realizar ningún análisis pormenorizado de la misma (78). Solamente quisiera añadir que todas las categorías se estructuran ahora como momentos que están en conexión con la norma jurídica a fin de determinar la exigencia de responsabilidades penales en relación con el sujeto de un acto delictivo (79).

Me interesa destacar ahora las razones del cambio metodológico operado en el planteamiento del autor y que le mueven a volver sobre el concepto de acción como fundamento del sistema penal.

---

(78) Esta fuerte normativización de toda la teoría del delito ya se podía percibir en la obra elaborada junto con el profesor COBO DEL ROSAL. Los mentados autores partían de un presupuesto metodológico totalmente deontológico, es decir, «... el análisis de la infracción no adoptará una configuración que tome como eje la estructura real del actuar humano constitutivo de delito, sino que atenderá primariamente a la diversificación del juicio normativo en virtud del cual un hecho de la vida social pasa a ser calificado como delito por las leyes penales». En consecuencia, «la estructura del delito quedará así dividida, esencialmente, en dos partes: una, relativa al *juicio de antijuridicidad* en la que se determina si el hecho es o no contrario a Derecho de modo relevante para la ley penal y otra, relativa al *juicio de culpabilidad*, en el que se determina si el hecho típicamente antijurídico es personalmente reprochable a su autor». COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás Salvador: *Derecho penal. Parte general*. 3.<sup>a</sup> edic. Valencia, 1990; p. 210.

(79) VIVES ANTÓN: *Fundamentos...*, cit.; pp. 484 y ss. La presentación del sistema propuesto recorre el siguiente camino. En primer lugar se habla de la pretensión de validez de la norma penal, que a su vez se subdivide en varias pretensiones. Dentro de esta subdivisión encontramos la pretensión de relevancia, y aquí hay que determinar la existencia de un tipo de acción, en los términos definidos, y que sea un tipo de acción lesiva, esto es, que ponga en peligro o lesione un bien jurídico determinado.

La pretensión de validez (p. 484) se despliega en un segundo momento que el autor denomina pretensión de ilicitud, esto es, que además de encontrarnos ante un tipo de acción lesiva debe consistir en una realización de lo prohibido o no realización de lo ordenado, es decir, ha de contravenir la norma entendida como directiva de conducta. La acción que concurre con el dolo o la imprudencia será en sí misma ya ilícita. Esta ilicitud puede ser excluida por las leyes permisivas ya otorguen un derecho o permiso fuerte (causas de justificación), ya se limiten a tolerar la acción estableciendo un permiso débil (excusas o causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho).

(Pág. 487) El tercer momento lo constituye la pretensión de reproche. El juicio de reproche es necesario para tomar en consideración al autor como ser racional, y no como mero objeto. La estructura de la pretensión de reproche vendría determinada por la imputabilidad y por el conocimiento de la ilicitud (que haya obrado conociendo o pudiendo conocer el significado antijurídico de su acción). La pretensión de reproche se ventila en el juicio de culpabilidad, que junto con la pretensión de relevancia y de ilicitud agotan el contenido «material» de la infracción.

El último momento de la pretensión de validez viene determinado por la necesidad de pena, que a nivel abstracto entra en juego cuando han tenido lugar las tres pretensiones anteriores. Aquélla, sin embargo, quedará excluida en el caso concreto cuando se demuestre que la pena deviene innecesaria, lo cual es lo mismo que decir que toda imposición de pena inútil es a su vez imposición injusta.

Creo que en el pensamiento de Vives Antón late una necesidad de volver a situar en el centro de la discusión del sistema penal aspectos antropológicos que abiertamente ha querido evitar la doctrina convencional por su «falta de constatación científica», como la libertad o la justicia (80). Por eso rechaza el método «cientifista» con el que han operado hasta ahora las diferentes dogmáticas penales, y postula por un saber práctico más apropiado para solucionar los problemas de la justicia penal (81).

Y precisamente, hasta el momento presente, las propuestas metodológicas han huido de todo discurso propio del saber prác-

---

(80) En uno de sus artículos más cercanos en el tiempo a esta obra *Fundamentos del sistema penal* (VIVES ANTÓN, T. S.: *Principios penales y dogmática penal en Estudios sobre el Código penal de 1995*. Estudios de Derecho Judicial. Madrid, 1996; pp. 39 y ss.), el autor señala lo siguiente: «El principio de legalidad y las construcciones dogmáticas entran en conflicto cuando éstas, en vez de atenerse al texto de la ley, lo deforman o anonadan desde categorías materiales. El recurso a criterios materiales es, desde luego, legítimo y, a veces, puede ser útil. Pero ha de respetar "el libro de figuras" escrito por el legislador» (pp. 70 y 71).

(81) Son varios los pasajes en los que se puede advertir este constante rechazo por la utilización del modelo «cientifista» en la dogmática penal. «Pues bien, lo que aquí se propone es justamente un cambio de método. Al igual que el significado de las palabras, el de las acciones no dependen de objetos de la mente —acerca de los que nada podemos saber—, sino de prácticas sociales. Y no se desentraña mediante la estrategia científica, sino, principalmente, mediante la estrategia intencional. El significado social —objetivado en reglas y prácticas— es el que da sentido a las acciones. Y así como la estrategia científica presupone cierta uniformidad de la naturaleza, la estrategia intencional presupone una cierta estabilidad de esas reglas y prácticas, de modo que si esa estabilidad bajase más allá de unos mínimos, dejaríamos de entendernos con las palabras y no podríamos saber que significan las acciones» (p. 247). «Pues fuera de la lógica no hay un "saber" que excluya el error. Y como la lógica no dice nada del mundo, tanto en los tribunales como en la ciencia hemos de conformarnos con un saber menos fuerte, es decir, hemos de renunciar al conocimiento irrefutable y operar con la certeza práctica» (p. 248). Y, finalmente (p. 488): «Si he conseguido mi propósito, siquiera sea mínimamente, habrá quedado claro por qué la dogmática penal no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él. Se han recorrido los senderos por los que han transitado las diversas dogmáticas penales y, con ellos, han quedado señalados los límites de la razón teórica en el campo del derecho penal. Si algo ha quedado comprobado es que la autocomprensión científista, que tan a menudo acompaña al quehacer de la dogmática, no es sino un velo que oculta a los ojos del penalista el objetivo de su reflexión. Esa reflexión (si lo dicho hasta ahora tiene algún sentido) ha de inscribirse en el discurso de la razón práctica, por difuso y débil que sea. Y, si ello es así, el futuro de la dogmática no reside en ninguna clase de perfeccionamiento científico, sino en aquella forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de Carta Magna que von Liszt atribuía al Derecho Penal».

tico. La razón de esta «huida» es doble. Por un lado, se ha entendido que el razonamiento en términos de «deber ser» era demasiado débil y difuso para elaborar categorías e instituciones que fundamentasen sólidamente el sistema penal. Y por otra parte, se ha creído que la utilización de conceptos propios del lenguaje de la razón práctica acercaba al Derecho Penal peligrosamente a cauces propios de la Ética, con el peligro de que se volviese a confundir Derecho y Moral.

Corro el peligro de equivocarme seriamente, pero me aventuraría a decir que esta propuesta pretende situar de nuevo al ser humano como centro del Derecho, como sujeto y no como mero objeto, avanzando un paso más hacia un normativismo antropológico. Se trata, pues, de contemplar al Derecho como disciplina de la persona, y por esta razón entiendo que se sustituye la pretensión de certeza científica por una pretensión de certeza práctica. Porque sólo desde esta última se puede personalizar al Derecho Penal, dado que la dogmática «fuerte» de estos últimos años ha quedado absolutamente vacía de contenido antropológico. Por eso se presenta a la persona como capaz de libertad y no como un mero elemento de la naturaleza, como ser racional que participa en la vida social y no como componente físico objeto de estudio por leyes universales (82).

Pero es difícil y complicado elaborar una fundamentación del sistema penal desde estos criterios. Y aquí se comprende que el autor recurra a Wittgenstein y a Habermas, pues con estos presupuestos filosóficos se define la acción como significado, como exteriorización del aspecto comunicativo del hombre, como seguimiento de las reglas. criterios que permiten una sólida elaboración de la teoría de la justicia en el marco del Derecho Penal.

Esto explicaría, igualmente, que se volviese a estructurar el sistema con base en dos conceptos fundamentales, la acción y la norma jurídica o, si se quiere, la acción contemplada desde la regla de derecho. Pues ahora se concibe la función del Derecho Penal como práctica de la justicia, y de ahí que la exigencia de responsabilidades penales se plantee desde la perspectiva de la pretensión de la norma de hacer efectivo ese valor fundamental partiendo de la existencia de

---

(82) «... la dogmática penal ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones. La pretensión de rectitud o corrección (*de justicia*) que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales, ha sido sustituida, más o menos perceptiblemente, por una pretensión de *verdad*. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de errores». VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; p. 481.

una acción lesiva (83). De esta forma se ponen en comunicación, se explican las relaciones entre acción, norma jurídica, método y función del Derecho Penal (84).

## 5. A TÍTULO DE REFLEXIÓN FINAL

A lo largo del presente trabajo, he pretendido reflejar las relaciones existentes entre los fundamentos y el método en el sistema penal, desde la perspectiva ideológica del fin que se le asigna al ordenamiento jurídico-punitivo. Evidentemente, sólo se han tomado en consideración algunos modelos en los que claramente quedaba representado este conjunto de relaciones. Y he querido manifestar que no siempre la estructura de la teoría jurídica del delito depende del concepto previo de norma o de acción del que se parte. Pues, en ocasiones, la concepción de la regla punitiva, de la conducta humana o de cualquier otro parámetro que se toma en consideración, representa una consecuencia adaptada a un modelo sistemático previamente conjuntado. Pero, ni siquiera la opción metodológica está libre de esa idea trascendental que se plasma en el punto de vista polítocriminal que se le asigna al Derecho Penal. Todo lo contrario: perspectivas ideológicas se han unido a los argumentos metodológicos, de tal forma que, atendiendo a estos parámetros, se ha optado por uno u otro objeto en torno al cual se ha construido el respectivo sistema penal.

Así, en una difícil etapa histórica en Alemania (a finales del siglo XIX), caracterizada por un debilitamiento del ejercicio del poder

---

(83) También la libertad está ahora presente en toda la formulación conceptual. Ésta, como capacidad de elección, es presupuesto de la acción misma: «... sin libertad no hay acción, ni razones, ni manera alguna de concebir el mundo: o no hay lenguaje, ni reglas, ni significado ni acción». VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; p. 320. Y como capacidad de determinación se encuentra en la base de la pretensión de reproche de la norma, que requiere la afirmación del poder actuar de otro modo.

(84) Creo conveniente señalar un pasaje, al que ya he recurrido parcialmente, y en el que se pone claramente de manifiesto esa relación entre acción, norma jurídica, sistema penal y fin del Derecho Penal, y que gira en torno al valor justicia: «Y la dogmática no es una clase de ciencia sino un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por norma, y del proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde las normas jurídicas y a los valores que las normas jurídicas sirven de vehículo. Siempre podemos aludir para caracterizar esos valores de los que la norma pretende ser expresión, a la justicia. Y desde luego la justicia es valor central de todo ordenamiento. Pero su materialización ha de satisfacer otros requisitos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc. que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende instaurar». VIVES ANTÓN: *Fundamentos...* cit.; p. 482.

público, hubo propuestas que consideraron las relaciones entre el individuo y el Estado bajo criterios autoritarios de sujeción y sometimiento. Y es entonces cuando aparece la teoría imperativa de la norma, que concibe el ordenamiento jurídico como conjunto de preceptos que imponen una determinada directiva de conducta a la generalidad de los ciudadanos, todavía contemplados como súbditos. El delito es entendido como infracción, y su estructura se levanta en torno al momento de rebeldía, de desobediencia, de no acatamiento a la voluntad del precepto, y, por ende, del legislador. Evidentemente, este modelo planteaba problemas de fundamentación y de carácter sistemático, como la dificultad procedente de la apenas distinción entre los ámbitos de la antijuridicidad y la culpabilidad.

Precisamente estos obstáculos facilitaron el abandono de estas tesis y la entrada en escena de la teoría de la doble función de la norma penal. El Estado liberal propugnaba por la necesidad de respetar la libertad y la conciencia del ciudadano, e incidir sólo en los aspectos externos del comportamiento del individuo que afectasen a la convivencia social. Y al igual que se defiende una clara separación entre el poder político y el poder religioso, se impone como criterio metodológico la necesidad de no confundir Derecho y Moral. Bajo estas ideas, es lógico percibir un cambio de planteamiento en el fin último que se le asigna al ordenamiento penal: frente al criterio subjetivo y personalizado de la dirección de la voluntad del ciudadano, ahora se impone el pensamiento que establece como tarea prioritaria la protección de bienes jurídicos. Y por eso se impone la necesidad de distinguir entre el aspecto lesivo del acontecimiento humano concebido de forma general y objetiva (la antijuridicidad), de las circunstancias personales que concurren en el autor en el momento de realización del hecho (culpabilidad). Y también resulta evidente que, bajo estos presupuestos, la teoría de la doble función de la norma penal debía ser la consecuencia lógica del nuevo planteamiento. Es posible, pues, que esta vez la tesis de la regla jurídica dependiese de las nuevas necesidades de estructuración del delito y del nuevo viento ideológico que soplabla en la teorización de los fines del Derecho Penal.

En la época más negra de la reciente Historia europea, en la que imperó en Alemania y en Italia un totalitarismo belicista que ahogó toda consideración individual y humana del ciudadano, se originó la teoría ontológica de las estructuras lógico-objetivas de Welzel y su concepción final de la acción. No ha quedado todavía claro cuál pudo ser la implicación del prestigioso jurista en este régimen del terror. Sin embargo, a este respecto dos conclusiones son absolutamente constatables. Por un lado, que el autor fue profesor en la Facultad de Derecho

en la Universidad Alemana durante la etapa nacionalsocialista, lo cual significa, al menos, que no destacó por ser un opositor ideológico. Pero, por otro lado, no se encuentra en su obra una fundamentación de las tesis oficiales del nuevo orden político, como había sido el caso de los autores pertenecientes a la Escuela de Kiel. Este cuidadoso equilibrio se observa también en sus postulados fundamentales.

La función del Derecho Penal de imponer los valores de conciencia, de interiorizar criterios éticos de respeto a los bienes jurídicos, puede entenderse como una injerencia del Estado en el ámbito personal del ciudadano. Los conceptos final de acción y personal de injusto también se pueden interpretar bajo la explicación de fundamentación de un Derecho Penal que tomaba en consideración los aspectos anímicos e internos del individuo que revelan su carácter disidente frente al poder establecido. Pero de igual forma se ha entendido que su teoría de la vinculación del legislador a las estructuras lógico-objetivas representaba la tentativa de establecer conceptualmente un límite al poder estatal. Es más, incluso se ha querido ver en la autonomía de la persona una de las primeras de esas estructuras lógico-objetivas, y que en el ámbito de la culpabilidad se traducía en su fuerte defensa del libre albedrío como criterio de determinación de esta institución. Evidentemente, la teoría jurídica del delito constituye un reflejo de estos postulados, y de esta forma se impregna de componentes ontológicos (concepto de acción), subjetivos (la referencia final del comportamiento humano, concepto personal de injusto...) y normativos (culpabilidad como juicio de reproche) (85).

El Derecho Penal autoritario se había caracterizado, entre otros, por perseguir fines de carácter ético o moral. Es comprensible, por tanto, que tras la Segunda Guerra Mundial se desarrollasen en el panorama dogmático tendencias que intentan liberar de todo vestigio ético o moral a sus planteamientos metodológicos. Las propuestas

---

(85) Frente a una opinión bastante generalizada en la doctrina penal alemana, que interpretó la obra de WELZEL como un enfrentamiento ideológico al Derecho Penal autoritario de la época nacionalsocialista, FROMMEL entiende que los fundamentos del sistema del citado autor pretendieron legitimar con una metodología distinta el pensamiento político del poder nacionalsocialista: «El Derecho penal siempre refleja la imagen de la sociedad a la que sirve y no puede prescindir de las necesidades prejurídicas que reclaman el castigo. Vistas así las cosas, el “Derecho penal de voluntad” y la fundamentación filosófico-valorativa que Welzel propugnaba en 1935, no eran más que las últimas consecuencias de un clima políticocriminal que reclamaba “mayor dureza”, ignorando las consecuencias que estas posturas podían tener. Habrá quien considere que, en todo caso, estas consecuencias no incumben al “jurista”». FROMMEL, Monika: *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*. Traducido por MUÑOZ CONDE, Francisco. ADPCP, núm. XLII (1989); pp. 621 y ss., 631 y 632.

funcionalistas representan un buen ejemplo de esa búsqueda del criterio «científico» en la elaboración del sistema penal, expulsando fuera de su seno cualquier vestigio «eticista» o «moralista».

Así, se ha recurrido a la teoría de la motivación de la norma para fundamentar el sistema penal desde una perspectiva material y psicológica, como es la forma de actuación humana ante la amenaza del castigo. Y desde este mismo plano argumentativo, se le ha otorgado al Derecho Penal una misión más «real» y menos «ideal», cual es la disminución del índice de criminalidad a través de la prevención general. Desde otro funcionalismo, el sociológico, la misión que se le atribuye al Derecho Penal viene representada por la contribución al desarrollo equilibrado del sistema social a través de la observancia y acatamiento individual de la respectiva competencia atribuida conforme a una regla general. De nuevo la norma jurídica, como criterio social de asignación de esas competencias, adquiere relevancia prioritaria con relación a la determinación del ajuste o desajuste del sujeto al rol que tiene que cumplir. Y esto explica que la institución de la imputación objetiva se constituya en una de las bases de la elaboración de la teoría jurídica del delito.

Pero a estas dogmáticas «cientifistas» también se les achaca una nueva ideología en su pretensión de alejamiento de la influencia «eticista» que habría estado presente en la construcción de los diferentes sistemas penales. Describirían como actúa realmente el Derecho Penal en el marco del comportamiento humano o de la sociedad en general. Pero esta explicación del fenómeno criminal y punitivo dejaría de lado el *deber ser* de las instituciones jurídicopenales y el aspecto valorativo de sus regulaciones, con el consiguiente peligro de pérdida de capacidad crítica respecto del modelo legislativo y judicial examinado. Y ello determinaría la posibilidad de legitimación de todo sistema penal.

Pero no es ésta, desde mi punto de vista, la objeción fundamental. La elaboración de una disciplina desde parámetros exclusivamente lógicos o materiales, recurriendo a la metodología técnica, viene influenciada por otra ideología caracterizada por imponer, como criterio de solución de los problemas humanos, la razón científica. Y esto implica que los procedimientos y métodos ideados para resolver esos problemas humanos, sean cada vez más complejos, más técnicos, más desarrollados, pero también, más difíciles de manejar, de controlar y de comprender. Y los conflictos, individuales o sociales, dejan de ser cuestiones a resolver por el ciudadano (que no puede solucionarlos) para trasladarse al especialista... ...la razón científica sustituye así a la razón práctica.

Como respuesta a esta forma de concebir los fundamentos del Derecho Penal, surge una propuesta que intenta explicar el sistema penal desde la teoría de la justicia. Así, los modelos funcionalistas y el que propone

Vives Antón, se presentan como diametralmente opuestos en muchos puntos. Mientras que uno elabora su concepción dogmática recurriendo a la estrategia científica, otro fundamenta el sistema recurriendo a la estrategia intencional. Por eso unos parten de conceptos y elementos de carácter psicológico o sociológico (teoría de la motivación o teoría de la imputación objetiva), y otro rechaza toda fundamentación material para optar por un concepto absolutamente normativizado y objetivo de la acción. Y de igual forma se explica que unos otorguen al Derecho Penal una función instrumental, palpable y tangible (motivación de la ciudadanía a través del castigo o mantenimiento de la fidelidad al Derecho, para prevenir de forma general el delito), y otro en cambio le atribuye al Derecho Penal, y al Derecho en general, una misión más trascendental como es ésta que hace referencia a la concreción de valores relacionados con la justicia.

Y llego así al final de mi reflexión. La dogmática penal, en su afán de constante perfeccionamiento, de alcanzar un sistema cerrado capaz de responder a todos los problemas que plantean las instituciones penales desde el punto de vista de la lógica y de la coherencia interna, ha terminado contemplándose así misma. Ha pretendido, como dijo un famoso penalista, partir un pelo por la mitad y ha dejado de lado el aspecto humano del Derecho Penal. Los juristas, especialmente los penalistas, nos hemos preocupado tanto por el método, por la sistematización de las categorías, por su aptitud para encasillar perfectamente cada pieza en el complicado engranaje dogmático, que hemos olvidado los verdaderos fundamentos de todo ordenamiento jurídico. En esa búsqueda de la universalidad, de la irrefutabilidad, de la constatación lógica, para resolver problemas estrictamente humanos, hemos recurrido a los parámetros del pensamiento «cientifista». Y de tanto complicar nuestra disciplina, hemos sustituido el Derecho Penal de las garantías por el Derecho Penal del sistema. Y ya nadie nos entiende. Y pervertimos los fundamentos y la propia razón de ser de la elaboración teórica en el marco punitivo... Necesario es, por tanto, que aparezcan nuevas propuestas metodológicas que nos permitan recuperar las funciones que, según Roxin, siguiendo parcialmente a Gimbernat, se le atribuyen a la dogmática penal: facilitar la resolución de casos penales, ordenar el sistema como presupuesto de aplicación equitativa y diferenciada del Derecho, simplificar y proporcionar una mayor manejabilidad del Derecho y establecer una orientación y mejora de la formación jurídica en las universidades (86)... Todo ello para alcanzar una más justa aplicación del Derecho Penal.

---

(86) ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I. *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*. 3.ª Edic. Munich, 1997; pp. 158 y ss.



# Derechos fundamentales entre rejas

## Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** I. Introducción.–II. La fórmula de las «relaciones de especial sujeción». Su capacidad de rendimiento.–III. Marco constitucional para el tratamiento de los derechos fundamentales del recluso.–IV. El principio de proporcionalidad y la motivación de las decisiones limitativas de derechos fundamentales.–V. El *status libertatis* del preso.–VI. La posible modulación del contenido de algunos derechos fundamentales en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria. El derecho a la intimidad personal y familiar.–VII. La reinserción social: una asignatura pendiente.

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando un Juez o Tribunal condena a una persona a una pena de prisión, no le está condenando sin más, por ejemplo, a doce años de prisión. Esa pena de prisión son doce años en los que su comportamiento estará sometido a una estricta regulación, son muchos años en

los que esa persona deberá levantarse y acostarse a una determinada hora, en los que alguien le dirá con quien compartir su celda, los días en que podrá ver a sus hijos, durante los cuales su personalidad será objeto de observación y clasificación, etc.

Esto es algo que debe interesar a los penalistas, algo cuyo estudio jurídico nos compete. Las horas de patio diarias, los cacheos y registros, la sanción de aislamiento en celda, las visitas íntimas, la clasificación, el trabajo penitenciario, los beneficios, etc., deben ser objeto de nuestra atención pues no son sino el contenido de la pena privativa de libertad. A pesar de ello, el análisis jurídico de la ejecución de la pena privativa de libertad es algo a lo que en España y, salvo honrosas excepciones, no se le ha dedicado la suficiente atención, lo que contrasta con la importancia que gran parte de la doctrina jurídico-penal viene atribuyendo a la pena y a sus fines incluso en la configuración de la teoría jurídica del delito. Olvido injusto, además, no sólo por la importancia práctica de la materia, sino también por su gran interés y complejidad teórica. Obsérvese cómo para su estudio el Derecho penal se muestra insuficiente, siendo imprescindible la perspectiva del Derecho administrativo, dado el papel protagonista de la Administración en la relación jurídico-penitenciaria. Pero la ejecución de la pena privativa de libertad también requiere pausadas reflexiones desde un prisma constitucional, debido, entre otras razones, a las tensiones a las que en el ámbito penitenciario se ven sometidos los derechos fundamentales y las libertades públicas de los que cumplen una pena de prisión.

Precisamente esta última perspectiva es desde la que pretendo un acercamiento, necesariamente breve, a la problemática jurídica de la ejecución de la pena de prisión; elección que se justifica, entre otros motivos, porque en los últimos años el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha dictado numerosas resoluciones sobre diversos derechos fundamentales de los condenados a una pena de prisión, resoluciones que, añadidas a otras más antiguas, conforman una interesante jurisprudencia merecedora de comentario y reflexión.

El TC en bastantes ocasiones ha tenido que resolver recursos de amparo planteados por presos denunciando la vulneración, por parte de la Administración penitenciaria y a veces también por los órganos judiciales, de sus derechos fundamentales durante la ejecución de la pena privativa de libertad, debiendo pronunciarse sobre si la actuación —aplicando o inaplicado la legislación penitenciaria— de la Administración ha lesionado algún derecho fundamental y, al mismo tiempo en muchas ocasiones, definir el contenido del derecho invocado. Las cuestiones sobre las que versan las resoluciones dictadas son de lo

más variadas y casi siempre sumamente interesantes. Por ejemplo, ha dictado numerosas Sentencias sobre las garantías procesales de las que gozan los reclusos durante la tramitación de expedientes disciplinarios (derecho a la prueba, derecho de defensa, derecho a conocer la acusación, etc.) (SSTC 128/1996, 169/1996, 60/1997, 83/1997, 237/1997, 69/1998, 83/1998, entre las más recientes); sobre si la denegación de permisos de salida (SSTC 112/1996, 2/1997, 81/1997, 193/1997, 75/1998, 88/1998) o de visitas íntimas es susceptible de afectar a algún derecho fundamental (STC 89/1987), acerca de cacheos y registros con desnudo integral (STC 57/1994); sobre la intervención de comunicaciones con amigos, familiares y también con abogados (SSTC 83/1994, 170/1996, 128/1997, 175/1997, 200/1997, 58/1998). Encontramos también resoluciones del TC referidas a la actuación de la Administración penitenciaria durante las huelgas de hambre reivindicativas de presos (SSTC 120/1990, 137/1990), sobre si la denegación de la anticipación, que preveía nuestra legislación penitenciaria, actualmente el artículo 92 CP, de la libertad condicional por padecer grave enfermedad incurable lesiona o no algún derecho fundamental (STC 48/1996) y sobre otras muchas cuestiones más, siempre abordadas desde una dimensión constitucional.

La mayoría de estas sentencias son de gran interés y estaría más que justificado un comentario pormenorizado de cada una de ellas. Razones evidentes no lo permiten. Pero es que, más que un comentario yuxtapuesto o inconexo de dichas sentencias, seguramente resultará más fructífero intentar dotar a esta exposición de un hilo conductor, intentando extraer de las resoluciones dictadas una doctrina general, unos principios básicos de la problemática penitenciaria que nos permitieran enfocar la lente antes de diseccionar el problema. Tal búsqueda no es ni mucho menos fácil tarea. La jurisprudencia del TC en materia penitenciaria es de lo más variada no sólo en las cuestiones de fondo sino también en la forma de abordarlas. Podemos hallar sentencias sin duda calificables de garantistas frente a otras restrictivas: o incluso algunas resoluciones sobre el mismo tema por lo menos aparentemente contradictorias, en las que el TC da un paso hacia delante y al poco tiempo retrocede sobre sus pasos, lo que sugiere que quizá sea necesaria una mayor reflexión por su parte acerca de cómo quiere configurar los derechos fundamentales de los privados de libertad por sentencia firme.

## II. LA FÓRMULA DE LAS «RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN». SU CAPACIDAD DE RENDIMIENTO

Buscando en la jurisprudencia constitucional sobre la materia una construcción general, una especie de método para abordar estos problemas, lo primero que llama la atención es una idea que aparece ya en las primeras sentencias sobre derecho penitenciario y que se repite sobre todo en una primera época de la jurisprudencia constitucional. Me estoy refiriendo a la fórmula de las «relaciones de especial sujeción», relación en la que se encontrarían los que cumplen una pena privativa de libertad.

Como bien es sabido, con este concepto de las relaciones de especial sujeción, nuclear en Derecho administrativo, se ha intentado durante mucho tiempo y aún se sigue intentando describir, a la vez que justificar, el hecho que en determinados ámbitos —estudiantes, funcionarios, soldados, presos, etc.— la Administración detenta una supremacía especial, reforzada, más amplia e intensa que la que ejerce respecto a la generalidad de los ciudadanos. Tal supremacía, cuya justificación última se ve en la necesidad de una mayor eficacia en la consecución de los específicos fines que en dichos ámbitos tiene encomendados la Administración, se traduce en un debilitamiento de los derechos, incluso fundamentales del administrado, en un repliegue de la reserva de ley con la consiguiente ampliación de la potestad reglamentaria, así como en un incremento de las potestades disciplinarias de la Administración. Es decir, en lo que aquí especialmente nos interesa, los sujetos incurso en tales relaciones poseen un *status* jurídico sustancialmente reducido en lo que a sus derechos fundamentales se refiere.

La concepción de las relaciones de especial sujeción nació en la Alemania de finales del siglo XIX (1), importándose en España dicha

---

(1) Hito fundamental en la evolución de tal concepto es la Sentencia del Tribunal Constitucional federal de 14 de marzo de 1972, que precisamente versaba sobre la relación penitenciaria y enjuiciaba un caso de intervención de la correspondencia. El Director de la cárcel había interceptado, al amparo del art. 155 II, de la Ordenanza de Prisiones, norma preconstitucional de rango administrativo, una carta de un recluso dirigida a una organización de ayuda a presos en la cual criticaba a los funcionarios del establecimiento y denunciaba las irregularidades del centro. El Tribunal Constitucional federal, partiendo de que según el art. 1.3 de la Constitución alemana los derechos fundamentales vinculan al legislador, al poder ejecutivo y a los jueces, llega a la conclusión de que la Administración no puede restringir a voluntad los derechos fundamentales durante la ejecución de la pena, por lo que también los derechos fundamentales de los presos sólo pueden ser limitados mediante Ley o sobre la base de una

teoría en la década de los sesenta (2), siendo muy utilizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que hizo de la misma una aplicación inflacionista, extendiéndola incluso a situaciones en las que nunca pensó la doctrina alemana (3). También nuestro TC ha hecho uso en múltiples ocasiones del concepto de relaciones de especial sujeción. En concreto, en el ámbito penitenciario es habitual encontrarse con declaraciones como la siguiente: «el interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su “autoridad” sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos»(4); declaraciones que en ocasiones sólo tienen una finalidad retórica y de las que, otras veces, se extraen importantes consecuencias prácticas.

Por señalar alguna resolución del TC en el que la idea de las relaciones de especial sujeción constituya el núcleo de la *ratio decidendi*, puede citarse la STC 2/1987, de 21 de enero, fundamental por los pronunciamientos que en materia penitenciaria contiene. El preso recurrente, entre otros motivos, alegaba la lesión del artículo 25.1 de la Constitución, en cuanto la Administración penitenciaria le había impuesto una serie de sanciones disciplinarias que no estaban tipificadas en la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP), sino en su Reglamento (5), lo cual, según el actor, supondría una vulneración del principio de legalidad y del principio de reserva de ley consagrados en el invocado precepto, principio este último que exige-

---

Ley. Esta resolución, además de determinar la elaboración de una ley penitenciaria, inexistente hasta entonces, supuso un replanteamiento de la teoría de las relaciones de especial sujeción, llegando a sostener algunos autores que la referida sentencia lo era de muerte para dicha teoría.

(2) Suele citarse como determinante de esta irrupción el trabajo de GALLEGO ANABITARTE «Las relaciones de especial sujeción y el principio de legalidad de la Administración», publicado en la *Revista de Administración Pública*, número 31, 1961.

(3) Sobre la penetración de la teoría de las relaciones de especial sujeción en España, vid. LÓPEZ BENÍTEZ, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de especial sujeción*. Civitas. Madrid, 1994, pp. 223 y ss.. Pormenorizadamente sobre las raíces históricas y dogmáticas de esta teoría, pp. 45 y ss.

(4) STC 2/1987, de 21 de enero; idea repetida en múltiples ocasiones: SSTC 120/1990, 129/1995, 60/1997, 57/1994, etc.

(5) Como bien es sabido, la LOGP no tipifica las faltas, las infracciones disciplinarias, sino que tan sólo establece las sanciones a imponer. Qué es lo que se considera infracción disciplinaria en el ámbito penitenciario, tan sólo nos lo dice el Reglamento Penitenciario (en adelante, RP): arts. 108 y ss. del RP de 1981 que permanecen vigentes tras la entrada en vigor del RP de 1996)

ría que los delitos y las faltas sólo puedan tipificarse mediante ley en sentido formal, pues la determinación de qué es lo que puede considerarse delito o falta sólo compete al poder legislativo, el único democráticamente legitimado para ello. Sin embargo, el TC desestima el referido motivo de amparo argumentando que «la referencia a la legislación vigente en el artículo 25.1 CE, tiene un alcance diferente, al menos en lo que se refiere a la tipificación del ilícito, cuando se trata de contravenciones “faltas” en el seno de una relación de sujeción especial como es la de los internos en establecimientos penitenciarios. En estos casos la reserva de Ley cumple principalmente la función de garantizar la seguridad jurídica, de modo que los internos puedan disponer de informaciones suficientes sobre las normas jurídicas aplicables, en un determinado caso, y la norma debe formularse con la suficiente precisión para que el interno pueda prever razonablemente las consecuencias de una determinada conducta». En virtud de esta sujeción especial, añade el TC, «el *ius puniendi* no es el genérico del Estado y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material...». «Claro está que también a estas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el artículo 25.1, y, obviamente el principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal, devendrá, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley, en este caso la Ley General Penitenciaria (arts. 42 y siguientes) se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento. Ello permite reconocer la existencia de la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma con rango de Ley, y por ello debe rechazarse la pretensión del recurrente.» (FJ 2.º).

Aunque los efectos de la idea de la relación de sujeción especial se muestran habitualmente la relación con el principio de reserva de ley, el TC también ha extraído de ella consecuencias en lo tocante a la limitación de derechos fundamentales sustantivos. En este sentido pueden citarse las conocidas y polémicas Sentencias 120/1990, de 27 de junio de 1990, y 137/1990, de 30 de julio de 1990. En ellas los recurrentes eran varios presos pertenecientes al grupo terrorista auto-denominado GRAPO (Grupos de Resistencia Antifascista Primero de Octubre) que venían manteniendo durante ya bastante tiempo una huelga de hambre reivindicativa contra su dispersión. Pues bien, se

quejaban de una resolución judicial que habilitaba a la Administración penitenciaria a alimentar coactivamente por vía parenteral a dichos presos y a administrarles tratamiento médico en contra de su voluntad cuando su vida estuviera en peligro como consecuencia de la huelga de hambre. El TC admite que la alimentación y asistencia sanitaria forzosa afecta a derechos fundamentales de los presos como por ejemplo el derecho a la integridad física y moral (STC 120/1990, FJ 8.º y STC 137/1990, FJ 11.º) o el derecho a la libertad física (STC 120/1990, FJ 11.º y STC 137/1990, FJ 9.º). Sin embargo la lesión de tales derechos en el supuesto planteado se niega con un razonamiento en cuyo punto de partida aparece la aludida idea de las relaciones de especial sujeción. «Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso de internos que se encuentren en situaciones distintas» (STC 120/1990, FJ 4.º, en el mismo sentido, STC 137/1990, FJ 4.º).

En esta última Sentencia, que fue objeto en su día de una viva polémica y que tuvo dos votos particulares (6), puede apreciarse clara-

---

(6) Como era de esperar, por lo controvertido del tema, estas resoluciones fueron en su día objeto de una viva polémica. Sus argumentos encontraron no sólo contestación doctrinal, sino dentro ya del propio TC, puesto que la STC 120/1990 contó con dos votos particulares, el primero del Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñeiro y Bravo-Ferrer, y el segundo del Magistrado don Jesús Leguina Villa. Ambos son claros, breves y, a mi juicio, plenamente convincentes en su idea central: la obligación de la Administración penitenciaria de velar por la vida y la salud de los presos no puede justificar el establecimiento de límites adicionales a los derechos de los presos inexistentes para el ciudadano en libertad. La criticada prevalencia no puede justificarse, según el primero de los Magistrados citados, acudiendo a la remisión que el art. 25.2 hace a la LOGP, pues ésta, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas comparados, no contiene una regulación específica de la huelga de hambre que limite los derechos del preso en este ámbito, no pudiendo equipararse a ésta el deber genérico de la Administración de velar por la vida y salud de los internos. Por ello, desde la perspectiva del art. 25.2 sería imposible justificar las limitaciones declaradas constitucionales por la Sentencia analizada (El Reglamento Penitenciario de 1996, en su artículo 210 introduce por primera vez expresamente la posibilidad de asistencia médica coactiva).

mente cómo una idea tan imprecisa como la de las relaciones de especial sujeción sirve al TC para, como por arte de magia, extraer la conclusión de que lo que resultaría ilícito para los ciudadanos libres, es decir, la alimentación forzosa, resulta lícito y necesario para los presos sin embargo ni siquiera se justifica que para la ejecución de la pena, que es lo que la Administración penitenciaria tiene encomendado, resulte imprescindible tal limitación o restricción de derechos fundamentales no anulados propiamente por la pena privativa de libertad.

La construcción de las relaciones de especial sujeción ha sido sometida a una intensa crítica (7) que no procede aquí exponer por-

---

Para el Magistrado don Jesús Leguina, «no estando en juego derechos fundamentales de terceras personas, ni bienes o valores constitucionales que sea necesario preservar a toda costa, ninguna relación de supremacía especial –tampoco la penitenciaria– puede justificar una coacción como la que ahora se denuncia que, aún cuando dirigida a cuidar la salud o a salvar la vida de quienes la soportan, afecta al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad del individuo, consistente en tomar por sí solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás», el «deber de velar por la salud e integridad física de los reclusos termina frente a la renuncia del recluso enfermo a su derecho a recibir protección y cuidados médicos» Según este Magistrado el derecho lesionado por la Administración sería el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), entendida como «libertad física que protege a todos no sólo, según dice la sentencia, frente a detenciones, condenas o internamientos arbitrarios, sino también frente a cualesquiera medidas de coerción o uso de la fuerza que, oponiéndose a lícitas decisiones personales que sólo conciernen a quien las toma, restrinjan o impidan injustificadamente aquella libertad de movimientos».

(7) Centrándonos en su aplicación al ámbito penitenciario y sin ánimo exhaustividad, MAPELLI CAFFARENA subraya, además de otros aspectos, que «la teoría de las relaciones especiales de sujeción se corresponde con una visión retributiva de la pena. En el momento de su ejecución el penado debe sentir la absoluta desprotección jurídica, que se suma al daño físico de la pena.» («El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional»). En: *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año I. Febrero-octubre 1993. Número I. Universidad Carlos III de Madrid. «BOE», pp. 427 y ss.). TAMARIT SUMALLA destaca la vinculación de dicha teoría con la concepción del Estado que no es propia del Estado de Derecho que consagra nuestra Constitución, así como que la relación penitenciaria carecería del elemento voluntariedad que para parte de la doctrina constituye el fundamento de las relaciones de especial sujeción [*Curso de Derecho Penitenciario (Adaptado al Nuevo Reglamento Penitenciario de 1996*. Cedecs Editorial, Barcelona, 1966, p. 58)]. RIVERA BEIRAS subraya cómo la teoría de las relaciones de especial sujeción, al configurar los ámbitos a los que se aplica como «espacio ajeno al control del Derecho» ha permitido la limitación de derechos fundamentales del recluso (*La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*. Bosch, Barcelona, 1997, p. 368.) También GÓNZALEZ NAVARRO cuestiona la compatibilidad de un Estado de Derecho con las distinciones que tal teoría consagra y que se traducen en una disminución de las garantías jurídicas de los ciudadanos inmersos en tales relaciones («Poder domestica-



menorizadamente. Desde la perspectiva que en esta ponencia nos interesa, es decir, de las relaciones de especial sujeción como forma de explicar las específicas limitaciones que sufren los derechos fundamentales de los presos, baste señalar que en un Estado de Derecho como el que consagra el artículo primero de nuestra Constitución las limitaciones de derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los presos, sólo son posibles en la medida que las posibilite el sistema de garantías de derechos establecido en nuestro ordenamiento jurídico y en primerísimo lugar en la medida que resulten posibles de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

Resulta innegable que las personas condenadas a una pena de prisión poseen un *status* jurídico sustancialmente más reducido que el de los ciudadanos libres. Pero para explicar jurídicamente esta realidad no es necesario acudir a la fórmula de las relaciones de especial sujeción, pues tal realidad es contemplada expresamente por la Constitución española. Desde esta perspectiva, al menos en el ámbito penitenciario, la analizada construcción teórica se muestra innecesaria.

### III. MARCO CONSTITUCIONAL PARA EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL RECLUSO

La Constitución se refiere expresamente a los derechos fundamentales del condenado a una pena privativa de libertad en su artículo 25.2. Este precepto, además de hacer mención al fin resocializador de las penas privativas de libertad, declara que «El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...»

La Constitución española, pues, en un específico reconocimiento de las peculiaridades de la relación penitenciaria, contempla tres focos de restricción de los derechos fundamentales del preso: el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la legislación penitenciaria. Es esta

---

dor del Estado y derechos de los reclusos». En: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría, Tomo II. De los Derechos y Deberes Fundamentales*. Madrid, 1991, pp. 1053 y ss.). En la misma línea Díez RIPOLLÉS apunta que tras la aparición de la Constitución resulta difícilmente justificable el mantenimiento del concepto de las relaciones de especial sujeción («La huelga de hambre en el ámbito penitenciario». En *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 30, 1986, pp. 603 y ss.).

última la que configura el estatuto jurídico del preso. La Constitución reconoce expresamente que los derechos fundamentales de los reclusos pueden ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos libres, en concreto las que establezca la ley penitenciaria. Ahora bien, el artículo 25.2 de la CE no sólo ha de ser entendido como consagrador de específicas limitaciones a los derechos fundamentales de los presos, sino también como consagrador de garantías, de lo que pueden extraerse importantísimas consecuencias.

Esta dimensión garantista del artículo 25.2 CE ha sido destacada expresamente por la reciente y, a mi juicio elogiable, STC 58/1998, de 16 de marzo. En ella se enjuiciaba un supuesto de intervención de la correspondencia epistolar entre un interno y su abogado. Pero lo que ahora interesa de ella son las consideraciones generales que acerca del estatuto jurídico de los presos contiene.

La primera idea a destacar es que el artículo 25.2 CE, no sólo debe ser contemplada como fuente de limitación o relativización de los derechos fundamentales de los presos, sino también como consagración de una garantía: la de la reserva de ley, de tal manera que «cuando de la limitación de un derecho fundamental de un preso se trata y dicho derecho no es de los que están limitados expresa o implícitamente en el fallo condenatorio que condujo a la prisión, la primera exigencia constitucional es que tal previsión se haga mediante ley» (8).

De ello habría que extraer que toda limitación de derechos fundamentales consagrada de forma independiente por el RP sería inconstitucional por contraria a la previsión del artículo 25.2 de la CE. Por poner algún ejemplo, desde esta perspectiva cabría plantearse la constitucionalidad de la previsión que introduce, al margen de la Ley, el RP 1996 respecto a la alimentación y tratamiento médico coactivo establecida en el artículo 210 RP. O por ejemplo, también, la constitucionalidad del artículo 47.4 RP que establece que las comunicaciones telefónicas de los presos con el exterior se efectuarán siempre en presencia de funcionario, lo cual parece indicar que dichas comunicaciones estarán siempre intervenidas. Tal previsión reglamentaria resulta contraria al principio de reserva de ley, al operar una intervención restrictiva limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones, contraviniendo, además, el espíritu de la Ley Orgánica, que confiere a la posibilidad de intervenir las comunicaciones un carácter claramente

---

(8) Esta idea, aunque de forma más escueta y referida expresamente al tema de las comunicaciones del interno con el exterior, también es recogida por la STC 183/1994.

excepcional. Por lo tanto, no cabría otra forma de salvar la constitucionalidad de tal previsión reglamentaria sino entendiendo que la presencia de funcionario no puede extenderse a escuchar lo hablado telefónicamente por el recluso, sino que, como mucho, deberá ser entendida únicamente como control visual.

Otra idea, importantísima, que apunta la STC 58/1998, aunque no la desarrolla, es que no basta que la limitación del derecho fundamental del preso esté prevista en la ley penitenciaria como establece el artículo 25.2, sino que «el propio adjetivo “penitenciaria” de la ley es rico en sugerencias relativas al necesario contenido material de la finalidad de la limitación, que tendrá que estar anudada a las propias de la institución penitenciaria» (FJ 3.º). Es decir, que no cualquier limitación de un derecho fundamental sería constitucional por estar prevista en la LOGP, sino que sería necesario que tal limitación sirva a los específicos fines que tiene encomendados la Administración penitenciaria. Esta puntualización también es susceptible de generar importantes consecuencias. Así, por poner un ejemplo, podríamos citar la STC 183/1994 en la que aparece implícita tal idea, y en la que se analizaba si, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 LOGP, la Administración penitenciaria estaría legitimada para intervenir las comunicaciones entre el preso y su abogado en supuestos de terrorismo. El TC entiende que no, arguyendo, entre otras razones, que la limitación que del derecho de defensa supone este tipo de intervenciones tan sólo podría justificarse «en las exigencias y necesidades de la instrucción penal, a las cuales es totalmente ajena la Administración penitenciaria, que no tiene posibilidad alguna de ponderar circunstancias procesales que se producen al margen el ámbito penitenciario» (FJ 5.º).

La remisión del artículo 25.2 CE a la ley penitenciaria no puede entenderse, pues, como un cheque en blanco a favor del legislador, pues ello supondría la posibilidad de reducción a la nada del estatuto jurídico de los presos, además de una contradicción interna en el propio artículo 25.2, que, no ha de olvidarse, también enfatiza que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo...».

El legislador penitenciario sigue, pues, sometido a límites en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales de los presos. Entre estos límites, a parte del ya apuntado, cabe destacar los que emanan del principio de proporcionalidad, al que me referiré, muy brevemente, en el siguiente epígrafe.

#### IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA MOTIVACIÓN DE LAS DECISIONES LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

a) El principio o criterio de la proporcionalidad presupone la existencia de un conflicto entre un derecho fundamental y otro derecho o bien constitucional y sirve para comprobar que tal conflicto se ha solucionado correctamente. Opera, pues, como canon de constitucionalidad no sólo en el momento de aplicación de las normas que posibilitan la restricción de derechos, sino también en el momento de la creación normativa, aunque la aplicación de tal principio para controlar la constitucionalidad de una disposición legal «deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes» (STC 55/1996, FJ 6.º).

Prescindiendo de estas diferencias, la regla de la proporcionalidad se desglosa en tres principios: la idoneidad o adecuación de la limitación o medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la misma, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la obtención de la finalidad perseguida; y, por último, la proporcionalidad en sentido estricto, que exige que el beneficio obtenido justifique por su valor la concreta restricción del derecho fundamental en cuestión (9).

Evidentemente el principio de proporcionalidad está necesitado de una mayor concreción de su contenido con el fin de excluir el innegable peligro de su instrumentalización para justificar decisiones voluntaristas. También es cierto que las reglas que lo integran quizá encontrarán mejor acomodo bajo otras nomenclaturas o denominaciones. Sin embargo, aun admitiendo dichas carencias, resulta innegable el papel cada día más fuerte que ha adquirido la idea de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional y la capacidad de rendimiento de los principios que lo integran.

b) En materia penitenciaria, el TC aún no ha tenido ocasión de aplicar el criterio de proporcionalidad para enjuiciar la constitucio-

---

(9) Sobre el principio de proporcionalidad, *vid.* BARNES VAZQUEZ, «Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 495 y ss., MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 117 y ss. El TC en sentencias del más diverso contenido ha aludido o empleado el criterio de la proporcionalidad como canon de constitucionalidad.

nalidad de una norma. Su capacidad de rendimiento es, sin embargo, elevada. Por poner un ejemplo, creo que la aplicación de dicho criterio podría llevarnos a la conclusión de la inconstitucionalidad del artículo 51.5 LOGP, en cuanto establece que el Director del establecimiento puede suspender o intervenir motivadamente las comunicaciones orales y escritas del preso, debiendo dar cuenta posterior de ello a la autoridad judicial competente. Obsérvese que este precepto está excepcionando la garantía de la resolución judicial previa, requisito consagrado con carácter general en el artículo 18.3 CE que garantiza el secreto de las comunicaciones «salvo resolución judicial». En el enjuiciamiento de esta previsión legal habría que indagar sobre la existencia de razones que justifiquen que en el ámbito penitenciario se prescindiera con carácter general de la resolución judicial previa para el levantamiento del secreto de las comunicaciones. Estas razones no son ni mucho menos obvias. No resulta evidente que la seguridad y buen orden del establecimiento o el interés del tratamiento, que son las razones que *ex* artículo 51 LOGP justificarían la intervención y suspensión de las comunicaciones, puedan verse irreversiblemente lesionados por posponer la apertura de una carta a la resolución del Juez de Vigilancia tampoco se observa dificultad alguna en pedir autorización judicial previa para la denegación o intervención de las comunicaciones que se verifican durante las visitas, pues éstas se celebran en días previamente fijados por el Consejo de Dirección (art. 42.1.ª RP). Difícilmente son imaginables supuestos no amparados en figuras como el estado de necesidad en los que posponer la restricción del derecho a la autorización judicial frustrara los fines de la medida (10). Téngase además en cuenta que el órgano judicial competente para adoptar tal medida sería el Juez de Vigilancia Penitenciaria, figura creada precisamente, y entre otras finalidades, para la salvaguarda de los derechos de los privados de libertad (art. 76.1 LOGP y art. 94.1 LOPJ).

A salvo una más detenida argumentación, en este momento imposible, los razonamientos expuestos permiten dudar que la supresión de la garantía judicial, o lo que es lo mismo, que los preceptos de la legislación penitenciaria que así lo establecen, superen en segundo juicio del baremo de proporcionalidad: el principio de mínima restricción o de necesidad, que no se satisface cuando el fin legítimo perse-

---

(10) En cualquier caso, para estos supuestos cualificados por la urgencia podía haberse previsto un precepto, de carácter excepcional, similar al art. 579.4 L.E.Crim.

guido igualmente podría alcanzarse con un menor sacrificio del derecho fundamental (11).

c) Pero aun partiendo de la constitucionalidad de la norma que posibilita la limitación de derechos fundamentales en determinadas circunstancias, nada excusa el examinar la constitucionalidad de la aplicación concreta de la norma en cuestión, es decir, si en el supuesto concreto realmente existía la necesidad de adoptar la medida restrictiva del derecho, si el conflicto de intereses que refleja toda norma limitativa de derechos se ha resuelto correctamente. Desde esta perspectiva resulta evidente la importancia de la motivación de la decisión restrictiva del derecho, motivación que «constituye el único medio para constatar que la ya tan drásticamente limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva» (STC 170/1996, FJ 5.º). El Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia ha hecho hincapié en que «la motivación no es sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos» (STC 26/1981), ineludible cuando de una medida limitativa de derechos fundamentales se trata. La importancia de la motivación deviene, pues, a parte de su carácter instrumental respecto del derecho de defensa, de ser el único medio para comprobar si la limitación del derecho fundamental en cuestión es constitucionalmente correcta, es decir, si responde a la consecución de fines constitucionalmente legítimos, si se han observado los requisitos constitucionales y si la medida puede reputarse idónea, necesaria y proporcionada (STC 200/1997, FJ 2.º), habiéndose equiparado la ausencia o insuficiencia de la motivación a la lesión del derecho fundamental en cuestión.

d) Evidentemente el TC ha tenido múltiples ocasiones de enjuiciar si una concreta medida restrictiva puede considerarse justificada desde la perspectiva del derecho fundamental afectado. Veamos algún ejemplo de cómo aplica las ideas arriba expuestas.

En la Sentencia 57/1994, de 28 de febrero, el TC tuvo que pronunciarse sobre la cuestionada constitucionalidad de la orden de un funcionario consistente en que el preso recurrente debía desnudarse completamente ante aquél y realizar flexiones en el registro a practicar después de una comunicación especial. Alegaba el recurrente que tales órdenes, además de constituir un trato vejatorio, vulneraban su derecho a la intimidad personal reconocido en el artículo 18.1 CE.

---

(11) Sobre el particular, *vid.* más pormenorizadamente MARTINEZ ESCAMILLA, «La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso». Tecnos, Madrid, 2000, pp. 84 y ss.

El TC dicta una sentencia estimatoria sumamente interesante, no ya por la decisión concreta adoptada, sino fundamentalmente por las pautas de enjuiciamiento que sigue. No suscita para el TC ninguna duda el hecho que medidas como la impugnada afectan al derecho a la intimidad invocado. El problema, entonces, residirá en determinar en qué circunstancias o bajo qué condiciones tal derecho fundamental, que no tiene un carácter absoluto, puede verse limitado. En la contestación de este interrogante el TC sienta las siguientes pautas generales:

1. En primer lugar, y esto es sumamente importante, el TC entiende que la apelación a un interés general no puede, sin más, legitimar una medida limitativa de derechos, pues «si bastara, sin más, la afirmación de ese interés público para justificar el sacrificio del derecho, la garantía constitucional perdería, relativizándose, toda eficacia» (STC 37/1989, FJ 7.º). Es por ello que en el supuesto sometido a su consideración el TC entiende insuficiente para justificar la procedencia de la medida impugnada la alegación del Abogado del Estado, personado en el proceso de amparo, según la cual la intromisión en la intimidad estaría legitimada en la medida que los registros y cacheos en la persona de los internos no son sino medios de la Administración penitenciaria para cumplir la finalidad que la ley le tiene encomendada de velar por el orden y la seguridad del centro.

2. Más allá de ese interés genérico sería preciso la existencia de motivos concretos que justificaran que en el caso concreto el interés general se hallaba en peligro, es decir, que existía un conflicto real de intereses entre el derecho a la intimidad del preso y el orden y la seguridad del centro. Estimó el TC que tal requisito no concurría en el supuesto enjuiciado, pues la Administración penitenciaria en ningún momento alegó ni probó que en el Centro existiera una situación preexistente especialmente conflictiva que hiciera necesaria la adopción indiscriminada de medidas como la analizada, ni tampoco se adujo que el comportamiento del interno diera lugar a sospechas fundadas o indicios serios de que el recluso tratase de introducir en el establecimiento penitenciario objetos o sustancias que pudieran poner en peligro el buen orden y la seguridad del centro o la integridad física o la salud de los internos.

3. Por último, añade el TC que para comprobar la legitimidad constitucional de la intromisión en la intimidad es absolutamente imprescindible «la fundamentación de la medida por parte de la Administración penitenciaria, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado en primer lugar y, posteriormente, que los órganos judiciales puedan controlar la razón que justifique, a juicio de la autoridad penitenciaria y atendidas las circunstancias del caso, el

sacrificio del derecho fundamental» (STC 57/1994, FJ 7.º). En el supuesto enjuiciado la medida impugnada careció de fundamentación, es decir, de la motivación de la medida limitativa del derecho en cuestión, por lo que no puede sino considerarse lesiva del derecho invocado.

e) Motivada por el órgano competente la medida limitativa de derechos, el problema, a veces difícil de resolver, reside en decidir si las razones esgrimidas justifican realmente la restricción del derecho. Para ello resulta de utilidad, aunque en modo alguno una varita mágica, el ya mencionado principio de proporcionalidad, debiéndose tener siempre presentes los fines legítimos de la norma aplicada, así como la naturaleza excepcional de toda medida limitativa de derechos fundamentales. Las resoluciones del TC valorando la suficiencia de las razones esgrimidas para la restricción de derechos son muy numerosas. Baste un ejemplo.

En la STC 170/1996, de 29 de octubre, el TC tuvo que enjuiciar si el Acuerdo impugnado, por el cual la Administración penitenciaria intervenía las comunicaciones orales y escritas del interno recurrente, lesionaba o no el derecho al secreto de las comunicaciones, para lo cual tuvo que decidir si las razones esgrimidas en dicho Acuerdo eran suficientes para justificar la medida. Recordemos que el artículo 51 LOGP permite al Director del Centro intervenir las comunicaciones del interno, por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

El Acuerdo de intervención ofrecía una motivación bastante más extensa que la que suele acompañar a estos actos administrativos. Se hacía alusión a los antecedentes del interno: cuatro evasiones consumadas, varios intentos de evasión, múltiples sanciones graves, participación en alteraciones del orden, conexiones con grupos conflictivos de internos y su clasificación en el artículo 10 LOGP, «Primera Fase» (12). No obstante, el TC considera insuficiente la motivación ofrecida, pues ninguno de los motivos esgrimidos sería idóneo para justificar la medida. Estima el TC que la intervención de las comunicaciones no puede ser considerada una consecuencia más de la aplicación del artículo 10 LOGP (régimen cerrado) y, respecto al resto de los motivos esgrimidos, no se establece la conexión entre ellos y la adopción del Acuerdo de intervención. «Tan sólo la referencia a los diferentes intentos de evasión que obran en el expediente del interno podrían guardar alguna relación con la intervención de las comunicaciones en el caso hipotético, no esgrimido por el Acuerdo,

---

(12) Sobre el significado de «Primera Fase», *vid. infra*. nota 18.



de que existieran sospechas de que planeara una nueva evasión y de que con tal fin utilizara sus contactos con el exterior. Pero tal posibilidad no pasa de ser una simple suposición a la que no se alude para nada en el acto administrativo. Es decir, el Acuerdo impugnado no justifica en absoluto la necesidad de tan drástica medida» (FJ 6.º).

Esta Sentencia contó con un voto particular discrepante, según el cual, prescindiendo de la alusión al régimen cerrado, el resto de los datos enumerados: intentos de evasión, sanciones, participación en alteraciones del orden, etc., deberían reputarse suficientes para justificar el Acuerdo, siendo evidente su incidencia en el orden y seguridad del centro.

Como apunta el voto particular la incidencia de las circunstancias apuntadas en el orden regimental y en la seguridad del centro es evidente. Pero lo que en modo alguno el texto del Acuerdo permite afirmar es la existencia de un auténtico conflicto entre el secreto de las comunicaciones y el orden y seguridad del establecimiento, conflicto que, obviamente, es presupuesto para la limitación del derecho fundamental, no bastando que el levantamiento del secreto pueda repercutir en una mayor seguridad y orden, sin que sean las propias comunicaciones y su secreto las que generen un auténtico riesgo para el orden y la seguridad del centro. Es por ello que considero correcta la opinión mayoritaria. Tanto el Acuerdo de intervención como el voto particular que defiende su constitucionalidad, parecen aceptar la idea de la intervención de las comunicaciones como respuesta a la probada peligrosidad del recurrente, como un medio más de control y vigilancia. Evidentemente la intervención generalizada de las comunicaciones de los presos, sobre todo de aquellos más conflictivos, podría, en términos generales, repercutir beneficiosamente en la seguridad y orden del centro. Sin embargo, hacer bastar esa utilidad genérica para justificar tal injerencia supondría prescindir del carácter excepcional que a la posibilidad de intervención y de suspensión de las comunicaciones le ha conferido el legislador penitenciario, tal y como se deduce del tenor del artículo 51 de la ley penitenciaria (13).

## V. EL STATUS LIBERTATIS DEL PRESO

Las resoluciones del TC que se acaban de citar, en cuanto acen-  
túan la estricta necesidad de la limitación del derecho, así como el

---

(13) Mas detenidamente, *vid.* MARTINEZ ESCAMILLA, «La suspensión e intervención de las comunicaciones del preso», p. 66 y ss.

requisito de su explícita justificación para que tal restricción pueda considerarse legítima y correctamente practicada, merecen sin duda una valoración positiva. Sin embargo hay otros aspectos de la jurisprudencia del TC a mi juicio susceptibles de crítica, no ya solamente por la solución que proponen en el caso concreto, sino porque denotan que quizá el TC no haya reflexionado con el suficiente detenimiento acerca de cuestiones tan importantes como pueden ser, por ejemplo, la naturaleza y límites del estatuto jurídico del que cumple una pena privativa de libertad. Intentaré explicar esta afirmación con un ejemplo: cómo el TC ha abordado y ha solucionado aquellos supuestos en los que el recluso acudía a él invocando el derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE).

La primera sentencia que aborda la invocación del derecho a la libertad por un preso fue la STC 2/1987, de 27 de enero, ya comentada por otros motivos. El recurrente se quejaba de que la Administración le había impuesto dos sanciones de aislamiento en celda (doce y siete días). Ello vulneraría el artículo 25.3 CE en cuanto prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen una privación de libertad. El TC negó tal vulneración, y lo que ahora importa destacar es uno de los argumentos básicos empleados: el preso no puede invocar el derecho fundamental a la libertad pues ha sido privado de éste mediante sentencia firme. Al estar privado ya de su libertad en la prisión, la sanción de aislamiento no puede ser considerada como una privación de libertad, «sino meramente como un cambio en las condiciones de su prisión, como ha dicho nuestra doctrina, ello «no es sino una mera restricción de la libertad de movimientos dentro del establecimiento añadida a una privación de libertad impuesta exclusivamente por sentencia judicial» (FJ 3.º).

Más recientemente el TC ha incidido en esta idea. En las Sentencias 2/1997, de 13 de enero; 81/1997, de 22 de abril; 75/1998, de 31 de marzo y 88/1998, de 21 de abril, contradiciendo una anterior, la STC 112/1996, de 24 de junio, el TC niega que la denegación de permiso de salida pueda afectar al derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.1 CE. Aparte de barajar argumentos referidos en la institución de los permisos de salida, en las citadas resoluciones se retoma la idea de que «la previa imposición de una pena de prisión conlleva la imposibilidad de fundar una pretensión de amparo frente a la denegación de un permiso de salida invocando el derecho fundamental a la libertad, pues es la Sentencia firme condenatoria –adoptada tras un proceso judicial debido– la que constituye título legítimo de privación de ese derecho fundamental» (STC 2/1997, FJ 3.º, por todas), por lo que «las cuestiones relacionadas con la concesión o denegación de

permisos de salida se sitúan esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria» (STC 75/1998, FJ 3.º). Estas Sentencias merecerían un comentario pormenorizado por el interés del problema de fondo que abordan –los permisos de salida– así como por el peculiar método de resolución propuesto (14). Pero ahora interesa fundamentalmente destacar un par de ideas generales.

Las resoluciones citadas son a mi juicio criticables. En primer lugar porque utilizan un concepto de libertad carente de matices y graduaciones, graduaciones cuya existencia es innegable incluso dentro del concepto restrictivo de «libertad física» o «ambulatoria» del artículo 17.1 CE. Como ha señalado nuestra doctrina, «hoy el modelo ordinario de ejecución permite una amplia posibilidad de movimientos dentro y fuera de la prisión. Esto es posible entre otras cosas porque la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad sólo puede restringir esta proporcionalmente preservando en todo caso la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental» (15).

---

(14) Lo que a mi juicio resulta más incomprensible de las Sentencias citadas es el innegable interés que reflejan en dejar claro que el preso no puede invocar su derecho a la libertad frente a una modificación legal, por importante que sea, de las condiciones de cumplimiento de la pena. No causa sino sorpresa que el TC, tras negar tajantemente tal extremo, afirme que a lo que sí afecta la aplicación de los permisos de salida es a algo tan falto de contornos definidos como «el valor superior de la libertad» al que alude el artículo primero de la Constitución. Igualmente sorprendente es la consecuencia que de tal afirmación se deriva: «en la medida que está en juego el valor superior de la libertad, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión no sólo exige resoluciones judiciales motivadas, sino motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de ese valor superior» (STC 2/1997, FJ 3.º). Ello, aplicado a los permisos de salida quiere decir que el TC, a la hora de valorar la suficiencia de su motivación, no sólo va a limitarse a comprobar si tal motivación incurre en insuficiencia, manifiesta irrazonabilidad o error patente, sino que este estándar de control se vuelve más rígido, de tal manera que para considerar satisfecho el derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que la denegación del permiso se funde en criterios conformes con los principios constitucionales y legales que inspiran tal institución. (SSTC 2/1997 FJ 4.º, 81/1997 FJ 7.º, 78/1998 FJ 3.º, 88/1998 FJ 6.º). Es decir, por el tortuoso camino diseñado, el TC llega a la conclusión que el estándar de revisión de las resoluciones judiciales que deniegan un permiso de salida es el mismo que el que se aplica a las resoluciones que afectan a un derecho fundamental sustantivo. Con tan tortuoso camino lo único que logra el TC es salvar a toda costa una afirmación que no me parece ni mucho menos evidente: que instituciones como los permisos de salida en modo alguno afectan al derecho fundamental a la libertad.

(15) MAPELLI CAFARENA, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario». En: *Estudios Penales y Criminológicos XVI*, p. 313.

Así, según la idea criticada, un preso no podría invocar el artículo 17.1 CE aunque se le mantuviera atado durante una semana a los pies de su cama, imposibilitando cualquier tipo de movimientos dentro del centro penitenciario –a salvo, claro está, la invocación del artículo 15 CE, en cuanto proscribía las penas o tratos inhumanos y degradantes–; o se le mantuviera arbitrariamente aislado en una celda. O, por ejemplo, siguiendo la línea apuntada, podría afirmarse que la denegación arbitraria del régimen abierto o incluso de la libertad condicional no afectan al artículo 17.1 CE, puesto que éstas no son sino formas de cumplimiento de una pena privativa de libertad. Efectivamente, la reciente Sentencia 79/1998, de 1 de abril, niega con toda claridad que la denegación de la libertad condicional pueda suponer una lesión del derecho fundamental a la libertad (16).

En segundo lugar, quisiera brevemente apuntar una perspectiva que permanece oculta en las sentencias comentadas. En estas se dice que el preso no puede invocar la libertad porque ha sido privado de ella por sentencia. Efectivamente la forma más típica de privación de libertad en un Estado de Derecho es la que tiene lugar como consecuencia de una condena penal. Sin embargo, no es en la propia Sentencia condenatoria donde se define el contenido de esa privación de

---

(16) El recurrente se quejaba de la denegación, tanto por el Juzgado de Vigilancia como por la Audiencia Provincial, de la anticipación de la libertad condicional con base en el art. 60 del Reglamento Penitenciario, entonces vigente, por tener el interno cumplida la edad de setenta años, pese a la propuesta favorable a su concesión de la Junta de Régimen y Administración del centro. Según el TC en modo alguno puede entenderse como arbitraria o infundada la decisión de los órganos judiciales de denegar la concesión de la libertad condicional en el caso enjuiciado, por estimar que la Administración penitenciaria no había ofrecido datos suficientes en su propuesta, en orden a acreditar debidamente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos para la concesión del beneficio de la libertad condicional... (FJ 4.º). En concreto, la Audiencia Provincial argumentaba que «si bien es cierto que, desde un plano objetivo, hay elementos (la edad del interno, el apoyo familiar y sus recursos económicos) que abonaría una posible vida honrada en libertad, no es menos que, desde un plano subjetivo, ninguna motivación al cambio conductual, a la vida adaptada a la normativa, se percibe en el interno (nada dice el informe del centro acerca de ello).» (Auto de 24 de abril de 1996). Además de la negación de la afectación del art. 17.1 CE, considero criticable de la Sentencia comentada el que el TC considere constitucionalmente correcta una resolución que, como la recurrida de la Audiencia, convierte el silencio de la Administración acerca de la motivación del interno de no volver a delinquir, en la negación del requisito de ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad. Si el órgano judicial consideraba necesario conocer ese aspecto motivacional, lo lógico hubiera sido recabar informes al respecto y no repercutir negativamente en el interno una omisión de la Administración. En este sentido, SEBASTIAN CHENA, en: *Cuadernos de Derecho Penitenciario*, núm. 3. Suplemento correspondiente a *OTROSÍ*, mayo 1988. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid., p. 24.

libertad. Donde se decide en qué consiste dicha privación de libertad es en las fuentes del Derecho penitenciario, básicamente en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en su Reglamento. Es la legislación penitenciaria la que configura no sólo el *status* jurídico del preso, los derechos y deberes que lo integran, sino también su *status libertatis*. Así establece que el fallo condenatorio puede ejecutarse de diferentes maneras: en régimen cerrado, en régimen ordinario, o incluso en régimen abierto, pudiendo cumplirse también el último periodo de la condena en libertad condicional, e incluso en casos excepcionales adelantarse la concesión de ésta (17). Es decir, sería la legislación penitenciaria, al regular cómo se ejecuta la pena privativa de libertad, la que configura ésta de una forma más restrictiva o más flexible, estableciendo graduaciones, etc., por lo que cualquier restricción sustancial del *status libertatis* que la legislación asigna al preso podría considerarse que afecta a su derecho a la libertad (18).

---

(17) Cuestiones estas últimas reguladas en el Código Penal (arts. 90 y ss.)

(18) Esta idea es totalmente minoritaria en la jurisprudencia del TC y tan sólo se ve plasmada en cierta medida en un voto particular del Magistrado Carles Viver a la STC 119/1996, según el cual con la imposición de una pena privativa de libertad se modifica sustancialmente, pero no se suprime, el *status libertatis* de la persona. Ese *status libertatis* modificado integraría el ámbito del art. 17.1 CE, de lo cual se extraería, a parte de las ideas ya apuntadas, otra importante consecuencia: que las restricciones relevantes de dicho *status* requerirían la adecuada cobertura legal que exige el art. 25.2 CE para poder limitar los derechos fundamentales.

Baste como ejemplo el problema básico de fondo que planteaba el recurso de amparo que dio lugar a la STC 119/1996 y en el que dicha Sentencia no llegó a entrar. Se trataba de la realidad penitenciaria según la cual el régimen de vida de los centros de régimen cerrado, ante la falta de concreción del art. 10 LOGP y del art. 46 del antiguo Reglamento, se regía por lo establecido en Circulares emanadas de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que reciben la denominación de «Normas Comunes Tipo». El problema reside en que el contenido de dichas Circulares en muchos casos no se limitaba a la organización de un servicio, sino que llegaba a restringir o suprimir derechos de los internos, realidad ésta criticada con especial énfasis en la VII Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria. Así, mediante dichas Circulares, el régimen cerrado se subdividía en tres fases, siendo la Primera Fase la de mayor rigor disciplinario y la aplicada al demandante de amparo. El contenido de dicho régimen de vida, al tiempo de los hechos que dieron lugar al recurso, venía definido en las Normas Comunes Tipo que entraron en vigor el 31 de agosto de 1991 y mediante las cuales para los internos clasificados en Primera Fase, por ejemplo, se limitaba el tiempo de patio a dos horas diarias, no pudiendo permanecer, en ningún caso, más de dos reclusos juntos. Es decir, mediante esta normativa de orden interno, al margen totalmente de la Ley Orgánica y su Reglamento, se posibilitaba que el penado y también el preventivo clasificado en primer grado primera fase pudiera pasar en su celda en solitario hasta veintidós horas diarias, lo cual se acercaba bastante al contenido de una sanción de aislamiento en celda. Desde la perspectiva que se mantiene tanto en el voto particular como en este trabajo, tales Circulares serían inconstitucionales en cuanto, al margen del principio de reserva de ley, estarían recortando de forma relevante el *status libertatis* del recluso.

Con los pronunciamientos criticados el TC, implícitamente, parece estar adoptando una concepción según la cual las instituciones o figuras que recoge la legislación penitenciaria y que suponen una flexibilización de la forma de ejecución por conllevar unos más amplios márgenes de libertad (como por ejemplo los permisos de salida, régimen abierto, libertad condicional, etc.) son concesiones graciosas del legislador y por lo tanto no pueden generar derechos subjetivos y menos derechos fundamentales, ni su negación arbitraria la lesión de tales derechos. Pero esta trascendente conclusión a mi juicio no es tan obvia y hubiera requerido una justificación expresa por parte del TC. Éste no explica ni justifica por qué tales instituciones no pueden formar parte del *status libertatis* del preso, más o menos limitado según el modo de ejecución aplicable y, por lo tanto, constitutivo de un reducto de libertad susceptible de protección.

## VI. LA POSIBLE MODULACIÓN DEL CONTENIDO DE ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ATENCIÓN A LAS PECULIARIDADES DE LA RELACIÓN PENITENCIARIA: EL DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR

Otra cuestión que podría suscitar interesantes reflexiones y que sugiere el estudio de la jurisprudencia constitucional en materia penitenciaria es la posible necesidad de modular el contenido tradicionalmente atribuido a algunos derechos fundamentales en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria. Intentaré explicar esta idea con el ejemplo de las visitas íntimas de los presos, tema tratado por la STC 89/1987, de 3 de junio, desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal y familiar consagrada en el artículo 18.1 CE, y con el ejemplo del derecho a recibir visitas de familiares y amigos.

No cabe ninguna duda de que el preso es titular del derecho a la intimidad, si bien la pena privativa de libertad, en cuanto supone un estrecho sometimiento a un poder público y por las condiciones en que se ejecuta (compartimento de celdas, sometimiento a registros, cacheos, etc.), lógicamente conlleva una importante restricción del ámbito de la intimidad.

La STC 89/1987 enjuiciaba si la denegación de visitas íntimas afectaba al derecho a la intimidad. El TC desestimó el amparo al entender que las relaciones sexuales no entran en el ámbito de protección del derecho invocado, puesto que, si bien no cabe duda «que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de

los reductos más sagrados, lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro protege, es la intimidad misma, no las relaciones privadas e íntimas de los hombres». Es decir, el TC entiende que la denegación de una visita íntima, con independencia de su arbitrariedad o justificación, no afecta al derecho a la intimidad, por ser tales relaciones una manifestación más de la libertad a secas. Se sigue de ello que quienes están privados de libertad se ven impedidos de su práctica sin que ello implique restricción o limitación de derecho fundamental alguno. Esta decisión requiere algunos comentarios.

En primer lugar, nótese que la decisión y argumentación transcrita no sólo sería aplicable a la denegación de visita íntima, sino también a la denegación de cualquier comunicación con familiares o amigos (19), pues tales comunicaciones tampoco serían, utilizando las expresiones del TC, un derecho en sí mismo considerado, sino una manifestación más de la libertad, de la que el preso ha sido privado. Es decir, que, previsiblemente, según el TC la negación administrativa arbitraria de la comunicación con un amigo o familiar no lesionaría derecho fundamental alguno.

Esta conclusión puede resultar paradójica. En los casos de intervención arbitraria o inmotivada de las comunicaciones resulta evidente, y así lo ha declarado el TC (SSTC 127/1996, 170/1996, 175/1997, 200/1997, entre otras), que se lesionaría el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), por lo que la decisión de intervención podría ser impugnada en amparo. Imaginemos que al interno se le concede una comunicación oral o un vis a vis, pero condicionada a alguna medida que atente contra la intimidad (por ej. la comunicación interna es grabada en cámara de vídeo). En este caso el interno podría acudir ante el TC invocando su derecho fundamental a la intimidad familiar y personal (art. 18.1 CE). Es por ello que resulta a primera vista como mínimo «chocante» que si el Director del centro adopta una decisión aparentemente mucho más drástica que las anteriores, como pudiera ser la de suspender radicalmente las comunicaciones, el interno no pueda recurrir en amparo por el simple hecho de que no existe un derecho fundamental afectado, salvo que tal medida se considerara un trato inhumano o degradante, vulnerador del artículo 15 CE (20).

---

(19) El art. 51.1 LOGP contempla la posibilidad no sólo de que el Director del centro penitenciario intervenga las comunicaciones del interno, sino también de que las suspenda o restrinja respecto a determinadas personas, siempre por razones de seguridad, de interés del tratamiento y de buen orden del establecimiento.

(20) Se ha apuntado la posibilidad de localizar el «derecho a comunicar» dentro del ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

Afirmar que la denegación de las comunicaciones en general o con determinadas personas afecta al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) chocaría con el obstáculo del contenido restrictivo que el TC ha venido atribuyendo a dicho derecho, configurando la intimidad como «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 73/1982, 231/1988, 197/1991, 57/1994, 143/1994, etc.). Se configura, pues, como una especie de «derecho de resistencia», pero no como un «derecho expansivo» que incluya el derecho del sujeto a iniciar y mantener relaciones con otras personas (21).

Según la definición transcrita, el derecho a la intimidad parece configurado pensando en el supuesto normal, es decir, el de los ciudadanos no privados de libertad. Sería muy extraño, aunque posible, el caso de un ciudadano libre que acude ante el TC pidiendo su amparo porque algún poder público le ha obstaculizado el ejercicio de sus relaciones interpersonales, sexuales, amistosas o familiares, por lo que el TC no ha tenido ocasión de plantearse si un aspecto tan importante del ser humano como es su aspecto social o interpersonal no está protegido por ningún derecho fundamental. Sí ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto en el caso de recurrentes presos

---

En este sentido JIMÉNEZ CAMPO escribe: «de modo especial es esto predicable de la situación del detenido o preso, para quien –falta de aquella libertad que es presupuesto para el ejercicio de éste– el «derecho a comunicarse» dentro de las condiciones a las que se refiere el art. 25.2 de la Constitución, sí adquiere relevancia, de tal manera que los actos de la Administración penitenciaria que apliquen arbitrariamente las normas reguladoras del régimen de comunicaciones en este extremo podrán considerarse lesivos del derecho reconocido en el artículo 18.3 y residenciables, por tanto, agotada la vía jurisdiccional ordinaria, ante el Tribunal Constitucional mediante el oportuno recurso de amparo» («La garantía constitucional del secreto a las comunicaciones». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 5. Núm. 20. Mayo-Agosto 1987, pp. 35 y ss.)

(21) Por disonante con este contexto, llama la atención la STC 201/1995, de 25 de noviembre, que declara lesionado el derecho a la intimidad familiar de un preso al que la Administración penitenciaria impidió comunicar telefónicamente con su familia en euskera. Argumenta el TC que la Administración no justificó la concurrencia de las razones que según la Ley penitenciaria permiten la intervención de las comunicaciones, que, como regla, han de celebrarse de manera que se respete al máximo la intimidad. Sin embargo, hubiera sido deseable a mi juicio una mayor aclaración del punto de partida, creo que correcto, de la Sentencia: que la prohibición de hablar en euskera con la familia afecta al derecho a la intimidad familiar. En cualquier caso, esta resolución avalaría en planteamiento que en el texto se propone: si condicionar la comunicación telefónica del preso a la utilización del castellano puede vulnerar el derecho a la intimidad, con más razón éste resultará afectado por la denegación incondicionada a comunicar.



(STC 89/1987) y probablemente dicha ocasión vuelva a repetirse. Para entonces creo que no deberían olvidarse las peculiaridades de la relación penitenciaria, en cuyo ámbito las relaciones interpersonales están mediatizadas por un poder público, siendo necesario para su mantenimiento el visto bueno de la Administración. Y en atención a dichas peculiaridades modular el contenido tradicionalmente atribuido al derecho a la libertad personal y familiar.

Si algún día se decidiera extender el ámbito de protección del artículo 18.1 CE a las relaciones interpersonales y familiares, la vía para tal ampliación parece evidente: la prevista en el artículo 10.2 CE en cuanto establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El TC español ha afirmado en alguna ocasión que el acudir a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos es una «vía interpretativa impuesta» por el artículo 10.2 para la interpretación de los derechos fundamentales (SSTC 114/1984, FJ 3.º; 176/1988, FJ 2.º; 139/1989, FJ 5.º, entre otras). Pues bien, el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar», habiendo considerado el TEDH que incluye el derecho del individuo a iniciar y desarrollar relaciones con otras personas (22). Y en lo que aquí interesa, ha de destacarse que el TEDH viene localizando dentro del ámbito de aplicación del artículo 8 el régimen de visitas de los privados de libertad con sus familiares y amigos, así como los permisos de salida (Sentencia de 27 de abril de 1988 –caso Boyle y Rice–) (23).

---

(22) Ampliamente al respecto, LEZERTUA: «El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar. Cuadernos de Derecho Judicial* 1996, XXII, Madrid, 1997, pp. 49 y ss. RUIZ MIGEL, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1994.

(23) En esta resolución el TEDH analiza las quejas de los demandantes (padres del preso) relativas a la limitación del número de visitas (una visita de una hora al mes), denegación de un permiso de salida y, sobre todo y en general, acerca del trato más desfavorable que recibía el preso en sus relaciones con el exterior en la prisión a la que había sido trasladado en comparación con otros establecimientos penitenciarios. Entiende el TEDH que la limitación del número de visitas que puede recibir el

Lo expuesto no pretende ser sino un ejemplo de cómo podría moldearse el contenido que tradicionalmente se le viene atribuyendo a algunos derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, en atención a las peculiaridades de la relación penitenciaria (24).

## VII. LA REINSERCIÓN SOCIAL: UNA ASIGNATURA TODAVÍA PENDIENTE

Para concluir, una muy breve referencia a la (re)inserción social como fin de la pena privativa de libertad.

El artículo 25.2 de la CE proclama que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. La ciencia penal española hace mucho tiempo que se muestra abiertamente escéptica acerca del fin resocializador de la pena de prisión y la aceptación como un hecho de que la cárcel no reinserta ha derivado en un abandono del debate al respecto. Las dificultades para hacer del cumplimiento de la pena de prisión un instrumento de reinserción son evidentes. Al mismo tiempo la aparición de nuevas formas de delincuencia, cuyos protagonistas están perfectamente instalados en el orden socioeconómico, incide en la insuficiencia de la reinserción para definir el sentido de la prisión, además de evidenciar los resultados a veces incomprensibles de la aplicación de una legislación penitenciaria articulada en torno a la idea de resocialización. Sin embargo, no es menos cierto que la mayoría de la población penitenciaria sigue caracterizándose por su marginación. Frente a esta mayoría no puede olvidarse que la reinserción social sigue siendo un mandato constitucional necesitado de desarro-

---

interno en el centro penitenciario no vulnera el art. 8.1 del Convenio, en atención a las razonables exigencias de la reclusión y a la facultad discrecional que se debe conceder a las autoridades nacionales para regular las relaciones del preso con su familia, abogando por aplicar a los reclusos un régimen uniforme, evitando cualquier apariencia de arbitrariedad. No obstante, como ya se ha indicado, el punto de partida es que tales cuestiones entran dentro del ámbito del art. 8.1 del Convenio.

(24) En el mismo sentido DUQUE VILLANUEVA, «El derecho a la intimidad personal y familiar». En: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, XXII; Madrid, 1997, pp. 99 y ss. Por supuesto, la vía propuesta también sería aplicable fuera del ámbito penitenciario para abordar problemas que pueden plantearse en el ámbito familiar, como la separación entre miembros de la familia. Sobre este particular, ampliamente, GILLO SÁNCHEZ-GALIANO: «Intimidad y familia». En: *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar. Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, XXII; Madrid, 1997, pp. 217 y ss.

llo y de aplicación. A pesar de que el artículo 25.2 de la Constitución está incluido dentro del capítulo que regula los derechos fundamentales y las libertades públicas, el TC, desde sus primeras sentencias afirmó que tal declaración constitucional no es fuente de derechos subjetivos a favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, si bien constituye un mandato al legislador para orientar la política legal y penitenciaria en ese preciso sentido (entre otras, SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994, 2/1992, 81/1997, 75/1998, 88/1998). Con ello el TC vació en gran parte de contenido tal declaración, pues si bien admite que la función de reinserción de la pena constituya un parámetro desde el que valorar la constitucionalidad de las leyes, niega que tal función pueda sustentar una pretensión individual frente a decisiones administrativas o judiciales. Creo que esta doctrina también debería ser sometida a revisión.



# Los secretos en los delitos relativos a la defensa nacional (comentario a los artículos 598 a 603 CP)

LLUÍS-IGNASI PASTRANA I ICART

Profesor Titular (i) de Derecho Penal de la Universitat Rovira i Virgili

## 1. UBICACIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Este trabajo tiene por objeto el análisis de los artículos 598 a 603 del Código penal (CP), que tipifican los delitos de «descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional». Así los denomina la rúbrica de la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo III del Título XXIII del Libro II del Código penal. Pero debemos situar aquellos artículos en el contexto del mencionado Capítulo III, que aparece bajo el título «De los delitos relativos a la defensa nacional». Hemos de partir, pues, del hecho que el bien jurídico que se pretende proteger con los artículos 598 a 603 CP es, en último término, la defensa nacional entendida como la estructura o capacidad de defensa de una nación, para garantizar su integridad e independencia. Por tanto, con estos preceptos no se pretende proteger el secreto de Estado en sí mismo, sino, en todo caso, garantizar el mantenimiento de los secretos, o de determinada información sobre asuntos o materias, en el ámbito o en la esfera de aquellas personas que están autorizadas para conocerlas; y todo ello como instrumento de protección de la defensa nacional, que es el objetivo o finalidad que se persigue con estos preceptos (1). Así pues, el secreto o el mantenimiento del

---

(1) Vide G. PORTILLA CONTRERAS, VV. AA., *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, M. Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1997, p. 937: «El bien jurídico pro-

secreto no constituye, en sí mismo, el bien jurídico protegido, sino que es el instrumento que posibilita la protección del bien jurídico «defensa nacional».

No obstante, para determinar con mayor exactitud aquello que deba entenderse por «defensa nacional» debemos recurrir a los artículos 2 y 3 de la Ley 6/1980, de 1 de julio, donde se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. Precisamente, en el artículo 2 de esta Ley se define la seguridad nacional como:

«[...] la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin, tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la Patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución.»

Mientras que el artículo 3 de la misma Ley establece que:

«La defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional.»

Así, de acuerdo con este último precepto, junto con la defensa nacional, también la seguridad nacional debe considerarse objeto de protección y parte integrante del bien jurídico a proteger. Sin embargo, la protección de estos bienes jurídicos sólo se lleva a cabo por los artículos 598 a 603 CP en determinados casos y no en todos. Concretamente, nos referimos a los supuestos de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos «defensa nacional y seguridad nacional», mediante la obtención, revelación, falseamiento o inutilización de información legalmente calificada como reservada o secreta (2).

Cabe decir también, si se acepta la anterior definición, que la actual ubicación de los delitos relativos a la defensa nacional resulta técnicamente más correcta que la anteriormente recogida por el derogado Código penal, que situaba estos delitos en el título relativo a la

---

tegido en estos delitos no puede ser el secreto oficial, o el propio interés de mantener en secreto un determinado asunto [...]. Cfr. J. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª edición, Barcelona, 1991, p. 389: «En este delito está presente el concepto de *secreto* de Estado en relación a la defensa nacional».

(2) Vide O. MORALES GARCÍA, VV. AA., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. Quintero Olivares (Dir.), Pamplona, 1996, p. 2255: «Así, los artículos 598 ss. CP, asumen la protección de la seguridad y defensa nacional, no en todo caso, sino, únicamente, en cuanto descansan sobre información legalmente calificada».

«seguridad exterior del Estado». Hablar de delitos contra la seguridad exterior del Estado significa referirse a los ataques que éste puede recibir como miembro de la comunidad internacional y/o que pueden afectar a la normal convivencia de la misma (3). Pero si tal como establece el artículo 2 de la Ley 6/1980, la finalidad de la defensa nacional es, entre otras, garantizar la unidad de España y su integridad territorial, cabe pensar que éstas también podrán ponerse en peligro mediante ataques a la seguridad interior del Estado (4). Por tanto, la ubicación de estos delitos en un título referido exclusivamente a la seguridad exterior del Estado, no abarcaría todos los posibles supuestos de agresión a esta unidad e integridad (5). En este sentido, entiendo que el cambio operado por la actual regulación supone un importante acierto.

Por otra parte, efectivamente, el artículo 604 CP, relativo a los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, también se encuentra ubicado en ese mismo Capítulo III, «De los delitos relativos a la defensa nacional». No obstante, mientras que la Sección 1.<sup>a</sup>, «Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional», debemos de entenderla referida a aquellas conductas que lesionan, ponen o pueden poner material-

---

(3) Vide T. S. VIVES ANTÓN, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, VV. AA., E. Orts Berenguer (Coord.), Valencia, 1994, p. 23: «La “seguridad” puede ser definida como exención de peligro, daño o riesgo». El adjetivo «exterior» apunta a la consideración del Estado en su calidad de miembro de la comunidad internacional».

(4) Así, por ejemplo, el artículo 163 del anterior CP, «delitos contra la forma de gobierno», ubicado en el Título II «de los delitos contra la seguridad interior del Estado»: «El que ejecutare actos directamente encaminados a [...] cambiar ilegalmente la organización del Estado [...]», o el título XXI del actual Código penal, referido a los *delitos contra la Constitución*. Cfr. G. PORTILLA CONTRERAS, AA.VV., *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, M. Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1997, p. 923, donde, comentando el delito de traición del artículo 584 CP y, más concretamente, en relación a las informaciones que potencialmente pueden perjudicar la seguridad o la defensa nacional, sólo se refiere a ataques exteriores: «La “seguridad” debe interpretarse como la creación de una situación en la que resulta factible la acción armada de un país extranjero contra España».

(5) No obstante, hay que decir que la frontera entre la seguridad interior y la seguridad exterior del Estado no siempre queda suficientemente delimitada. En este sentido, vide T. S. VIVES ANTÓN, AA.VV., *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, E. Orts Berenguer (Coord.), Valencia, 1994, p. 25: «en más de una ocasión la *seguridad exterior y la interior se confunden*. Y, por mucho que quepa hoy, y haya siempre cabido relativizar tales conceptos, el legislador ha de procurar que las incriminaciones no se solapen planteando problemas interpretativos de difícil solución».

mente en peligro (6) la estructura o capacidad de defensa de la Nación, la Sección 2.<sup>a</sup>, «De los delitos contra el deber de prestación del servicio militar», conformada únicamente por el mencionado artículo 604 CP, más exactamente haría referencia a un delito de desobediencia o a un delito contra los deberes del servicio (7), tal como se encuentra regulado, precisamente, en el Título VI del Código Penal Militar, «Delitos contra los deberes de servicio». Como consecuencia, difícilmente el bien jurídico podría ser, en sentido propio, la defensa nacional o la seguridad nacional. Además, raramente se podría argumentar que una conducta aislada de retraso, negativa o no incorporación al servicio militar pudiese llegar a poner en peligro los bienes jurídicos «seguridad nacional» o «defensa nacional», y, por tanto, en base a principios básicos del Derecho penal, como son el de exclusiva protección de bienes jurídicos o el de lesividad (8), sería difícil fundamentar el castigo de cualquiera de estas conductas (9). Por esta razón, en este trabajo nos limitaremos, básicamente, al comentario de los seis primeros artículos que conforman la Sección 1.<sup>a</sup> de este Capítulo III, sin renunciar por ello a hacer las referencias que entendamos convenientes respecto de los delitos de traición y espionaje contenidos en los artículos 584 y 586 CP.

Por otra parte, en los diferentes tipos penales de esta Sección no se hace referencia directa ni expresa a la necesidad que las conductas descritas, para poder considerarlas típicas, deban lesionar, ser susceptibles de dañar o poner en peligro la seguridad nacional o la defensa

---

(6) Aunque los artículos de esta sección sólo exigen que las conductas estén relacionadas con la seguridad nacional o la defensa nacional, considerando que existe la posibilidad de realizar estas conductas sin lesionar o poner en peligro estos bienes jurídicos, se debería exigir, como mínimo, su puesta en peligro para poder castigar estos comportamientos, pues, entre otras razones, como apuntan J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1992, p. 642: «El mero hecho de que las conductas descritas se lleven a efecto sin que sea necesario que se origine un riesgo para la seguridad o la defensa nacional, supone en sí una cierta inseguridad jurídica, pues, sobre todo en los supuestos de “revelar”, es posible dar a conocer hechos de escasa trascendencia que pueden ser castigados».

(7) Cfr. G. PORTILLA CONTRERAS, AA.VV., *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, dirigido por M. Cobo del Rosal, Madrid, 1997, p. 936.

(8) Vide S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1998, p. 113.

(9) Vide T. S. VIVES ANTÓN, AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 37, donde, en referencia al bien jurídico protegido en los delitos contra la seguridad exterior del Estado nos dice: «aunque, como veremos, el peligro para este bien jurídico pueda ser mínimo o, incluso, en algunas figuras, inexistente».



nacional (10). En principio, parece suficiente con que se realice la conducta descrita y que la información esté «relacionada» con la seguridad nacional o la defensa nacional, sin que se requiera un daño o la puesta en peligro del bien jurídico. Este hecho, en principio, tal como apuntan Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, podría suponer una cierta inseguridad jurídica (11)

No obstante, los artículos de la Sección 1.<sup>a</sup> sí aluden constantemente al hecho que los comportamientos deben referirse a información legalmente cualificada como reservada o secreta, y, en este sentido, el artículo 2 de la Ley 9/1968, reguladora de los secretos oficiales (LSO), establece que: «A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». En el mismo sentido, el artículo 3 del Reglamento de esta Ley reguladora de los secretos oficiales (Decreto de la Presidencia de 20 de febrero de 1969), en sus apartados I y II, referentes a la clasificación de «secreto» y «reservado», respectivamente, nos indica que la clasificación se aplicará a aquellas materias a las que se refiere en el artículo anterior, cuya revelación pueda dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad nacional o la defensa nacional.

Así pues (12), *sensu contrario*, cuando este conocimiento por personas autorizadas no sea susceptible de dañar o poner en peligro la seguridad o la defensa del Estado, no podremos considerar que nos encontramos ante materias clasificadas (13). De este modo, si no de forma directa, indirectamente, mediante la remisión obligada a esta Ley y a su Reglamento, podremos afirmar la necesidad de que exista un daño o una puesta en peligro de la seguridad nacional o la defensa nacional, para poder hablar de realización típica (14). Por lo que no

---

(10) En cambio, podemos ver cómo el artículo 584 CP, aunque en principio haga referencia al mismo supuesto que el artículo 589 CP, con la diferencia que en aquel caso el sujeto tiene el propósito de favorecer a una potencia extranjera, exige que la información sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional.

(11) Vide J.M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1992, p. 642.

(12) Además de lo dicho en relación al principio de lesividad, vide nota 8.

(13) Vide Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los secretos oficiales, modificada por la Ley 48/1978 de 7 de octubre.

(14) Cfr. J.M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1992, p. 643, donde parece interpretar que aquello que se pretende con el artículo 3 del Reglamento es evitar la revelación del hecho de la calificación, y que es, precisamente, esta revelación de la calificación aquello que

deberán ser castigados aquellos supuestos en los que se hayan clasificado materias inocuas no susceptibles de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, dado que, en estos casos, no se produciría más que una infracción formal (15).

### 1.1 Breve referencia a los secretos en el artículo 584 CP

Como ya se ha dicho anteriormente, la intención fundamental de este trabajo es analizar los artículos 598 a 603 del Capítulo III, Título XXIII, del Código penal. No obstante, queremos hacer una referencia, aunque sea breve, al Capítulo II de este mismo Título, donde los secretos también aparecen como el objeto principal de regulación. Concretamente nos referiremos al artículo 584 CP, precepto que tipifica las conductas de traición y espionaje realizadas por un español (16).

Aunque en este tipo penal sólo se menciona expresamente la conducta de traición, al establecer que se castigará como traidor, con la pena de seis a doce años de prisión, al sujeto que realice los comportamientos descritos en el tipo, debemos entender incluidas también en este artículo las conductas de espionaje. No obstante, cabe decir que

---

podría originar «riesgos y perjuicios», cuando, personalmente, entiendo que lo que se pretende evitar es la revelación del contenido de la información calificada como reservada o secreta y que es la revelación de este contenido la que debe de poder originar riesgos y perjuicios en la seguridad nacional y la defensa nacional. Probablemente, es esta interpretación de los autores la que los conduce a afirmar que «el delito se consuma por el mero hecho de que el sujeto “se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada” relacionada con las situaciones que se especifican en el artículo 135 bis, no siendo necesario que se ocasione riesgo».

(15) *Vide*, en este sentido, J.M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1992, p. 642, donde, haciendo referencia a la motivación de la enmienda del grupo parlamentario Mixto del Senado, en relación al artículo 135 bis. a) del Código penal anterior, dicen: «[...] la revelación de secretos, para que merezca la intervención penal, necesariamente ha de tratarse de algo más que una infracción formal o desobediencia a la clasificación de un asunto como secreto, por lo que debe exigirse como elemento del delito que su revelación ponga en peligro la defensa nacional. De otro modo, si se castiga la revelación de secretos inocuos se llega a una restricción injustificada de la libertad de prensa y la discusión pública de problemas y alternativas sobre la defensa nacional».

(16) Cabe decir que las conductas descritas en este precepto hacen referencia o se entienden realizadas en tiempo de paz. Esta es, precisamente, la razón de la menor penalidad que se establece en este artículo en comparación con las del artículo 583 CP, referidas o, que deben entenderse, realizadas en tiempo de guerra. Al respecto, *vide* J. C. CARBONELL MATEU y T. S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tomás S. Vives Antón (Coord.), Valencia, 1996, p. 2132-2134. En el mismo sentido se manifiesta J. M. PRATS CANUT, AA.VV. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, G. Quintero Olivares (Dir.), Pamplona, 1996, p. 1598-1599.

se trata de figuras que no siempre son claramente diferenciadas por la doctrina (17) y que, cuando los autores se refieren a esta diferenciación, no siempre coinciden unos y otros. Por ejemplo, para Serrano Gómez (18), la diferencia entre una y otra es clara, y radicaría en que: mientras que el espía sería quien actúe al servicio o de acuerdo con una potencia extranjera, asociación u organización internacional, el traidor sería quien actuase a título personal. En cambio, Muñoz Conde, que también considera que se trata de un tipo que contiene una doble modalidad típica, establece la diferencia en base a otros parámetros, y entiende que sólo nos encontraremos, propiamente, ante un espionaje cuando se realice la conducta «revelar información clasificada» pero no cuando se trate de una conducta de «procurarse», «falsear» o «inutilizar» esta información, pues entiende que estos casos constituirían, más bien, actos preparatorios de la conducta típica «revelar información clasificada» (19).

Ya con el anterior Código penal había discusión sobre cuál era exactamente la conducta sancionada en este artículo 584 CP. Concretamente, y en la misma línea a la que haremos referencia al comentar el actual artículo 598 CP, si, de acuerdo con un planteamiento formal, era suficiente con procurarse, falsear, inutilizar o revelar información legalmente clasificada como reservada o secreta, o si, según un planteamiento material, se precisaba, además, poder afirmar que se había puesto en peligro o se había lesionado el bien jurídico, o sea, la seguridad nacional o la defensa nacional.

Según el primer planteamiento, inicialmente sería suficiente con la remisión a la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre «secretos oficiales», modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, y al Reglamento que la desarrollaba (Decreto de 20 de febrero de 1969). La Ley sobre secretos oficiales, en su artículo 1.2, considera que «Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por la Ley», y en su artículo 2 señala que: «A los efectos de esta

---

(17) Vide J. C. CARBONELL MATEU y T.S. VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia 1996, p. 2134. Vide, también, J. M. PRATS CANUT, AA.VV., *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, G. Quintero Olivares (Dir.), Pamplona, 1996, p. 1599.

(18) Vide A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª edición, Madrid, 1997, p. 934.

(19) Vide F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 11.ª edición, Valencia, 1996, p. 669, donde afirma que, en caso de concurrir diferentes conductas típicas de las descritas en el tipo, las primeras «procurarse», «falsear» o «inutilizar información clasificada», quedarían subsumidas en el tipo como actos preparatorios de la conducta típica «revelar información clasificada».

Ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos, cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». Así pues, de acuerdo con una interpretación o planteamiento formal, sería típica toda conducta que consistiese en procurarse, falsear, inutilizar o revelar materias declaradas secretas por la ley o materias clasificadas, y, todo ello, en principio, sin necesidad de comprobar si efectivamente la conducta es susceptible de poner en peligro o dañar el bien jurídico en cuestión. Pero, como muy bien apunta González Rus, esta interpretación sería posible «si –como requiere la propia ley– la declaración se produjera exclusivamente cuando por su contenido la materia puede comprometer la seguridad del Estado», o como también señala el autor, cuando sólo «se ha catalogado como clasificado lo que materialmente debe serlo» (20), ya sea porque afecta (puede dañar o poner en peligro) la defensa nacional o la seguridad del Estado. No obstante, si, como apunta este autor, esto no siempre sucede y, a veces, se clasifican informaciones «materialmente inocuas o escasamente relevantes para la defensa nacional», se estaría castigando una conducta que ni lesiona, ni tan sólo llega a poner en peligro ningún bien jurídico, circunstancia contraria tanto al principio de intervención mínima del Derecho penal, como al de exclusiva protección de bienes jurídicos (21).

En cambio, si partiésemos de un criterio material, como el defendido por González Rus, y que consideramos preferible, además de la declaración legal de materia secreta o materia clasificada, se precisaría la comprobación de la existencia de lesión o, como mínimo, de puesta en peligro del bien jurídico defensa nacional o seguridad del Estado para poder afirmar que se ha realizado la conducta típica del artículo 584 CP.

---

(20) Vide J. J. GONZÁLEZ RUS, *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). III. Delitos contra la Seguridad exterior e interior del Estado; de las falsedades*, AA.VV., M. Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1994, p. 32: «En este caso, bastaría tomar tal cual el concepto administrativo como presupuesto de la interpretación penal, debiendo limitarse el aplicador a comprobar si la materia ha sido o no «legalmente clasificada».

(21) Cfr. G. PORTILLA CONTRERAS, AA.VV., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, M. Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1997, p. 923, donde, partiendo de este precepto como un delito de peligro abstracto, considera que no necesita la efectiva lesión del bien jurídico para consumarse. No obstante, no considero suficiente la intención, como parece considerar el autor mencionado, pues se precisará, además, que la conducta sea susceptible, si no de dañar, sí, como mínimo, de poner en peligro el bien jurídico, pues de lo contrario nos encontraríamos como máximo ante una tentativa inidónea o imposible.

Sin embargo, aunque en base a la redacción de la Ley de secretos oficiales se pueda producir esta discusión, ni del artículo 122 bis del anterior Código penal ni del actual precepto 584 CP, se desprende la necesidad de ningún posicionamiento al respecto, pues el mismo redactado de los preceptos es suficientemente claro y de ellos se deduce, sin lugar a dudas, la necesidad, no sólo de la declaración legal de materia secreta o clasificada, sino de la comprobación de una efectiva lesión o puesta en peligro. Concretamente, cuando se refiere a la «información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional». Así pues, nunca realizará el tipo aquel español que se procure, falsee, inutilice o revele esta información, cuando estos comportamientos no sean susceptibles de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional.

En relación al contenido de la información, ésta podrá referirse a cualquier ámbito, pues lo que resultará determinante es la consideración de la información como materia clasificada, haya sido calificada como secreta o como reservada. Pero, como ya se ha apuntado, esto sólo será así cuando la información haya sido correctamente clasificada, es decir, cuando se trate de una materia que pueda comprometer la seguridad del Estado. Como también será determinante la capacidad de dañar de la conducta. Contrariamente, dándose las condiciones mencionadas, poco debería importar cuál fuese el contenido concreto de la información.

## 2. LOS CONCEPTOS DE INFORMACIÓN LEGALMENTE CALIFICADA COMO RESERVADA O SECRETA Y DE INFORMACIÓN CLASIFICADA COMO RESERVADA O SECRETA

Para hablar de la protección de los secretos en el ámbito penal, concretamente de aquellos relativos a la defensa y la independencia del Estado, habrá que averiguar, en primer lugar, el significado que debemos dar a la expresión «información legalmente calificada como reservada o secreta» de los artículos 598 a 603 CP, relativos a la defensa nacional, en relación con el concepto de «información clasificada como reservada o secreta», que utiliza el artículo 584 CP, para la traición y el espionaje. Para ponernos de acuerdo sobre el significado de estos términos, parece que, necesariamente, se deberá recurrir, entre otras disposiciones, a la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secre-

tos oficiales, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, así como, también, deberemos tener en cuenta el Reglamento que la desarrolla (Decreto de 20 de febrero de 1969) (22).

A pesar del intento de definición de los secretos oficiales por parte de esta Ley, cuando señala que: «[...] podrán ser declarados “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o ponga en riesgo la seguridad del Estado»; entendemos que este concepto no queda suficientemente determinado como para satisfacer las mínimas exigencias del principio de taxatividad o mandato de determinación de la ley penal y, por tanto, insuficiente desde la perspectiva de la seguridad jurídica que la concreción de toda norma penal (*lex stricta*) debería proporcionar a los ciudadanos. Por otra parte, el Acuerdo de Washington de 12 de marzo de 1984, sobre seguridad de información militar clasificada, entre España y EE.UU., aunque a priori parece que podría resolver esta cuestión, tampoco proporciona una mayor concreción en relación al concepto de materia clasificada, calificada como reservada o secreta, pues se limita a afirmar en su artículo 3 que: «A los fines de este Acuerdo la información militar clasificada es aquella información o material militar oficial que, en interés de la seguridad nacional del Gobierno remitente, y de acuerdo con las leyes y otras normas nacionales en vigor, requiere protección contra difusión no autorizada y que ha sido designada como clasificada por la autoridad apropiada».

Tampoco el legislador aprovechó la ocasión para introducir cambios significativos en la regulación de estos delitos relativos a la defensa nacional con motivo de la aprobación del nuevo Código

---

(22) Para esta cuestión, *vide* también, entre otros, los artículos 49, 50, 52 ss. del CPM, el Real Decreto 2632/1985, de 27 de diciembre, sobre «estructura interna y relaciones del Centro Superior de Información de la Defensa»; el Real Decreto 1324/1995, de 28 de julio, que establece el «Estatuto de Personal del CSID»; la Orden ministerial 1/1982, de 25 de enero, por la que se aprueban las «Normas para la Protección de la Documentación y Material Clasificado» (aunque no hemos podido tener accesos a esta Orden Ministerial, al tratarse, según el Departamento de Información del ministerio de Defensa, de una «Orden ministerial comunicada» que según este mismo Departamento tendría carácter confidencial y «no sería publicable»); el Real Decreto 374/1989, de 31 de marzo, por el que se modifica el «Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional»; los Acuerdos de la OTAN de 21 de setiembre de 1960 y de 19 de octubre de 1970, a los que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1987, relativos a la salvaguarda mutua del secreto de invenciones relativas a la defensa; el Acuerdo de Washington de 12 de marzo de 1984, sobre «seguridad de información militar clasificada» entre España y EE.UU.; así como el Acuerdo entre España y Francia de 22 de febrero de 1989, sobre «protección de información clasificada».

Penal. El único cambio experimentado en la redacción de estos preceptos es, precisamente, el que hace referencia a la modificación del término utilizado en ellos, para referirse al objeto material del delito. Término que hasta entonces era el de «información legalmente clasificada» y que, ahora, con la nueva regulación se utiliza el de «información legalmente calificada». No obstante, cabe decir que, este cambio operado, tampoco viene a resolver los problemas de determinación a los que nos venimos refiriendo.

En esta cuestión, el primer gran problema que se nos presenta es la utilización, por parte del legislador, de una variada terminología, no siempre necesaria, para referirse a la misma cuestión. Sólo a modo de ejemplo apuntaremos parte de esta diversa terminología:

- Objetos, información, correspondencia y documentación *legalmente calificada como reservada o secreta* (arts. 598, 600, 601, 602 y 603 CP).
- Correspondencia oficial o documentación *legalmente clasificada* relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional (art. 60 CPM).
- Información *clasificada como reservada o secreta* (art. 584 CP).
- Información *clasificada o de interés militar* (art. 52 CPM).
- Información *legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional* (arts. 53, 55 y 56 CPM).
- *Materia clasificada* (art. 9 de la Ley 9/1968; arts. 2, 8, 10, 11 y 13 de la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre secretos oficiales, y arts. 1, 2 y 3 de la Orden de 24 de mayo de 1969, de la Presidencia del Gobierno, que crea el Servicio de Protección de Materias Clasificadas).
- *Materia clasificada calificada de secreto o reservado* (art. 3 de la Ley 9/1968).
- *Materia declarada expresamente clasificada* (art. 1.1 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los secretos oficiales).
- *Material clasificado como «secreto»* (art. 13 del Decreto 242/1969, de 20 de febrero. Secretos oficiales. Reglamento de la Ley reguladora).
- *Material clasificado como «reservado»* (art. 14 del Decreto 242/1969, de 20 de febrero. Secretos oficiales. Reglamento de la Ley reguladora).
- *Materias secretas o materias declaradas secretas por la Ley* (art. 1.2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril reguladora de los secretos oficiales).

- *Calificación de secreto o reservado* (arts. 12 y 14 de la Ley 9/1968).
- *Protegido y reservado por una información legalmente calificada de reservada o secreta* (art. 600.1 CP).

Después de leer la diversa normativa al respecto, podemos observar como, en general, cuando se nos habla de «materias clasificadas», se está haciendo referencia a las dos clases de calificaciones generalmente admitidas, las materias clasificadas calificadas como «secretas» y las materias clasificadas calificadas como «reservadas», atendiendo al grado de protección que cada una de ellas requiere.

No obstante, la Ley tampoco especifica nada más sobre cuándo deberemos considerar como «secreta» o «reservada» una materia, ni mucha cosa sobre cuál sea el distinto grado de protección del que gozan una y otra. Tampoco el Reglamento de la Ley reguladora de los secretos oficiales, nos da demasiados datos para que podamos averiguar la diferencia entre las dos, pues se limita a señalar, en el apartado I del artículo 3, que se clasificarán como «secretas» las materias que precisen el mayor grado de protección, y en el apartado II del mismo precepto se afirma que la clasificación de «reservada» se aplicará a aquellas de menor importancia no comprendidas en el apartado anterior. En cambio, en el apartado III del mismo artículo 3, ya no se nos habla de clasificación, sino de calificación, mientras que en el segundo párrafo de este mismo apartado III, sin ninguna razón aparente, se vuelve a hablar de clasificación. Y el apartado IV se refiere, incorrectamente, al *material calificado* en lugar del *material clasificado*, y, en cambio, correctamente, se habla de la clasificación y desclasificación de este material. Además, sigue sin determinar concretamente las características que han de tener unas y otras o cuáles son aquellas que precisan una mayor protección y cuáles una menor. Produciéndose un círculo vicioso que no permite avanzar más allá de las afirmaciones: «las materias secretas son aquellas que precisan mayor protección y las materias reservadas las que precisan una menor protección» y a la pregunta de en qué casos o de qué depende que las materias precisen mayor o menor protección, la respuesta que se desprende no es otra que «en función de si se trata de materias secretas o reservadas, respectivamente», no aportando ningún criterio material de delimitación.

Por su parte, la Ley 9/1968 establece dos formas, ambas muy genéricas, a través de las cuales a una materia se le puede atribuir el carácter de secreta. La primera la podemos encontrar en su artículo 1.2, cuando señala que: «Tendrán carácter secreto, sin necesidad de



previa clasificación, las materias así declaradas por la Ley» (23). Por tanto, aquí no se establece ningún otro límite que la declaración legal como materia secreta. La segunda forma consistiría en la expresa clasificación de la materia por parte del Consejo de Ministros o la Junta de Jefes de Estado Mayor, y ésta la encontramos en el artículo 2 de la Ley 9/1968, modificado por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, donde se dice lo siguiente: «A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado».

En un intento de unificar esta terminología, en general se debería hablar de: «Materias (no clasificadas) declaradas o calificadas (por Ley) de carácter secreto o reservado», de acuerdo con el apartado 2 del artículo 1 y el artículo 13 de la Ley 9/1968; o «Materias (*asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos*) clasificados y calificados de secreto o de reservado», de acuerdo con los artículos 2, 3, 4 y 5 de la Ley 9/1968. Por tanto la clasificación, que constituiría un acto previo a la calificación (24), se referiría al género, o sea a las materias (*asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos*) que, por la cuestión de que tratan precisan de protección, pues pueden ser susceptibles de perjudicar, dañar o poner en peligro la seguridad nacional o defensa nacional. En cambio, la calificación (ya sea de secreto o de reservado), que consistiría en un acto posterior a la clasificación, en unos casos, o al margen de la clasificación en otros, se referiría a la clase de protección (mayor o menor) que se debe otorgar a la materia clasificada, en función de su relevancia concreta y en relación a la mayor o menor capacidad de dañar o poner en peligro la seguridad nacional o la defensa nacional.

Así pues, de acuerdo con la Ley de secretos oficiales, pueden existir materias declaradas directamente por ley, sin previa clasificación, con carácter secreto o reservado, y materias, previamente clasificadas,

---

(23) Tal como está redactado este precepto, al no hacerse referencia a las materias reservadas, sino exclusivamente a las secretas, inicialmente no queda suficientemente claro si también aquéllas podrán considerarse como tales, sin previa clasificación, si así son declaradas por la Ley. No obstante, el artículo 13 de esta misma Ley también hace referencia a las «actividades reservadas por declaración de ley». Todo ello parece apuntar a un posible olvido por parte del legislador, al no incluir expresamente en este artículo 1.2 la posibilidad de calificar también de «reservadas» directamente por la Ley determinadas materias.

(24) El hecho de entender la clasificación como un acto previo a la calificación se desprende del mismo párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, que afirma lo siguiente: «Tendrán carácter de secreto, sin necesidad de *previa clasificación*, las materias así declaradas por Ley».

calificadas posteriormente de secreto o de reservado (25). Además, el artículo 2 de esta Ley también se refiere a las clases de materias que pueden ser clasificadas (asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos) (26); en segundo lugar a los efectos que deben de tener, en caso de ser conocidas por personas no autorizadas (dañar o poner en peligro), y, por último, sobre qué han de tener estos efectos (sobre la seguridad nacional y la defensa del Estado).

Claro está que también podemos decir que si sabemos los tipos de materias que pueden ser clasificadas, los efectos que deben tener y sobre qué han de tener dichos efectos, esto ya es suficiente concreción de la norma. No obstante, la indeterminación de ciertos conceptos y la utilización variada de éstos, al referirse el legislador a un mismo objeto, lleva a un especial confusiónismo. Por tanto, el problema continuará siendo el mismo, el de determinar a qué se refieren los preceptos cuando, indistintamente, hablan de materia o material, información o documentación, clasificadas o calificadas, o legalmente clasificadas o calificadas, etc. Como también podrá plantear problemas, determinar qué debemos de entender por dañar o poner en peligro la seguridad nacional o la defensa nacional (27).

---

(25) Y aún el párrafo 2.º del artículo 53 del Código Penal Militar podría estar haciendo referencia a otro tipo de materias, cuando refiriéndose al mismo supuesto de hecho del artículo 584 CP, pero tratándose, el sujeto activo, de un militar, establece una pena más leve «Si la información no estuviere legalmente clasificada». Aunque no queda suficientemente claro a qué tipo de información se refiere, pues existen diversas posibilidades: 1. Que se refiera a información relativa a la seguridad nacional y la defensa nacional o a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas, o relativa a industrias de interés militar, no clasificada legalmente, pero sí declarada directamente por Ley de carácter secreto o reservado según el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 9/1968; 2. que se refiera al mismo tipo de información al que hacíamos referencia pero que no se trate propiamente de secretos, o sea, ni de materias previamente clasificadas (calificadas de secretas o reservadas), ni tampoco de materias declaradas de carácter secreto o reservado directamente por Ley, o 3. que se refiera a materias que han sido clasificadas, pero no legalmente (o sea, que se hayan clasificado incorrectamente, al margen de los requisitos establecidos por la Ley), o que se esté refiriendo a otra clase de clasificación al margen de la legalidad o de lo que establecen las leyes, lo cual parece más que improbable.

(26) Para saber qué debemos entender por cada una de estas clases de materias, *vide* el artículo 2 del Reglamento de la Ley reguladora de los secretos oficiales (Decreto 242/1969, de 20 de febrero).

(27) Por esta razón, y por la necesidad de recurrir constantemente a la legislación sobre defensa nacional, para conocer exactamente el supuesto de hecho o, como mínimo, el alcance del supuesto de hecho de los diversos tipos penales, a los que nos estamos refiriendo, podríamos considerar que nos encontramos ante proposiciones penales incompletas, o, aunque no en un sentido estricto, sino amplio, ante normas penales en blanco. Para esta cuestión, *vide* S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª edición, Barcelona, 1998, pp. 32 ss.

Además, como hemos dicho anteriormente, sorprende que, ni de la Ley ni del Reglamento que la desarrolla, se pueda saber concretamente cuál es el criterio diferenciador entre las dos materias, o sea, cuándo habrá que considerarlas secretas y cuándo reservadas. Como sorprende, a la vez, que no se haga referencia a cuál sea esta distinta protección de la que gozan unas y otras. Por otro lado, no creemos que esta duda quede resuelta con los artículos 13, 14, 18, 19, 20 y 21 del Reglamento (Decreto de 20 de febrero de 1969, núm. 242/69), que establecen el distinto procedimiento para la custodia, traslado y transmisión del material secreto y reservado. A modo de ejemplo, podemos hacer mención de los artículos referentes a la custodia, que afirman lo siguiente:

Art. 13. «Custodia del material clasificado como “secreto” [...] estará guardado en una caja fuerte o armario archivador a prueba de incendios y dotado de cerraduras de combinación de disco [...]»

Art. 14. «Custodia del material clasificado como “reservado” [...] deberán ser almacenados en la forma especificada para los clasificados de secreto o en armarios archivadores metálicos y equipados con barras de cierre en acero, con candado cambiable, tipo combinación [...]»

Como se ha apuntado anteriormente, efectivamente, sabemos que existen materias clasificadas calificadas como «secretas» y materias clasificadas calificadas como «reservadas». Igual que sabemos que mientras las primeras, las secretas, son de excepcional importancia o relevancia y gozan de un mayor grado de protección, las segundas, las reservadas, son las no consideradas secretas, de menor importancia o relevancia y con un menor grado de protección. Pero difícilmente podremos saber cuáles son los criterios materiales para diferenciar una y otra clase de información clasificada, como, de la misma forma, tampoco podremos saber muy exactamente en qué consiste la distinta protección a la que están sometidas cada una de ellas.

Por otro lado, como podremos ver seguidamente, los distintos preceptos penales no ayudan en absoluto a aclarar estas dudas, ya que, en la tipificación de las conductas consistentes en la revelación de información legalmente calificada como reservada o como secreta, tampoco se menciona la diferencia entre una y otra, concediéndose un tratamiento unitario y consecuencias jurídico-penales idénticas en ambos casos de revelación de información calificada. Circunstancia ésta que no parece tener mucho sentido, desde un punto de vista penológico, basándonos en el principio de proporcionalidad de las penas. Pues si partimos del hecho de que las materias clasificadas calificadas como secretas se refieren a asuntos relacionados con la seguridad

nacional y la defensa nacional, de especial relevancia, a su lesión o puesta en peligro debería corresponderle la imposición de una pena o consecuencia jurídica más grave, que cuando se trata de materias clasificadas calificadas como reservadas, referidas a asuntos, también relacionados con la seguridad nacional y la defensa nacional, pero, como hemos apuntado, de menor importancia.

Resumiendo, en base a principios básicos del Derecho penal como los mencionados con anterioridad, es preciso que la norma penal sea suficientemente explícita (*lex stricta*) para que el ciudadano pueda saber en todo momento: 1. si se encuentra o no ante un objeto de la acción (una materia o información clasificada, que haya sido calificada de secreta o de reservada, o una materia declarada, directamente por Ley, de carácter secreto o reservado); 2. en qué casos este objeto (información o materia) debemos considerarlo relacionado con la seguridad nacional o la defensa nacional o cuando es relativo a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar; 3. como, también será preciso conocer en qué consisten exactamente las conductas o comportamientos típicos de procurarse, revelar, falsear o inutilizar. De no ser así, por una parte será difícil poder afirmar que se cumple fielmente con el mandato de determinación o el postulado de precisión de la ley y, por otra, tendríamos especiales dificultades a la hora de evitar un ilimitado arbitrio judicial (28).

En este sentido, y a modo de ejemplo, si nos fijamos en el artículo 598 CP, podemos ver los problemas que al respecto presenta este precepto. En cuanto al requisito «El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera», estrictamente debería incluir, no sólo a las personas que no tienen ningún propósito de favorecimiento en general, sino, también, a las que tuviesen un propósito de favorecimiento distinto al descrito en el tipo, como por ejemplo el propósito de favorecer a una asociación u organización internacional (no considerada, claro está, potencia extranjera). Sin embargo, la existencia del artículo 584 CP parece impedir esta interpretación, al menos a primera vista, ya que se refiere, entre otros, precisamente, a estos supuestos de propósito de favorecimiento a una asociación u organización internacional. No obstante, como podremos ver seguidamente en el comentario del artículo 598 CP, en principio nada va a impedir la ubicación de esta conducta en cualquiera de los dos tipos penales.

---

(28) Vide SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> edición, Barcelona, 1998, pp. 77 ss.

Asimismo, en relación a la conducta «revelar», nos preguntamos si se deberá entender que también realiza el tipo aquella persona que revela una información de carácter secreto, cuando se da la circunstancia que el receptor de la revelación ya tiene conocimiento de ella por parte de otro informador, o si, contrariamente, pierde la información el carácter de secreto por este hecho. Por último, en relación al objeto de la acción, cabe determinar también si hay que considerar como tal, específicamente, la «información legalmente calificada como reservada o secreta» o si el legislador quería referirse genéricamente a las materias clasificadas (o sea, no sólo a las informaciones, sino también, como señala el artículo 2 de la Ley 9/1968, los asuntos, actos, documentos, datos y objetos calificados de secreto o reservado), cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en peligro la seguridad del Estado.

Resumiendo, pues, si la diversa normativa, al referirse al objeto de la acción, nos habla, indistintamente, de información clasificada, información legalmente clasificada, información calificada, materia calificada, material clasificado, etc., y no nos da criterio material alguno de determinación o distinción entre unos y otros términos, será difícil, cuando no imposible, poder afirmar que se cumple como es debido con el requisito de *lex stricta*, exigencia básica de cualquier norma jurídica y, más aún, cuando se trata de una ley penal, cuya infracción, normalmente, llevará aparejadas consecuencias jurídicas especialmente lesivas para los ciudadanos.

### 3. DEL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS E INFORMACIONES RELATIVAS A LA DEFENSA NACIONAL

#### 3.1 **Artículo 598 CP. Procurarse, revelar, falsear o inutilizar información legalmente clasificada**

Art. 598. «El que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.»

Este precepto es concordante con el artículo 53 del Código Penal Militar (en adelante, CPM), aunque referido a supuestos en que el

sujeto activo es un militar. Además, el artículo 53 CPM también se diferencia del artículo 598 CP por la existencia del segundo párrafo, el cual regula supuestos en que la información no está legalmente clasificada, y del tercer párrafo, que prevé una mayor penalidad para aquellos supuestos de ejecución de las conductas contenidas en sus párrafos anteriores, pero realizadas en tiempo de guerra (29).

Puestos a analizar el presente artículo, lo primero que cabe decir es que sujeto activo de este delito puede serlo cualquier persona, pero siempre que no tenga el propósito de favorecer, con su acción, a ninguna potencia extranjera. Contrariamente, si existiese ese propósito de favorecimiento a una potencia extranjera, deberíamos remitirnos al Capítulo I, referido a los delitos de traición, y, más concretamente, el tipo aplicable sería el artículo 584 o el 586 CP, en función de si el sujeto pasivo es un español o un extranjero.

Art. 584. «El español que con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años.»

Art. 586. «El extranjero residente en España que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este capítulo será castigado con la pena inferior en grado a la señalada para ellos, salvo lo establecido por Tratados o por el derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales.»

#### A. *Algunas diferencias entre el artículo 598 y los artículos 584 y 586 CP*

La diferencia entre estos artículos posiblemente debemos centrarla en la existencia o inexistencia de una voluntad de favorecimiento a una potencia extranjera. Así, en los casos en que no existe voluntad de favorecimiento, de acuerdo con el redactado del artículo 584 CP y el expreso requisito que establece la exigencia de la existencia en el sujeto activo de una voluntad de favorecer a una potencia

---

(29) Por otra parte, las conductas de espionaje que puedan ser calificadas tanto por el Código Penal como por el Código Penal Militar, o sea, los supuestos de concurso de normas, deberán resolverse, en base al principio de especialidad, a favor de la aplicación de los artículos 50 ss. del Código Penal Militar; aunque, como apuntan J. C. CARBONELL MATEU y T. S. VIVES ANTÓN, las conductas descritas en el CPM deberán reservarse para los tiempos de guerra. *Vide Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Tomás S. Vives Antón (Coord.), Valencia, 1996, p. 2134.

extranjera, asociación u organización internacional, no podremos aplicar este precepto. En todo caso, aplicaremos el artículo 598 CP (30) que contiene una penalidad muy inferior a la del artículo 584 CP, que, precisamente, exige como requisito que no se dé esta voluntad y que hace referencia al descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional. No obstante, lo primero que quiero apuntar es que no alcanzo a ver la razón del porqué se le da tanta importancia, a efectos de pena, al hecho de que exista o no esa voluntad de favorecer a una potencia extranjera y, en cambio, no se da relevancia a la existencia o inexistencia de voluntad de dañar la seguridad o la defensa nacional.

Por otra parte, la diferencia entre un artículo y otro no radica sólo en el hecho de que en un caso se refiere a sujetos con la intención de favorecer a una potencia extranjera y en el otro no, como, en principio, sería aconsejable, sino que se trata de preceptos que regulan supuestos de hecho distintos también en algún otro aspecto, provocando, todo ello, que queden sin resolver determinados casos que en la práctica se pueden dar. Las diferencias entre uno y otro artículo son las siguientes:

1.<sup>a</sup> En el artículo 598 CP, sujeto activo podrá serlo cualquier persona, española o extranjera, mientras que el artículo 584 CP sólo prevé la realización del tipo por parte de españoles. En cambio, el artículo 586 CP se refiere exclusivamente a los extranjeros residentes en España.

Respecto de esta primera diferencia apuntada cabe decir que, cuando se trata de un supuesto en que un extranjero residente en España es quien realiza la conducta típica, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera (tenga o no el sujeto activo la nacionalidad de esta potencia extranjera), el artículo aplicable será el 586 CP, que hace referencia a los supuestos en que el sujeto pasivo es un extranjero.

---

(30) De otra opinión parece ser, en estos casos, G. PORTILLA CONTRERAS, VV. AA., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, M. Cobo del Rosal (Dir.), Madrid, 1997, p. 923, donde considera que se podría sancionar en base al artículo 583.3 CP; aunque posteriormente acepta los problemas concursales que pueden surgir respecto del artículo 598 CP y lo diferencia del artículo 594 CP, precisamente en el hecho de que mientras en este último se precisa la voluntad de favorecer, en el primero esta voluntad no es necesaria. Particularmente, no considero la aplicación del artículo 583.3 CP, al referirse éste, exclusivamente, a situaciones de conflicto armado y, por tanto, no englobar o resolver todos los otros casos en que pueden darse las conductas a las que nos estamos refiriendo; mientras que el artículo 598 CP sí que podría abarcar todos los supuestos del artículo 584 CP, en los que no se diese esta voluntad.

Por tanto, esta diferencia, en principio, no planteará ningún problema. No obstante, si entendemos que el término «extranjero residente en España» se refiere no al extranjero que se encuentra en territorio español, sino a quien ha obtenido o quien tiene la residencia fijada en España y, por tanto, excluyendo del término a los extranjeros que puntualmente se pueden encontrar en territorio español (vacaciones, negocios, etc.) (31), entonces sí que se plantearía un problema a la hora de la punición, pues a estos sujetos, si realizasen la conducta mencionada, no se les podría aplicar ninguno de los tres artículos apuntados y, por tanto, su conducta quedaría impune. El artículo 598 CP no podría aplicarse por darse en el sujeto ese propósito de favorecimiento, tampoco podría aplicarse el artículo 584 CP por tratarse de un sujeto extranjero, ni, por último, el artículo 586 CP, porque, aun tratándose de un sujeto extranjero, no se trataría de un residente en España.

2.<sup>a</sup> Mientras que el artículo 598 CP sólo excluye los supuestos en que hay un propósito de favorecimiento a una potencia extranjera, el artículo 584 CP se refiere no sólo a estos casos, sino también a los de favorecimiento a una asociación u organización internacional.

En relación a esta cuestión, relativa al elemento subjetivo del tipo de la ausencia de «propósito» o intención de favorecimiento, no queda claro, en la redacción de estos preceptos, cómo deberán resolverse los casos en que: 1. por parte del sujeto activo no hay ningún propósito de favorecer a nadie; 2. efectivamente, existe tal propósito de favorecimiento, pero éste no se refiere a una potencia extranjera, sino nacional, y 3. se da el propósito de favorecimiento, pero éste hace referencia a una asociación u organización internacional.

Tanto en el primer caso como en el segundo, sería aplicable el artículo 598 CP, pues una interpretación estricta nos permitiría aplicar el tipo, siempre que se pueda afirmar que no ha existido, por parte del

---

(31) Particularmente, considero que este precepto se debe interpretar en el sentido de no considerar abarcados los casos en que el sujeto activo es un extranjero que no tiene fijada la residencia en España, aunque puntualmente se encuentre en territorio español (vacaciones, negocios, etc.). Sin embargo, queda claro que la fundamentación de esta conducta como un delito de traición presentará dificultades en cualquier caso, precisamente por tratarse, el sujeto activo, de un súbdito extranjero y, por tanto, quizá lo primero que se debería hacer es ubicar este precepto en un capítulo distinto al de los delitos de traición. No obstante, a favor de esta interpretación estricta se podría decir que, como mínimo, del extranjero residente en España quizá se podría predicar la existencia de un cierto vínculo, mientras que respecto del extranjero no residente este vínculo sería en todo caso inexistente y, por tanto, la dificultad a la hora de considerarlo traidor aún sería mucho mayor en este último caso.



sujeto activo, propósito de favorecer a una potencia extranjera, y ello se puede predicar, tanto del sujeto que no quiere favorecer a nadie, como del sujeto que quiere favorecer a una potencia no extranjera, o a una organización o asociación, sean estas nacionales o extranjeras.

En cambio, en relación al tercer caso, donde existe el propósito de favorecimiento a una asociación u organización internacional, aunque, inicialmente, parece que el precepto aplicable ha de ser exclusivamente el artículo 584 CP, nada impide la aplicación del artículo 598 CP, de acuerdo con la descripción típica, pues también se puede predicar la ausencia de propósito de favorecer a una potencia extranjera cuando el sujeto ha tenido el propósito de favorecer una asociación u organización internacional (siempre que éstas no se consideren potencias extranjeras). Por tanto, nos encontraremos ante un concurso de normas, en principio, nada fácil de resolver, en base a los principios de especialidad, subsidiariedad o consunción, y cuya solución ha de buscarse en la 4.<sup>a</sup> regla del artículo 8 CP, aplicando el artículo 584 CP, por contener mayor pena (de seis a doce años) que el artículo 598 CP (de uno a cuatro años). En este último caso, queda claro que, el problema se habría evitado con una redacción del artículo 598 CP coincidente con el artículo 584 CP, mencionando también las asociaciones y organizaciones internacionales, o viceversa, una redacción del artículo 584 CP coincidente con el artículo 598 CP, que prescindiese de los términos «asociación u organización internacional».

3.<sup>a</sup> El artículo 598 CP se refiere a cualquier información «relacionada» con la seguridad nacional o la defensa nacional y, en principio, sin exigir que esta información sea susceptible de perjudicar la seguridad o la defensa nacional (32). En cambio, los artículos 584 y 586 CP exigen, para considerar típica la conducta, que la información sea susceptible de perjudicar la seguridad o la defensa nacional, aunque directamente no esté relacionada con ellas.

Cabe apuntar que, en cuanto a esta diferencia, se pueden dar diversos supuestos, que seguidamente expondremos:

a) Que no exista propósito de favorecer a una potencia extranjera por parte del sujeto que realiza alguno de los comportamientos descritos en el tipo (art. 598 CP) y que la información, aun no estando relacionada con los aspectos descritos en el tipo, lesione o sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. En estos casos, las exigencias del mandato de determinación (*lex*

---

(32) No obstante, al respecto, cabe recordar los comentarios anteriores en relación a la necesidad de exigir, como mínimo, la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

*estRICTA*), derivadas del principio de legalidad y la prohibición de analogía contra reo en el ámbito penal, nos impedirían la aplicación del tipo, aunque la conducta fuese susceptible de perjudicar, hubiese puesto en peligro o, incluso, hubiera lesionado los bienes jurídicos protegidos en el artículo 598 CP.

b) Que no exista propósito de favorecer a una potencia extranjera por parte del sujeto que realiza alguno de los comportamientos descritos en el tipo (art. 598 CP), que la información esté relacionada con los aspectos descritos en el tipo, pero que no lesione, ponga en peligro o sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. Básicamente, de acuerdo con principios de Derecho penal como el de lesividad o el de exclusiva protección de bienes jurídicos, estas conductas tampoco podrían ser punibles, pues no pondría en peligro ninguno de los bienes jurídicos que pretende proteger el artículo 598 CP.

c) Que no exista propósito de favorecer a ninguna potencia extranjera por parte del sujeto que realiza alguno de los comportamientos descritos en el tipo (art. 598 CP), que la información no esté relacionada con los aspectos descritos en el tipo y que no lesione, ponga en peligro o sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. En estos casos, por doble partida y, también, en base a principios del Derecho penal, como el de lesividad, principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, o de acuerdo con las exigencias del mandato de determinación de la norma penal (*lex stricta*), tampoco sería aplicable el artículo 598 CP, y estas conductas quedarían impunes.

d) Que no exista propósito de favorecer a potencia extranjera alguna por parte del sujeto que realiza alguno de los comportamientos descritos en el tipo (art. 598 CP), que la información esté relacionada con los aspectos descritos en el artículo 598 CP y que lesione o sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. En este caso sí sería aplicable, sin más problemas, el artículo 598 CP (33).

e) Que exista ese propósito de favorecer a una potencia extranjera por parte del sujeto que realiza alguno de los comportamientos descritos en el tipo (arts. 584 ó 586 CP), estando o no relacionada la información con los aspectos descritos en el artículo 589 CP, y que la

---

(33) Como hemos apuntado anteriormente, salvo aquellos casos en que no habiendo propósito de favorecer a una potencia extranjera, sí hay propósito de favorecer a una asociación u organización internacional. En estos casos, en principio serían aplicables los dos preceptos y se debería recurrir a las normas del concurso para resolver la cuestión, aplicando el artículo 584, por contener la pena más grave.

conducta sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. En estos casos será aplicable el artículo 584 CP.

*f)* Que exista propósito de favorecer a una potencia extranjera por parte del sujeto que realiza alguno de los comportamientos descritos en el tipo (arts. 584 ó 586 CP), esté o no relacionada la información con los aspectos descritos en el artículo 589 CP, y que la conducta no sea susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional. En estos supuestos, no será aplicable el artículo 584 CP, en base a los principios de Derecho penal, de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Así pues, sólo los supuestos *d)* y *e)* nos permitirían la aplicación de los correspondientes artículos a que hemos hecho referencia. mientras que los casos *a)*, *b)*, *c)* y *f)*, por las razones apuntadas, no permitirían la aplicación de ninguno de ellos. No obstante, aceptando como correcta la no punición en los supuestos *b)*, *c)* y *f)*, en los cuales no se lesionan ni se ponen en peligro los bienes jurídicos que el Código penal pretende proteger en estos casos, más dudas nos plantea la no punición del primer supuesto, en que la conducta sí lesiona los bienes jurídicos mencionados o es susceptible de dañar estos bienes jurídicos.

Por esta razón, entiendo que sería necesario modificar el redactado del artículo 598 CP, pues su actual configuración centra la atención en el hecho que la información esté relacionada con la seguridad nacional y la defensa nacional, con independencia que se lesione o se ponga en peligro, precisamente, aquello que se pretende proteger, esto es, el bien jurídico «seguridad nacional y defensa nacional». Considero que debería incidirse más en que la información deba lesionar o ser susceptible de perjudicar los bienes jurídicos protegidos, en lugar de dar tanta importancia a si la información se encuentra más o menos relacionada o hace referencia a las cuestiones apuntadas. Por otra parte, debemos señalar que cuando una información lesione, ponga en peligro o sea capaz de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, normalmente siempre estará directa o indirectamente relacionada con el bien jurídico protegido. Si no se realiza este cambio en la redacción del precepto, podría darse una analogía contra reo, al extender el tipo penal a supuestos no estrictamente contemplados en la ley (34), o al

---

(34) Me refiero a la dificultad que plantearían los supuestos en que la información, que se ha procurado, revelado, falseado o inutilizado el sujeto pasivo, es efectivamente reservada o secreta y susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, pero que no está relacionada directamente con esta seguridad nacional o defensa nacional, ni tampoco es relativa a los medios técnicos o sistemas utilizados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar.

cuestionar principios como los de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos (35).

4.<sup>a</sup> Mientras que el artículo 584 CP se refiere exclusivamente a la información clasificada, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, el artículo 598 CP se refiere también a la información relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar.

Esta diferencia no debe plantear mayores problemas, dado que una correcta interpretación de ambos tipos, probablemente nos llevaría a considerar abarcados los mismos supuestos. Esto es así por la sencilla razón de que —en la misma línea que apuntábamos anteriormente—, aunque el artículo 584 CP no haga referencia a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas ni a las industrias de interés militar, lo que esencialmente debemos considerar relevante es que la información pueda perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, independientemente de si la información se refiere o no a estos medios, sistemas o industrias. En uno y otro caso debemos considerar las conductas incluidas en el tipo. Resumiendo, tanto en el supuesto que plantea el artículo 598 CP como en los que plantean los artículos 584 y 586 CP, si la información hace referencia a estos medios técnicos, sistemas o industrias, y esta información lesiona, pone en peligro o es susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, los artículos serán aplicables, pero la determinación de la aplicación de uno o de otro artículo sólo dependerá de si existe propósito de favorecer a una potencia extranjera, o de si se trata de un español o de un extranjero. Mientras que si la información no es susceptible de perjudicar la seguridad nacional ni la defensa nacional, ninguno de estos artículos será aplicable, independientemente de que esta información haga o no referencia a los medios técnicos, sistemas o industrias mencionados.

5.<sup>a</sup> Por último, mientras que el artículo 598 CP se refiere a la «información legalmente calificada como reservada o secreta», los artículos 584 y 586 CP prescinden del término «legalmente» y, además, no se refieren a la «información *calificada* como reservada o secreta», sino a la «información *clasificada* como reservada o secreta».

---

(35) En aquellos casos en que la información legalmente calificada como reservada o secreta está relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional, o es relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, pero en cambio se trata de conductas que estrictamente no lesionan ni ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos.

En relación a esta diferencia, nos remitimos a los comentarios que más adelante haremos sobre el objeto de la acción.

En cualquier caso, queda claro que el legislador debería haber redactado de forma idéntica los artículos 584 y 598 CP, con la única diferencia del propósito o despropósito de favorecimiento a una potencia extranjera. Todas las demás diferencias no sólo no sirven para nada, sino que lo único que consiguen es confundir y dificultar la correcta aplicación de los tipos.

## B. *Conducta típica*

Este precepto contiene cuatro modalidades alternativas de conducta típica, *procurarse, revelar, falsear e inutilizar*.

Sobre la primera modalidad de conducta, Vives Antón (36) considera que el término *procurarse* «[...] vale tanto como hacer diligencias o esfuerzos para conseguir algo, de modo que no realiza el tipo el que casualmente obtiene la información de que se trata». Aun estando de acuerdo en que una información obtenida casualmente no permitiría la realización típica (37), considero insuficiente, para poder realizar el tipo, que el sujeto haga diligencias o esfuerzos para conseguir la información. Entiendo, al respecto, que, además, debe requerirse que, efectivamente, esa información se llegue a obtener o que, teniéndola en su poder o a su alcance por tratarse de una persona autorizada o encargada de su custodia, la sustraiga fuera del ámbito o círculo permitido por la Ley. Otra cosa sería que la sola conducta de hacer diligencias o esfuerzos para obtener la información, no siendo suficiente como para poder afirmar la consumación del delito, nos pueda permitir considerarla como una tentativa.

Otra cuestión a analizar es si el término «procurarse» se refiere a la información en sí, o al soporte físico que contiene esta información (incluyendo, no sólo el papel, sino cualquier otro soporte como el informático, el audiovisual, etc.). Nos referimos a si debemos entender que el sujeto también realiza la conducta típica de «procurarse»

---

(36) Vide T. S. VIVES ANTÓN, AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 38.

(37) Salvo los casos en que el sujeto colabora, realizando alguna acción para procurarse esta información, a la cual, inicialmente, ha tenido acceso de forma casual o accidental. Pensemos, por ejemplo, en los casos en que la información llega casualmente a un despacho o mesa equivocada, en un mismo lugar de trabajo y el sujeto no autorizado, después de tener accidentalmente conocimiento de la materia de que se trata, se lleva la documentación a su domicilio particular o la esconde, fuera del alcance de nadie, imposibilitando así que se pueda rectificar el inicial error.

cuando simplemente obtiene un conocimiento intelectual de la información –por ejemplo, mediante la lectura de un documento, la audición de una cinta de audio o la visualización de un cinta de vídeo–, pero no se procura u obtiene el soporte que contiene esta información, ni reproduce la información en otro soporte –copias, fotografías, etc.–, pues, en este último caso, podría ser aplicable el artículo 600 CP.

Al respecto, efectivamente, si ha existido intención de acceder a la información o tener conocimiento de ésta, deberíamos considerar estas conductas como integrantes del término «procurarse», salvo los casos en que el conocimiento ha sido accidental; por ejemplo, cuando el sujeto casualmente escucha una conversación del despacho contiguo, o ve el contenido de un documento secreto, que se encuentra accidentalmente y/o erróneamente encima de la mesa de un superior, cuando éste lo ha llamado para hablar de otros asuntos. No obstante, otra cuestión que deberíamos preguntarnos es la razón de la inclusión en el tipo de la conducta «procurarse», cuando ésta no va acompañada de ninguna revelación, inutilización o falseamiento de la información y tampoco es utilizada en ningún otro sentido. Al respecto, creemos que la respuesta variará en función del bien jurídico que entendamos que se está protegiendo. Queremos decir con ello que, si el bien jurídico que se pretende proteger es la seguridad nacional y la defensa nacional, difícilmente la sola conducta de procurarse esta información, sin ningún tipo de utilización, pondrá en peligro ninguno de estos bienes jurídicos. Distinto sería si el bien jurídico protegido fuera el secreto oficial o, exclusivamente, el interés de mantener en secreto determinados asuntos. En este caso, tendría sentido la inclusión de esta conducta como típica, pues el simple conocimiento de la información por parte de una sola persona no autorizada se podría decir que, estrictamente, ya cuestionaría el carácter secreto de la información. En todo caso, se trate de originales o copias, la sola conducta de posesión de objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, muy probablemente podrá ubicarse en el artículo 600.2 CP. Nos remitimos, pues, al comentario que más adelante haremos sobre este precepto.

En cambio, parece claro que este problema no se planteará en el caso del término «inutilizar», pues difícilmente puede imaginarse alguna manera de inutilizar una información intelectualmente. Pero sí se puede plantear este problema en el término «falsear la información», pues en una transmisión oral o escrita de esa información, el supuesto es fácilmente imaginable.

No obstante, es preciso recordar que la finalidad no es tanto evitar que la información reservada o secreta pierda esta condición, ni la

protección en sí del secreto, sino, en todo caso, la protección del secreto como mecanismo de protección y defensa, cuya revelación es susceptible de poner en peligro o lesionar los bienes jurídicos protegidos, es decir, la seguridad nacional o la defensa nacional.

En relación a la segunda modalidad, «revelar», también es Vives Antón quien entiende que «*Revelar* es descubrir o manifestar lo secreto u oculto. En consecuencia, para que pueda cometerse el delito, no basta con que se divulgue información clasificada, sino que será preciso, además, que dicha información no fuera previamente conocida» (38). Considero acertada esta afirmación, pues si una información es más o menos conocida públicamente, no sólo se podrá cuestionar su carácter de secreta, sino que difícilmente nos podremos referir, en propiedad, al término *revelar*, en el sentido de *descubrir* una información. No obstante, como hemos apuntado anteriormente, pensemos en aquellos casos en que el sujeto en cuestión revela una información secreta, efectivamente desconocida por todos, pero que el receptor, que había encargado la tarea de descubrir esta información a más de una persona ya ha sido previamente informado por alguna de estas personas sobre la mencionada información. Me pregunto si en este caso podremos afirmar que la información ha perdido el carácter de secreta por el sólo hecho de que la conozcan tres personas no autorizadas. ¿Podríamos continuar diciendo que el segundo informador también *revela* la información secreta, aunque ya sea conocida por el receptor?

Por otra parte, es importante el significado que queramos darle al término «revelar», pues una interpretación estricta del precepto nos podría conducir a considerar típica la conducta de aquel sujeto que revela la información a una persona autorizada, dado que el 598 CP, a diferencia del artículo 2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, no excluye del círculo de posibles sujetos receptores de la información a las personas autorizadas (39). Además, la revelación también podrá llevarse a cabo en comisión por omisión, cuando el sujeto encargado de custodiar o guardar el secreto, incumpliendo su deber de garante, no impide

---

(38) Vide T.S. VIVES ANTÓN, AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 38.

(39) Vide, en este sentido, O. MORALES GARCÍA, AA.VV., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. Quintero Olivares (Dir.), Pamplona, 1996, p. 2259: «[...] si se quiere conseguir una interpretación teleológica ajena a la formalización del tipo, habrá de exigirse una consiguiente desafectación de su objeto del círculo de garantías del secreto. De lo contrario, incluso la transmisión del contenido a quien legal o reglamentariamente, y de modo expreso, se encuentra facultado para su conocimiento reclamaría la presencia típica».

(facilita) el conocimiento de la información a personas no autorizadas, pudiendo haberlo impedido. Por último, en cuanto a la realización comisiva, el tipo se podrá realizar mediante cualquier modalidad imaginable, ya sea oralmente o por escrito.

Respecto a las dos últimas modalidades de conducta, entiendo que el *falseamiento* de la información secreta debemos entenderlo como la alteración de esta por cualquier medio (oral, escrito o mediante cualquier tipo de modificación) con la intención de inducir a error; mientras que el término *inutilización*, debemos entenderlo como aquella acción sobre la información secreta que la hace inservible, total o parcialmente, y temporal o definitivamente.

### C. Objeto de la acción

Según el redactado del artículo 598 CP, «la información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar» constituye el objeto de la acción del artículo 598 CP, mientras que el objeto de la acción del artículo 584 CP viene dado por la «información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional».

Al margen del problema que por una parte plantean las innecesarias diferencias detectadas entre ambos artículos, a las cuales ya hemos hecho referencia, no resulta nada fácil determinar concretamente lo que debemos entender por información, información clasificada, legalmente calificada, así como por secreta o reservada. Tampoco será fácil, al menos no siempre, determinar la relación existente entre esta información y la seguridad nacional, la defensa nacional y los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar. Si esta relación debe darse en función de si la información es susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, entonces no hacía falta más que reproducir, exactamente, esta parte del precepto 584 CP, en el 598 CP. Pero vayamos por partes y analicemos cada uno de estos preceptos.

En relación al concepto de «información», lo primero que cabe decir es que, interpretando estrictamente este término, de acuerdo con la normativa referente a la defensa nacional, resultaría que no podríamos considerar típicas ninguna de las modalidades de conducta que nos describe el tipo, si éstas hiciesen referencia a cualquier otro tipo de materia clasificada que no fuese concretamente una información. Si partimos, como considero que se debe hacer, de la definición de



materia clasificada que nos ofrece el artículo 2 de la Ley de secretos oficiales, veremos cómo por materias clasificadas debemos entender, no sólo las «informaciones», sino también los «asuntos, actos, documentos, datos y objetos» (40). No obstante, el legislador, erróneamente y aumentando aún más el confusionismo existente al respecto, al referirse al objeto de la acción, no menciona genéricamente las «materias clasificadas» o, específicamente a todas y cada una de estas posibles materias, sino, única y exclusivamente, a una de ellas: las «informaciones». Esta circunstancia nos lleva, irremediablemente, a no incluir en el tipo a ninguna de las conductas que hagan referencia a asuntos, actos, documentos, datos u objetos, por mucho que éstos hayan sido clasificados y posteriormente calificados de carácter secreto o reservado, o calificados como tales directamente por ley (41). Es por esta razón que, si no se quiere infringir principios básicos, como el de legalidad o la prohibición de analogía *contra reo* en el ámbito penal, será necesario modificar el redactado de este precepto, substituyendo el término «información» por el de «materias», o añadiendo al término información todo el resto de materias clasificables, mencionadas en el referido artículo 2 de la Ley 9/1968.

---

(40) Artículo 2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los secretos oficiales, modificada por la Ley 48/1978 de 7 de octubre: «A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». En relación a la definición de cada uno de estos términos, *Vide* J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1992, p. 643.

(41) No obstante, el Acuerdo y el Protocolo de 12 de marzo 1984 entre España y Estados Unidos sobre «Seguridad de Información Militar Clasificada» utiliza indistintamente los términos «material clasificado» e «información clasificada» construyendo una definición de «información clasificada» similar a la definición de «materias clasificadas» contenida en la Ley 5/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Artículo. 2 del Acuerdo: «la información militar clasificada es aquella información o material militar oficial que, en interés de la seguridad nacional [...] requiere protección contra difusión no autorizada y que ha sido designada como clasificada por la autoridad apropiada. Esto incluye toda información clasificada de cualquier tipo, escrita, oral o visual. El documento puede ser cualquier documento, producto u otros objetos en los que la información se puede registrar o incluir». Este artículo, con una redacción idéntica a la del apartado 1.c) del Protocolo, cuando se refiere al alcance del concepto de «información clasificada», continúa diciendo: «El material comprenderá cualquier objeto sin tener en cuenta su condición física o fisonomía, incluyendo, sin limitarse a ello: documentos, escritos, material de trabajo, equipo, maquinaria, aparatos, dispositivos, maquetas, fotografías, grabaciones, reproducciones, notas, borradores, planos, prototipos, diseños, configuraciones, mapas o cartas, así como cualquier otro producto, sustancia o elementos de los cuales se puede obtener información».

En relación al término «legalmente», que aparece en este precepto y en cambio no figura en el artículo 584 CP, Rodríguez Devesa y Serrano Gómez afirman que no se debe dar más importancia a este hecho, «pues toda materia para poder considerarla clasificada ha de estarlo legalmente, pues de lo contrario no lo será» (42). Efectivamente esto es así, si entendemos, como creo que debe entenderse, que el término «legalmente» no se refiere a que la información, necesariamente, haya de ser calificada como reservada o secreta por una ley, sino de acuerdo con los mecanismos que la ley establece. Así, una materia podrá tener el carácter de secreta o reservada (43) cuando haya sido calificada directamente como tal por ley (44), sin necesidad de previa clasificación (45), de acuerdo con el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (por tanto, legalmente); o cuando sea calificada como secreta o reservada, previa clasificación por el Consejo de Ministros o por la Junta de Jefes de Estado Mayor, de acuerdo con los artículos 2, 3, 4 y 5 de la misma Ley, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre (por tanto, también legalmente). Así pues, la inclusión de este término era del todo innecesaria, es decir, se podría haber prescindido de él sin más o, en todo caso, incluirlo en el redactado del artículo 584 CP, para evitar así los problemas de interpretación de los dos preceptos, en relación a si el objeto de la acción del artículo 584 CP, «información clasificada» debemos de entenderlo coincidente con el objeto de la acción del artículo 598 CP, «información legalmente calificada».

Siguiendo con el objeto de la acción, el redactado del artículo 598 CP utiliza el término «calificada como reservada o secreta». La terminología utilizada en este precepto es correcta, pues las materias o informaciones clasificadas no se *clasifican* como reservadas o secre-

---

(42) Vide J. M. RODRÍGUEZ DEVESA y A. SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, 15ª edición, Madrid, 1992, p. 644.

(43) Aunque el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 9/1968 sólo hace referencia a la declaración por ley del carácter secreto y no del reservado, consideramos también la posibilidad de declaración por ley del carácter reservado, dado que, posteriormente, el artículo 13 de la misma Ley hace referencia a las actividades «reservadas» por declaración de ley. Aun y así sería conveniente que el apartado 2.º del artículo 1 contemplase, también, expresamente, la posibilidad de declaración por ley del carácter reservado de una materia, añadiendo este término al redactado del precepto: «Tendrán carácter secreto o reservado, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley».

(44) Queremos señalar que cuando la Ley utiliza la expresión «tendrán carácter secreto», lo entendemos como sinónimo de «tendrán la calificación de secreto».

(45) Se tratará pues de materias secretas pero no clasificadas. Vide, en este sentido, T. S. VIVES ANTÓN, AA.VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 38.

tas, sino que, en todo caso, se *califican* como tales. Sin embargo, el artículo 584 CP no utiliza la misma terminología, sino que se refiere al término «clasificada como reservada o secreta», cuando está claro que este precepto hace referencia a las mismas conductas y al mismo objeto de la acción a que también se refiere el artículo 598 CP, diferenciándose sólo por la intención o el propósito del sujeto activo, que en el primer caso es favorecer a una potencia extranjera y en el otro no. Es criticable, pues, la utilización de esta terminología, y no sólo por la confusión a la que pueda llevarnos a la hora de determinar si uno y otro artículo pretenden referirse o no a conductas y objetos de la acción idénticos, sino porque, en realidad, o se está refiriendo específicamente a una clase de materias clasificadas o clasificables (las informaciones) o, como máximo, a un tipo de materias calificadas o calificables como secretas o reservadas, o sea, las previamente clasificadas y, por tanto, no a las directamente calificadas o calificables por ley.

Esto es consecuencia de la legislación actual sobre la defensa nacional, que sólo prevé la existencia de dos tipos de materias secretas o reservadas. Las previamente clasificadas (asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos), que pueden calificarse de carácter secreto o reservado y, en este caso, las «informaciones» sólo representarían una especie de este género de materias clasificadas y, consiguientemente, al no hacerse en este artículo una referencia genérica a las *materias*, sino, específicamente, a las *informaciones* clasificadas, las restantes clases de materias, estrictamente, no podrían ser consideradas como objeto de la acción y, por tanto, quedarían fuera del tipo; y las materias declaradas o calificadas directamente por ley, de carácter secreto o reservado, sin previa clasificación. En este caso, al referirse el tipo a información *clasificada* como reservada o secreta, quedarían excluidas como objeto de la acción y, consiguientemente, también fuera del tipo aquellas informaciones declaradas directamente por ley con carácter secreto o reservado, ya que aquéllas constituyen informaciones no clasificadas por el sólo hecho de haber sido declaradas secretas o reservadas sin previa clasificación (46).

---

(46) En el mismo sentido, *Vide* T. S. VIVES ANTÓN, AA. VV., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, p. 38: «Si se entienden, pues, en sentido estricto, los términos «información» y «clasificada» la mayor parte de las conductas que con el tipo se pretenden sancionar resultarán, sencillamente, impunes. Este resultado puede eludirse entendiendo el término «información» en sentido amplio, como comprensivo de cualquier clase de conocimiento; pero la expresión «clasificada» no es susceptible de ser interpretada sino en sentido técnico. Por tanto, quedarán fuera del tipo los hechos que se refieran a materias reservadas por Ley».

Para terminar con el análisis del objeto de la acción, nos referiremos a los términos «relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar».

Como ya hemos apuntado, principios del Derecho penal como el de exclusiva protección de bienes jurídicos y el de *lesivitat*, nos impedirían castigar aquellas conductas que, aun siendo realizadas por los sujetos a que se refiere el precepto y hacer referencia al objeto de la acción, no pusiesen en peligro el bien jurídico protegido por el tipo. Pero, de la misma forma, aun encontrándonos ante conductas que lesionasen o pusiesen en peligro el bien jurídico protegido, de acuerdo con el principio de *taxativitat*, tampoco podríamos castigar al sujeto si éstas se refirieran a objetos de la acción no determinados o descritos por el tipo. Por tanto, cuando se obtenga, se revele, se inutilice o se falsee información, poniendo en peligro o lesionando la seguridad nacional o la defensa nacional, la conducta no será punible si esta información hace referencia a otras cuestiones no descritas en el tipo. Así, por ejemplo, no serán punibles las conductas, por este artículo, cuando la información sea relativa a la energía nuclear o a algún otro tipo de energía, aunque esta información pueda perjudicar o poner en peligro la seguridad nacional o la defensa nacional (47). No obstante, tal como está redactado este precepto, es fácil imaginar que cualquier cuestión podrá ser incluida dentro de los términos «medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar».

### 3.2 Artículo 599 CP. Tipo agravado, por razón del cargo o por dar difusión al secreto

Art. 599. «La pena establecida en el artículo anterior se aplicará en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.
- 2.<sup>a</sup> Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.»

---

(47) Otra cosa es que pueda ser castigada de acuerdo con otros preceptos del mismo capítulo (por ejemplo en base al art. 602 CP en el caso de la energía nuclear).

Este precepto, concordante con el artículo 54 del Código Penal Militar, prevé dos supuestos de agravación del tipo básico, ordenando la imposición de la pena de prisión de uno a cuatro años establecida en el artículo 598 CP, en su mitad superior, o sea, de dos años y medio a cuatro años. No obstante, no se explica por qué razón no existe, en relación al artículo 584 CP, un tipo agravado al estilo del artículo 599 CP respecto del 598 CP, para aquellos casos en que el traidor o espía que favorece a la potencia extranjera, asociación u organización internacional es el mismo depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.

Pero analicemos el precepto y veamos cómo el primer supuesto de agravación se fundamentaría en una mayor reprochabilidad o desvalor de la acción, por razón del sujeto que realiza la conducta. Se parte del hecho que, el funcionario que es depositario o conocedor del secreto por razón de su cargo o destino, y a quien se le ha dado la confianza y responsabilidad de guardar el secreto o información, al violar el secreto, estaría aprovechándose de su condición y faltando al principio de confianza que se le ha otorgado, así como a su obligación de fidelidad en la custodia del secreto o información. Precisamente por esta razón, fácilmente se podrán plantear problemas concursales entre este precepto y el artículo 417 CP, relativo a la «infidelidad en la custodia de documentos y a la violación de secretos». No obstante, este conflicto no se producirá cuando el secreto o información no constituya propiamente una materia clasificada, por no haberlo sido previamente, por tratarse de secretos o informaciones no relacionados con la seguridad nacional o la defensa nacional, o por no ser relativas a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, ya que en cualquiera de estos casos no será de aplicación el artículo 599 CP. En cambio, cuando se trate de materias clasificadas o cuando los secretos o informaciones se correspondan con el objeto de la acción del artículo 599 CP, el conflicto deberá resolverse a favor de este precepto, en base al principio de especialidad.

También debemos considerar que quedarían fuera de este supuesto de agravación los casos en que el sujeto activo no sea conocedor del secreto *por razón* de su cargo, pero, en cambio, se sirva de éste, de las facilidades, ventajas o la posición de superioridad que conlleva, para acceder al secreto o información y realizar la conducta típica. En estos supuestos, el precepto aplicable sería el artículo 598 CP, es decir, el tipo básico, y, como máximo, al sujeto se le podría aplicar, según los casos, la agravante genérica 2.<sup>a</sup> del artículo 22 CP, de ejecutar el hecho con abuso de superioridad; la 6.<sup>a</sup>, de obrar con abuso de con-

fianza, o la 7.<sup>a</sup>, de prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

En relación al segundo supuesto de agravación, este plantea dos formas alternativas de revelar dando publicidad al secreto o información, considerándose ambas especialmente graves: la primera aparece cuando la publicidad se hace efectiva en un medio de comunicación social, y, la segunda, cuando esta publicidad se produce de forma que asegura la difusión del secreto o información. En ambos casos el fundamento se encuentra en el mayor desvalor del resultado, pues al revelar el secreto en un medio de comunicación social, no sólo se asegura la efectiva difusión del secreto o información, sino que, además, su divulgación. En la segunda forma de revelación, podríamos incluir, fácilmente, supuestos en que la publicidad se da, por ejemplo, a través de Internet (48).

No obstante, este segundo apartado no vendría referido a los casos en que el sujeto activo utiliza un medio de comunicación social para revelar la información a una tercera persona o a determinadas personas, de forma sólo inteligible para ella o para ellas, sino que, como hemos dicho, se refiere exclusivamente a aquellos supuestos en que se revela públicamente a través de estos medios, y, por tanto, cuando sea una revelación inteligible para todos los que tengan acceso a estos medios.

Por otra parte, sólo deben tenerse en consideración aquellos supuestos en que el sujeto activo hace una revelación directa a los medios de comunicación social o a sus empleados, y no cuando, habiéndose revelado en un foro privado o semi-privado, posteriormente, una de las personas que ha tenido acceso al secreto o información, la da a conocer a través de estos medios o estas formas que aseguran la difusión (49).

### 3.3 Art. 600 CP. La reproducción y tenencia ilegal de planos o documentos

Art. 600. «1. El que sin autorización expresa reproducjere planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

---

(48) No obstante, también podríamos considerar Internet como un medio de comunicación social, aunque, normalmente, cuando se habla de medios de comunicación social, se esté haciendo referencia, sobre todo, a la prensa hablada o escrita.

(49) Siempre, claro está, que este hecho no fuese previsible *ex ante*.

2. Con la misma pena será castigado el que tenga en su poder objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o defensa nacional, sin cumplir las disposiciones establecidas en la legislación vigente».

Este artículo, concordante con el artículo 55 del CPM, tiene su misma estructura típica pero está referido a sujetos activos militares (50). El precepto sanciona dos comportamientos: la reproducción no autorizada expresamente y la posesión ilegal. En el primer comportamiento, son objeto de la acción los planos y la documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta. En el segundo comportamiento el objeto de la acción viene conformado por los objetos y la información legalmente calificada como reservada o secreta.

Nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, al considerarse que la sola posesión o reproducción supone un hipotético peligro para los bienes jurídicos, defensa nacional y seguridad nacional. La consumación del delito sólo precisará el acto de reproducción sin autorización expresa, siendo innecesario que el autor se apropie de este tipo de material. En todo caso, la tenencia se podrá considerar en el apartado 2.º. Sin embargo, cabría objetar que con la tipificación de estas conductas se está avanzando excesivamente la frontera de la punición, pues, si el sujeto tiene intención de procurarse, revelar o dar a un tercero esos planos o documentación, se estarían castigando actos que podrían considerarse preparatorios (51).

Refiriéndonos ya al primer apartado, sujeto activo podrá serlo cualquier persona, salvo aquella que tenga una autorización expresa para reproducir los planos o documentación, incluso aquel que perteneciendo al círculo de personas autorizadas no goce de una autorización expresa que, concretamente, haga referencia a la posibilidad de reproducción de los planos o documentación. Así pues, de acuerdo con el redactado del tipo, salvo las personas con autorización expresa, el tratamiento de cualquier otra persona debe ser el mismo, aunque una de ellas pertenezca al círculo de personas

---

(50) No obstante, el último párrafo del artículo 55 CPM hace referencia, en general, a todos los españoles que cometiesen estos delitos, en tiempo de guerra.

(51) *Vide*, al respecto, O. MORALES GARCÍA, AA.VV., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Pamplona, 1996, p. 2265: «no se comprende por qué se adelanta la barrera de protección penal hasta casos constitutivos de tentativa [...] elevándolos a la categoría de consumación (...)».

con determinada licencia para acceder a material clasificado, si esta licencia no contiene autorización expresa para realizar las conductas descritas en el tipo. Otra cuestión será la de determinar, exactamente, a qué se refiere el precepto cuando habla de autorización expresa o, lo que vendría a ser lo mismo, qué debemos entender por autorización no expresa: 1) ¿cuándo no se tiene ningún tipo de autorización?, pues siendo así, sobraba el término «expresa»; 2) o quizás se refiere a que la autorización no puede ser tácita; 3) o la diferencia radica en el hecho que no se trate de una autorización genérica sino referida, concretamente, a aquella conducta y a aquellos planos o documentación. Efectivamente, creo que, este requisito de la autorización expresa debemos entenderlo relativo a la exigencia que se dé una especial autorización de reproducción referida a aquel concreto material (plano o documentación); o que la autorización, aunque sea más genérica, abarque sin lugar a dudas, la posibilidad de reproducción de aquellos planos o documentación.

Por lo que se refiere al objeto de la acción, no queremos reproducir aquí lo que ya hemos señalado en el comentario del artículo 598. No obstante, es preciso leer el precepto con atención, ya que este artículo no se refiere, como objeto de la acción, a los planos o documentación (52) legalmente calificada de reservada o secreta, sino a los planos o documentación de acceso restringido cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada de reservada o secreta. Por tanto no se está haciendo referencia a cualquier plano o documentación de interés militar y de acceso restringido, sino sólo a aquellos cuyo contenido está protegido o reservado (que hagan referencia) a una información legalmente calificada como reservada o secreta (53).

A diferencia del apartado segundo, referido a la tenencia, este apartado se limita a los planos y documentación relativos a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido. Por tanto, no debería castigarse la reproducción de planos y documentación, aunque sean relativos a la seguridad nacional o defensa nacional

---

(52) En este caso, mientras que la documentación se trataría de una especie del género materias clasificadas, aún se precisaría ubicar los planos en alguna de estas especies, ya sea, por ejemplo, como un tipo de objeto, o una clase de documento. Y en este último caso ya no sería preciso mencionar los planos, pues con la referencia a la documentación ya sería suficiente.

(53) En relación al término «información legalmente calificada como reservada o secreta», nos remitimos a los comentarios realizados con ocasión del análisis del artículo 598 CP.



y formen parte de una información legalmente calificada como reservada o secreta, si no se refieren, concretamente, a estas zonas, instalaciones o materiales militares de acceso restringido. Creo que aquí el legislador se equivocó de nuevo, pues mejor hubiera sido hablar genéricamente de materias clasificadas relativas a la seguridad nacional o la defensa nacional o, como mínimo, igual que el apartado segundo de este mismo precepto, referirse a objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o la defensa nacional.

En cuanto al término «acceso restringido», Rodríguez Devesa / Serrano Gómez dicen que «es un concepto impreciso que supone una cierta inseguridad jurídica» (54). Por otra parte, no queda del todo claro si la exigencia se refiere a los planos o documentación, o a las zonas, instalaciones o materiales militares. Creemos que el acceso restringido debe referirse a las últimas, ya que el conocimiento de cualquier plano o documentación que forme parte (protegido o reservado) de una información legalmente calificada como reservada o secreta, siempre será de acceso restringido. Y, por tanto, en el supuesto de entender el acceso restringido relativo a los planos y documentación, no hacía falta esta referencia por redundante (55). Por otra parte, si la exigencia la referimos a las zonas, instalaciones o materiales militares, el objeto de la acción, quedaría, aún, mucho más limitado.

Por último, este apartado no dice que la información, además de estar protegida y reservada por una información calificada como reservada o secreta, deba hacer referencia a la seguridad nacional o la defensa nacional o a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o industrias de interés militar. Esto supone que este precepto, en comparación con el artículo 598 CP, por una parte y como ya hemos apuntado, limita el objeto de la acción al referirse exclusivamente a planos y documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y, por otra, vendría a ampliarlo, pues, la información legalmente calificada como reservada o secreta por la que está protegido el conocimiento de los planos o documentación, no necesariamente deberá estar relacionada con la seguridad y la defensa nacional.

---

(54) Vide J. M. RODRÍGUEZ DEVESA / A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.ª edición, Madrid, 1992, p. 645.

(55) Sí tiene sentido esta redacción en el artículo 55 CPM pues no se hace referencia a que la información esté protegida o calificada como reservada o secreta.

El apartado segundo del artículo 600 CP, concordante con el primer párrafo del artículo 55 CPM (56) no plantea tantas cuestiones. Por una parte se refiere específicamente a dos tipos de materias clasificadas o clasificables: los objetos y la información legalmente calificada como reservada o secreta. Y por la otra, coherente con el artículo 598 CP y, a diferencia del primer apartado del artículo 600 CP, exige que estos objetos o informaciones sean relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional.

Además de lo que ya se ha dicho repetidamente, respecto de la exclusión del ámbito de este precepto del resto de materias no mencionadas expresamente en el tipo (asuntos, actos, documentos y datos), sorprende que el objeto de la acción en este precepto no coincida ni con el del artículo 598 CP, que sólo hace mención de la «información», ni con el del primer apartado del mismo artículo 600 CP, que hace referencia a planos y documentos. Pero también deben observarse otras cuestiones:

En primer lugar este artículo debe ponerse en relación con el artículo 9.1 de la Ley 9/1968 de 5 de abril, que regula los secretos oficiales:

Art. 9.º 1. «La persona a cuyo conocimiento o poder llegue cualquier “materia clasificada” conforme a esta Ley, siempre que le conste esta condición está obligada a mantener el secreto y entregarla a la autoridad civil o militar más cercana y, si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo»

Los artículos 53 y 54 CPM, aun refiriéndose a los mismos comportamientos descritos en los artículos 598 y 599 CP establecen penas sensiblemente superiores, por tratarse de sujetos activos militares. En cambio, sin ninguna razón aparente, la penalidad establecida en los párrafos 1 y 2 del artículo 55 CPM no difiere, prácticamente, de la establecida en los concordantes apartados 1 y 2 del artículo 600 CP, cuando, también en este caso, se regulan conductas idénticas, con la única diferencia de los sujetos activos que, en un caso son militares y en el otro no (57).

---

(56) Aunque, mientras el artículo 600.2 CP sólo hace referencia a los objetos y información, el primer párrafo del artículo 55 CPM, se refiere también a los documentos: «El militar que tuviera en su poder, (...), objetos, documentos o información clasificada (...)».

(57) El artículo 53 CPM, que se refiere a sujetos activos militares, establece la pena de tres a diez años de prisión, pena que debe aplicarse en su mitad superior en los supuestos del artículo 54 CPM. Sin embargo, para las mismas conductas el artículo

Aunque en una primera aproximación pueda parecer, como señala Morales García (58), que este apartado se refiere exclusivamente a la posesión accidental de objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, pues si hay intención sería aplicable la modalidad de «procurarse» del artículo 598 CP, creo que el tipo no debemos limitarlo exclusivamente a estos supuestos, sino que puede abarcar otros. Así, por ejemplo, estaríamos obligados a considerar este precepto en aquellos casos en que, no existiendo la intención previa de «procurarse» los objetos o la información, el sujeto aceptase o consintiese tenerlos en su poder, siempre, claro está, que le hayan sido facilitados por un tercero, sin previo encargo ni solicitud.

Como hemos apuntado, este precepto lo debemos poner en relación con el artículo 9.1 de la Ley de secretos oficiales. Por tanto no será típica la conducta si, tal como establece este precepto, el sujeto guarda el secreto y entrega el objeto o información a las autoridades señaladas (59). Por otra parte, también en este caso, la no coincidencia entre preceptos que en principio pretenden regular los mismos supuestos puede acarrear problemas. Así, mientras que el artículo 9.1 de la LSO no sólo hace referencia a la posesión, sino también al hecho de tener conocimiento de la materia clasificada, el artículo 600.2 CP únicamente prevé la posesión. Por consiguiente, si bien es cierto que la persona con conocimiento de esta materia que no mantuviese el secreto, efectivamente, podría ser castigada en base al artículo 598 CP, que prevé la *revelación* de secretos; también es cierto que, si esta persona guarda el secreto, aunque no ponga en conocimiento de la autoridad su descubrimiento tal como prescribe el artículo 9.1, no podría ser castigado ni por el artículo 598 CP ni por el 600.2 CP, a no ser que se quiera entender, por ejemplo, que tener conocimiento de una información secreta, es lo mismo que el sujeto tenga en su poder esta infor-

---

598 CP, referido a no militares, establece la pena de uno a cuatro años, aplicándose en su mitad superior en los supuestos del artículo 599 CP. En cambio el artículo 55 CPM, también referido a sujetos activos militares, para los dos supuestos que contiene establece la pena de cuatro meses a cuatro años, mientras que el concordante artículo 600 CP, referido a sujetos activos no militares, establece también para los dos supuestos que contiene una pena de seis meses a tres años.

(58) Vide O. MORALES GARCÍA, VV. AA., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Pamplona, 1996, p. 2265: «Evidentemente, el segundo párrafo abarca, exclusivamente, los supuestos en que el sujeto activo, accidentalmente, se convierte en depositario de la información».

(59) No obstante en el artículo 9.1 de la Ley 9/1968 quizás hubiera sido preciso introducir el término «inmediatamente» o «sin dilaciones», para evitar el probable vacío legal, en situaciones en que el sujeto guarda el secreto, pero aun teniendo la intención de comunicarlo a las autoridades, tarda días, semanas, meses o años en hacerlo.

mación. Pero en tal caso, la referencia a los dos términos en el artículo 9.1 LSO, no tendría ninguna explicación.

### 3.4 Art. 601 CP. Imprudencia por parte de sujetos autorizados

Art. 601. «El que por razón de su cargo, comisión o servicio, tenga en su poder o conozca oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, y por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año».

Las conductas imprudentes no son posibles en ninguno de los supuestos previstos en esta sección salvo en este artículo que, concordante con el artículo 56 CPM, tipifica la conducta de aquellos sujetos que, por razón de su cargo, comisión o servicio —generalmente autoridades, funcionarios o asimilados—, poseen o conocen oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional y que, por imprudencia grave permiten, posibilitan o no impiden su divulgación, publicación o inutilización, o que sean conocidos por personas no autorizadas. Esto podrá suceder, ya sea por error vencible o por no observar las normas de cuidado o diligencia. A diferencia de la regulación del Código Penal anterior, que se refería a la imprudencia en general (o sea, tanto a la temeraria como a la simple infracción de reglamentos), el actual precepto sólo se refiere a la imprudencia grave.

También este artículo, como los anteriores, plantea el problema de limitar el objeto de la acción sólo a unas determinadas clases de materias clasificadas, los objetos y la información. Por tanto, también deberían considerarse fuera del alcance del tipo, el resto de materias clasificadas o clasificables que menciona el artículo 2 de la Ley de secretos oficiales. No obstante, lo que más llama la atención en este precepto es que, sin razón aparente, se amplía el objeto de la acción hasta el punto de alejarse incomprensiblemente del bien jurídico protegido en este título, dado que el artículo no sólo se refiere a los objetos y a la información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, sino también a los objetos e informaciones de interés militar. Se está refiriendo pues, a objetos e información que, aun siendo de interés militar y relativa a la seguridad nacional o la defensa nacional, no han sido calificados como reservados o secretos, ni directamente por ley ni a través de una

previa clasificación. Con ello queremos decir que, incomprensiblemente, se está protegiendo como reservado o secreto aquello que, desde cualquier punto de vista, no es, ni tiene el carácter de reservado o secreto. Sorprende además, como señala Morales García (60), que esta inclusión se haga, precisamente, en el único tipo imprudente de esta Sección 1.<sup>a</sup>, cuando en los demás artículos, no se hace referencia a materias o informaciones no clasificadas o no calificadas pero de interés militar.

La finalidad de este precepto no es otra que la de evitar que la conducta imprudente, por parte de sujetos autorizados, dé lugar a que personas no autorizadas puedan tener *conocimiento* de estos objetos o informaciones, o que, como consecuencia de estas conductas imprudentes graves, se posibilite la *divulgación, publicación o inutilización* de estos objetos o informaciones calificadas de reservadas o secretas, relativas a la seguridad nacional o defensa nacional. No se entiende, no obstante, la razón que ha podido llevar al legislador a seguir con el confusionismo que supone la referencia constante a diferentes conductas, objetos etc., en cada artículo, cuando lo más sencillo y lógico hubiera sido referirse a las mismas conductas previstas en el artículo 598 CP. Como podemos observar, si bien en ambos preceptos los términos *publicación e inutilización* son coincidentes, en cambio, empieza a plantear más problemas tener que considerar sinónimas las conductas *divulgar* del artículo 601 CP y *revelar* del artículo 598 CP. Pero, mayores problemas planteará la asimilación del término *dé lugar a que sean conocidos*, al que se refiere el artículo 601 CP, con el término *procurarse*, mencionado en el artículo 598 CP, ya que no es lo mismo que una persona se procure un objeto o información (consiga o haga suya una información), que una persona *tenga conocimiento* de estos objetos o informaciones. Pero, indudablemente, la conducta que no podrá considerarse típica es la que posibilite el falseamiento de los objetos o información, ya que no está contenida en el artículo 601 CP.

Resumiendo pues, no debe suponer ningún problema considerar relevantes las imprudencias graves de sujetos autorizados que den lugar a la publicación o inutilización de los objetos o informaciones mencionados. En cambio, puede empezar a presentar problemas la

---

(60) Vide O. MORALES GARCÍA, AA.VV., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Pamplona, 1996, p. 2266: «no se entiende por qué precisamente en el tipo imprudente, las conductas se amplían incluso a información que no esté legalmente clasificada como reservada o secreta, cuando este tipo de información no queda recogido en los tipos dolosos».

tipificación de estas conductas cuando hayan dado lugar a la revelación de este material, ya que, entre otras razones, el término divulgación, normalmente se referirá a una pluralidad de receptores. En según que casos, difícilmente se podrán ubicar en este precepto las imprudencias graves que permitan a personas no autorizadas procurarse o conseguir esta información, pues, aunque a menudo el hecho de procurarse estos objetos o información comportará tener conocimiento de ellos, se pueden dar supuestos en que la persona consiga o se procure el objeto o la información (el soporte), por ejemplo la cinta, la carpeta, etc., pero sin llegar a conocer su contenido. Y, finalmente, será inviable la consideración de estas conductas cuando den lugar al falseamiento, a no ser que vaya acompañado de un conocimiento, pues ese término no está presente en el artículo 601 CP.

### **3.5 Art. 602 CP. La información relacionada con la energía nuclear**

Art. 602. «El que descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, salvo que el hecho tenga señalada pena más grave en otra ley».

Lo primero que se observa en este precepto es, de nuevo, la referencia a conductas que no siempre coinciden con los artículos anteriores. Por tanto nos remitimos a los comentarios precedentes en relación a esta cuestión. No obstante, en cuanto a la conducta «utilizar» a la que hace referencia el redactado de este artículo, y en cuanto al hecho de haber prescindido de las conductas «inutilizar» y «falsear», queremos hacer notar que sorprende que se haya incluido esta conducta, cuando probablemente se pueda considerar comprendida en los otros términos, ya que consideramos difícil utilizar una información sin que, a la vez, se pueda afirmar, según los casos, que se ha descubierto, se ha violado o se ha sustraído. Por tanto la inclusión de este término sería innecesario. Por otra parte, en relación a las conductas de inutilizar y falsear, las dos contenidas en el artículo 598 CP, no hay duda que no se pueden considerar incluidas en ninguna de las otras que se mencionan (61) y, por tanto, no podrán ser castigados por este artículo 602 CP, los comportamientos consistentes en inutilizar o falsear

---

(61) Y no creo que podamos considerar comprendidas estas conductas en la de violar la información.

información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear y no con la seguridad nacional o la defensa nacional, no podrán ser castigadas por este artículo 602 CP.

Pero la característica de este precepto la debemos ver no tanto en las conductas que regula, sino en el objeto de la acción al cual se refiere. Efectivamente, el artículo regula, de forma específica, el descubrimiento, violación, revelación, sustracción o utilización de información legalmente calificada como reservada o secreta, pero no cuando está relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional, sino con la energía nuclear. Precisamente esta es la diferencia, y, por tanto, en contra de lo que apunta *Morales García* (62), entiendo que no podemos hablar de una relación de especialidad, porque no hay una relación de género a especie entre la información del artículo 598 CP y la información del artículo 603 CP. Y esto es así, porque, mientras que el artículo 598 CP se refiere a la información legalmente calificada como reservada o secreta *relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional*, el artículo 603 CP hace referencia a la información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear. Ciertamente, nos encontraríamos ante una relación de especialidad si el presente artículo, además de decir *relacionada con la energía nuclear*, requiriese también que, esta información fuese relativa a *la seguridad nacional y la defensa nacional* o, viceversa, que dijese relativa a la energía nuclear y que, a la vez, estuviese relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional. Pero, en cualquier caso, como se desprende del redactado de estos artículos, esto no es así.

No se puede decir, por tanto, como hace *Morales García*, que «de la información legalmente calificada, en términos generales (refiriéndose a la contenida en el artículo 598 CP) se separa aquella relacionada con la energía nuclear para ser objeto de regulación independiente» (63), porque el artículo 598 CP no nos habla de información calificada, en general, sino de aquella relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional, mientras que el artículo 603 CP nos habla de una información calificada diferente, la relacionada con la energía nuclear. Por tanto, insistimos, sólo podríamos hablar de relación de especialidad cuando se tratara de información nuclear calificada como reservada o secreta relacionada con la seguridad

---

(62) Vide O. MORALES GARCÍA, AA.VV., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Pamplona, 1996, pp. 2269 y 2270.

(63) Vide O. MORALES GARCÍA, AA.VV., *Comentarios al nuevo Código Penal*, G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), Pamplona, 1996, pp. 2269 y 2270.

nacional o la defensa nacional; entonces sí se podría decir que esta es específica respecto de la información del artículo 598 CP, que sería la genérica.

En otras palabras, para poder hablar de relación de especialidad entre el artículo 603 CP (el específico) y el artículo 598 CP (el genérico) sería preciso poder afirmar que toda la información relacionada con la energía nuclear es, a la vez, información relativa a la seguridad nacional o la defensa nacional y, queda claro que, esta afirmación no puede hacerse, tal como está redactado el precepto. Precisamente es por esta razón que tiene sentido que la pena del artículo 603 CP sea inferior a la del artículo 598 CP, porque se considera más grave que la información haga referencia a la seguridad nacional que no a la energía nuclear.

### 3.6 Art. 603 CP. Destrucción, inutilización, falseamiento o apertura sin autorización de correspondencia o documentación calificada

Art. 603. «El que destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización la correspondencia o documentación legalmente calificada como reservada o secreta, relacionadas con la defensa nacional y que tenga en su poder por razones de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años».

Nos encontramos ante un precepto similar al ya comentado artículo 599.1 CP (64). En este caso se trata también de un sujeto pasivo, generalmente autoridad, funcionario o asimilado, que por razón de su cargo o destino está en posesión de esta correspondencia o documentación legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional, pero que no está autorizado para realizar ninguna de las conductas descritas en el tipo.

Destacar, en todo caso que, a diferencia del artículo 599.1 CP cuyo objeto de la acción se refiere a la información, en este precepto se hace referencia a la correspondencia y la documentación legalmente calificada. Y si bien en relación a la documentación no se precisan más comentarios, pues al igual que en el caso de la información, se trata de un tipo de materia clasificada o clasificable, en relación a la

---

(64) Vide G. PORTILLA CONTRERAS, AA.VV., *Curso de Derecho penal español. Parte especial II*, dirigido por M. COBO DEL ROSAL, Madrid, 1997, p. 946: «En realidad es un comportamiento que queda cubierto por el tipo agravado del artículo 599.1, sin que sea posible establecer diferencias notables entre ambos tipos».



correspondencia, sí conviene tener presente que, como tal, no se prevé como materia clasificada o clasificable. Por esta razón, la única forma de salvar esta cuestión sería entender que la correspondencia es una de las clases de materias clasificadas a las que se refiere el artículo 2 de la LSO, ya sea considerándola un tipo de documento, objeto o información.

Finalmente, la similitud estructural que existe entre este precepto y el artículo 599.1 CP podría acarrear problemas concursales, sobre todo en relación a las idénticas conductas a las que uno y otro se refieren. O sea, la de falsear y inutilizar *documentación o correspondencia* legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la defensa nacional, y las conductas del artículo 599.1 CP, de falsear y inutilizar *información* legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la defensa nacional. Aunque este conflicto sólo va a producirse en los casos en que las materias estén relacionadas con la defensa nacional, pues el artículo 603 CP no hace referencia ni a los supuestos en que estas materias están relacionadas con la seguridad nacional, ni cuando son relativas a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar. Por tanto, en estos casos el único precepto aplicable sería el 599.1 CP, mientras que en los supuestos en los que las materias están relacionadas con la defensa nacional, debería aplicarse, de acuerdo con las reglas concursales, el artículo 603 CP, por contener mayor pena.



# Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»

Por JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

Profesor Asociado de la Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** I. Planteamiento de la cuestión. II. Introducción bibliográfica. III. Un dilema: autolesión y autoría mediata como caso límite a discutir. IV. Propuesta de solución: el dilema no se resuelve, sino que resulta superado; la equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata. V. Los argumentos de M.-K. Meyer y nuestros contraargumentos. VI. Un apunte jurisprudencial. VII. Primeras conclusiones. VIII. Afianzamiento de las tesis obtenidas, en discusión con nuestro monografista sobre el tema: José Ulises Hernández Plasencia. 1. Sobre el concepto de ejecución típica en la denominada autoría mediata. 2. De nuevo: Intervención de la víctima (autolesión) e intervención del autor (mediato). IX. Resumen de conclusiones.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como es sabido, del tratamiento de la denominada autoría mediata por parte de la doctrina mayoritaria se infiere que este tipo de autoría se encuentra a una cierta distancia respecto de la denominada autoría inmediata. En concreto, si bien es cierto que la literatura científica dominante no tiene problemas en admitir que el autor mediato no es sino un mero autor —como por otra parte ha positivado nuestro artículo 28 del Código Penal—, no es menos cierto que, al menos en dos ámbitos, se hacen distingos radicales según estemos ante un autor denominado mediato o ante uno de los llamados inmediatos.

La primera especialidad reside en el marco de la tentativa. En efecto, la doctrina mayoritaria se pregunta cuándo comienza la tentativa para la autoría mediata y, en verdad, se lo cuestiona como un problema particular a resolver, necesitado de reglas especiales frente a lo que rige en materia de autoría inmediata. Así, en general, se pregunta si el comienzo de la punibilidad para el hombre de detrás se produce cuando él realiza lo que según su plan debía realizar, o si, antes bien, todavía es necesario para afirmar su punibilidad, que el instrumento comience a realizar actos «ejecutivos» (1). Ejemplo: ¿comienza la tentativa cuando el padre le dice a su niño menor de edad que sustraiga una determinada cosa o, antes bien, cuando el niño inicia los «actos ejecutivos» de la sustracción? Objetivo de este trabajo –como ya su título indica– no es la discusión de las numerosísimas soluciones que se han ofrecido para el pretendido problema de la tentativa en la autoría mediata, sino que, precisamente, a lo largo del mismo se intentará afirmar una premisa previa que obliga a cambiar los paradigmas desde la base misma de la discusión. En efecto, se pretende sostener que la autoría mediata y la inmediata son absolutamente equivalentes desde un punto de vista normativo, de tal modo que cualquier discusión que quiera encontrar soluciones para la autoría mediata que no lo sean en igual modo para la autoría inmediata o viceversa, debería ser replanteada.

Como señalaba antes, además de en el campo de la tentativa, existe otro ámbito en el que también se hacen distinguos entre la autoría mediata y la inmediata. Me estoy refiriendo a la dogmática de la autoría y participación o, más concretamente, a la de los llamados delitos de propia mano. Como es también sabido, los delitos de propia mano serían aquellos en los que se rechaza la posibilidad de su comisión en autoría mediata, sin negar, en cambio, la posibilidad de que puedan ser cometidos en autoría inmediata. Aunque lo cierto es que últimamente dicha teoría se encuentra en revisión crítica por la literatura científica y la jurisprudencia más moderna (2), no lo es menos que la doctrina mayoritaria sigue considerando que en cier-

---

(1) Cfr. el resumen de soluciones doctrinales en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid 1996, pp. 59 s.

(2) Cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos de propia mano, Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid 1992; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Madrid 1997, pp. 373 s., quien alude –citando algunas sentencias– a este cambio jurisprudencial al que me he referido y al que él, sin duda, ha contribuido decisivamente.

tos delitos no puede existir un autor mediato, en tanto que la imputación a título de autoría inmediata, por contra, no ofrecería dificultades. Ejemplo de ello serían los delitos contra la libertad sexual, en los que, se dice, no cabe la autoría mediata, aunque sí, lógicamente, la inmediata.

Igual que en el caso de la tentativa, no es objetivo de este trabajo un análisis y censura de la teoría del delito de propia mano *per se*, sino que permaneceremos, de nuevo, en un estadio previo. Como se ha dicho, se pretende poner en duda la corrección de una separación radical entre la autoría mediata y la inmediata, con la lógica consecuencia de hacer tambalearse, pues, el hasta ahora sólido firme de la teoría del delito de propia mano: si hasta ahora se decía que este tipo de delitos no puede cometerse en autoría mediata, pero se pudiese demostrar que esta última es absolutamente equivalente a la autoría inmediata, ¿habría que concluir, llevando *ad absurdum* las premisas de la opinión mayoritaria, que el delito de propia mano es aquel que no puede ser cometido *ni en autoría mediata ni en autoría inmediata* —por ser ésta igual a aquélla—?

En las próximas páginas se va a profundizar en esta cuestión general de la equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata. En efecto, como a continuación se verá, la autoría mediata y la inmediata son absolutamente equivalentes, por lo que no es esta tesis la que se encuentra necesitada de mayores explicaciones, sino aquellas otras que aplican —por tanto, injustificadamente— diferentes criterios a una y otra forma de autoría, tanto en el ámbito de la tentativa, como en el de la autoría y participación, a la luz de los denominados delitos de propia mano. En verdad, el problema se plantea tan sólo para la teoría objetivo-formal de la autoría. Por un lado, sólo desde esta teoría es necesaria la figura de la autoría mediata, y, paradójicamente, en principio, sólo para esta teoría resulta dificultoso la afirmación de la misma (3).

Para comenzar he querido hacer una reseña bibliográfica con cierto detalle —*versus* una mera remisión en notas a pie de página—, puesto que, oscurecidas por la sombra de la opinión mayoritaria, las pocas voces que han defendido la equiparación entre la autoría mediata y la inmediata, han pasado prácticamente desapercibidas (4).

---

(3) Véase, empero, últimamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La autoría conforme al Código Penal, La Ley 14 de marzo de 2000*, pp. 1 ss. (p. 5).

(4) Quedan fuera de las siguientes reflexiones los denominados delitos de infracción de deber, en los que también resulta claro que existe una equiparación entre la

## II. INTRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Señalaba Binding que probablemente el primer caso de lo que hoy se conoce con el nombre de autoría mediata se debió dar en la antigua Roma, cuando el señor utilizaba a su esclavo para la comisión del delito, el cual —esto era lo esencial— tenía un deber de obediencia. Por tanto era el señor y no el esclavo el que respondía. A este «primer caso de autoría mediata» —y otro tanto habría que decir de los otros— le dedica Binding las siguientes reflexiones generales: «Para llegar a esta solución (el hombre de atrás responde) tuvo que reconocerse, que la voluntad delictiva se puede llevar a cabo mediante otro portador de voluntad, pero que de todas maneras se lleva a cabo de forma *inmediata*. Con ello se amplió el concepto de autor a casos de comisión delictiva por mano ajena, en los cuales se había desplegado la actividad de dos hombres. Y en verdad, estamos, *como en el caso de que se use a un animal*, ante un supuesto de autor único. Es cierto que se ha denominado frecuentemente a este *autor único* autor mediato, y hoy esta denominación se está convirtiendo en la habitual. Pero esta forma de expresarse no resulta adecuada, puesto que la existencia de un autor mediato requiere desde un punto de vista lógico la existencia, a su vez, de un autor inmediato, y precisamente el instrumento humano sin culpabilidad no es apto para ser autor de un hecho criminal» (5). Además, en su respuesta a las palabras de Hergt (6), de que «el autor mediato no es verdadero autor, él no es autor en el mismo sentido que

---

autoría mediata y la inmediata, pero de los que ya me he ocupado en otras publicaciones. Esta conclusión es, a diferencia de para los delitos de comunes, más evidente, pues el propio legislador ha positivado en ciertas ocasiones la autoría mediata como forma de autoría, ya en el tipo. Así, el artículo 419 referido al delito de cohecho tipifica igualmente el comportamiento del que solicite dádiva por sí (autoría inmediata) o «por persona interpuesta» (autoría mediata). Otro tanto habría que decir del artículo 432, y otros. El motivo es sencillo: puesto que el autor de estos delitos quebranta un deber especial personalísimo, no lo quebranta «por medio de otro», sino siempre, también, de forma personalísima e inmediata. Cfr. a respecto, SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung, Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1999, pp. 161 ss.; el mismo, *Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general*, Rev. Canaria de Ciencias Penales, núm. 3, pp. 7 ss., (pp. 25 s.).

(5) BINDING, Karl, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, tomo 1.º: Strafrecht, München y Leipzig 1915, p. 264 (sin cursivas en el original); véase también, el mismo, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 7.ª ed. corregida y aumentada, Leipzig 1907, p. 146.

(6) HERGT, Raimund, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, – Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart, Eine strafrechtliche Studie*, Heidelberg 1909, p 160.

el autor inmediato», Binding va más allá. Con la severidad académica al uso de aquel entonces, Binding señala que la opinión defendida por Hergt es característica de la «torpeza» de los «teóricos» alemanes; «¡por supuesto que el autor mediato es verdadero autor, no es otra cosa!», espeta tajante (7). Así pues, si según Binding en los casos de autoría mediata «de todas maneras (la voluntad delictiva) se lleva a cabo de forma inmediata», si estamos ante un «autor único», «como cuando se usa un animal», la pregunta, resulta evidente: ¿En base a qué criterio establecer pues el *tertium comparationis* entre autoría inmediata y delito de mano ajena? (8).

Lo cierto es que hasta la época de Binding no se tematiza especialmente la diferencia entre autoría mediata e inmediata, a pesar de que ya era conocido –y aceptado– que el autor podía usar un instrumento humano para la comisión del delito. Esto indicaría, por tanto, que se tuvo por obvio, que el autor puede utilizar *de igual forma* un instrumento con o sin vida, no necesitando este último caso de mayores explicaciones. Citaré tan sólo tres autores, a título de ejemplo. Merkel afirmaba: «La autoría no queda en general excluida por el hecho de que la ejecución de los elementos del delito dependa de un ejecutor posterior ajeno, sea de las energías de la naturaleza o sea de *las humanas*, incluso aunque el número de eslabones en la cadena entre la acción y el resultado sea grande, en tanto en cuanto concurren al menos los presupuestos de imputabilidad del último (...). En particular, *la autoría* de alguien no queda excluida, cuando para alcanzar su objetivo el autor se vale de la ejecución de un tercero, ya sea porque él la ha causado, ya sea porque había contado con ella» (9). Tampoco otro de los grandes penalistas del siglo pasado, Hugo Hälschner, se sintió obligado a fundamentar especialmente la autoría mediata para diferenciarla de la inmediata; simplemente escribe: «Existe una-

---

(7) BINDING, *Abhandlungen*, cit., p. 284 nota 38. En el mismo sentido que BINDING, LANGE, RICHARD, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, Berlín y Leipzig 1935, p. 62.

(8) LANGER, Winrich, *Das Sonderverbrechen. – Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlín 1972, p. 35, por ejemplo, sostiene que una definición de los delitos de propia mano es sólo posible cuando se hace referencia a la autoría mediata; cfr. también AUERBACH, Heinz, *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*, Frankfurt am Main y otras 1978, p. 35, quien sostiene con razón que desde el concepto extensivo de autor, en el que autoría mediata e inmediata son equivalentes, no se pueden justificar los delitos de propia mano (con referencias a los autores v. BAHR, PETRI, SCHREIBER, WINTER, LONY, ROEDER, PIOTET y FRÜHAUF en p. 11).

(9) MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, p. 140 (sin cursivas en el original).

nimidad en que hay que considerar autor a aquel que ha colocado a otro en un error y se sirve del que yerra –culpable o no– para la ejecución del hecho que pretende» (10). Por último, von Liszt afirma: «Autoría es, a diferencia de la participación, la causación (mediata o inmediata) o el no impedir el resultado jurídicopenalmente relevante. Autor es, en primer lugar, aquel que ejecuta por sí solo la acción delictiva completa, el que lleva a cabo solo el tipo del delito. (...) *Pero autor también es aquel que se sirve de otro hombre como instrumento* (quizá incluso de la propia víctima)» (11). En suma, para algunos de los grandes criminalistas anteriores o contemporáneos de Binding el autor mediato era, sencillamente, autor.

Pero también tras Binding –aunque ya de forma más minoritaria–, se mantuvo esta opinión entre algunos autores que subrayaron –con mayor o menor énfasis– la equivalencia material entre la autoría mediata e inmediata. A diferencia de sus antecesoras, estas opiniones son ya, ciertamente, más elaboradas, pues ellas han ya de tomar posición frente a la doctrina mayoritaria que separaba de forma cada vez más radical la autoría mediata de la inmediata. También aquí citaré tan sólo *ad exemplum* tres de los autores más destacados (12). Así, M. E. Mayer, respetado no sólo como penalista sino

---

(10) HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht, systematisch dargestellt*, tomo 1.º: *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, Bonn 1881, p. 368 con nota 5 (con más referencias bibliográficas); en sentido parecido, KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen 1845, § 140 (pp. 510 ss.); el mismo, *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen 1885, I, pp. 301, 318 y 285.

(11) LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.ª ed., Berlín 1897, p. 221 (sin cursivas en el original); véase también DAHM, Georg, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters*, namentlich im XIV. Jahrhundert, Berlín y Leipzig 1931, pp. 207, 227; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid 1990, pp. 170 ss. con notas.

(12) Cfr. en sentido parecido, quizá sin llegar tan lejos (si bien es cierto que muchos de estos autores aportaron argumentos que hoy día pueden considerarse superados o aceptaron consecuencias que son incompatibles con una equiparación consecuente entre la autoría mediata y la inmediata como, v. gr., la teoría del delito de propia mano): MEZGER, Edmund, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, München y Leipzig 1933, p. 425; el mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 6.ª ed. ampliada, München y Berlín 1955, p. 218; STOOSS, Carl, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrecht, Erste Hälfte, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Wien y Leipzig 1912, p. 128; ALTMANN, Ludwig/JACOB, Siegfried, *Kommentar zum österreichischen Strafrecht*, con la colaboración de Erwein HÖPLER, Ernst LOHSING y Karl MAGER, tomo 1.º, Wien 1928, Anm. 8 a) tras el parágrafo 6 (p. 73); MAYER, Hellmuth, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1936, pp. 325 ss.; FRÜHAUF, Martin, *Eigenhändige Delikte*, Tesis doctoral no publicada, Frankfurt am Main 1959, p. 33; ENGELSING, Herbert W., *Eigenhändige Delikte, Eine Untersuchung über die Grenzen mittelbarer Täterschaft*,



también como filósofo del Derecho, escribía: «La autoría mediata se encuentra al mismo nivel desde el punto de vista jurídico que la inmediata; la denominación lo único que hace es poner de relieve (una) particularidad fáctica; indica por qué el sujeto pasivo es el autor. La expresión de *autoría fingida* –que podemos encontrar de vez en cuando– es, pues, errónea. La autoría es absolutamente real; en efecto, es una opinión tosca y superficial limitar la realidad de la autoría a la –por así decirlo– ejecución de propia mano. Quien determina a un joven que todavía se halla por debajo de la edad penal, a encender un fuego, no es, ni menos incendiario, ni de otra forma, que quien prende las llamas con su propia mano» (13). Por su parte, otro de los penalistas más influyentes de la primera mitad del presente siglo precisamente en lo que respecta a la dogmática de la autoría y participación, Johannes Nagler, era de la misma opinión: «La autoría mediata no constituye, pues, (...) ninguna especialidad en la comisión delictiva para la cual preceptos positivos expresos tengan que lograr artificialmente la justificación de su existencia. Por contra, la autoría mediata es una figura que ha nacido de la propia naturaleza de

---

Breslau 1926, p. 14; WACHENFELD, F., *Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug*, ZStW 40 (1919), pp. 30 ss., 129 ss., 321 ss. (pp. 341, 129 s.); WINTER, Ernst, *Die mittelbare Täterschaft, – insbesondere eine systematische Behandlung der einzelnen Fälle*, Tesis doctoral inédita, Münster 1915, pp. 1, 12 s., 33 ss.; KÄPERNICK, Hans, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft – dargestellt nach dem deutschen und österreichischen geltenden Recht und dem gemeinsamen Entwurf von 1927*, en: *Untersuchungen zur deutsch-österreichischen Rechtsangleichung*, ed. por K. Blomeyer y otros, tomo 10.º, Leipzig 1932, pp. 73 s.; PETRI, Konrad, *Die mittelbare Täterschaft*, Breslau 1911, p. 4 s.; OETKER, *Teilnahme am Verbrechen*, GS 94 (1927), pp. 1 ss. (pp. 3 s.); MITTERMAIER, W., *Gutachten über § 300 RStGB*, ZStW 21 (1901), pp. 197 ss. (pp. 249 ss.); para algunos supuestos, BELING, Ernst, *Zur Lehre von der «Ausführung» strafbarer Handlungen*, ZStW 28 (1908), pp. 589 ss. (p. 599); en contra de la figura de la autoría mediata sin distinción alguna, RITTNER, Theodor, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, tomo 1.º, Allgemeiner Teil, Wien 1954, pp. 297, 295 ss. – En la misma dirección, aún sin llegar tan lejos: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en: *Comentarios al Código Penal*, por CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Barcelona 1972, tomo I, p. 803; CEREZO MIR, José, Welzel FS, pp. 635 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona 1991, nota 359 en p. 644; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en: *Estudios Penales*, Barcelona 1991, pp. 197 ss. (p. 224). En contra expresamente: RUÍZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid 1982, p. 159: «dos realidades sustancialmente opuestas», «dos comportamientos –el de autor inmediato y el de autor mediato– estructuralmente diferentes».

(13) MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, Heidelberg 1915, p. 376.

las cosas, que no puede ser determinada por disposiciones especiales del legislador, sino que se regula únicamente en atención al transcurso real de las cosas» (14). Por último, Eb. Schmidt, uno de los principales detractores del delito de propia mano, señala que la autoría mediata también es simplemente un «tipo de autoría», que «se diferencia de la autoría inmediata tan sólo en las manifestaciones externas», las cuales «por tanto (...) carecen de relevancia jurídica» (15).

También en la actualidad se pueden encontrar opiniones en este sentido de varios autores de peso, aunque se siga tratando de una opinión minoritaria. Así, cuando Schmidhäuser en su Tratado de Derecho Penal se dispone a analizar los diversos casos que la doctrina considera habitualmente como de autoría mediata, señala: «El grupo de casos que se expone a continuación de ningún modo comprende todos los supuestos en los que un suceso que se causa por mano ajena, se le imputa objetivamente como su hecho a otra persona. Puesto que la autoría mediata no es otra cosa distinta que precisamente la autoría tal y como ha sido esbozada en la mayoría de los tipos de injusto, no es en absoluto necesario llevar a cabo aquí una exposición completa. (...) Aquí hay que analizar tan sólo los grupos de casos que en la discusión de la teoría y praxis (por el peso de la historia) se tratan habitualmente como de autoría mediata. Estamos, en general, ante una parte de un ámbito más amplio: la imputación objetiva, cuyos límites resultan problemáticos respecto de la simple participación (inducción y complicidad), es decir, se trata de los casos en los que el uso jurídico subraya que no estamos sólo ante inducción o sólo ante complicidad, sino precisamente ante autoría (mediata)» (16). También Bustos Ramírez y Homazábal Malarée han subrayado la cercanía de la autoría mediata con el concepto general de autor, al afirmar que «no habría razón, aunque no dijese nada la ley, para abarcar en el concepto de autor al autor mediato, ya que no es una forma extensiva de la punibilidad» (17), y en parecido sentido señala Freund en su

---

(14) NAGLER, Johannes, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen – Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig 1903, p. 68; véase también pp. 65 s.

(15) SCHMIDT, Eberhard, *Die mittelbare Täterschaft, en: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, ed. por August Hegler, Tübingen 1930, tomo II, pp. 106 ss. (p. 120); sobre el sistema de SCHMIDT, detallado, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., pp. 261 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., pp. 296 ss.

(16) SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Tübingen 1975, 14/40.

(17) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, Parte general, 4.<sup>a</sup> ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona

reciente Manual que «la autoría mediata es un subcaso fenomenológico de (...) autoría» y que, por tanto, la norma del Código Penal alemán que la regula «posee simplemente carácter declaratorio» (18). Günther Jakobs, por su parte, llega a la misma conclusión —como ya anunciaba el tratamiento del tema en su Tratado— analizando los casos de la denominada autoría mediata como supuestos de imputación objetiva: la única diferencia entre la autoría mediata y la inmediata es que en la primera «la naturaleza se presenta fenotípicamente (fenomenológicamente) como un comportamiento personal»; entre ambas existiría, sin embargo, una «identidad material» (19).

No es preciso ya aumentar las referencias bibliográficas. Y es que, en verdad, esto que los autores mencionados han sostenido primero de una forma más o menos intuitiva y, después, de una manera más sistemática —la equiparación entre la autoría mediata y la inmediata—, puede ser confirmado desde diversas perspectivas. Veamos algunas de las que considero han de ser tenidas como las más relevantes.

### III. AUTOLESIÓN Y AUTORÍA MEDIATA COMO CASO LÍMITE A DISCUTIR

Los límites entre autoría mediata e inmediata se desdibujan especialmente allí, donde el instrumento utilizado es la propia víctima que se lesiona a sí misma o lesiona bienes de su propiedad (20). La discu-

---

1994, p. 436; en parecido sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, FERMÍN, PRATS CANUT, José Miguel, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Pamplona 1999, p. 549.

(18) FREUND, Georg, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlín y otras 1998, 10/3.

(19) JAKOBS, Günther, *Objektive Zurechnung bei mittelbare Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, GA 1997, pp. 553 ss. (pp. 560 s., 569); en parecido sentido, SAMSON, en *Systematischer Kommentar (SK)*, § 25, números marginales 57, 61 al 63; en contra, por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER, § 25, número marginal 6; MAURACH, REINHART/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlegenden des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch*, 8.ª ed., Heidelberg 1992, 48/17.

(20) Sobre esta cuestión cfr. también la amplia exposición de HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada 1996, pp. 85 ss., con quien, sin embargo, como se analizará *infra* no se coincide en la solución. Para otros casos límite, véase, SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen 1986, pp. 81 ss., 89 ss., 96.

sión de la doctrina alemana se inicia principalmente a raíz de un suceso enjuiciado por el antiguo Tribunal Supremo del Imperio. Se trató de un caso en el que el acusado obligó a su joven empleado, como castigo, a comer un pedazo de intestino sin limpiar, a consecuencia de lo cual éste enfermó (21). El delito de lesiones es también posible, argumentaba la sentencia, cuando se conduce a la propia víctima, mediante engaño o porque se le ha influido antijurídicamente en su voluntad de cualquier otra forma, a causarse a sí misma las lesiones. Este caso, en el que no se especificaba claramente si se trataba de una autoría mediata o inmediata –aunque parece que el Tribunal se inclinó por esta última solución–, despertó la discusión doctrinal en torno a la distinción entre ambas formas de autoría. En el actual debate doctrinal, el ejemplo clásico de cátedra consiste en problematizar la forma de autoría de alguien que echa veneno en el café de la víctima que ésta bebe posteriormente desconociendo tal circunstancia. En ambos casos –y en otros similares– la pregunta es siempre la misma: ¿Estamos ante un supuesto de autoría inmediata o de autoría mediata?

Mientras que un sector de la doctrina –entre ellos, Welzel– se ha inclinado –de una forma tradicional– por afirmar en estos casos la existencia de autoría *mediata*, argumentando que la víctima, igual que en los supuestos clásicos de la autoría mediata, se encuentra coaccionada, inmersa en error, etc. (22); otras voces –entre ellas, la de Roxin– se han alzado sosteniendo que nos hallamos simplemente ante supuestos de autoría *inmediata* puesto que la posición de la víctima sería irrelevante en el desarrollo del suceso; por último, una tercera opinión doctrinal, minoritaria, en el mismo sentido que se señaló *supra*, pero

---

(21) RG 26, 242.

(22) WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung* (en adelante: Lehrbuch), 11.ª ed. revisada y ampliada, Berlín 1969, p. 103; BAUMANN, Jürgen, *Täterschaft und Teilnahme*, JuS 1963, pp. 85 ss. (p. 91 *in fine*); BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München 1987, p. 180; HERZBERG, Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München 1977, p. 18; HEGLER, August, *Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelperson*, en: Festgabe für Richard Schmidt zu seinem siebzigsten Geburtstag, ed. por Heinrich Lehmann y Gotthold Bohne, tomo 2.º, Leipzig 1932, pp. 51 ss. (pp. 56 s. con notas 26 s.); FEISENBERGER, A., *Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, ZStW 38 (1917), pp. 530 ss. (pp. 530 s.); también, últimamente, KÜPPER, Georg, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, GA 1998, pp. 519 ss. (pp. 520 s.); WOLF, Paul, *Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft*, Breslau 1927, nota 12 en pp. 17 s., quien especifica que puesto que la autoría mediata es pura autoría, no hace falta decir en estos casos que estamos ante autoría inmediata, sino que los mismos serían directamente de autoría mediata.

sólo para el caso concreto que estamos analizando aquí, defiende la solución de que, bien mediata, bien inmediata, estaríamos en todo caso ante una cuestión meramente terminológica (23). Detengámonos brevemente en la segunda de las posiciones descritas, por ser ésta –junto con la tercera, que veremos a continuación– la que más puede llamar la atención.

Para apuntalar más su solución, Roxin plantea el conocido ejemplo, de alguien que dice a un tercero, T, que encienda la luz de una habitación, a cuyo interruptor –lo que el tercero desconoce– se encuentra conectado el mecanismo que inicia la explosión de una bomba en otro edificio. Señala Roxin que aquí T sería un factor condicional ciego más en la cadena causal, cuyo significado para el desarrollo de la acción no sería mayor que cualquier otra condición del resultado, por ejemplo, la electricidad que pone en marcha el mecanismo. En general, continúa Roxin –con gran parte de la doctrina científica–, el instrumento que yerra no actuaría en su cualidad específicamente humana, sino como un mero factor ciego que habría condicionado el resultado. Todo esto, le hace concluir: «A causa de esta igualdad estructural, en realidad estamos ante una supuesto de dominio del hecho directo por parte del hombre de atrás» (24). Entre nosotros, también Gimbernat, ha señalado que quien, por ejemplo, envía a un botones a coger una sortija ajena indicándole que es de su propiedad (de quien le envió) sería autor directo. Él «no es autor mediato, sino inmediato de un hurto, que tiene lugar cuando, con ánimo de

---

(23) JOHANNES, Hartmut, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmässigem Handeln des Werkzeuges, Ein Scheinproblem*, Frankfurt am Main 1963, pp. 18 s.; HOEGEL, *Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz*, ZStW 37 (1916), pp. 651 ss. (pp. 669, 677); MEZGER, Edmund, *Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln*, ZStW 52 (1932), pp. 529 ss. (pp. 543 s.); v. HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, tomo 2.º: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlín 1930, p. 403; SCHILLING, Georg, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Köln y otras 1975, pp. 104 s.; últimamente, SCHILD, Wolfgang, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlín y New York 1994, pp. 19 s. En sentido parecido, LEB, Günter, *Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?* Ein Beitrag zur Lehre vom Verbrechen, JZ 1951, pp. 550 ss. (p. 552); PETRI, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., nota 3 en p. 16, pp. 24, 47; BERGES, August, *Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung. – Beitrag zur Lehre von der Täterschaft*, Breslau 1934, p. 98; SAMSON, SK, cit., parágrafo 25, nota marginal 63.

(24) ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín y New York 1999 (en adelante citado: TuT), pp. 173, 170 ss.; ya desde: KERN, Eduard, *Die Teilnahme im E. 25*, GS 92 (1926), pp. 125 ss. (p. 145), quien sostiene que se trata de autoría inmediata, pero apostilla: «que se quiera hablar aquí de autoría mediata o que se afirme autoría inmediata, es una cuestión de gusto».

lucro, toma la cosa del botones» y, en verdad, «del mismo modo que es autor inmediato de un hurto el que toma de su perro amaestrado la cosa ajena que éste le trae». Y concluye: «La palabra empleada por la ley –tomar– permite subsumir directamente la actividad del supuesto autor mediato en el tipo del hurto» (25).

Ciertamente, la postura de estos autores ha de ser calificada de paradójica dentro de la doctrina mayoritaria: lo que para algunos es el caso paradigmático de autoría mediata (uso de instrumento sin dolo) (26), para otros lo sería de autoría inmediata. Quizá para soslayar este dilema, se ha propuesto en ocasiones un criterio meramente formal: si hay tres sujetos en el desarrollo del suceso, víctima, instrumento y autor, nos hallaríamos ante un caso de *autoría mediata*, en tanto que si los sujetos son tan sólo dos, autor y víctima –que a la vez es instrumento–, la autoría sería *inmediata* (27). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no ha seguido este criterio. Así, en los supuestos de falsedades en los que sólo intervienen dos sujetos, ha condenado en repetidas ocasiones por autoría mediata. Su doctrina al respecto –sin poder entrar aquí en los aspectos concretos de la denominada falsedad ideológica–, reza: «Por falsedad ideológica o intelectual se entiende, bien la constatación de una circunstancia falsa en un documento público hecha a sabiendas por un funcionario público o la simple manifestación *engañosa de un particular que provoca el que el funcionario, como mero instrumento, dé contenido falso a un documento ignorando tal circunstancia, actuando entonces el particular como autor mediato, valiéndose del funcionario, alcanzando a aquél la responsabilidad como si hubiera ejecutado él mismo el hecho típico*» (28). Esta doctrina –existiría autoría mediata a pesar de la con-

---

(25) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, pp. 225 s.

(26) Por todos, BACIGALUPO, PG, cit., pp. 369 s.; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley 2000*, cit., p. 5 s.

(27) SPENDEL, Günter, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, JuS 1974, pp. 749 ss. (p. 752 con nota 34); el mismo, *Der «Täter hinter dem Täter» – eine notwendige Rechtsfigur?*, *Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, en: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, ed. por Günter Warda y otros, Berlín y New York 1976, pp. 147 ss. (pp. 167 ss., 169); también un criterio intermedio y diferenciador propone HERZBERG, Rolf Dietrich, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug*, Berlín 1967, p. 55: hay que estarse a si el engaño del causante ha convertido al que se autolesiona en un factor meramente causal ciego o no («si la conciencia de la tipicidad del que se mata o lesiona a sí mismo no alcanza, al menos, la forma –en sentido no técnico– de la imprudencia consciente, habría, en realidad, autoría inmediata»).

(28) STS de 26 de abril de 1983 (sin cursivas en el original).

currencia tan sólo de dos sujetos— ha sido confirmada recientemente: en un caso en el que los intervinientes en el delito (en sentido amplio) eran el autor de la supuesta falsedad y el instrumento que materialmente abrió las cuentas corrientes y cartillas de ahorros a nombre de una identidad inexistente —comportamiento que el Tribunal Supremo consideró como de falsedad ideológica del número 4 del artículo 302 Código Penal de 1973— (29), se volvió a considerar que estábamos ante «un supuesto claro de autoría mediata» (30), a pesar, de nuevo, de no tratarse de la clásica composición «autor mediato-instrumento-víctima». Se podrá alegar que en estos últimos casos planteados, en puridad, el instrumento no era la víctima de la falsedad documental. Pero en todo caso, habrá de reconocerse, que a la luz de la concepción tradicional de la dogmática de la autoría tanto estos casos como los anteriormente mencionados de autolesión de la víctima son de muy dificultosa solución.

#### IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: EL DILEMA NO SE RESUELVE SINO QUE RESULTA SUPERADO; LA EQUIVALENCIA ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA Y LA INMEDIATA

Desde luego, en primer lugar, lo que parece indudable es que toda víctima aporta, en principio, una condición para la producción del resultado, de tal forma que los casos de autoría «absolutamente directa» constituyen extraña excepción en la práctica forense; es más: precisamente hoy día afirmar lo contrario desconocería la realidad de la actual criminalidad económica, medioambiental, organizada, etc. En otras palabras, raro es el delito en el que la propia víctima no es *instrumentalizada* por el autor, de modo que «colabora» en la producción del mismo resultado que la convierte en víctima del delito. Así, esto sucede no sólo en los casos señalados en

---

(29) En realidad, al tratarse aquí de una falsedad ideológica de particular, no estaríamos ante una falsedad documental sino simplemente, en su caso, ante el comienzo de ejecución de un delito de estafa. Cfr. al respecto, BACIGALUPO, Enrique, *El delito de falsedad documental*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa» núm. 1, Madrid 1999, pp. 45 ss., 57 s.; véase también, CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Falsedades documentales no punibles*, Madrid 1998; crítica, GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia 1997, pp. 134 s.

(30) STS de 8 de octubre de 1992.

ocasiones por parte de la doctrina (31), como cuando se instrumentaliza a la víctima que lee la carta injuriosa –sin saber aún de que se trata– o cuando la víctima se toma el café envenenado (32), sino en general, por ejemplo, en aquellas formas de consumación que requieren una presencia física de la víctima. En estos casos, dicha presencia se logra mediante un engaño o, desde luego, instrumentalizando a la víctima. Quien acude al domicilio donde se comete su asesinato, o a una cafetería donde se lleva a cabo el hurto, es obvio que no habría acudido si hubiese sabido de los planes criminales, esto es, es obvio que se encuentra instrumentalizado por parte del autor del delito.

Esta equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata a la que me estoy refiriendo, se aprecia también con gran nitidez cuando el hombre de atrás no influye directamente en el hombre de delante, sino *en la situación de hecho* en la que éste se mueve, de tal manera que dicha influencia da lugar al resultado lesivo; por ejemplo, el autor del delito extrae las sujeciones de un tramo de vías para que cuando pase el tren, éste descarrile (33). En estos casos, nadie duda de que la autoría es *inmediata*, a pesar de que aquí también se instrumentaliza a alguien, que incluso puede no resultar víctima: si el maquinista hubiese sabido del estado de la vía, es evidente que no hubiese intentado pasar. Como se ve, nos hallamos siempre ante la misma «construcción»; también en todos estos casos –no sólo en los de autolesión–, la propia víctima –o un tercero (el maquinista respecto de las lesiones de los pasajeros)– coloca una condición para la lesión y, en verdad, una condición de *forma instrumentalizada*, por lo que en puridad –siguiendo cierta doctrina ya comentada–, habría que clasificar estos supuestos de *autoría mediata*. Pero es que incluso aun se puede ir más lejos: el autor que espera a que la víctima cobre un décimo de lotería para robárselo también la instrumentaliza, puesto que de saberlo no lo hubiera cobrado, y aquella otra víctima que es

---

(31) Y con esto analizamos, como se anunció, las opiniones que consideran que y determinar si en los supuestos de autolesión estamos ante autoría mediata o inmediata es una cuestión meramente terminológica.

(32) Cfr. sobre esto, especialmente, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, cit., p. 18; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, cit., pp. 92 s., 89 ss.

(33) De todas formas, como a continuación se expone en el texto, en cierta medida siempre se influye también en el hombre de delante y no sólo en la situación de hecho, puesto que éste, mediante la situación de hecho, es inducido a un error, es engañado, lo cual evidentemente representa una forma de influirle: el maquinista conduce la locomotora –como todos los días–, pero sometido a un error, pues no sabe que por faltar las fijaciones se va a producir un accidente (de otra opinión, probablemente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 119).



asesinada, también ha puesto asimismo una condición del resultado aun sin quererlo: el estar con vida. El hecho de que la construcción «autor-instrumentaliza-a-víctima» sea más o menos compleja, que unos casos se encuentren más contruidos que otros, el hecho de que en unos aparentemente la «fuente de peligro» sea llevada hacia la víctima (se dispara), en tanto en otros –también aparentemente– la víctima «colisiona» con la fuente de peligro (se sitúa una bomba por donde ella ha de pasar), etc. –se puede modificar la formulación discrecionalmente–, no puede hacer variar la calificación jurídica, sino sólo una –como se ve, de todo punto irrelevante– consideración fenomenológica del delito.

Y es que, en verdad, la discusión es estéril. Es obvio que sería absurdo calificar todos estos supuestos –sobre todo los últimos casos mencionados–, como de autoría mediata. El hecho de que *estructuralmente* parezca que nos hallamos ante autorías mediatas –creo que tal extremo no puede ser negado–, no deshace en absoluto el aparente absurdo de calificar prácticamente toda autoría como autoría mediata. Pero este dilema lo único que demuestra es que nos hallamos ante una cuestión meramente terminológica.

En efecto, lo dogmáticamente necesario no es decidir si estamos ante autoría mediata o inmediata, sino si el suceso se imputa o no al hombre «de atrás» (si es que se le quiere llamar así) y el fundamento de ello. Una vez afirmada la *imputación objetiva* al hombre de atrás, la cuestión de si la autoría es calificada como mediata o inmediata, pasa a ser una cuestión absolutamente secundaria. No es que estemos, pues, ante un problema de autoría y participación, sino ante una cuestión de imputación objetiva. En esta dirección apunta la solución adoptada por Cancio Meliá en su estudio –precisamente– sobre la conducta de la víctima y la imputación objetiva. Cancio relativiza correctamente –en el marco de la imputación objetiva– el valor de la figura de la autoría mediata para resolver la cuestión del ámbito de responsabilidad de la víctima y, aunque distingue entre autoría mediata e inmediata, lo cierto es que lo hace con un lacónico condicional «podría hablarse de ...», indicando que las soluciones deben ser equivalentes. En el pasaje decisivo, que transcribo, señala: «La solución a desarrollar respecto de las características de la instrumentalización ha de ser *materialmente la misma* para los supuestos en los que es la víctima la que ejecuta la acción generadora del riesgo (en los que se *podría hablar* de autoría mediata), como para aquellos otros casos en los que la víctima interviene en la organización conjunta en un papel menos destacado (casos en los que *podría tratarse* de autoría

directa)» (34). No marca, pues, Cancio Meliá límites precisos; y con razón: como aquí se defiende, tales fronteras no son necesarias.

La mismo cabe decir cuando el autor «hombre de atrás» utiliza a un instrumento que obra sin capacidad de acción, otra de las situaciones en la que la doctrina también discute si estamos ante supuestos de autoría mediata o inmediata. Mientras el sector mayoritario de la literatura científica aboga por afirmar autoría inmediata (35), un grupo minoritario cree ver también aquí casos de autoría mediata: un hipnotizador que «obliga al hipnotizado a cometer un delito» o un «sujeto (autor mediato) que empuja a otro (instrumento) sobre un tercero y lo lesiona», serían supuestos de autoría mediata (36). Por nuestra parte, entendemos que la discusión es, nuevamente, estéril y, en todo caso, que muestra una vez más la ya predicada equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata. ¿Habría que casar una sentencia que condenase por un delito de daños (art. 263 Código Penal) a quien haya roto un escaparate empujando a una persona que pasa por delante del mismo, si el Tribunal *a quo* hubiese especificado en su fundamentación que el autor delinquirió por medio de otro del que se sirvió de instrumento? La respuesta sólo puede ser negativa y así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo que, a modo de *obiter dictum*, ha señalado ya en alguna ocasión como posibles supuestos de autoría *mediata* también los de falta de acción (37).

---

(34) CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. – Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona 1998, p. 349 (sin cursivas en el original). – Esta equiparación no significa que haya que dejar de investigar los límites de la imputación a la víctima en supuestos de superioridad de la imputación al hombre de atrás (llámese a ésta autoría mediata o inmediata); véase al respecto CANCIO MELIÁ, *ídem*, pp. 354 ss., 363 ss.

(35) Cfr., por todos, BACIGALUPO, PG, cit., p. 369; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley 2000*, cit., p. 4; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed. (existe posterior), Barcelona 1996, 14/44. Al respecto, detallado, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 93 ss., con exhaustivas referencias de la literatura científica. En la doctrina alemana también este punto de vista es el mayoritario, véase ya desde PETRI, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., p. 24, mencionando a v. LISZT y FINGER.

(36) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Valencia 1998, p. 483; CEREZO MIR, José, *Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal*, en: el mismo, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 333 ss. (pp. 340 s.).

(37) Así, la sentencia de 12 de mayo de 1971 señala como casos de autoría mediata cuando «la persona intermedia, por sufrir un error esencial, hallarse *obligado por la fuerza física y carente de acción* o resultar inimputable penalmente, queda al margen de toda responsabilidad punitiva, que recae (...) en quien lo utiliza como mero instrumento» (sin cursivas en el original).

En suma, todo parece indicar que nuestro análisis de las relaciones entre la autoría mediata y la inmediata conduce siempre a la misma conclusión: ambas formas de autoría son, desde un punto de vista jurídico penal, absolutamente equivalentes.

## V. LOS ARGUMENTOS DE M.-K. MEYER Y NUESTROS CONTRAARGUMENTOS

Sin embargo, una de las monografistas sobre el tema, Maria-Katharina Meyer, se ha mostrado especialmente crítica con todo intento de relativizar la diferencia entre autoría mediata y la inmediata (38). En efecto, siendo el tema de su escrito de habilitación para la obtención de una cátedra «Exclusión de la autonomía a través de error», esto es, un caso clásico de autoría mediata, se sintió obligada –a mi modo de ver, innecesariamente– (39) a distinguir desde el principio de su trabajo entre autoría mediata e inmediata. Y es que baste recordar que Roxin había señalado respecto de esos casos de error que en ellos se podría hablar incluso de autoría inmediata o directa, por lo que la acotación de Meyer sí era necesaria para algunos sectores doctrinales.

---

(38) MEYER, Maria-Katharina, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Colonia y otras, 1984, especialmente pp. 8 a 31, situándose con ello en una línea opuesta a la defendida, como ya se expuso, por su maestro Schmidhäuser (en: AT, cit., 14/40).

(39) En realidad, el hecho de que –como aquí se defiende– se equiparen la autoría mediata y la inmediata, no significa –como probablemente Meyer pensase– que una investigación sobre los casos de error de un hombre de delante, sea superflua o que dichos supuestos tengan que dejar de ser objeto de cuidadoso análisis. Lo han de seguir siendo de parecida manera y, en todo caso, con igual profundidad que hasta ahora, pero no en el marco de la denominada autoría mediata, sino en el de la imputación objetiva. Y es que, la mayoría de lo que hasta ahora venía estudiándose bajo la rúbrica de la autoría mediata, no son sino problemas de imputación objetiva. Se tratará, pues, de establecer, igual que antes, en qué condiciones el error del hombre de delante trae como consecuencia la imputación objetiva al hombre de atrás, por resultar este último competente. Por tanto, un gran número de problemas de la denominada autoría mediata no desaparecen a pesar de afirmar una equiparación con la autoría inmediata (pero otros sí, como los referidos a los llamados delitos de propia mano, a la tentativa, etc.). Para un tratamiento de la denominada autoría mediata como problema de imputación objetiva, cfr. JAKOBS, GA 1997, cit., pp. 556 ss., especialmente p. 561 con nota 23 y pp. 559 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., pp. 354 ss., 363 ss.

«Si bien es cierto que por lo que respecta a la consecuencia jurídica de la pena, es indiferente si [...] se habla de autoría mediata o inmediata», comienza Meyer su exposición, «no lo es menos que entre ambos conceptos se ha de diferenciar» (40). «Dejando de lado», explica, «que, según la ley, la punibilidad de la autoría mediata y de la inmediata es la misma», de todas formas, «para la consideración valorativa del Derecho» sería «algo distinto si alguien comete un delito él mismo o a través de otro». Esta necesidad de diferenciación entre ambas figuras habría encontrado respuesta en el § 25 Abs. 1 StGB referido a la autoría mediata (cfr. nuestro art. 28, primer párrafo, 2.<sup>a</sup> alternativa, Código Penal). Con ello se habría hecho un «requerimiento directo a la teoría y a la praxis» para que establezca tales diferencias entre ambas formas de autoría. El hecho de que en la ley penal se mencione expresamente la posibilidad de cometer el delito por medio de otro, obligaría a distinguir autoría mediata e inmediata, concluye la autora en esa primera aproximación al tema.

Desde la posición aquí defendida, empero, ninguno de estos primeros motivos convence. En primer lugar, si el legislador «por lo que respecta a la [...] pena» no ha establecido ninguna diferencia entre la autoría mediata y la inmediata, no se entiende por qué «para la consideración valorativa del Derecho» habría de ser «algo distinto si alguien comete un delito él mismo o a través de otro», como afirma Meyer. Si la pena es igual y las dos son formas de autoría ¿por qué para la consideración valorativa del Derecho habrían de ser algo distinto? (41). Más bien parece todo lo contrario. Pero es que hay más: no es cierto, como pretende hacer ver Meyer, que de la regulación legal se haya de inferir la absoluta separación entre autoría mediata e inmediata. La regulación legal española –y exactamente lo mismo cabe decir de la alemana– no menciona la figura de la autoría mediata, sino que establece que son «autores», entre otros, los que «realizan el hecho [...] por medio de otro del que se sirven como instrumento». El que «realiza el hecho por medio de otro» no es «considerado autor»

---

(40) Véase, aquí y en lo siguiente, M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., p. 8 (en el mismo sentido, también, ídem, pp. 18, 22).

(41) Con esto no se quiere decir, evidentemente, que también la inducción –que tiene asignada igual pena que la autoría– también sea equivalente a ésta. Entre otras muchas razones, porque el propio artículo 28 CP señala que el inductor no es autor, sino que se le considerará como tal. Como es sabido, el inductor a un hecho justificado es impune, el autor mediato que usa a un instrumento que obre justificadamente responderá precisamente por ello; al inductor a un delito de infracción de deber, por carecer de la cualificación especial, se le aminora la pena, al autor mediato, no (cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., Berlín, 1999, pp. 211 ss.); etc.

como sucede con el inductor o el cooperador necesario, ni siquiera *es considerado* autor mediato –¡eso no lo dice la ley!–, sino que *es*, simplemente, autor –eso y sólo eso es lo que señalan el artículo 28 del Código Penal o el § 25 Abs. 1 StGB–. Si «los que realizan el hecho por sí solos» «son autores» y «los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento» «son autores», ¿dónde se encuentra la pretendida diferente consideración valorativa del Derecho? Sobre este tema se volverá más adelante.

Lo cierto es que en los párrafos *supra* transcritos, Meyer no establece criterios de distinción entre la autoría mediata y la inmediata, sino que se limita a señalar por qué, a su juicio, ambas formas de autoría deben de ser diferenciadas. El criterio que separa ambas es señalado por Meyer algunas páginas después. Para ella, el hecho fenomenológico de que un autor pueda cometer el delito por sí solo o por medio de otro, «este modo de ver las cosas, en principio cognitivo-naturalista, ha sido sustituido por una forma de ver las cosas normativa [...]. De esta manera, la autoría mediata se convierte en un problema de valoración» (42). «La divergencia entre autoría mediata e inmediata» sería «en definitiva, comparable a la de un delito de comisión y uno de omisión». Y extrae su principal conclusión: «Igual que la omisión, de acuerdo con las circunstancias, ha de ser equivalente a la comisión del tipo por acción, la autoría mediata ha de corresponderse en su contenido de injusto con la autoría inmediata» (43). Para Meyer, en la autoría mediata estaríamos, pues, ante un problema valorativo: la comisión mediata ha de ser equiparable a la comisión inmediata para que pueda ser punible, igual que no toda omisión es punible, sino sólo aquella que es equivalente a la comisión. La diferencia entre ambas formas de autoría residiría, por tanto, en que la autoría inmediata siempre sería punible, *en tanto que la autoría mediata sólo cuando fuese equiparable a la autoría inmediata*. Algo parecido ha señalado Küpper últimamente: «Una diferencia (entre la autoría mediata y la inmediata) se infiere ya de que el que actúa de forma inmediata tiene *per se* el dominio del hecho, mientras que en la autoría mediata los criterios y grupos de casos encierran polémica» (44).

Sin embargo, a mi entender, tampoco estos otros argumentos parecen poder convencer. En primer lugar, la argumentación presupone de nuevo que ambas formas de comisión no son equivalentes, a pesar del

---

(42) M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., p. 29.

(43) M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., p. 28.

(44) KÜPPER, GA 1998, cit., p. 519.

idéntico tratamiento que de ellas hace la ley (45), tanto respecto de la denominación –ambas: autoría–, como de las consecuencias jurídicas. Pero es que, además, Meyer emplea en su argumentación una *petitio principii*: para fundamentar que ambas formas de autoría han de ser diferenciadas, presupone lo que debería de haber sido probado, a saber, presupone que ambas formas de autoría no son iguales y que, por tanto, una ha de equipararse a la otra. En suma: habrían de ser diferenciadas porque no son iguales. No se quiere dudar aquí de que la autoría a través de un instrumento humano, y aquélla a través de un instrumento no humano, son algo diferente desde un punto de vista fenomenológico. Por ello, es correcto cuando Díaz y García Conlledo señala que entre la autoría mediata y la inmediata existen estas diferencias «objetivas» (fenomenológicas), de tal modo que el legislador «puede tenerlas en cuenta de algún modo, aunque obviamente no está obligado a ello y puede tratar a ambas de idéntica forma» (46), aunque habría que añadir que lo cierto es que el legislador no tiene ningún motivo para atender a dichas diferencias fenomenológico-naturalistas, como de hecho se ha plasmado en nuestro artículo 28 del Código Penal.

Tampoco la comparación entre autoría mediata/inmediata y comisión activa/omisiva parece que pueda desbaratar la equiparación material aquí defendida entre autoría mediata e inmediata. En primer lugar, existe un sector de la doctrina que ya habla abiertamente de una equiparación entre las formas de comisión activa y omisiva (47). Pero es que, aun en el caso de que se rechacen estas opiniones, lo cierto es que ambas situaciones no son comparables. En efecto, en Alemania –regulación a la que se refiere Meyer– existe una cláusula de equiparación entre comisión y omisión, incluso con posibilidad de aminoración de la pena para esta última (§ 13 StGB), en tanto en España, en el artículo 11, el Código Penal menciona expresamente los casos en que un delito «se entenderá» cometido por omisión. ¿Por qué el legislador no habría entonces mencionado también expresamente los supuestos en que la autoría mediata debería equivaler a la inmediata? Como sabemos, el legislador no sólo no ha hecho eso, sino que ha equipa-

---

(45) Lo acabamos de ver y se profundizará aún más en ello.

(46) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, cit., nota 38 en p. 268.

(47) Cfr. las referencias bibliográficas –en especial a Günther JAKOBS– en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, 1995, pp. 187 ss. (pp. 190 ss., notas 3 ss.), adhiriéndome también a esta opinión.

rado ambas expresamente en el artículo 28 del Código Penal –o en el § 25 Abs. 1 del StGB alemán.

Por ello, en último lugar, tampoco es a nuestro juicio acertada la conclusión de que la diferencia entre la autoría mediata y la inmediata residiría en que mientras que en todos los casos que fenomenológicamente son de autoría inmediata se responde, en aquellos que fenomenológicamente son de autoría mediata habría de comprobarse además que son equiparables a los de autoría inmediata. El último que actúa –simplificando lo que se entiende por autoría inmediata– no siempre responde, puesto que además hace falta que se cumplan los requisitos de la imputación objetiva igual que en la autoría mediata. Este requisito ha sido últimamente denominado «posición de garante» también en los delitos de comisión (48), por lo que, desde nuestro punto de vista, no sería correcto –como sostiene Meyer– que en la autoría inmediata –a diferencia de en la autoría mediata– siempre se responda. Dejemos pues los argumentos de M.-K. Meyer, para seguir con los propios.

## VI. UN APUNTE JURISPRUDENCIAL

Con la regulación de la autoría mediata en el Código Penal, el legislador ha dejado claro que la diferencia fenomenológica existente entre la autoría mediata y la inmediata es, desde un punto de vista normativo, absolutamente irrelevante. Los jueces deberán declarar en sus sentencias que el resultado es imputable al autor (juicio de imputación), esto es: concluir que una determinada persona es autor y por qué lo es –esto exige exclusivamente el principio de fundamentación de las sentencias–. Cuando se explica que una determinada persona vertió una sustancia venenosa en el café de la víctima, y se analizan los criterios de imputación objetiva (riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y actuación a propio riesgo) para concluir que tal comportamiento se subsume en el artículo 138 o en el 139 del Código Penal, y que quien esto hizo es responsable del delito correspondiente *en calidad de autor*, es obvio que se habrá respetado el principio de fundamentación escrupulosamente, a pesar de faltar la especificación de si el juzgador considera el caso como de autoría

---

(48) Cfr. las referencias bibliográficas en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, 1995, cit., pp. 213 ss.; en España, especialmente, BACIGALUPO, *PG*, cit., pp. 164 s., 192 ss.

mediata o inmediata. Si en este juicio de imputación, por haberse ya impuesto así por la praxis, se resalta que cuando la víctima es conducida mediante un engaño al peligro, la imputación se realiza a título de la denominada autoría mediata, esto será tan correcto jurídicamente como cuando se destaque, por ejemplo en los casos en que sea la fuente de peligro la que se dirija a la víctima, que la imputación se realizó a un autor que obró por sí solo (autoría inmediata). Pero los casos inversos, serán igual de legítimos. O, como ya se señaló *supra*, ¿habría que casar acaso una sentencia que señalase que el autor realizó el hecho por sí solo en un caso en el que la víctima murió envenenada tras beber el café servido por el autor?, ¿o sería incorrecto quizá sostener que el autor realizó el hecho por medio de otro en un caso de estafa, delito que siempre requiere que se instrumentalice a otro? En ambos casos la respuesta debe ser negativa. Es correcto, pues, cuando el Tribunal Supremo, en un delito contra la salud pública (arts. 359 ss. Código Penal), en el que decidió casar la sentencia de instancia porque la secretaria de uno de los cabecillas de una organización de narcotraficantes que venía siendo condenada, en verdad tan sólo había sido instrumentalizada por él, no por ello cambió el título de imputación de este último para señalar que no se trataba ya, pues, de un autor inmediato, sino de –al menos en parte– de uno mediato; la calificación del tribunal *a quo* de «simple» autoría fue considerada, lógicamente, suficiente (49).

Hay otros ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que equiparan autoría mediata e inmediata y, al menos, en cuatro de ellos quiero todavía detenerme brevemente. Así, respecto de la antigua regulación, la STS de 13 de junio de 1992 establecía: «lo decisivo es que [...] el acusado haya tenido el dominio funcional del acto y por ello [...] que la autoría fuese directa o simplemente mediata es irrelevante, al estar ambas hipótesis parificadas punitivamente en el artículo 14 del Código Penal». También la STS de 5 de diciembre de 1972 puede resultar paradigmática, pues tras explicar con detalle una forma de comportamiento que habitualmente es considerada como prototipo de autoría mediata, califica al hombre de atrás de autor inmediato, sin atender a la hora de la calificación *normativa* de la autoría –a mi juicio, correctamente– a la fenomenología que acaba de describir. En el pasaje decisivo se señala: «[...] cuando el delincuente se vale para realizar sus fines criminales de la actividad parcial de otro sujeto, que obra como persona intermedia y con error esencial en cuanto a los propósitos y fines de aquél, efectuando lo que cree una

---

(49) Cfr. STS de 5 de noviembre de 1991.



actuación válida a la faz del Derecho y que en las relaciones humanas resulta normal y no lesiva, es *obvio* que el *autor inmediato* y responsable *sólo puede serlo el primero*, como si todo el dinamismo delictivo lo realizara él sólo, pues los actos que da vida la persona intermedia, previos y aparentemente normales, que no obedecen a un plan conocido y aceptado, son de quehacer parcial, ciego e instrumental, que no pueden ser imputados a quien desconoce ser utilizado engañosamente por quien se aprovecha de su ignorancia [...]» (50). También la STS de 9 de mayo de 1990, sin miedo a pecar de incongruente, equipara autoría mediata e inmediata. Al hilo de una petición de la defensa del recurrente se dice: «Más aún, si se cuestionara la coautoría en sí misma, ello no podría beneficiar al recurrente, pues sus poderes reales de dirección del hecho en la etapa ejecutiva serían suficientes, de todos modos, para *fundar su autoría directa o, en su caso, su autoría mediata*, utilizando como instrumentos a personas que obraron ciertamente con dolo, pero sin el *animus rem sibi habendi* requerido para la autoría del robo y, por lo tanto, de manera no típica» (51). Por último, tampoco parece preocuparle la diversidad fenomenológica de la autoría mediata o inmediata a la STS de 29 de enero de 1982, que incluso equipara ambas formas de autoría respecto de un delito que —de seguir las premisas de la doctrina mayoritaria— podría ser considerado de propia mano o, al menos, de pura actividad, delitos para los que esa misma doctrina mayoritaria duda precisamente de la posibilidad de autoría mediata (52). En efecto, a pesar de que la formulación «alterar las indicaciones o aparatos contadores» tal y como venía recogido en el número 3.º del antiguo artículo 536 (53), referido a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, parecería referirse a una concreta actividad que haya de realizar el autor directamente, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo señaló acertadamente que es «irrelevante» a los efectos del delito, que la «alteración haya sido realizada bien directa y materialmente por el sujeto imputado, o

---

(50) La cursiva es añadida. Véase, además, en sentido parecido, la STS de 10 de octubre de 1973; asimismo, la de 5 de noviembre de 1991: «Existiendo una acción potencial y directamente agresiva (blandir de forma amenazante un palo contra la que resultó víctima) que produce como resultado una alteración de la integridad física de la persona contra la que va dirigida, resulta indiferente que las lesiones se causen como consecuencia directa de un golpe dirigido al cuerpo de la víctima, o cuando ésta, para defenderse, inicia un movimiento instintivo de retroceso que provoca su pérdida de equilibrio y la correspondiente caída (causa de la lesión)».

(51) La primera cursiva es añadida.

(52) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice*, cit., pp. 223 ss., 247 ss.

(53) En igual sentido el nuevo artículo 255 del CP de 1995.

(que) éste haya empleado a tal fin una persona inculpable [autoría mediata (54)]» (55).

## VII. PRIMERAS CONCLUSIONES

Así pues, todo parece indicar que estamos en condiciones de elevar algunas conclusiones de un modo ya general y no sólo en los supuestos de autolesión, en los que entiendo que quedó ya suficientemente claro que existe una identidad material entre la autoría mediata y la inmediata. Existe, en suma, una equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, equivalencia que ensombrece lógicamente cualquier intento de tratar de forma diversa para una u otra forma de autoría el momento de consumación o tentativa del delito, o de sostener que existiría una categoría de delitos, los de propia mano, en los que el ámbito de la denominada autoría mediata merecería un

---

(54) En el texto de la Colección Jurisprudencial editada por el BOE aparece «autoría inmediata», debido, sin lugar a dudas, a un error de transcripción.

(55) De todas formas, es de señalar que debido al tenor literal de la antigua regulación sobre la autoría, el juez, si es que quería hacer un apoyo expreso en la regulación legal, tenía a incardinar la autoría mediata en el concepto de autoría inmediata del artículo 14.1.º ó 2.º (primera alternativa), para así no apartarse en demasía de un Derecho positivo que no mencionaba expresamente la autoría mediata [amplio panorama jurisprudencial en MORENO Y BRAVO, Emilio, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, 1997, pp. 106 ss.]. En otras ocasiones, estos supuestos se incardinaron, en cambio, en otros números del artículo 14, como en la inducción (núm. 2.º, segunda alternativa). Así, la STS de 23 de mayo de 1981, respecto de un delito de falsedad: «... el empleo de una persona inculpable que desconocía por completo la ilicitud de la actuación que se le encargaba [...] no excluye la responsabilidad (del recurrente), sino que da lugar a la figura penal de la llamada autoría mediata, creada y desarrollada extensamente por la dogmática alemana, que la extiende a aquellos supuestos en los que el autor inmediato produce un error en otra persona, pidiéndole que realice por él un acto de cooperación necesaria, haciéndole creer que se trata de un acto lícito cuando en realidad es ilícito; caso que en nuestro Derecho legislado cae bajo la vigencia del número segundo del artículo 14 (del CP), a tenor del cual el inductor es considerado responsable en lugar del inducido [...]; sin que para estimar la existencia de tal inducción, sobre todo en aquellos casos en los que [...] el inducido desconoce la ilicitud o antijuridicidad de su acción, se requiera la prueba de la existencia de una fuerza moral intensa, sino que basta un simple estímulo eficaz, como puede ser un encargo o mandato [...]». Cfr. al respecto, también, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La autoría y la participación en el proyecto de ley orgánica del código penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal, Libro Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 970; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código Penal*, I, cit., pp. 803 s.

tratamiento distinto que el de la inmediata, etc. La autoría mediata se encuentra ya *per definitionem* contenida en el concepto de autoría; no es más que una forma de presentarse ésta, como el propio Código Penal español reconoce. No estamos —como dijera, sin embargo, uno de nuestros grandes autores— ante «una categoría de codelincuentes creada por la ciencia penal alemana» (56), sino ante una forma de autoría nacida de la propia naturaleza de las cosas, esto es, una autoría nacida del hecho de que una persona puede utilizar como parte de sus planes, entre otros instrumentos, a otros hombres (57). Nos hallamos, pues, ante una verdadera autoría y no ante una simple ficción, como se afirmó —consecuentemente— desde la teoría formal objetiva de la autoría (58). La afirmación de Mittermaier: «La denominada autoría mediata, una extensión artificial, que tiene como objetivo cubrir casos indudablemente relevantes desde un punto de vista jurídico-penal que si no quedarían impunes, es siempre una construcción jurídica» (59), sólo es, por ello, en parte cierta, pues si bien la autoría mediata no es ninguna extensión, pues es pura autoría, sí es artificial o una construcción jurídica, aunque no lo es menos —y esto debe de ser subrayado—

---

(56) La cita es de ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.ª ed., anotada y puesta al día por José J. Hernández Guijarro y Luis Benéitez Merino, Madrid, 1985, p. 469, pero podría serlo de otros muchos (cfr. en el mismo sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1981), que, en términos parecidos, hablan de mera construcción doctrinal —y hasta cierto punto artificial— procedente de Alemania. Por lo demás, como hemos visto *supra*, ha sido precisamente en la ciencia del Derecho penal alemana donde se ha puesto en duda más seriamente la figura de la autoría mediata como categoría independiente de la autoría inmediata.

(57) En principio de acuerdo, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, 1969, pp. 461 ss. (p. 468): «La noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: la de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos [...] Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos»; sin embargo, Rodríguez Mourullo no ha afirmado —como aquí— de una forma tajante la absoluta equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata; SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal, Parte General, Tomo III: Culabilidad, punibilidad. Formas de aparición*, Barcelona 1985, p. 178.

(58) Cfr. sólo, HEGLER, *FS Richard Schmidt*, cit., p. 24, nota 85.

(59) MITTERMAIER, *ZStW* 21 (1901), cit., p. 212. En sentido parecido: BEROLZHEIMER, Hans, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, München y Berlin, 1909, p. 23; WUTTIG, *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, cit., p. 50. Ya en contra, de esa misma época, véase, por ejemplo, PETRI, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., p. 12; KNOLLER, Rudolf, *Die Begehung strafbarer Handlungen durch Benutzung von Organen der Strafrechtspflege zu Amtshandlungen gegen einen Unschuldigen*, Breslau, 1931, pp. 80 s., con amplísimas referencias bibliográficas.

que la propia autoría inmediata. ¿Por qué preocuparse de que el instrumento sea un hombre si en los demás casos de autoría tampoco interesa qué tipo de instrumento se ha utilizado? (60).

Ante estas aseveraciones, ciertamente tajantes, la respuesta por parte de la doctrina mayoritaria probablemente rece que precisamente el hecho de que el instrumento sea un hombre es lo que marca la diferencia (61). No podría ser lo mismo utilizar para la comisión delictiva, por ejemplo, un arma de fuego, que a un hombre. Pero esta alegación, a nuestro entender, respondería a una concepción naturalista del Derecho penal y que, por lo tanto, habría de ser considerada ajena al mismo. Por contra, habrá de estarse a una valoración normativa del suceso. Así, desde una concepción normativa –propia de una ciencia del Derecho–, no estamos ante una persona en sentido propio, sino ante un instrumento, ante un pedazo de naturaleza (aunque esa naturaleza sea consecuencia de otra persona) y, si esto se quiere negar –por chocante que pueda parecer llamar a un hombre «mero objeto»–, entonces habrá que negar también la denominada auto-

---

(60) Este extremo resulta irrelevante, al menos, para el concepto de autoría.

(61) De esta opinión, probablemente, aquellos que habían destacado la necesidad de que el nuevo CP de 1995 regule expresamente la autoría mediata: CEREZO MIR, *Autoría y participación*, cit., pp. 339 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Autoría y participación en el Borrador de anteproyecto de la parte general de un nuevo código penal de 1990, algunas observaciones», *La Ley*, 1992-2, pp. 1029 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal, Parte General, Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 484 ss., 487; SAINZ CANTERO, *Parte General*, cit., pp. 805 s. (de otra opinión MORENO Y BRAVO, *Autoría*, cit., p. 119). Así, también, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 60, para quien «el principio de legalidad se refuerza (se esta refiriendo a la regulación expresa de la figura de la autoría mediata) si además de regular la conducta prohibida u ordenada se alude a cómo se realiza la conducta prohibida y a quién la realiza o la forma en que puede realizarse. Y aunque es tarea de la doctrina formular un concepto de autor, no está de más tener una base legal, sobre todo para la autoría mediata cuando el instrumento realiza la acción típica [...]». A mi entender, sin embargo, el principio de legalidad se cumple o no se cumple, no es, pues, graduable ni capaz de intensificación (de reforzarse). En cuanto a regular «cómo se realiza la conducta prohibida y a quién la realiza o la forma en que puede realizarse», ha de tenerse en cuenta que una regulación demasiado casuística es, en la mayoría de las ocasiones, como es sabido, más perjudicial que beneficiosa. En cualquier caso, la mera referencia expresa del Código Penal a que el hecho se puede cometer «por medio de otro» no puede ser considerada perjudicial. Ha de ser considerada, simplemente, como el «resto histórico» de la teoría formal objetiva en el Derecho penal, que se ha introducido en nuestro Derecho, por lo demás, cuando ya no era necesario –puesto que tanto doctrina como jurisprudencia reconocían sin mayores problemas la posibilidad de llevar a cabo el hecho por medio de otro.

ría mediata (62). O bien hablamos de instrumento, de comportamiento sin sentido social, y con ello de autoría mediata, o bien hablamos de comportamiento personal y por tanto poseedor de sentido, pero entonces habrá que hablar, indefectiblemente, de coautoría o de participación por parte del sujeto «de atrás»: *tertium non datur* (63). La razón le asiste, pues, al Tribunal Supremo cuando en su lejana sentencia de 21 de diciembre de 1967 calificaba a los instrumentos como «*máquina humana* que los artífices del delito manejaron para la ejecución de éste» (64), o en la de 3 de mayo de 1978, que califica al sujeto de delante como «instrumento inconsciente» (65), o, finalmente, en la de 5 de diciembre de 1972, donde explica el comportamiento del hombre de delante como «quehacer parcial, ciego e instrumental» por ser él un «inconsciente colaborador falto de culpabilidad». Cuando el Código Penal habla de «servirse de otro como instrumento», demuestra con ello, en efecto, que no estamos realmente ante una persona, sino ante un mero objeto; si no: ¿se atrevería el Código Penal a llamar a una persona «instrumento»? Y es que, si el hombre de delante no tuviese la cualidad de instrumento de la misma manera que la tiene un objeto, lo único consecuente sería afirmar la «autoría mediata» como una forma de participación accesoria (66).

---

(62) Subrayado con acierto por JAKOBS, Günther, «Die sogenannte actio libera in causa», en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, ed. por Albin Eser, Baden-Baden, 1998, pp. 105 ss., citado según la traducción de Pilar González Rivero, La denominada *actio libera in causa*, en *Poder Judicial* 50, pp. 241 ss. (p. 247), con más referencias bibliográficas; véase, también, el mismo, GA 1997, cit., pp. 560 s., 569.

(63) Que nadie se ruborice porque se llame aquí «objeto», «cosa» o «pedazo de naturaleza» a un ser humano; la ley le llama «instrumento», lo que no es, en realidad, sino la descripción del mismo fenómeno desde otra perspectiva: desde la perspectiva de su posibilidad de utilidad o no. Sin embargo, hay autores que se muestran en contra de la terminología «instrumento mecánico», por ejemplo, desde KLOKE, Werner, *Der strafrechtliche Täterbegriff, tesis doctoral inédita*, Marburg, 1933, p. 34, hasta, hoy día, KÜPPER, GA 1998, cit., p. 520. Así, también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1969, cit., p. 468: «Que el concepto de autor mediato se reserve [...] para las hipótesis en las que el instrumento es una persona humana, está plenamente justificado (entre otras razones) por el motivo emocional que impele a repudiar una plena equiparación entre la persona intermedia y las cosas interpuestas de que se vale el autor».

(64) Sin cursivas en el original.

(65) Confirmada por la STS de 17 de marzo de 1979. En el mismo sentido, la de 12 de mayo de 1971: «mero instrumento», «obediente» al plan del hombre de delante, «simples instrumentos ciegos para la perpetración ejecutiva».

(66) Cercano a esta posición, por ejemplo, BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 454 s., 462; quizá, también, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., p. 249, para quien toda autoría mediata encierra, a la vez, la forma de participación de la cooperación necesaria; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, cit., nota 51 en p. 727; HOEGEL, *ZStW* 37 (1916), cit., pp. 667 ss. Sobre la discusión,

Así pues, para la existencia de autoría es indiferente que el autor se sirva (67), de fuerzas ciegas de la naturaleza como la fuerza del agua —que provoque una inundación, *v. gr.*, mediante la rotura de una presa— o de otras fuerzas de la naturaleza, como la fuerza del propio hombre que es utilizado a modo de instrumento, que —como hombre y no como *persona*— (68) es, indudablemente, también sólo naturaleza (69). ¿Por qué habría de diferenciarse entre un instrumento humano y otro que no lo es, si *en su cualidad de instrumentos* ambos —el humano y el no-humano— *son iguales* y en el mismo momento en el que el instrumento humano dejase de ser simplemente objeto para convertirse en *persona* dejaría de ser también instrumento? El hombre como instrumento no es más que un *factum* sin cualidad jurídica alguna, que es utilizado por el hombre de atrás sin que esto tenga consecuencias especiales en relación a otros casos de autoría.

Quizá —pese a su extensión— sea conveniente recordar en este contexto unas antiguas palabras del jurista alemán Wachenfeld, que, aun tras el paso de los años, no han perdido en absoluto actualidad. «La esencia del Derecho penal no permite la representación en la comisión de un delito; ni la responsabilidad, ni la

cfr. SIMONS, H., *Die mittelbare Täterschaft und ihr Verhältnis zur Teilnahme*, GS 101 (1932), pp. 241 ss., quien —a mi entender, acertado— rechaza tal posibilidad; véase además, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., p. 59; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 80.

(67) Lógicamente, para poder imputar el resultado al hombre de atrás, no basta con que el hombre de delante sea un instrumento, sea mero factor natural-causal, sino que además el hombre de atrás habrá de ser competente respecto de ese defecto del hombre de delante; este aspecto, sin embargo, no interesa para la discusión que se está llevando a cabo en este estudio.

(68) Me estoy refiriendo al concepto de «persona» en sentido hegeliano; cfr. al respecto SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 58, con más referencias bibliográficas en nota 21.

(69) Probablemente, contra esto se alegrará que existen casos en los que no podría considerarse que el hombre de delante actúe como una simple cosa. Ejemplo: para conseguir librarse de un vecino molesto, alguien consigue mediante la presentación de una denuncia y pruebas falsas que un juez dicte su prisión provisional: delito de detención ilegal (art. 163 CP) en autoría mediata por parte del que presentó la denuncia. Sostener aquí que el instrumento, el juez que dicta la resolución equivocada, es una mera cosa, parece ir demasiado lejos. Pero lo cierto es que en referencia al delito de privación de libertad en el que es instrumentalizado, el juez sí ha de ser considerado como un mero factor causal al modo de un simple elemento natural. Si esto no fuese así, no podríamos afirmar tampoco la autoría mediata. Evidentemente, en casos límite, se puede discutir y dudar si el hombre de delante es realmente un instrumento, si es naturaleza, etc., o no, pero esto no influye en el criterio descrito en el texto: el hombre de delante ha de ser mera naturaleza —no persona— para que haya autoría mediata.

punibilidad por culpa ajena. Por ello, en su ámbito es imposible plantear la cuestión del Derecho civil de si un hombre ha actuado en nombre propio o en nombre de tal o cual persona. Sólo se puede plantear la cuestión de si en el comportamiento del actuante éste ha obrado en realidad *como persona*. Lo normal es que así sea, y que el hombre que ha causado un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico responda por ello personalmente. Pero también es posible que la *persona pase a segundo término* [...] de tal manera que se convierta en un instrumento en la mano de otro. Cuando esto ocurre, se puede fundamentar la autoría de éste último». Y es que «el Derecho contrapone *persona* y *cosa*. Esta diferencia no procede de la esencia misma de *persona* y *cosa*, sino que se establece desde fuera. Es una diferencia meramente jurídica. Desde el punto de vista de la vida corriente, se entiende por cosas tan sólo los objetos inanimados. Pero la ciencia jurídica va más allá y considera también al animal como cosa. Incluso el hombre puede ser cosa en sentido jurídico, como lo demuestra la posición jurídica del esclavo en Roma. Los animales y los esclavos son, desde el punto de vista jurídico, cosas. *El hombre libre conserva su personalidad. Pero esto no impide que, en una acción concreta, su actuar, su movimiento corporal, se muestre exclusivamente como el movimiento de una cosa* [...] Cuando un hombre en un hecho concreto tiene las características de una cosa animada, entonces tiene naturaleza de instrumento en relación con ese hecho y un tercero puede servirse de él» (70).

Desde la actual dogmática de la autoría mediata, basada en el principio de la autorresponsabilidad, también las conclusiones han de ser las mismas: se ha de afirmar una total equiparación entre el instrumento humano y el no humano, lo cual significa una total equiparación entre la autoría mediata y la inmediata. En efecto, si el hombre de delante es libre, no será posible afirmar una situación de autoría mediata, pues un hombre libre no actúa instrumentalizado (principio de autorresponsabilidad); en cambio, si se afirma la calidad de instrumento del hombre de delante, es indudable que habrá de ser equiparado con un instrumento no humano, pues entonces no habrá actuación libre. Como ha resumido con acierto Gallas: «La utilización de un instrumento que actúa dolosamente

---

(70) WACHENFELD, F., *Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug*, ZStW 40 (1919), pp. 30 ss., 129 ss., 321 ss. (cita: pp. 129 s.; sin cursivas en el original); la cita es impecable a pesar de ser este autor partidario de la teoría formal objetiva de la autoría (cfr. al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, pp. 417, 446).

pero sin libertad [...] fundamenta la autoría mediata. Por contra, hay que negar un dominio del hecho fundamentador de autoría mediata de aquel que da lugar al delito cuando el actuante inmediato es totalmente responsable [...] Un comportamiento no puede aparecer a la vez como libre y como dominable por un tercero, esto es, como no libre» (71)(72).

Por último, también del tratamiento que la doctrina ha dado a las relaciones entre la coautoría y la autoría mediata se puede inferir la equiparación entre la autoría mediata y la inmediata, pues también en este contexto se ha afirmado rotundamente por la doctrina mayoritaria el carácter de mero factor causal instrumental del hombre de delante en la actuación por medio de otro. En efecto, a aquellas voces que han sostenido que la coautoría constituye una combinación entre autoría mediata e inmediata, o un supuesto de autoría mediata recíproca (73), se ha replicado –correctamente– que en la coautoría ningún coautor actúa como mero nexo causal sin responsabilidad al

---

(71) GALLAS, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p. 99; cfr., asimismo, ROXIN, TuT, cit., pp. 143 ss., 170 ss., 196; GONZÁLEZ RUS, Juan J., «Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría», en: *Problemas de autoría* (Dir.: Bernardo del Rosal Blasco), publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, noviembre de 1994, Madrid, p. 102; M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., pp. 86, 57 s.; HEGLER, *Richard Schmidt FS*, cit., p. 61; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 12 s., 24; el mismo, *Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums* –BGH 35, 347–, Jura, 1990, pp. 18 ss. (p. 22); KÜPER, Wilfried, *Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, Zugleich zu BGH 15.9.1988, 4 StR 352/88 («Katzenkönig» Urteil)*, JZ 1989, pp. 935 ss. (p. 947); SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, cit., pp. 91 ss. Cfr., también, STS de 15 de junio de 1994 (FJ 5.º *in fine*). Referido al tema del suicidio –autoría mediata dependiendo de si el hombre de delante, suicida, actúa o no con libertad–: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, 1987, I, pp. 955 ss. (p. 963).

(72) Precisamente por ello, las pocas excepciones que se pretenden al principio de que cuando el hombre de delante actúa con libertad no hay autoría mediata (autoría mediata en casos de error sobre el concreto sentido de la acción y en supuestos de dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder) son muy debatidas; subrayado acertadamente por PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., p. 290.

(73) Cfr., por ejemplo, BAUMANN, Jürgen, *Täterschaft und Teilnahme*, JuS 1963, pp. 85 ss. (p. 85); SAX, Walter, *Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission*, ZStW 69 (1957), pp. 412 ss. (pp. 434 s.); LANGE, *Der moderne Täterbegriff*, cit., pp. 58 s. Sobre esto, véase también PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., pp. 146 s.; caso distinto es el de la denominada «coautoría mediata», cfr. al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 2000, cit., p. 4.



servicio del otro coautor (74) o, lo que es lo mismo, se ha argumentado –para delimitar autoría mediata de coautoría– precisamente en base al aquí defendido carácter de mero factor natural del instrumento. En definitiva, la conclusión es nuevamente la misma: siendo el hombre de delante mera naturaleza, un mero objeto, él mismo es equiparable a los otros objetos que pueda usar el autor «por sí solo» para la realización del hecho; se llega con ello también desde este punto de vista a la equiparación normativa entre la autoría mediata y la inmediata.

## VIII. AFIANZAMIENTO DE LAS TESIS OBTENIDAS, EN DISCUSIÓN CON NUESTRO MONOGRAFISTA SOBRE EL TEMA: JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA

Lo cierto es que, como ya se hizo referencia al comienzo de este estudio, las conclusiones a las que hemos llegado no han tenido todavía demasiada acogida entre la doctrina mayoritaria. Por eso –la lucha contra el consenso establecido es siempre más dura–, parece lógico que nos detengamos todavía unas páginas en profundizar lo hasta ahora argumentado. Para ello, nada más adecuado que hacerlo, en discusión científica, a la luz de las afirmaciones de Hernández Plasencia, monografista de la autoría mediata en España, en cuyo exhaustivo e inteligente estudio se ha alineado –al menos en lo referente a la separación entre autoría mediata e inmediata– junto a la doctrina mayoritaria.

### 1. Sobre el concepto de ejecución típica en la denominada autoría mediata

Hernández Plasencia reconoce que si bien la autoría mediata presenta un elemento común con la autoría directa, el dominio del hecho, «la diferencia que marca a la autoría mediata» residiría «en la *no completa ejecución del tipo por el sujeto de atrás*, pues la lesión del bien

---

(74) WELZEL, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss. (p. 550); el mismo, *Lehrbuch*, cit., p. 107; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 2000, cit., p. 5; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, p. 399; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, pp. 207, 208 s. Más referencias *pro et contra* en PUPPE, Ingeborg, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, pp. 101 ss. (nota 43 en p. 112) y, últimamente KÜPPER, GA 1998, cit., pp. 522 s.

jurídico en los casos de autoría mediata» sería «producto, al menos, de dos comportamientos humanos» (75). Profundizando en este argumento de la *ejecución del tipo*, Hernández Plasencia sostiene que, en ocasiones, el hombre de atrás no ejecutaría absolutamente ninguno de los elementos del tipo: «[...] el autor mediato en muchos supuestos no realiza actos ejecutivos, por ejemplo, cuando el instrumento no es a la vez víctima del delito; así, el que coacciona a otro para que comience a reunir leña con la que posteriormente le obligará a que incendie una casa, no está comenzando a incendiar, sino a preparar la acción de incendio» (76). También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en ocasiones en parecido sentido –si bien referido a la antigua regulación de la autoría–. Así, sería autor inmediato «la persona que ejecute directa y personalmente el delito», mientras que «merecerá la estimación de autor mediato», el que «sin efectuar dicha actividad, causa, sin embargo, el resultado, sirviéndose de otra persona como medio o instrumento para la *perpetración ejecutiva* [...]»; el hombre de delante no sería «ejecutor», sino «aparente y material realizador» (77).

A mi juicio, sin embargo, el sujeto de atrás *ejecuta* indudablemente el tipo por completo (78), puesto que de otra forma en ningún caso podría ser condenado como autor (79). El hecho de que desde un punto de vista naturalista no «ejecute» nada, no posee ninguna relevancia para la valoración normativa del suceso (80). ¿Dudaría alguien

(75) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 88, 87 ss.

(76) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 102. La idea de que el hombre de atrás «no ejecuta» tiene, por lo demás, una gran aceptación; por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en: *Comentarios al nuevo Código penal*, Dir.: el mismo, comentado además por: Fermín Morales Prats, José Manuel Valle Muñiz, José Miguel Prats Canut, José María Tamarit Sumalla y Ramón García Alberó, Pamplona, 1996, p. 303; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 2000, p. 5.

(77) STS de 12 de mayo de 1971 (sin cursivas en el original).

(78) Sólo en el ejemplo propuesto por Hernández Plasencia no: en el caso del incendio, el hombre de atrás no lleva a efecto ningún tipo de «actos ejecutivos», pero, esto entiendo que no tiene nada que ver con el hecho de que actúe a través de un instrumento –como sostiene Hernández Plasencia–; en efecto, tampoco quien directamente, sin instrumento alguno, comienza a reunir leña para luego incendiar, «está comenzando a incendiar», sino únicamente está empezando «a preparar la acción de incendio».

(79) Como aquí, con más referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Autoría y participación», *La Ley*, 2-1996, pp. 1283 ss. (p. 1286), si bien él entiende que, debido al tenor literal de algunos tipos, la aquí defendida equiparación material entre la autoría mediata y la inmediata no existe en general, por ejemplo, en los delitos denominados de propia mano.

(80) La única especialidad podría ser quizá, que a causa de la lejanía –fenomenológica, que no normativa– existente entre autor y resultado, el juicio de imputación del resultado es probablemente más complejo de explicar a un lego, como también ocurre, por ejemplo, con la comisión por omisión.

de que la madre que deja morir a su hijo de hambre –en el clásico ejemplo– ha ejecutado el tipo penal del homicidio (art. 138 CP), a pesar de que –al igual que en el caso del autor mediato– ella tampoco ha «ejecutado» nada desde un punto de vista naturalista? Obviamente no, pues dudar que la madre *ha ejecutado*, sin negar a la vez su punibilidad –de todo punto innegable–, sería tanto como decir que la madre es autora y que hay una víctima, a pesar de que nadie *ejecutó* el tipo del homicidio.

Pues bien, en los supuestos de autoría mediata habrá que concluir, por los mismos motivos, que el hombre de atrás *ejecuta*. Y es que, de seguirse la doctrina del Tribunal Supremo antes referida, en los casos de autoría mediata el delito extrañamente no habría sido ejecutado, en verdad, por nadie, pues el hombre de delante «realiza», en tanto que el de detrás –se dice– no ejecutaría. En este sentido, Díaz y García Conlledo, a pesar de no ser partidario de una equiparación entre autoría mediata e inmediata, ha señalado –acertadamente– que «cuando un sujeto domin(a) la voluntad de otro que físicamente, de propia mano, reali(za) una acción de las que se consideran ejecutivas», no hay «ningún problema para decir que el sujeto dominante ha realizado (mediatamente) esa acción, que, obviamente, no dejará de ser ejecutiva». Y continúa: «Si dijéramos que el autor mediato no ejecuta, ¿cómo podríamos castigar al cómplice de este autor mediato? Desde luego no siempre como cómplice en la ejecución del hecho realizado directamente por el ejecutor inmediato, pues éste, en muchos casos de autoría mediata actúa de forma no típicamente antijurídica; ¿habría que absolver por este motivo al cómplice? Nadie defendería tal cosa, lo que demuestra que el cómplice coopera en la ejecución del hecho que realiza el autor mediato, o sea, que el autor mediato ejecuta, aunque no de propia mano» (81). Me limito pues, con los argumentos *supra* defendidos, a suscribir estas palabras.

Para evitar tener que afirmar que el hombre de atrás «ejecuta» el tipo, un sector doctrinal habla de una manera más general de la «realización del tipo» por parte del autor mediato (82). Entiendo que esto

(81) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, cit., pp. 477 s.

(82) ASÍ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito, Derecho penal, Parte general*, 1.ª ed., Madrid, 1984 (hay ediciones posteriores), p. 141; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, cit., p. 476, quien habla de que el hombre de atrás «realiza el tipo» –únicamente esto sería lo relevante–, aunque no lleve a efecto la «ejecución física (directo-corporal)», que carecería de importancia; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, cit., p. 479, entienden que «realizar» es más amplio que «ejecutar» y que por ello en la nueva redacción del CP sí cabe la autoría mediata; más referencias bibliográficas en HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 98 ss.

no pasa de ser más que una cuestión meramente terminológica, sin ninguna trascendencia práctica: quien «realiza» la ejecución del tipo mediante otro, «ejecuta» también el tipo, siendo lo demás un apego innecesario a criterios naturalistas. También esta opinión encuentra ya apoyos en nuestra doctrina. González Rus por ejemplo, ha señalado que las dos posturas que aquí se están analizando, la que defiende que el autor mediato «ejecuta» y la que prefiere decir que «realiza» el tipo, no son en absoluto incompatibles: «también quienes insisten en la idea de *realización* del tipo», dice, «lo hacen para llegar a la conclusión de que la misma no necesita la ejecución de propia mano, que es precisamente el punto final de la argumentación –más fundamentada, a mi juicio– de quienes insisten en que el autor mediato *ejecuta* el hecho, puesto que ejecución no significa ejecución de propia mano» (83). El propio Hernández Plasencia ha señalado que, en su concepción de la autoría mediata, «un sujeto (no responde) por lo que hace otro, sino por lo que él realiza mediante o a través de otro» (84), lo cual parece confirmar –como aquí se sostiene– que el hombre de atrás no responde por la ejecución ajena, sino que él mismo ejecuta, si bien mediante o a través de otro. En otras palabras, no se imputa un hecho de otro (una ejecución ajena), sino uno propio ejecutado a través de otro (85).

---

(83) GONZÁLEZ RUS, *Autoría*, cit., p. 108 (cursivas en el original).

(84) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 125.

(85) Esclarecedoras en su sencillez argumental resultan de nuevo las palabras de WACHENFELD ya en 1919 (ZStW 40, cit., pp. 149 ss.): «Se entiende como un axioma del Derecho penal que el autor tiene que haber llevado a cabo una parte de la acción ejecutiva. Que él solo efectúe la totalidad de la acción ejecutiva no es necesario. En la [...] coautoría tenemos un ejemplo en el que la realización de una parte de la acción ejecutiva fundamenta la autoría [...] Sin embargo, sin que el sujeto haya realizado aunque sea una pequeñísima parte de la actividad criminal por sí mismo, no puede ser autor. Esta premisa rige para toda forma de autoría, también para la autoría mediata, puesto que ella no es otra cosa, en definitiva, sino autoría. No obstante, parece, al menos a simple vista, que no es el autor mediato, sino el instrumento, quien realiza la acción ejecutiva. Así, es este último el que echa mano del bien ajeno, o descarga el arma de fuego. Pero un estudio más detenido demuestra que el intermediario es sólo intermediario e instrumento. Allí donde se utiliza un instrumento, sólo podemos establecer mediante un análisis más detallado del contexto causal, si podemos reconducir el resultado criminal a una determinada persona. No resulta claro sin más que el perro que se lleva cosas del establecimiento lo haga por orden del amo, ni si la carga que ha hecho explosión mediante electricidad fue accionada intencionadamente por el criminal. Sin embargo, sin duda estamos allí ante un hurto y aquí ante un asesinato, a pesar de que el autor ni ha tocado los objetos hurtados, ni el artefacto explosivo mortal. Nadie duda de que el autor en un caso ha sustraído y en el otro ha matado. Él mismo ha ejecutado la actividad criminal por cuanto ha utilizado un instrumento [...] Sin tocar

## 2. De nuevo: intervención de la víctima (autolesión) e intervención del autor (mediato)

Anteriormente vimos que en la discusión entre la autoría mediata y la inmediata, parte de la doctrina distinguía una u otra forma de autoría atendiendo a cómo se había producido la lesión del bien jurídico en el caso concreto y, sobre todo, a si la víctima había intervenido o no en el suceso (86). Aunque dicha distinción, como se puso de relieve, carece, entre otros defectos, de la exactitud que debería tener, se puede resumir —de nuevo— como sigue: si la lesión se produjo porque el autor acerca o crea una «fuente de peligro» a la víctima sin intervención de ésta, como en el ejemplo de aquel que daña las vías por las que habrá de pasar un tren, se trataría de autoría inmediata; en cambio, si lo que hace el autor es instrumentalizar a la víctima de tal forma que sea ésta la que se «acerque» al peligro de una manera, digamos, participativa, por ejemplo, cuando la víctima bebe el café envenenado, estaríamos ante autoría mediata. Hernández Plasencia, si bien mediante una concepción ciertamente más elaborada (87), se suma en el fondo también a esta posición.

---

el botón de la batería eléctrica no se inicia la descarga eléctrica que finalmente conduce a la explosión de la bomba; sólo a la señal del amo cobra el perro la presa [...] Pues bien, allí donde el autor utiliza como instrumento a un hombre, él deja que su intención surta efecto como en el caso de los otros instrumentos [...] Él mismo sustrae cuando impone su voluntad al inimputable, al que yerra, al coaccionado, en el mismo momento en el que el intermediario actúa según su voluntad (la del hombre de atrás)».

(86) Cfr. *supra* III.

(87) Y así, para afirmar autoría mediata, no sólo será necesario que la víctima actúe, sino que dicha actuación no debe venir recogida en el tipo, ser siempre imprescindible para lesionar el bien jurídico, etc. (véase, *v. gr.*, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 92, 85 ss. y a continuación en el texto). HERNÁNDEZ PLASENCIA, a modo de resumen, señala (ídem, p. 121): «... debemos concluir que no toda instrumentalización es idónea —como hemos visto con la autoinstrumentalización, la fuerza irresistible o una instrumentalización prevista expresamente en el tipo— para la aparición de los casos de autoría mediata; sólo aquella que le otorgue el dominio del hecho cuando actúa el instrumento bajo la influencia directa o indirecta del sujeto de atrás. Esta influencia sobre el instrumento provoca que éste actúe en la forma querida por el sujeto de atrás y que el instrumento haya actuado de esa forma precisamente debido a la influencia que ha ejercido sobre él el sujeto de atrás».

A continuación —en el texto— se analizará críticamente el sistema propuesto por Hernández Plasencia. Sin embargo, respecto de los casos de fuerza irresistible, donde él entiende que no habría autoría mediata, se puede discrepar, con base en lo ya expuesto a lo largo de este trabajo: si —con Hernández Plasencia— sólo hay autoría mediata cuando «la instrumentalización [...] otorgue el dominio del hecho» al hombre de atrás, «cuando actúa el instrumento bajo la influencia directa o indirecta del sujeto de atrás», *v. gr.*, cuando el hombre de delante tiene capacidad de acción pero

Así, respecto del primero de los supuestos (falta de intervención de la víctima: autoría inmediata), Hernández Plasencia sostiene que si A obliga violentamente a B a soportar heladas, A será autor inmediato del delito correspondiente (lesiones, homicidio, etc.), pues «aunque (el sujeto) no controla el fenómeno natural en sí (las heladas), sí controla *directamente* que la acción del fenómeno natural recaiga sobre la víctima»; la inmediatez de su autoría se inferiría también de que «los fenómenos naturales no matan, ni ejecutan actos del delito de homicidio, sólo producen determinados resultados, que el Derecho no desvalora, porque no los prohíbe» (88).

Pues bien, sin querer dudar aquí de que en el caso señalado estamos ante autoría inmediata, lo cierto es que la argumentación empleada parece que puede predicarse igualmente de todos los instrumentos, es decir, no sólo de los no humanos –como Hernández Plasencia hace–, sino también de los humanos, lo cual demuestra de nuevo la uniformidad de todo tipo de instrumentos, con la consecuencia de la aquí sostenida absoluta equiparación normativa entre la autoría mediata y la inmediata. En efecto, como se ha dicho, en tanto una persona se encuentre instrumentalizada –o en la medida en que se encuentre instrumentalizada– (89) será también *un mero factor natural* –igual que las heladas–. Un inimputable, o una persona en error –en lo que atañe al error–, se puede equiparar a un fenómeno natural

---

actúa con un error, ¿cómo no habría de haber autoría mediata precisamente en los casos en donde el sujeto ni tan siquiera tiene capacidad de acción?, ¿es que allí no hay dominio del hecho ni el instrumento se encuentra (no actúa) bajo la influencia directa del hombre de atrás?; ¿por qué negar que el hombre de delante se encuentra bajo la influencia directa del sujeto de atrás cuando es empujado contra un escape? Con estas preguntas, más que querer nosotros cualificar estos supuestos como de autoría mediata, lo que se quiere resaltar es, nuevamente, que la autoría mediata y la inmediata en estos y en otros casos son imposibles de diferenciar, ya que son normativamente equivalentes.

(88) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 122 con nota 202 (sin cursiva en el original).

(89) Ya vimos *supra*, en una nota a pie de página, que el instrumento puede obrar en parte con sentido, pero si es instrumento, siempre habrá una parte de su obrar que no lo posea, precisamente la parte en la que se encuentra instrumentalizado. Así, como ya se dijo *supra*, el comportamiento del juez que dicta sentencia injusta en materia penal, engañado por una de las partes, es cierto que posee sentido en general, que su actuar no es equiparable al de un inimputable, pero no lo es menos que en la parte en la que él resulta instrumentalizado, en la parte en que yerra, no se comporta sino como si fuese naturaleza, sin sentido jurídico penal: si no fuese así, también en esa parte la sentencia sería irrevocable. Aun cuando el juez respondiese por una prevaricación imprudente (art. 447 CP), de todas formas, habría una parte de su comportamiento que no posee sentido. Cfr. al respecto JAKOBS, GA 1997, cit., pp. 560 s. y *passim*.

—a las heladas del ejemplo—: ellos tampoco «matan», ni «ejecutan actos del delito de homicidio», sino que «sólo producen determinados resultados», por parafrasear a Hernández Plascencia. Si se quiere negar este carácter de *mero factor natural*, entonces habrá que ser consecuente y, a la vez que se niega esta cualidad, habrá que imponer una pena —por el mismo delito y título que al hombre de atrás— al inimpunable o al que como simple eslabón causal obró con error (90).

También respecto del segundo de los supuestos antes mencionados, respecto de los casos en que la propia víctima «se acerca» al peligro a causa de un engaño, se ha manifestado Hernández Plascencia. Se trataría, como sabemos, de aquel caso en que la víctima bebe el café envenenado: puesto que «tomarse el veneno es más peligroso para el bien jurídico que colocarlo en la taza» (91), esto es, «lo importante y esencial es que el instrumento (la víctima) actúe» (92), habría *autoría mediata*. Tan sólo no habría autoría mediata cuando «desde un punto de vista ontológico» la actuación del pretendido instrumento *a)* aparezca «recogida específicamente en el tipo delictivo», o *b)* resulte «*siempre* imprescindible para que la acción del sujeto de atrás pueda lesionar típicamente el bien jurídico»; en otras palabras, cuando sea siempre condición del resultado. Por ello, no habría autoría mediata cuando la víctima lee la carta injuriosa, y no la habría tampoco cuando alguien espera a que llegue la víctima para dispararle: «[...] la lesividad de la acción del sujeto que dispara no se desprende de lo cerca que está la víctima del agresor, sino del disparo, y condición del tipo de homicidio en autoría directa no es que la víctima se encuentre cerca del homicida, sino que la acción de éste por sí sola produzca el resultado de muerte, según el curso causal que haya elegido». En general «si la acción del sujeto de atrás es inidónea por sí sola, haga lo que haga el instrumento [,] para producir la lesión del bien jurídico y a no ser que la actividad de la otra persona se halle contenida expresamente en el tipo, entonces habrá que acudir a la autoría mediata, pues el sujeto no habrá realizado por sí

---

(90) Esto chocaría contra nuestro principio de culpabilidad. Sí hubo, en cambio, sociedades que impusieron penas incluso a instrumentos inanimados, a partes de la naturaleza, etc.; cfr. al respecto: VON HENTIG, Hans, *Die Strafe*, tomo I: *Frühformen und Kulturgeschichtliche Zusammenhänge*, Berlín y otras, 1954, pp. 19 ss.; KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität, Eine soziologische Untersuchung*, Den Haag, 1941, § 15 s., 17 ss.

(91) HERNÁNDEZ PLASCENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 93.

(92) Aquí y en lo siguiente, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 92, con nota 101.

mismo el tipo penal, no habrá matado directamente, sino a través de la actuación de otras personas» (93).

Pero, igual que anteriormente vimos que los criterios y presupuestos que según Hernández Plasencia conducían a afirmar autoría inmediata se cumplían, en realidad, también en casos en los que habitualmente se afirma autoría mediata, los criterios y presupuestos que se acaban de exponer y que –pretendidamente– conducen a autoría mediata, son igual de aplicables a lo que se supone que son excepciones y que por tanto deberían clasificarse como casos de autoría inmediata.

Así, según Hernández Plasencia, cuando la víctima lee la carta injuriosa estaríamos ante autoría inmediata. Sin embargo, en el delito de injurias, la actuación del instrumento ni «aparece específicamente recogida en el tipo», ni «siempre es imprescindible para que el sujeto de atrás pueda lesionar el bien jurídico». En las injurias verbales –sin mediar carta–, por ejemplo, esto no es así. Probablemente se arguya que, también en estas últimas, siempre sea necesario que *otra persona* lea, escuche (etc.) las expresiones injuriosas –la necesidad de la actuación de otra persona sí estaría por tanto incluida en el tipo– (94), pero esto sería a mi juicio tan poco convincente como argumentar –desde la teoría de la autoría mediata– que cuando se engaña a un inimputable para que se mate, no estamos ante un homicidio en autoría mediata, porque siempre es necesario que la víctima esté con vida y no se suicide antes del engaño –esto es, aquí también siempre sería necesaria «una actividad de la otra persona (el instrumento) que siempre está incluida en el tipo (no matarse antes, no dejarse morir de hambre, seguir viviendo, etc.)».

Tampoco el ejemplo del disparo, a mi juicio, puede convencer. En este caso, Hernández Plasencia sostiene autoría inmediata, lo cual parece plausible. Pero, según los presupuestos del propio Hernández Plasencia –en general, los presupuestos de la doctrina mayo-

---

(93) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 93.

(94) Por lo demás, si a lo que se refiere Hernández Plasencia con el ejemplo de las injurias es, en cambio, a que siempre cuando se trate de una carta injuriosa –¡en esta forma de comisión!– hace falta un sujeto de delante para leerla y, por tanto –al ser la actuación del instrumento *en ese caso* imprescindible– no habría autoría mediata, tampoco la habría –en contra de la opinión mayoritaria y, probablemente, de la del propio Hernández Plasencia– en el clásico supuesto de quien mata a su víctima engañando a un cazador (diciéndole que es un animal, etc.), pues aquí –¡en esta forma de comisión!– también siempre haría falta ese instrumento –el cazador que dispara–, igual que en el supuesto de la carta hace falta siempre como instrumento la propia víctima que lee la carta.



ritaria—, en este caso también sería perfectamente posible hablar de autoría mediata (95). En efecto, también en el caso del disparo la conducta de la víctima, su actuación, es «condición del resultado», «se encuentra dominada por el sujeto de atrás» y «no aparece específicamente recogida en el tipo», ni «resulta siempre imprescindible para la acción del sujeto de atrás» —lo que daría lugar a autoría mediata según Hernández Plasencia—. A nuestro entender, en contra de lo que cree Hernández Plasencia, si el hecho de que la víctima se acerque en este caso no fuese condición del resultado de muerte, entonces se podría afirmar el resultado de muerte sin que ésta se acerque o, *ad absurdum*, sin víctima. Además, la lesividad de un disparo parece que siempre depende de lo cerca que esté la víctima: un disparo con una escopeta a escasa distancia se encuentra jurídicamente desaprobado, si la distancia es mucho mayor, no dará lugar probablemente más que a una tentativa, y si la distancia es de varios cientos de kilómetros, dicho comportamiento —por no ser comunicativamente relevante— no alcanzará ni tan siquiera la calificación de tentativa, siendo, sin más, impune (tentativa irreal). En suma, si —con Hernández Plasencia— se sostiene que cuando «la acción del sujeto de atrás es inidónea por sí sola [...] para producir la lesión [...] y a no ser que la actividad de la otra persona se halle contenida expresamente en el tipo, entonces habrá [...] autoría mediata» (96), el caso del disparo también podría ser clasificado como un supuesto de autoría mediata: un disparo a una persona que, mediante engaño, no se ha acercado a la distancia de tiro del autor es, por sí, inidónea para producir el resultado de muerte y, por lo demás, la actividad de acercarse no se encuentra recogida en el tipo de homicidio (puede que sea el autor quien se acerque a la víctima).

No es necesario seguir discutiendo estos casos. Tampoco yo creo que merezca la pena calificar el supuesto del disparo u otros parecidos como de autoría mediata (97). Pero la discusión sí resulta válida

---

(95) Véase al respecto ya, *supra*, los puntos III y IV.

(96) HERNÁNDEZ PLASENCIA, como en la cita anterior, *La autoría mediata*, cit., p. 93.

(97) Ante opiniones parecidas a la expuesta —aunque no hayan ido tan lejos—, arguye Hernández Plasencia que la distinción entre autoría mediata e inmediata sería «de importancia capital, porque si no se vaciaría de contenido la autoría inmediata»; si se pudiese «llamar autor mediato al sujeto que únicamente se vale de las fuerzas de la naturaleza para cometer el delito», continúa, «entonces ¿a quién denomina(ríamos) autor directo?». Además, añade: «La preocupación por delimitar la autoría mediata de la inmediata es muy loable, pues demuestra la necesidad de esta figura dogmática y los límites de la autoría directa [...]». (HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 89).

y fructífera para demostrar, de nuevo, que los intentos de separación radical entre autoría mediata e inmediata están condenados al fracaso. Los mismos supuestos se pueden calificar, sin excesivas dificultades y sin forzar conceptos, ni definiciones, como de autoría mediata o inmediata, indistintamente. El propio Hernández Plasencia, a pesar de su rechazo a la igualdad normativa entre ambas formas de autoría, ha admitido *de facto* en otras partes de su profundo estudio, que dicha equivalencia existe, y que, para la solución de diversos problemas, no puede ser olvidada. Así, al comienzo de su monografía, señala que «la autoría mediata debe estar, al menos, en una relación de equivalencia valorativa con la ejecución de propia

---

A mi juicio, tales aserveraciones pueden ser rebatidas. Respecto de lo primero, lo dicho por Hernández Plasencia concierne en realidad tan sólo un problema terminológico, que no afecta en absoluto al transfondo de lo aquí defendido. No se trata de llamar autor mediato al «sujeto que únicamente se vale de fuerzas de la naturaleza», ni de vaciar de contenido la autoría inmediata, sino de poner de manifiesto, a la luz de estas comparaciones, la equivalencia normativa existente entre las dos formas de autoría. La cuestión terminológica, aunque, como tal, es *de todo punto contingente* e irrelevante, podría quedar a mi juicio –algún nombre hay que dar a las cosas– de la siguiente manera: puesto que el propio CP en el artículo 28 ha seguido –como residuo histórico que llega ahora al texto legal– la clasificación fenomenológica «por medio de otro del que se sirve como instrumento», no habría inconveniente en mantener la terminología actual, que divide la autoría en mediata e inmediata. Sin embargo, sería más consecuente con esta concepción naturalista, en su caso, hacer una distinción entre la autoría inmediata en la que el autor por su cercanía a la víctima haya quebrado el tabú naturalista de «las manos manchadas de sangre», por un lado, y, por otro, la autoría mediata con instrumento humano o no humano (instrumentos mecánicos, animales), en donde tal tabú no se habría quebrado. Sin lugar a dudas, la autoría inmediata resultaría entonces la excepción en la actual sociedad posindustrial. En realidad, como ya indiqué, la discusión no debería centrarse en la pareja «autoría mediata/autoría inmediata», o viceversa, sino en el par «supuestos de imputación/supuestos de no imputación». Sobre la terminología, cfr., también, WINTER, Ernst, *Die mittelbare Täterschaft – insbesondere eine systematische Behandlung der einzelnen Fälle*, tesis doctoral inédita, Münster, 1915, p. 13: «Correcto sería [...] en el supuesto de la denominada autoría inmediata, hablar de autoría con resultado delictivo inmediato, y en el supuesto de autoría mediata, hablar de autoría con resultado delictivo mediato».

Por último, creo que también se puede discrepar de la otra afirmación de Hernández Plasencia cuando sostiene que: «la preocupación por delimitar la autoría mediata de la inmediata es muy loable, pues demuestra la necesidad de esta figura dogmática y los límites de la autoría directa». Y es que la preocupación por delimitar la autoría mediata de la inmediata no demuestra obviamente la necesidad de la figura, sino que la presupone. Quien trata de delimitar dos conceptos no demuestra la necesidad de su existencia separada, sino que evidentemente *la presupone*, faltándole tan sólo fijar los límites exactos entre ambos. Delimitar no es sino señalar con precisión los límites entre dos cosas, cuya existencia separada, pues, se presupone.

mano» (98), y, por lo que se refiere a la cuestión de la ejecución del tipo, relativiza acertadamente la cuestión de la diferencia entre la autoría mediata y la inmediata para centrarse tan sólo en el dominio del hecho: «Las formas de autoría responderían a la idea del dominio de la ejecución del tipo, *con independencia de si el autor ejecuta o no por sí mismo el propio delito*. Lo esencial de la autoría radicaría pues, más que en ejecutar el hecho, en dominar su ejecución. Las formas de autoría y sus límites vendrían dados entonces por la forma de dominar el curso del acontecimiento típico» (99). Pero no sólo en estas cuestiones puntuales y quizá sacadas en parte de su contexto, existiría cierta sintonía entre lo aquí defendido y lo sostenido por Hernández Plasencia –quizás aún sin quererlo–, sino también en el tratamiento de cuestiones de mayor alcance. Veamos al menos dos de ellas a título de ejemplo.

En primer lugar, respecto del comienzo de la tentativa en la denominada autoría mediata (100), en donde aparentemente –según un sector de la doctrina– los criterios de decisión serían distintos y las dificultades mayores por tratarse de un instrumento humano (101), Hernández Plasencia ha señalado: «Debiéramos admitir, como premisa, que la tentativa debe comenzar para el autor mediato de igual forma [...] que para el autor directo, y, esto, no sólo porque *el Código Penal no establece un criterio diferente*, sino por razones de *justicia material*, pues *ambos son autores* e incurrir en la misma responsabilidad penal, con independencia de

---

(98) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 3, aunque puede que se esté refiriendo al mismo aspecto que vimos –y criticamos– *supra* en M.-K. MEYER, en el sentido de que la autoría mediata ha de ser equivalente a la inmediata, como la omisión a la acción. Cfr. también, PÉREZ ALONSO, *Coautoría y complicidad necesaria*, quien en numerosas ocasiones habla de que la autoría mediata «es una forma empírica de estructurar el comportamiento humano para la realización del hecho típico» (v. gr., pp. 170, 200, 202), y en las pp. 379 s. señala: «No cabe duda que esta fórmula legal (art. 28.1.º CP) también desempeña una *función ciertamente aclaratoria* sobre cuáles son las tres formas de autoría en sentido estricto, sobre todo en lo que se refiere a la autoría mediata [...]. De esta forma se disipa cualquier género de duda sobre la verdadera naturaleza de estas dos formas de intervención criminal como auténticas modalidades de autoría, evitando el riesgo de confusión con las formas de participación y, además, superando algunos recelos doctrinales que venían a considerar estas dos figuras como formas de extensión del concepto restrictivo de autor».

(99) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 4.

(100) Cfr. al respecto, por todos, MIR PUIG, PG, cit., 14/61 ss.

(101) En realidad, como se trata de demostrar, no hay dificultades que no puedan encontrarse en los casos de la denominada autoría directa.

cómo llegue a calificarse la forma de autoría para la realización del hecho» (102).

En segundo término, también la defensa que Hernández Plasencia hace de la posibilidad de autoría mediata en los delitos imprudentes, denota que en el fondo está equiparando autoría mediata e inmediata. Así, Hernández Plasencia y otros sectores doctrinales consideran que se ha de calificar como autoría mediata el hecho de una enfermera que, por equivocación, prepara un biberón con una sustancia tóxica, porque cuando ella se lo dio a la madre para que se lo suministrara a su recién nacido (103), la enfermera no produjo directamente la muerte del recién nacido, sino que la acción letal fue llevada a cabo directamente por la madre (104). En realidad, el argumento que se encuentra en la base de esta concepción, en contra quizá de lo que pretenden sus defensores, confirma nuevamente la aquí defendida equivalencia absoluta entre la autoría mediata y la inmediata. Uno de los autores en los que Hernández Plasencia apoya sus argumentos, Rodríguez Mourullo, ha ejemplificado la construcción de la autoría mediata imprudente de la mano de una sentencia del Tribunal Supremo en materia de delitos del tráfico rodado, tradicionalmente considerados de propia mano, con lo cual —aun sin quererlo— ha equiparado ambas formas de autoría precisamente allí donde la doctrina habitualmente la niega (105). La sen-

---

(102) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 105 (sin cursivas en el original).

(103) STS 18 de octubre de 1982.

(104) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 333: Como HERNÁNDEZ PLASENCIA; PÉREZ ALONSO, *Coautoría y complicidad necesaria*, cit., p. 406; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 1999, p. 751; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., p. 294; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, pp. 625 ss., adhiriéndose a la concepción de su maestro, Luzón Peña; LÓPEZ PEREGRÍN, M.ª del Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, nota 86 en pp. 405 s.; SAINZ CANTERO, PG, cit., p. 180; cfr. además CUERDA RIEZU, Antonio, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP*, 1992, pp. 491 ss. (pp. 500 s.). Véase también la STS de 5 de junio de 1957; más referencias a sentencias del Tribunal Supremo en JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 125 s. En contra, por todos, JAÉN VALLEJO, Manuel en: *Código Penal Comentado*, coord. por: Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, Madrid, 1990, p. 119; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 150; véase, también, desde la antigua teoría finalista de Welzel, BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires, 1965, pp. 43, 37 ss. Más referencias bibliográficas en CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., nota 426 en pp. 349 s.

(105) RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1969, cit., pp. 477 ss., 485 ss.; el mismo, *Comentarios al Código Penal*, I, cit., pp. 817 ss.; siguiéndole, GONZÁLEZ RUS, *Auto-*

tencia (106) había condenado como autor de un delito de homicidio por imprudencia temeraria a un sujeto que daba instrucciones a un camionero para que en una operación de descarga fuera reculando con su vehículo, siguiendo el chófer puntualmente las órdenes, sin advertir ninguno de los dos que por detrás pasaba una persona que finalmente resultó aplastada contra un muro. Para Rodríguez Mourullo existiría entre el autor de la imprudencia y el chófer, puesto que este último –según los hechos probados– seguía «puntualmente las órdenes o instrucciones dadas», la típica relación «señor-instrumento» propia de la autoría mediata, por lo que fue autor del delito «a través de mano ajena». Rodríguez Mourullo olvida, pues, por un momento –por lo demás, correctamente–, que según la teoría general de la autoría mediata y la especial del delito de propia mano, autor de un delito en el tráfico rodado es tan sólo aquel que realmente conduce, «el conductor» (cfr. arts. 379 ss. CP). Esto es correcto y a mi entender se apoya, aun cuando Hernández Plasencia no argumente así, en la equiparación existente entre la autoría mediata y la inmediata (107).

## IX. RESUMEN DE CONCLUSIONES

Resumiendo lo dicho, someto a discusión las siguientes tesis:

El tratamiento de la denominada autoría mediata por parte de la doctrina mayoritaria ha de ser replanteado desde una perspectiva puramente normativista, pues mediante dicha figura se intenta dar solución a una cuestión *jurídico-penal* y no a una meramente fenome-

---

*ría*, cit., pp. 114 s.; en contra –la sentencia del Tribunal Supremo sólo se referiría a un homicidio imprudente, y no a la actividad de la conducción– GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 3.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 169 s., así como las referencias bibliográficas en nota precedente.

(106) STS de 5 de junio de 1957.

(107) Un último apunte. Además de todo lo dicho, *no se exponen* por Hernández Plasencia, en definitiva, las *supuestas diferentes consecuencias* que resultarían de la clasificación de un supuesto como de autoría inmediata o como de autoría mediata, por lo que habrá que concluir que, aparte de las meramente expositivas a efectos didácticos, no habrá ninguna otra razón para diferenciar ambas formas de autoría –y, evidentemente, debido a meros motivos didácticos no se pueden extraer consecuencias dogmáticas, como es señalar especialidades para el comienzo de la tentativa en la denominada autoría mediata (a diferencia de en la inmediata), o como es negar la posibilidad de realización en autoría mediata de los llamados delitos de propia mano, etc.

nológica de las ciencias de la naturaleza. La nueva perspectiva a adoptar ha de nacer de una premisa básica, confirmada a lo largo de este trabajo: *la denominada autoría mediata y la autoría inmediata son absolutamente equivalentes en el plano normativo, punto de vista que es, lógicamente, el único que importa al Derecho penal*. Que ambas formas de autoría sean diferentes desde un punto de vista fenomenológico-natural, carece de trascendencia para nuestra ciencia.

Aunque siempre fue ésta una posición minoritaria entre la literatura científica y la jurisprudencia, de todas formas se han podido encontrar algunos ejemplos de voces que han defendido esta posición, si bien muchas de ellas lo hicieron de una forma más bien intuitiva y asistemática. Por lo demás, la tesis que acaba de ser mencionada se ha visto también corroborada tras una revisión crítica de los postulados contrarios a ella de dos importantes monografistas sobre el tema: M.-K. Meyer y José Ulises Hernández Plasencia.

El supuesto clásico en el que la tesis *supra* presentada resulta más claro –aunque hasta ahora esta consecuencia no hubiese sido extraída–, es el de la «autolesión» de la víctima: la víctima que bebe el café envenenado es instrumentalizada por el autor del delito, de tal forma que tanto una autoría mediata, como una inmediata, podrían ser afirmadas sin mayores problemas. Esta conclusión ha de ser generalizada: también la víctima que acude al lugar del asesinato es instrumentalizada –¿autoría mediata?– o el maquinista del tren que conduce la locomotora hasta el lugar preparado por un tercero para su descarrilamiento ha puesto una condición necesaria engañado por el hombre de atrás; de haber sabido la acción del tercero, no hubiera conducido la locomotora hasta el lugar del accidente. No se ha querido con estos y otros ejemplos realizar una extensión desmesuradamente amplia del ámbito de la autoría mediata, sino todo lo contrario: estamos ante una cuestión terminológica –la discusión resulta, en sí, estéril–, pues la autoría mediata y la inmediata son absolutamente intercambiables, en otras palabras, normativamente equivalentes. ¿Por qué habría que diferenciar entre un instrumento humano (que no persona) y otro que no lo es, si en su cualidad de instrumentos, ambos –el humano y el no humano– son exactamente iguales, y en el mismo momento en el que el instrumento humano dejase de ser simplemente objeto para convertirse en persona, dejaría de ser también instrumento? También se ha comprobado que desde la moderna dogmática de la denominada autoría mediata, basada en la autorresponsabilidad, las conclusiones a las que se llega han de ser siempre las mismas: la absoluta equiparación entre la autoría mediata y la inmediata.

se podría ser nunca considerado autor, ni siquiera, lógicamente, autor mediato: se caería en la paradoja de sostener que hay un delito, un autor y una víctima, pero que, en cambio, nadie ha *ejecutado* el delito cometido. Por contra, se ha de afirmar que la imputación al hombre de atrás se lleva a cabo, en definitiva, no por una ejecución ajena —la cual nunca puede tener sentido jurídico-penal por estar instrumentalizada—, sino por una ejecución propia, si bien a través de otro (un instrumento humano, no persona). En todo caso, la discusión sobre si el hombre de atrás ejecuta o, simplemente, realiza, es, de nuevo, una discusión meramente terminológica.

Por todo ello, y como corolario principal de las tesis expuestas, *se ha de replantear tanto la discusión en torno a la tentativa en la llamada autoría mediata, como el tratamiento de los denominados delitos de propia mano*. Hasta ahora, en ambos ámbitos se ofrecían soluciones particulares para la autoría mediata, que les diferenciaban de lo sostenido en la autoría inmediata. En el campo de la tentativa, se discute vivamente cuándo comienza la misma en los casos de autoría mediata, mientras que para los delitos de propia mano se afirma que en los mismos no puede haber imputación al que actuó por medio de otro. Demostrado, en cambio, que la autoría mediata y la inmediata son absolutamente equivalentes desde un punto de vista normativo, cualquier solución dogmática que quiera dar una respuesta diferente a ambas formas de autoría —en el ámbito de la tentativa, en el de los delitos de propia mano o en cualquier otro— debería ser, de seguirse las tesis presentadas en este trabajo, revisada.





# Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO  
Universidad Complutense, Madrid

*A Clara,  
por lo que sabemos.*

**SUMARIO:** Introducción.—Capítulo primero: Dos modelos de Derecho penal: Protección de bienes jurídicos vs. protección de la vigencia del ordenamiento jurídico. I. Modelos genéricos de protección y fines del Derecho penal. II. Fines del Derecho penal y fines de la pena. III. Función directiva de conductas vs. estabilización social. Capítulo segundo: Los fines del Derecho penal. I. Las teorías de la prevención general. 1. Introducción. 2. Criterios de legitimación. A. Legitimación instrumental. B. Legitimación valorativa. 3. Las teorías de la prevención general positiva. A. La misión ético-social. B. El fin de integración. C. La protección de la vigencia de la norma. 4. La prevención general negativa. II. Bases de una teoría liberal del Derecho penal. 1. Liberalismo vs. comunitarismo. A. Introducción. B. Liberalismo político frente a comunitarismo. a) La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social. b) El concepto de persona. aa) Sujeto vinculado vs. sujeto reflexivo. Concepto normativo de persona. bb) Persona como «persona de Derecho» y el respeto a las normas. cc) Persona como «persona del Derecho» y la fundamentación de las normas. c) Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad. 2. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político. A. Presupuestos de un Derecho penal liberal. Consideraciones críticas sobre las teorías de la prevención general. B. Prevención y garantías. Soluciones de síntesis, soluciones de conflicto y el doble fin del Derecho penal. C. Los fines del Derecho penal. Toma de postura. a) Fundamentación de las normas penales. b) El concepto de persona como destinatario de las normas. c) Razones para el respeto de las normas y el problema de la estabilidad. d) El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas. e) Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas. Abreviaturas y Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

A tenor de las implicaciones éticas y filosóficas que el instrumento público de la pena conlleva, la discusión sobre la justificación del castigo obliga al jurista a adentrarse en ámbitos de conocimiento que trascienden el marco propio de la dogmática jurídico-penal, ámbitos que van desde la filosofía a la sociología, pasando por la psicología o la ética. Ello no es, ciertamente, algo novedoso en la discusión sobre la pena: baste citar las despedidas y bienvenidas a Kant y Hegel, o la ya clásica introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal, para cuyo estudio en la actualidad resulta obligado un mínimo contacto con autores como Freud o Luhmann. Más genéricamente, es indudable que los diferentes fines que se han venido atribuyendo al castigo por parte de la doctrina adquieren su origen y justificación de determinados postulados filosófico-políticos. Ello no puede extrañar a quien esté familiarizado con los términos del debate. El castigo penal, dada su terrible incidencia en las libertades básicas del ciudadano, es el más contundente de cuantos medios dispone el Estado para regular y organizar las relaciones sociales. Esa particularidad de la sanción penal, obliga, en primer lugar, a un especial detenimiento en lo tocante a su legitimación desde parámetros ético-políticos: dicho todavía muy genéricamente, la producción de un mal de tal calibre sólo podrá justificarse si ello revierte en un bien mayor. En segundo lugar, será imprescindible, para una discusión sobre la materia consecuente con sus implicaciones políticas, poner de manifiesto y asumir la íntima relación existente entre el modelo de Estado y la concepción sobre el fundamento y fin del *ius puniendi*.

Son esas razones las que me han llevado a intentar enfocar el estudio sobre los fines del Derecho penal desde el actual marco de discusión de la filosofía política, intentando vincular los presupuestos de las diversas concepciones del *ius puniendi* a la oposición entre las doctrinas del *liberalismo* y el *comunitarismo*. Esa oposición, que puede en sus orígenes reconducirse al binomio Kant-Hegel, respectivamente, viene a enfrentar dos formas hasta cierto punto irreconciliables de concebir la justificación y labor del Estado y las relaciones de éste con los ciudadanos, así como las exigencias que debe cumplir una sociedad para aspirar a un grado razonable de estabilidad. A partir de estos dos prismas capitales, la discusión incidirá en cuestiones de tan hondo calado en el Derecho penal como son las relaciones entre Derecho y Moral, las tensiones entre el individuo y el colectivo, la

concepción de la persona como destinatario de las normas, así como, en suma, el trato que el Estado debe dispensar a ésta y la propia justificación del Derecho penal en la sociedad. Si esta perspectiva de análisis de los fines del Derecho penal, no tan novedosa como pudiera parecer, es en algún modo fructífera, debe quedar al juicio del lector. De cualquier modo, considero que cabe hablar de un Derecho penal liberal y de un Derecho penal comunitarista, y que esa caracterización puede servir, al menos, para poner alguna luz sobre las relaciones entre los discursos legitimatorios del *ius puniendi* y sus respectivos ascendentes ideológicos.

En cualquier caso, la adopción de dicha perspectiva en la tradicional discusión sobre los fines de la pena no vendrá a modificar los referentes clásicos de la misma; así, el estudio seguirá la senda habitual del debate, ordenándose en torno a la prevención general negativa y positiva, en lo que a las *teorías de la pena* se refiere, al conflictivo binomio *culpabilidad-prevención*, así como a los *fines del Derecho penal*.

## CAPÍTULO PRIMERO

### **Dos modelos de Derecho penal: Protección de bienes jurídicos vs. Protección de la vigencia del ordenamiento jurídico**

#### I. MODELOS GENÉRICOS DE PROTECCIÓN Y FINES DEL DERECHO PENAL

No es puesto en duda por ningún sector doctrinal que el Derecho penal persigue un fin genérico de *protección*, si bien en lo que ya no existe consenso es en la cuestión de qué es lo que ha de ser protegido. Dos son las alternativas que dan respuesta a esa cuestión: protección de bienes jurídicos o protección (de la vigencia) del ordenamiento jurídico; modelos del *ius puniendi* que, en cualquier caso, representan sólo una aproximación muy genérica a la caracterización de los fines concretos del Derecho penal, por lo que deben hacerse algunas consideraciones previas, en aras de concretar las razones y los contornos de dicha dualidad.

Por un lado, sabido es que la práctica totalidad de la doctrina atribuye al Derecho penal el fin de protección de bienes jurídicos, por lo que parecería superfluo operar con dicha oposición. No obs-

tante, sabido es también que un creciente sector doctrinal persigue ese fin precisamente a través de la protección *inmediata* del ordenamiento jurídico, operando como medio para el fin ulterior de protección de bienes jurídicos y, no obstante, elevándose a fin mismo, si bien intermedio, del mismo, y que otro sector doctrinal, cada vez más en auge, prescinde totalmente del fin de protección de bienes jurídicos.

En segundo lugar, el modelo de la protección del ordenamiento jurídico responde a una determinada concepción material de la labor que debe cumplir el Derecho penal, por lo que su razón de ser atiende a presupuestos valorativos de legitimación. No obstante, dado ese carácter genérico, no explicita todavía cómo ha de ser llevado a cabo dicho fin de protección, cuáles son los efectos concretos que se predican de los medios que el Derecho penal tiene a su disposición —norma y sanción— para llevar el mismo a cabo. En este sentido, debe resaltarse que la teoría de la prevención general positiva, que viene a ser el trasunto del modelo de la protección del ordenamiento jurídico, no es un fin unitario, sino que dentro de la misma pueden encontrarse diferentes comprensiones materiales, inferidas, a su vez, de diversas concepciones filosófico-políticas. Por ello, la concreción del propio fin genérico de la protección de la vigencia del ordenamiento dependerá de cómo se conciba ese ordenamiento —si, por ejemplo, como la expresión de los valores ético-sociales de la comunidad social o como un conjunto de expectativas normativas de seguridad— por las diferentes concepciones. Y es dado ese hecho por lo que la oposición genérica de ambos modelos no podrá servir para sentar las bases de la discusión relativa a la legitimación ideológica e instrumental de los fines de la pena, sino que para ello la discusión habrá de orientarse en torno a las concretas teorías de la prevención, desgranando en sus diferentes versiones la de la prevención general positiva. No obstante, entre todas estas versiones se dan también una serie de características comunes que permiten agruparlas bajo esa rúbrica de la «protección de la vigencia del ordenamiento» y distinguirlas, a su vez, del modelo de protección de bienes jurídicos. Y ello en especial porque una primera coincidencia mínima es precisamente el que todas esas versiones sitúan en un segundo nivel o directamente rechazan el fin de protección de bienes jurídicos.

Pero no es sólo esta característica citada la que permite agrupar las diferentes teorías de la prevención general positiva bajo un modelo unitario. Antes de entrar a destacar sus diferencias, conviene, a modo introductorio, plantear esas similitudes.

## II. FINES DEL DERECHO PENAL Y FINES DE LA PENA

Es indudable que cuando se plantea la misión que desempeña en sociedad el Derecho penal, el primer objeto de análisis que tiende a establecerse es la pena. La sanción penal, caracterizada por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas, es, en buena medida, la carta de presentación del Derecho penal, así como su factor diferenciador esencial frente a otras instancias de control. Además, la restricción coactiva de derechos esenciales que la pena conlleva, rodea a su discusión de cuestiones de índole valorativa, atinentes a la justificación ética de dicha práctica social (1). En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal (2).

No obstante, en la discusión científica tienden a distinguirse los fines de la pena de los fines del Derecho penal, estableciéndose en una ordenación jerárquica de medios a fines. Así, expresándolo genéricamente y siguiendo a la mayoría de la doctrina, puede decirse que el fin de la pena es la prevención de acciones, pero este fin sólo es, a su vez, medio para un fin ulterior, el del Derecho penal, consistente en la protección de bienes jurídicos.

En cualquier caso, con la introducción en el debate de las teorías de la prevención general positiva, dicha diferenciación jerárquica entre fines de la pena y fines del Derecho penal tiende a diluirse. En los planteamientos doctrinales sobre estas teorías, surge la duda de si cuando se habla de prevención general-positiva estamos ante un fin de la pena, medio para el fin ulterior del Derecho penal; o si, en cambio, nos hallamos ante un fin del Derecho penal en sí mismo. De una parte, significativos defensores de dicho fin de la pena, lo reconducen a fin único del Derecho penal (3), abandonando completamente el de la protección de bienes jurídicos.

---

(1) Ello ha motivado que el castigo haya sido siempre objeto de estudio, no sólo desde el Derecho penal, sino asimismo desde la filosofía del derecho y la ética. Como ejemplo pueden verse, entre otras, las obras de RAWLS, *Two concepts of Rules*; TEN, *Crimen y castigo*; BETEGÓN, *La justificación del castigo*; o el capítulo cuarto: «*Das Problem staatlichen Strafens*», del libro compilado por HOERSTER, *Recht und Moral*.

(2) Cfr., por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 59: «No en vano se ha repetido hasta la saciedad que “el problema” del Derecho penal todo, en el fondo, comienza y se agota en el fundamento y fin de la pena», citando ulteriores referencias.

(3) Jakobs, por ejemplo. Cfr. JAKOBS, AT 1/1 ss. y 2/22 para una crítica a la protección de bienes jurídicos. También sus discípulos: cfr. por todos, claramente LESCH, *Das Problem*, p. 249: «la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena».

cos. Pero cierto es también, de otra, que no menos significativos partidarios de las mismas la configuran dirigida al fin ulterior –y, por tanto, como medio– de la protección de bienes jurídicos. Así, es sabido que el propio Welzel (4) era de la opinión de que sólo la protección de los valores ético-sociales de la actitud interna, si bien es fin primordial del Derecho penal, podía ejercer adecuadamente el fin de protección de bienes jurídicos. E intérpretes del primero, como Roxin o Hassemer (5), han puesto de manifiesto que la protección de los valores de la actitud jurídica no puede situarse como fin anterior (Welzel) o de igual rango [Jescheck (6)] que la protección de los bienes jurídicos, sino que ha de servir únicamente a esta misión. A pesar de todo, cuando se procede a su estudio, en no pocas ocasiones la prevención general positiva se hace equivaler con los fines del Derecho penal, antes que con (o junto a) los fines de la pena (7).

Ello es debido al hecho de que, a diferencia de la prevención general «clásica», de intimidación, cuya función es la mera evitación de acciones, las funciones atribuidas por las diferentes concepciones de la prevención general positiva parecen perseguir ya un bien (y por ello un fin) en sí mismo. Las mismas rúbricas de «negativa» y «positiva» insinúan ya esta idea. Para explicitar esta cuestión puede sernos útil la noción de «protección», preguntándonos qué es lo que se protege en cada comprensión de la prevención general. Así, desde el «*fin ético-social*», primera versión de la prevención general positiva, lo protegido, como objeto inmediato, son los valores esenciales que subyacen tras las normas, los cuales conforman el orden social, y coadyuvan a su cohesión; desde el «*fin de integración*» se protege la cohesión del organismo social, cuya unidad valorativa y afectiva es considerada como un bien en sí mismo; desde el «*fin de protección de la expectativa normativa*», por último, se protege la vigencia de la norma, lo que permite la orientación segura en los contactos

---

(4) StR, p. 3

(5) ROXIN, AT 2/35,36; HASSEMER, *Theorie*, pp. 87 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, pp. 101-102.

(6) JESCHECK, PG, pp. 6-7.

(7) Además de la ya citada postura de Jakobs, pueden citarse al propio HASSEMER, *Generalprävention*, p. 40; el mismo, *Einführung*, pp. 295 y 296 (como mantenimiento de la vigencia de la norma); el mismo, *Fines de la pena*, pp. 133-134 (en su función de integración); NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 34; SCHÖCH, Jescheck-FS, pp. 1083-1084; CALLIES, NJW 1989, p. 1339; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 261.

sociales. En cambio, del «fin de intimidación» no podemos obtener un objeto de protección reconducible al mismo; no hay, en otras palabras, un bien inherente al hecho de intimidar, sino que éste ha de ser argumentado desde consideraciones exteriores a dicho fin de la pena: se intenta evitar la realización de determinadas acciones en atención a la potencialidad lesiva que conllevan para determinados intereses sociales, que será el objeto protegido en última instancia. Dicha fundamental diferencia entre la prevención general negativa y la positiva, la cual permite calificar a la segunda no sólo como fin de la pena sino como fin mismo del Derecho penal, es, de forma similar, resaltada por Neumann/Schroth: «La teoría de la prevención general positiva tiende cuanto menos a localizar el cometido de la pena en un distinto y superior nivel al de la teoría de la prevención de intimidación. Y ello porque la estabilización de la norma a través de la sanción de conductas desviadas no es únicamente un medio de evitación de hechos punibles, sino que aparece como funcional para el fin más amplio de la estabilización de la sociedad como tal. Es decir: mientras que la teoría de la intimidación enjuicia la efectividad de la pena exclusivamente desde el punto de vista de la posible limitación de la criminalidad, para la teoría de la prevención general positiva la pena tiene, más allá de la profilaxis de la criminalidad, una función más amplia, positiva: la estabilización de normas sirve, no sólo por medio de la limitación de los márgenes de criminalidad, a la integración y con ello a la estabilización de la sociedad» (8).

Ya mencionamos que, como consecuencia de la elevación a fin mismo del Derecho penal de lo protegido inmediatamente por la pena por las diferentes versiones de la prevención general positiva, se ha producido, en mayor o menor medida, el abandono o en todo caso el desplazamiento del fin clásico atribuido al Derecho penal de protección de bienes jurídicos, junto o frente al cual se han situado el abanico de fines que sucintamente acaban de ser mencionados. Debe, no obstante, resaltarse desde ahora que ello no implica que, de entre los modelos genéricos más arriba citados, la opción por el fin de protección de bienes jurídicos haya de abocar forzosamente al rechazo de todo lo que es incluido en el término de prevención general-positiva, habiendo de identificar entonces dicho fin del Derecho penal con el fin de la pena de la intimidación como medio de aquél. Por lo pronto, como hemos visto, algunos partidarios de la prevención general-positiva

---

(8) NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 34.

tiva conciben este fin de la pena precisamente como un más efectivo mecanismo para la consecución del fin de protección de bienes jurídicos. Más en general, y como se mantendrá en estas páginas, alguna de las versiones incluidas en dicho fin de la pena pueden concebirse como medio o bien como parte integrante del fin superior de la protección de los bienes jurídicos.

Por último, conviene resaltar aún otra razón por la que resulta relevante la distinción entre los fines de la pena y los fines del Derecho penal; ésta viene dada por el hecho de que el Derecho penal puede estar legitimado para abarcar otra finalidad, dirigida, junto a la protección de potenciales víctimas, a la protección de los potenciales delinquentes frente al poder estatal y, por ello, externa a la dirección preventiva que caracteriza a los fines de la pena. Dicho fin del Derecho penal, situado al mismo nivel axiológico que el de protección de bienes jurídicos, concurriría entonces en una relación dialéctica con él mismo, ya que sus intereses van en opuesta dirección (9).

### III. FUNCIÓN DIRECTIVA DE CONDUCTAS *VERSUS* ESTABILIZACIÓN SOCIAL

Dentro de esas características comunes merece mencionarse también la relativa a la diferente forma de operar la pena en sociedad. A diferencia de la prevención de intimidación, dirigida a los *potenciales delinquentes* con el único fin de motivar en contra de acciones delictivas, es decir, a la contención de la criminalidad, la prevención general positiva tiene sus destinatarios esencialmente en el conjunto de la sociedad, pero considerados, generalmente, como ciudadanos fieles a Derecho o *potenciales víctimas* (10), y el cometido principal no es la disuasión coactiva: negativa, sino que el mensaje que emite la pena

---

(9) En este sentido se orienta la concepción de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 179 ss., y *passim*. También, por ejemplo, BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 111 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 136. *Vide infra*, Capítulo Segundo, II, 2, B.

(10) Así, afirma por ejemplo PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36, que el auge experimentado por la prevención general positiva aparece «coherentemente con la evolución de las ciencias penales al introducir la perspectiva de la víctima, si bien no como víctima individual y concreta, sino como víctima potencial y difusa». En similar sentido, VOSS, *Gesetzgebung*, p. 113, respecto de la prevención de integración desde criterios de psicología profunda. Vid. también MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 341: Desde la prevención general positiva, «El Derecho penal no se dirige primordialmente al delincuente, sino a la “gente honrada”».



tiene, como ya mencioné, carácter «positivo»: mantenimiento del valor ético-social en la conciencia de la colectividad, restablecimiento de la paz social o confirmación de la vigencia de la norma. Pérez Manzano expresa esta idea de la siguiente forma: «Al afirmar que el fin de la pena es la estabilización de la conciencia social de la norma, se está pensando en los sentimientos de la sociedad despertados por el delito, en cuanto que cada particular se siente víctima potencial de futuros atentados contra la propiedad, integridad física, etc... En la prevención general positiva, el eje subjetivo alrededor del cual se construye la solución penal no es el delincuente, sino la sociedad considerada como un macrosujeto activo que siente y padece el conflicto y que, por tanto, tiene derecho a participar o ser tenido en cuenta en la solución del mismo» (11). Dicha atención primordial a la sociedad como conjunto de víctimas o de ciudadanos fieles a Derecho frente a la centrada en los potenciales delincuentes conlleva además el otorgamiento del peso teleológico al momento de imposición de pena, en el cual ese «diálogo» entre pena y colectividad lesionada es más intenso, en detrimento del momento preventivo de la amenaza de pena, en el cual el mensaje valorativo o coactivo va esencialmente dirigido a potenciales delincuentes. Ello —a lo que volveré y matizaré después— se manifiesta además en la vinculación existente entre las teorías de la prevención general positiva con la retribución (12): así, mientras que

---

(11) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 91: «Para la teoría de la prevención general-positiva —como sucede con todas las teorías simbólicas— destinatario de la pena no es el infractor potencial (prevención general «negativa»), ni el delincuente (prevención «especial»), sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública». En el mismo sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 98: «La teoría de la prevención general positiva va referida, a diferencia de la clásica teoría preventivo general, a la función social de la pena, no a la psicológico-individual». En general sobre este cambio de orientación, JAKOBS, AT 1/15; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, pp. 20 ss.

(12) La proximidad entre la retribución y la prevención general positiva ha sido puesta de manifiesto ampliamente por la doctrina. Por un lado, se llega a dudar si alguna vez fue defendida la retribución como «desvinculada de todo fin». Así, HASSEMER, *Fines de la pena*, p. 126, quien habla de la paradoja de la «persecución de fines y negación de fines» propia de las teorías retributivas; FROMMEL, Schüler-Springorum-FS, p. 271: «La pena en el modelo clásico de retribución es... protección de la norma. La teoría era y es *preventiva*: su *finalidad* es el *mantenimiento de la autoridad de la ley lesionada*». (Cursivas en el original). En este sentido, ya JELLINEK, *Die sozialethische Bedeutung*, p. 96. Cfr., además, LUZÓN, *Medición*, p. 36, afirmando que la prevención general positiva no es otra cosa que retribución teñida de tintes psicológico-sociales. Cfr. también OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 269; KAUFMANN, H. Kaufmann-FS, p. 429: «Antiguamente se lo llamaba sencillamente retribución y necesidad de retribución. Hoy se habla de estabilización y necesidad de

la prevención general negativa está orientada exclusivamente al futuro: evitación de futuras acciones, así como también lo está el mismo fin de protección de bienes jurídicos: los ya lesionados no pueden ser susceptibles de protección, sino sólo los que no lo han sido (gráficamente: el pasado no puede modificarse), la prevención general positiva, de igual forma que las teorías retributivas, está esencialmente dirigida al pasado, buscando el restablecimiento, reforzamiento o reafirmación del estado anterior a la lesión de la vigencia del ordenamiento jurídico o a la alteración de la estabilidad psíquica producida por el delito, por lo que es la imposición de la sanción la que pasa a adquirir el protagonismo instrumental (13).

---

estabilización, porque uno se avergüenza de la expresión “retribución”. Ciertamente, no debe negarse que no todo lo que hoy navega bajo la bandera “prevención general positiva” tiene exclusivamente el sentido de la retribución. Pero su núcleo es retribución, o, si así se prefiere oír, “compensación de culpabilidad”»; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 29; PAPAGEORGIOU, K.A., *Schaden und Strafe*, pp. 32 ss; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 227; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 29: «El fin de la pena aparentemente carente de fines es el restablecimiento de la autoridad del Derecho a costa del delincente a través de la pena ejemplar impuesta en su caso». Asimismo, las teorías centradas en el fin de integración por medio de la satisfacción de instintos colectivos de venganza asumen dicho fin de la pena como «necesidad social de retribución». Cfr., por ejemplo, STRENG, *ZStW 92* (1980), p. 649; el mismo, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 8 ss.; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140. Por lo demás, tanto WELZEL, *StR*, pp. 238 ss., como MAYER, H., *StR*, p. 34, defienden, a partir de la función ético-social, una retribución ajustada a la culpabilidad. También, por último, algunos autores, sin abandonar el marco genérico de la prevención general positiva, pretenden sustituir el término de «prevención» por el de «retribución funcional» (LESCH, *JA 1994*, p. 598) o «retribución simbólica» (KINDHÄUSER, *Strafe*, p. 33).

Por otra parte, también se ha planteado la presencia implícita de un fin instrumental en las teorías de la retribución clásicas. En relación a Hegel, cfr. STRENG, *ZStW 92* (1980), pp. 640-641; SEELMANN *JuS 1979*, pp. 687 ss. Y, además de la teoría retributiva de Hegel, más susceptible quizá de interpretación consecuencialista —entre otras cosas dada su elevada abstracción expositiva y conceptual—, también la teoría kantiana de la retribución se ha pretendido interpretar desde una óptica utilitarista o, al menos, desde un punto de vista no «categóricamente» retributivo. Sobre ello, puede verse, brevemente, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 208-209; más extensamente, BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 37 ss.

(13) En este sentido, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 271; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 232. La contraposición entre pena dirigida al futuro y al pasado es resaltada también por LUHMANN, *Die Funktion des Rechts*, p. 73, oponiendo el fin de estabilización de expectativas al pasado y la función de dirección de conductas al futuro, lo cual pone de manifiesto también en esta versión de la prevención general positiva la proximidad estructural con la retribución y, por ello, el acento en la pena impuesta. Si bien no debe confundirse la referencia a la perspectiva retrospectiva con una finalidad absoluta de la pena —mejor: con una ausencia de finalidad— propia de las teorías retributivas clásicas. En otras palabras, la

Antes de concluir, recordemos la característica común de las teorías integradas bajo el supraconcepto de prevención general positiva con que se comenzó: todas, en mayor o menor medida, rechazan o relativizan la protección de bienes jurídicos como misión del Derecho penal. Pues bien, ello es así, entre otras razones, porque, por un lado, lo protegido no es el concreto interés individual, sino la vigencia fáctica o valor ético del Derecho en el ámbito de la sociedad en su conjunto; y, en consecuencia, el daño producido por el delito no es tanto material, como «intelectual» (14), psicológico-social o, en la terminología de moda, «comunicativo-simbólico». A diferencia del daño material a un bien jurídico, ese daño simbólico a la vigencia del ordenamiento sí es susceptible de ser reparado, negando la negación. El pasado, desde esta concepción, sí puede modificarse.

Por último, es preciso mencionar que la discusión sobre los fines del Derecho penal que se pretende acometer en las páginas siguientes no ha de entenderse únicamente como «materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad», sino que posee, además, «sustancial trascendencia práctica», por el hecho de que, como no puede ser de otra manera (15), la opción por uno de ambos modelos habrá de conllevar relevantes consecuencias dogmáticas, en especial para la diferente concepción del hecho punible. Así, mientras para el modelo de protección de bienes jurídicos, el delito será concebido como «lesión de bienes jurídicos», para el modelo opuesto el delito aparecerá como «lesión del deber» (o de la vigencia de la norma). Ello, a su vez, ven-

---

mirada al pasado debe interpretarse sólo *estructuralmente*, referida a los mecanismos que se emplean para llevar a cabo la función del Derecho penal: amenaza o imposición de la sanción, y no *funcionalmente*, ya que la pena va dirigida en cualquier caso «hacia el futuro», es decir, a mantener las condiciones necesarias para la pervivencia futura del orden social. Cfr., por ejemplo, MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 141, quien acentúa esta referencia funcional prospectiva de la prevención general positiva.

(14) Cfr. sobre las teorías clásicas basadas en ese daño intelectual del delito, MÜLLER-DIETZ, GA 1983, pp. 481 ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 23 ss. En relación a la teoría de la prevención general positiva, JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 385; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 25.

(15) Como acertadamente afirma SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 180: «la cuestión de los fines del Derecho penal adquiere una trascendencia nueva para quien, como aquí se hace, adopta un método teleológico-funcionalista en la elaboración de las categorías dogmáticas y del propio sistema de la teoría del delito con todo su aparato conceptual. En efecto, ello convierte a la discusión sobre los fines del Derecho penal, tradicionalmente considerada como materia especulativa, filosófica o de teoría de la sociedad, en algo de sustancial trascendencia práctica, que repercute directamente en la resolución que haya de darse a los casos penales, a través de su encuadramiento en el sistema».

drá a inferir diferentes implicaciones para aspectos de la teoría del delito, como la misma viabilidad del bien jurídico como pauta de interpretación de los tipos penales, la aptitud del criterio del peligro para determinar el mínimo de relevancia penal, la estratificación valorativa del injusto en desvalor de acción y desvalor de resultado, el concepto jurídico-penal de «resultado», etc. (16). En cualquier caso, esas implicaciones dogmáticas no serán objeto de consideración en estas páginas, limitadas a la discusión sobre los fundamentos legitimatorios de la labor del *ius puniendi*.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### Los fines del Derecho penal

#### I. LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN-GENERAL

##### 1. Introducción

En primer lugar, dedicaremos nuestra atención a la llamada teoría de la prevención general positiva. A pesar de que en ocasiones, especialmente a la hora de su valoración crítica, la teoría de la prevención general positiva se presenta por la doctrina como una teoría unitaria (17), ya ha sido resaltado que, dentro de dicha denominación genérica, se engloban diferentes comprensiones del *ius puniendi*. Más adecuado es, entonces, hablar, en plural, de las teorías de la prevención general positiva. Por ello, y a pesar de que todas presenten también notables similitudes, conviene establecer su exposición y, sobre todo, su crítica, distinguiendo entre las diferentes versiones. A los efectos de su estudio, plantaremos tres versiones de la misma, ya citadas con anterioridad: en primer lugar, el *fin ético-social*; en segundo lugar, el *fin de integración*; por último, el *fin de protección*

---

(16) Algunas de esas consecuencias han sido destacadas y analizadas por PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones, passim*.

(17) Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 74; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, pp. 22 ss. También SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229, resalta el hecho de la diversidad de fines, si bien su crítica termina por incurrir en dicha unilateralidad. Por otra parte, BAURMANN, GA 1994, p. 370, destaca la ausencia de claridad existente en la delimitación entre las diferentes versiones de la prevención general positiva.

de la expectativa normativa. Clasificación que, lejos de pretender ser innovadora, es la generalmente establecida por la doctrina (18). En segundo lugar, es obligado atender también al fin alternativo de la prevención general: el llamado «negativo» o de intimidación. Por lo que respecta a la prevención especial, apenas puede dudarse de la necesidad de atender a la misma en el momento de ejecución de la pena —entendiéndola, antes que como resocialización forzosa, como instauración de los medios necesarios para posibilitar una resocialización voluntaria o, al menos, para no fomentar la desocialización—, pero dicho «fin» de la pena no puede servir para fundamentar el Derecho penal, puesto que no establece una relación entre la acción del autor y la norma de conducta, sino que se basa únicamente en una prognosis de peligrosidad de aquél, por lo que no responde a un Derecho penal del hecho (19), ni es capaz, por tanto, de aportar una concepción material y legítima del hecho punible. Por último, la retribución, como teoría absoluta, tampoco será analizada como fin del Derecho penal. En una concepción laica e instrumental del Estado sólo una pena entendida como *relativa ad effectum* puede justificarse. No obstante, algunas características de la retribución jugarán un papel importante en las siguientes consideraciones, dada su reminiscencia material e identidad estructural respecto de los fines incluibles dentro de la prevención general positiva.

Por último, mencionar que, con el fin de resaltar las diferencias entre las versiones de la prevención general positiva y, más allá de eso, en orden a sentar las bases de la crítica valorativa a las mismas y de la postura personal respecto a los fines legítimos del Derecho penal, se intentará reconducir el estudio de las teorías de la pena o del Derecho penal a algunos de sus presupuestos y antecedentes filosófico-políticos, estableciendo una oposición entre teorías *comunitaristas*, por un lado, y teorías *liberales*, por otro. En otras palabras, el acento se pondrá no sólo en la configuración actual de los fines de la pena, sino también en el substrato filosófico-político a que responden,

---

(18) Por ejemplo, SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 90, distingue entre un fin pedagógico-social, un fin de integración, de apaciguamiento de la conciencia jurídica con la imposición del castigo, y, por último, un fin de confianza en las normas. Idéntica clasificación realizan SCHUMANN, *Generalprävention*, p. 1; ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48; el mismo, AT 3/27. Dichos tres modelos aparecen también en la clasificación realizada por PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 248, si bien ordenados en torno a criterios distintos.

(19) Cfr., en este sentido, entre otros, JAKOBS, AT, 1/41 ss.; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 32 ss; LESCH, JA 1994, p. 593; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 95.

ya que, como se ha afirmado, «la discusión sólo podrá discurrir sobre bases racionales si no se ocultan las premisas políticas de las que depende» (20). La línea de estudio responde, así, a la propuesta de Müller-Dietz: «Ocuparse del fundamento jurídico y fines de la pena criminal no es suficiente... Desde una perspectiva teórica se trata también de la comprensión del Estado que yace tras la determinación de las funciones del Derecho penal, y con ello, al mismo tiempo, de la relación del individuo en y con el Estado» (21).

## 2. Criterios de legitimación

Antes de comenzar, conviene establecer los criterios de legitimación de la pena y sus fines. Éstos son dos: *legitimación instrumental*, vinculado a la efectividad empírica de los fines asignados, y *legitimación valorativa*, referido a valores ético-políticos. Ya que, como ha sido ya indicado, el desarrollo posterior sobre los diferentes fines de la pena se centrará en la legitimación bajo criterios *valorativos*, conviene, dada su relevancia, plantear, siquiera a modo introductorio, la viabilidad empírica de los diferentes fines de la pena, cuestión que, por tanto, se analizará ahora con mayor detenimiento que la relativa a la legitimación valorativa, sobre la cual se presentarán únicamente sus directrices teóricas.

### A. LEGITIMACIÓN INSTRUMENTAL

Para llegar a los fines de la pena hemos de partir de su justificación, y para ello hemos de comenzar, a su vez, por el concepto de pena. Con respecto a lo que la pena *es*, como restricción coactiva de derechos, ésta se concibe, esencialmente, como un *mal* que se impone por el Estado a un individuo (22). Ello de manera patente en la aplica-

(20) MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 29.

(21) MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 812. La innegable dependencia de la concepción del Derecho penal de la propia comprensión del Estado que se mantenga es resaltada asimismo, entre otros, por MIR PUIG, *Función de la pena*, p. 29, quien habla de la «vinculación axiológica... entre función de la pena y función del Estado»; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 197 y *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 28: «La concepción del Estado condiciona el papel del Derecho penal»

(22) Sobre el concepto de pena *vide* especialmente WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 17 ss.; BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 141 ss. También, concibiéndola como en el texto, HART, *Prolegomenon*, p. 4; HOERSTER, GA 1970, p. 272; GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 149; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 191: «Todo mal que se impone por la autoridad judicial como sanción por un hecho» (citando a Casabó). Por el contrario, JAKOBS, AT 1/3, por ejemplo, se muestra reacio a concebir la pena como un mal, afirmando que «la pena hay que defi-

ción concreta de pena, pero también en la amenaza potencial de pena, la cual conlleva asimismo una restricción de la libertad individual, si bien mediata y generalizada. Ese hecho implica que, si queremos justificar la pena como institución social, es decir, como instrumento para la satisfacción de necesidades humanas y no como respuesta a un imperativo categórico de justicia impuesto desde instancias metafísicas o ultraterrenas, su utilización ha de revertir un mayor beneficio social que el daño que causa; en otras palabras: ha de poder concebirse como una amarga necesidad, como un «mal necesario» (23), sin cuya intermediación las cotas de violencia social serían más elevadas que con ella. La *justificación* de su existencia ha de venir dada, en otras palabras, desde premisas utilitaristas (24), si bien entendidas éstas no tanto en relación a su vertiente normativa [establecimiento de un bien determinado: la felicidad o el placer para el mayor número, según su versión más generalizada (25)], sino más bien desde la comprensión metaética de esta doctrina, relativa a su naturaleza de «ética del resultado» –teleología–, es decir, en la que la decisión sobre la corrección de una acción o institución vendrá determinada por el balance positivo de la satisfacción de determinados resultados (26). En suma, asumiendo que sólo la pena útil será una pena legítima. Esa racionalidad instrumental utilitarista de la pena, que debe exigirse no sólo en un nivel genérico de justificación, sino además en cada caso

---

nirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable». A mi juicio, la posición de este autor y la aquí planteada no son incompatibles, sino que ambas se refieren a dos planos diferentes de la argumentación: mientras que la concepción de la pena como un mal se refiere a las consecuencias fácticas para el individuo concreto a quien se impone, Jakobs define la pena ya desde su función social, desde su misión. En cualquier caso, entiendo más adecuado, como se expresa en el texto, partir de una distinción entre el concepto fáctico y la justificación o fin social de la misma. Si la pena fuera ya fácticamente un «bien», si no conllevara un menoscabo de derechos para el individuo, no sería precisa la discusión acerca de su legitimación.

(23) La concepción de la pena como una «amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son» aparece en el *Alternativ-Entwurf* alemán de 1966.

(24) Ello es unánimemente aceptado en la actualidad. Cfr., por ejemplo, RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 97; HART, *Prolegomenon*, pp. 4 ss; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 428 ss.; FLETCHER, *ZStW* 101 (1989), p. 809; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 183; MIR PUIG, *PG* 4/44: «El principio de necesidad conduce, pues, a una exigencia de utilidad»; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 94.

(25) Cfr., por todos, NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 391 ss., y p. 394; PETIT, *El consecuencialismo*, pp. 323 ss.

(26) Sobre el utilitarismo como una teoría consecuencialista, como una «ética del resultado», cfr. NINO, *Introducción al análisis del derecho*, pp. 391-392; PETIT, *El consecuencialismo*, p. 323; WILLIAMS, *Begriff der Moral*, pp. 91 ss.

concreto (27), conlleva una serie de relevantes consecuencias. En primer lugar, un fundamento retributivo de la pena, basado únicamente en el reproche realizado al hecho pasado cometido, respondiendo al mal con un mal y desvinculado de todo interés en la búsqueda de satisfacciones futuras, se presenta como la más ilegítima de las opciones (28). En segundo lugar, la consideración de la pena como un mal y su consiguiente exigencia de producción de un mayor bien, es decir, de su necesidad –de la que apenas puede dudarse en las sociedades actuales–, implica también una exigencia de *efectividad*: sólo si la institución penal cumple en la práctica los fines previstos puede justificarse el mal impuesto. Por último, la referencia al carácter negativo de la pena impone la exigencia, inherente todavía a la propia lógica utilitarista, de la *economía* de las sanciones –y, por ende, de las prohibiciones–. Se trata, en suma, de hallar el siempre difícil equilibrio de la *mínima prevención necesaria* (29), principio heredero del pensamiento ilustrado (30). Estos presupuestos nos llevan al primer criterio de legitimación de la pena y los fines a ella atribuidos: el de la *legiti-*

---

(27) Cfr., por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 150: «... es un abuso de derecho la imposición de cualquier pena innecesaria o la ejecución innecesariamente rigurosa de una pena (e innecesario quiere decir aquí: cualquier exceso de pena)»; p. 153: «... el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea –en absoluto o en su rigor– innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible».

(28) Así, entre otros, BAURMANN, *Folgenorientierung*, p. 7: «Un Derecho penal sin efectos preventivo-generales o especiales sería en este sentido no sólo inútil, sino (por ello) también inmoral»; JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 366: «Una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social, sin esta necesidad sería a su vez un mal inútil». Sobre las críticas tradicionalmente vertidas contra el retribucionismo, vid., por todos, BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 115 ss.

(29) Las notas de eficacia y necesidad son puestas de manifiesto, entre otros muchos, por NINO, *Introducción*, p. 428. La referencia al carácter mínimo como parte de la racionalidad utilitarista es especialmente resaltada por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 465 y passim: «Derecho penal mínimo». También se acogen a dicha tendencia ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 91 («mínima intervención, máximas garantías») o QUINTERO/MORALES/PRATS, DP, p. 90. Cfr. además RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 276.

(30) Cfr. ya BECCARIA, *De los delitos y las penas*, pp. 47-48: «... si se probase que la atrocidad de las penas, ya que no inmediatamente opuestas al bien público y al fin mismo de impedir los delitos, fuese por lo menos inútil, también en tal caso sería no sólo contraria a las virtudes benéficas (que son el efecto de una razón ilustrada, que prefiere mandar a hombres felices más que a un rebaño de esclavos entre los que se establezca una perpetua circulación de temor y de crueldad), sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social».



*midad instrumental*, centrada en la exigencia de que la pena esté capacitada en la práctica para satisfacer los fines asignados.

Indudablemente, en un Derecho penal «orientado a las consecuencias», el análisis relativo a los efectos que produce en el entorno social se eleva a criterio esencial de justificación. Por ello, la contrastación en el plano fáctico de los fines asignados a los medios del Derecho penal determinará su legitimidad (31). Así, por ejemplo, independientemente de las objeciones éticas que pudieran oponerse (legitimación valorativa), el fin de intimidación quedaría deslegitimado de principio si pudiera demostrarse empíricamente la inoperatividad fáctica de la pena en relación a dicho fin (32).

En relación a la efectividad empírica de los diversos fines asignados a la pena, conviene comenzar por plantear el estado de la cuestión en lo que a la prevención general negativa concierne, no sólo porque sea ésta —al menos manifiestamente— la forma clásica de prevención general, sino porque la discusión sobre la efectividad empírica de la pena se ha conformado a partir de la misma; o quizá habría que decir, a partir de la negación de efectividad de la misma. Ello hasta el punto de poder afirmarse que, salvo recientes y aisladas investigaciones específicas sobre la prevención general positiva, la legitimación empírica de ésta ha venido afirmándose —y «demostrándose»— por sus partidarios en función de la negación de efectividad fáctica de la prevención general negativa.

Dicha inefectividad viene dada, a juicio de sus detractores, por el hecho de que la realidad se muestra mucho más compleja que lo pretendido por las premisas que sostienen a la prevención general de intimidación. En primer lugar, la intimidación presupone el hecho del conocimiento directo de las normas por sus destinatarios, algo que

---

(31) Cfr., por ejemplo, HASSEMER, *Theorie*, pp. 117-118: «Si resultara que el Derecho penal es un medio inidóneo para garantizar la protección de bienes jurídicos, los fines del Derecho penal deberían ser, si ello es posible, redefinidos»; MIR PUIG, PG 4/44: La exigencia de utilidad «plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos».

(32) Como con carácter general afirma BAURMANN, GA 1994, p. 369, existe consenso en la doctrina en lo tocante a que «antes de la cuestión *normativa* se plantea la cuestión *empírica* referida a si de hecho se producen los efectos específicos de la pena estatal». No obstante, debe ponerse de relevancia que la cuestión empírica no deja de ser, en su introducción en las consideraciones jurídico-penales, una cuestión «normativa», ya que de los resultados de esa cuestión empírica puede deslegitimarse el fin asumido para la pena. Por ello, es a mi juicio menos confusa la diferenciación terminológica utilizada en el texto entre la legitimación instrumental: con arreglo a la viabilidad empírica de los fines; y la legitimación valorativa: con arreglo a la corrección valorativa de dichos fines.

rara vez se produce en la práctica (33). Por el contrario, las normas penales son conocidas a través de diferentes «instancias mediadoras», las cuales mediatizan el mensaje de la norma en el ámbito social. Pero este conocimiento no es ya asumido como una norma penal, sino más bien como una norma de carácter social (34). En suma, «la creencia de que la norma penal actúa de manera directa sobre el destinatario es falsa» (35). Un segundo requisito para la efectividad intimidatoria de la pena es que los destinatarios sean motivables contra la acción delictiva, que sean «intimidables». A este respecto, se pone en duda la correspondencia con la realidad de la imagen del individuo racional, orientado a la acción en base a estimulaciones inmediatas basadas en el saldo coste/beneficio, afirmando que responde a una concepción superada de la psicología humana, mucho más compleja de lo que el mundo de Feuerbach se representaba (36). Se pone de manifiesto, en este sentido, que el delincuente habitual no pondera en la práctica el riesgo de pena, sino que generalmente cuenta, a la hora de actuar, con que no será descubierto (37). Junto a ello, los delincuentes ocasionales, sobre quienes la intimidación habría de tener, en principio, eficacia, actúan en muchas ocasiones bajo situaciones impulsivas, por lo que tampoco se presenta esa relación racional con la norma (38). Por otra parte, si la mayoría de los ciudadanos no delinquen no se debe al hecho de que se vean intimidados por la amenaza de pena, sino, al menos en los delitos más graves, a la existencia previa de convicciones morales arraigadas (39). En esta dirección, y desde la prevención general positiva, se afirma que el Derecho penal no opera, en el plano

---

(33) Sobre ello y las consideraciones inmediatamente posteriores, *vide* HASSEMER, *Einführung*, pp. 287-288.

(34) Similares disquisiciones son las que llevan a SCHMIDHÄUSER, *Form und Gehalt der Strafgesetze*, *passim*, a la peculiar tesis de que las únicas normas específicamente penales son las normas secundarias, dirigidas a los aplicadores del Derecho, conminándolos a la imposición de la sanción, mientras que las llamadas normas primarias o de conducta no serían normas propiamente penales, sino ético-sociales. Una convincente crítica a dicha posición puede verse en HOERSTER, *JZ* 1989, pp. 10 ss.

(35) HASSEMER, *Einführung*, p. 288. Cfr. también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

(36) HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 81; LÜDERSSEN, *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER, *Einführung*, p. 289; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 229.

(37) LÜDERSSEN, *Die generalpräventive Funktion*, p. 70; HASSEMER, *Einführung*, p. 289; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 84, nota 171, quien habla de un «síndrome optimista».

(38) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 229, con ulteriores referencias.

(39) Así, además de los autores citados en la nota anterior, STRENG, *ZStW* 92 (1980), p. 669; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36; LOOS, *ZRP* 1993, p. 53.

fáctico, en el ámbito de la decisión racional del ciudadano respecto al acatamiento de la norma, sino que la pena ejerce sus efectos en el ámbito del subconsciente del individuo, satisfaciendo impulsos violentos de venganza y creando o reforzando en las conciencias un tabú respecto a las conductas prohibidas por las normas. El Derecho penal dirige sus efectos en la misma dirección que otros medios de control social, socializando a los ciudadanos; y es esa vinculación moral de los ciudadanos a las normas la que evita fructíferamente el quebrantamiento de las mismas (40).

En suma, si bien no niegan la posibilidad de que en casos aislados la pena pudiera tener efecto intimidatorio, los autores contrarios a la prevención general negativa niegan con carácter general la viabilidad empírica de dicha teoría.

No obstante, dentro de la discusión sobre la legitimación empírica de la pena se han mantenido también posiciones menos extremas en lo que a la crítica del fin de intimidación concierne. Desde éstas, no se pone en duda el hecho de que la intimidación no sea eficaz en todos los casos, de que existan determinados tipos de delincuentes que no respondan a las premisas de la prevención general negativa o que determinadas normas no sean acatadas por razón del efecto disuasorio de la amenaza de pena. Lo que se resalta es que la pretensión de una efectividad absoluta responde a una falsa interpretación de la prevención de intimidación, la cual lleva a una injustificada comprensión perfeccionista de dicha teoría, desde la que se exige más de lo que cualquier teoría de la pena está en disposición de rendir (41). Requisito para la legitimidad empírica de la prevención general negativa no es que en todos los casos en los que no se delinque ello sea debido a un efecto de intimidación, sino que basta con que dicho fin de la pena tenga efectos en algunos tipos de delincuentes o en relación a determinados delitos. Ni tampoco debe pretenderse de la intimidación que ésta sea apta para la erradicación del delito, sino tan sólo que posea cierta efectividad en orden a la contención del mismo dentro de unos márgenes aceptables (42). Asimismo, el hecho de que no exista un conocimiento directo de la norma por parte de los destinatarios tampoco ha de obstar a la legitimación de la prevención general negativa. Por un lado, sin duda esta concepción es, sobre todo, una teoría de la amenaza penal, antes que una teoría de la pena impuesta, pero el

---

(40) Entre otros, STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 668 ss. y *passim*.

(41) Así, HOERSTER, GA 1970, pp. 273-274; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, pp. 56 ss.; HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG, *Verbrechen*, pp. 25-26.

(42) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217.

conocimiento de la norma no sólo debe exigirse para la intimidación, sino que toda teoría de la pena que pretenda ejercer algún tipo de influencia sobre los ciudadanos no sólo en el momento represivo de la imposición de la pena —como, en realidad, se pretende desde la comprensión mayoritaria de la prevención general positiva—, sino también en el momento preventivo, en el que se apela al ciudadano para que evite la conducta delictiva, ya por vía de intimidación por la amenaza de pena, ya por vía de la vinculación moral o consensual del ciudadano a la valoración subyacente a la directiva de conducta, presupondrá el conocimiento de la norma. Por otro lado, el hecho de que dicho conocimiento se produzca a través de instancias mediadoras no tiene por qué desvirtuar el efecto intimidatorio. Para éste basta con que los ciudadanos sepan, con carácter general, que la contrariedad de las normas penales podrá conllevar la imposición de una sanción penal (43), sin que sea necesario haber leído el Código Penal el día anterior a la perpetración del delito. Desde esta posición mediadora, se pone de manifiesto también que la efectividad de la intimidación, respecto de su legitimación, no debe realizarse desde el análisis de delitos concretos, sino que lo que más bien ha de plantearse es «si es correcto afirmar que el Derecho penal en su conjunto posee alguna eficacia intimidatoria» (44); y dicha cuestión no debe ser, además, realizada en torno a los delitos cometidos, hecho que es sin duda prueba del fracaso del fin de la pena —pero no sólo de la prevención general negativa, sino también de toda concepción del Derecho penal basada en la protección de bienes jurídicos—, sino de los delitos que se cometerían si no existiese el Derecho penal (45). Por último, la constatación de que los ciudadanos no delincan por el hecho de que exista una intimidación penal, sino, en la mayoría de los casos, gracias a la asimilación, a lo largo de su desarrollo social, de ciertas instancias valorativas, no contradice necesariamente la legitimidad empírica de la prevención general negativa. Sin duda, existen otros sistemas de control social que ejercitan indirectamente en contra de la comisión de delitos, pero nada impide, se afirma, concebir el Derecho penal como un medio ulterior —y basado en una ratio última— de reforzamiento en términos intima-

---

(43) SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 58.

(44) ASÍ, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217; VANBERG, *Verbrechen*, p. 27.

(45) SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 80; MIR PUIG, *Introducción*, p. 115; VANBERG, *Verbrechen*, p. 26; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 87: «La eficacia de la pena... no puede medirse por sus fracasos visibles: por los delitos que a pesar de ella siguen cometándose, sino por los muchos más que gracias a la misma no llegan a cometerse». Tesis que califica de «absolutamente dominante» (nota 187); similar, MIR PUIG, PG 4/45.

torios de los mecanismos preventivos ejercidos por otras instancias normativas (46). En suma, se afirma –a mi juicio correctamente– que dado ese conjunto de restricciones puede afirmarse una efectividad empírica *suficiente* para legitimar –desde el criterio de la racionalidad instrumental– la intimidación como fin de la pena (47).

Por lo que respecta a la prevención general positiva, es sabido que las concepciones habituales de la misma conciben el mecanismo de la pena como una prolongación de los diversos mecanismos de control social, actuando, por tanto, por las mismas vías psicológico-sociales difusas. Pero es precisamente este hecho, que *prima facie* parece atribuir a esta concepción de la pena una mayor plausibilidad fáctica, lo que dificulta el análisis de la efectividad de la sanción penal con respecto a estos efectos. Que los ciudadanos no delincan por hallarse arraigadas en las conciencias una serie de valoraciones morales no implica la efectividad de la pena para la contención de acciones delictivas por medio de la conformación del super yo de los individuos, por el hecho de que ese proceso se habrá producido ya a través de las instancias anteriores de socialización (48). Así, la función ético-social o la «fuerza configuradora de costumbres» que se atribuye al Derecho penal no ha sido nunca probada empíricamente con carácter general (49). En este sentido, afirma por ejemplo Schumann, como resultado de sus investigaciones sobre la prevención general positiva, que la influencia del Derecho penal sobre la moral social suele, erróneamente, sobrestimarse (50). Además, no debe olvidarse que el origen doctrinal de esa finalidad del Derecho penal responde –por ejemplo en las concepciones de H. Mayer o Welzel– a planteamientos filosófico-políticos, antes que a criterios de efectividad práctica. Sin duda,

---

(46) Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 218.

(47) Así, entre otros, SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 58; HOERSTER, GA 1970, p. 75; VANBERG, *Verbrechen, passim*, poniendo de relevancia los análisis empíricos favorables a la prevención general negativa realizados en el ámbito norteamericano desde el análisis económico del Derecho; DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 8; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 220 ss.; KUHLEN, GA 1994, p. 364; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, pp. 96 ss.

(48) En este sentido, afirma STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 22, que el hecho constatado de que el motivo esencial de acatamiento de la norma sea la vinculación moral no demuestra nada sobre la efectividad de la prevención general positiva; cfr. también p. 24, donde pone de manifiesto la dificultad de la demostración empírica de dicho efecto de la pena, dado el solapamiento del mismo con idénticos efectos producidos por instancias previas de control.

(49) Cfr. OPP, *Einige Bedingungen*, p. 237; SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 51; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

(50) SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 51.

la influencia de la psicología profunda en el Derecho penal ha permitido establecer un soporte fáctico para sostener dicha concepción. Pero ¿hasta que punto son aptas esas ciencias para ofrecer resultados empíricos en lo que a la sanción penal se refiere? Dicha aptitud ha sido puesta en duda por no pocos autores, afirmando la ausencia de una base empírica fiable en sus explicaciones, las cuales, antes que resultados contrastados, tienen el carácter de meras especulaciones. Por un lado, su aplicación al Derecho penal implica la extrapolación de fenómenos pertenecientes a patologías individuales, observados en establecimientos médicos, al contexto macrosocial, obteniendo resultados en este ámbito más a través de deducciones a partir del ámbito individual, que de comprobación empírica directa. Se afirma, además, que muchas de sus conclusiones en el Derecho penal suponen la generalización de una hipótesis parcial pensada para explicar un tipo determinado de delitos –violentos o sexuales– (51). En suma, el efecto de internalización de valores en la conciencia del ciudadano por vía de la pena o de las normas, por más que se mantenga teóricamente como un fin legítimo y viable de la pena, no resiste una validación empírica. Así, autores más realistas terminan por afirmar que todo lo que puede exigirse al Derecho penal es «un apoyo de los valores y normas que el ciudadano está dispuesto a priori a aceptar» (52). Pero ello no es ya un fin activo de la pena, no es ya un proceso *ex novo* de conformación del super yo o de internalización efectiva de valores, sino que no es más que una mera demostración simbólica del Derecho, la cual no genera o modifica actitudes morales, sino que sólo las manifiesta (53).

---

(51) NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 93; LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 151; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 43; *vide* asimismo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 96, respecto a la supuesta contrastación empírica de algunas ciencias sociales, citando a Jäger ( nota 263) en relación al psicoanálisis.

(52) STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

(53) No obstante, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 300 ss., afirma que es prácticamente incontestable el hecho de que las normas penales generen, al menos a largo plazo, actitudes morales en los ciudadanos, si bien dicho autor se muestra enérgicamente en contra de la legitimidad de dicha función. Ello es discutible. Por un lado, el Derecho penal puede servir para *reforzar* criterios morales ya asumidos socialmente por medio de otros medios previos de control social, a través de dicha manifestación de valores citada en el texto. Lo que es menos plausible es que el Derecho penal, por sí mismo, pueda *crear ex novo* determinadas actitudes morales no patrocinadas por dichos medios primarios de socialización. Por otro lado, no hay duda de que dicha pretensión de creación de instancias morales en relación a delitos de nuevo cuño es pretendida por el Legislador –ejemplos: delitos fiscales o relativos al medio ambiente (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 302)–, pero resulta discutible que ello sea eficaz directamente por el Derecho penal si no viene avalado por un cambio social previo o paralelo en lo tocante a la concienciación moral sobre esos temas, ejercido por

Las dudas suscitadas respecto a la capacidad empírica de la psicología profunda en el ámbito macrosocial de los efectos de la pena viene a poner en tela de juicio también la viabilidad empírica de los fines de estabilización social por medio de satisfacciones de instintos colectivos de venganza, ya que este fin se nutre empíricamente de la teoría del chivo expiatorio, cuya demostrabilidad también se ha puesto en duda. En cualquier caso, y partiendo de consideraciones más intuitivas que estadísticas, lo cierto es que esos efectos, a la vista de las reacciones sociales generadas tras la comisión de determinados delitos, poseen quizá un mayor grado de plausibilidad fáctica que las funciones pedagógicas de la pena. Ahora bien, esta finalidad es considerada por sus defensores –y a diferencia del fin anterior– como un medio para un fin ulterior, el cual es o bien precisamente la internalización de valores, o bien la estabilización y pacificación de la conciencia colectiva, o bien, generalmente como fin jerárquico último, la protección de bienes jurídicos. Pues bien, lo que ya no resulta tan plausible es la explicación de cómo la satisfacción y sublimación de instintos agresivos opera en relación a dichos fines ulteriores. Respecto al fin de conformación del super yo basten las consideraciones críticas acabadas de realizar. Respecto a la misión de estabilización de la conciencia jurídica, o de ejercicio en el reconocimiento del Derecho como orden justo, conviene recordar que la imposición de la pena se ejerce en relación –y en la medida– a la reacción surgida a corto plazo por la acción delictiva, funcionalizándose coyunturalmente criterios de justicia en orden a la indignación despertada en determinados sectores sociales. Ello, si bien puede estabilizar el orden social a corto plazo, conlleva el riesgo ser disfuncional a largo plazo (54), fomentándose la imagen del Derecho penal como un orden puramente coactivo. Por último, en relación a la protección de bienes jurídicos, la pacificación por medio de la pena puede canalizar la agresividad que sin la misma degeneraría en reacciones violentas frente a los delincuentes, pero dicho fin de la pena no ofrece una razón empírica convincente del acatamiento general de las normas por los ciudadanos, ya que su mecanismo de actuación abandona totalmente el momento conminatorio de amenaza penal, centrándose en la imposición concreta de pena (55) y se desvincula, al menos en algunas ver-

---

medio de otras vías de mayor calado colectivo como políticas sociales, publicidad institucional o por la actividad de organizaciones no gubernamentales, por ejemplo.

(54) Así, entre otros, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

(55) Crítico con las modalidades de la prevención general positiva que abandonan el momento preventivo de dirección por la norma, SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, pp. 96 ss.

siones de la prevención general positiva, de la protección de la vigencia a largo plazo de las normas (56). Más tarde, y en un plano valorativo, se incidirá en estas objeciones. Lo único que ahora se pretende resaltar es que tampoco la prevención general positiva ofrece un soporte empírico sólido.

Y ese puede ser el balance provisional respecto a la cuestión de la legitimidad empírica de la prevención general: ninguna de las diferentes concepciones de la misma, ni la prevención negativa ni la positiva, es empíricamente verificable en la actualidad. De hecho, si en algo existe unanimidad en esta materia es en el desconocimiento general de cómo actúa socialmente la pena (57). Por un lado, las precarias investigaciones empíricas de los últimos años sobre la prevención general positiva son rechazadas a partir de la crítica a los propios métodos de investigación, inadecuados para ofrecer un análisis global al complejo problema de la pena (58). Por otro, se afirma que la distinción entre la prevención general negativa y prevención de intimidación es realizable en un plano analítico, pero que en la práctica son apenas diferenciables, ya que ambas suelen producirse conjuntamente (59); y que si la comprobación de los efectos intimidatorios es en sí difícil, la complejidad inherente a los procesos pretendidos por la prevención general positiva dificultan aún más el

---

(56) Ello parece claro en posiciones como las de STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 668 ss. o ACHENBACH, *Imputación individual*, pp. 140 ss. La primacía de la imposición de la pena frente a la conminación abstracta en esta concepción es puesta de relevancia también, y entre otros, por VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 112-113.

(57) Afirman ese desconocimiento y la dificultad inherente a la comprobación empírica de los efectos de la pena, MAIHOFER, *Funktion des Rechts*, pp. 28 y 29; ANDENAES, *Punishment*, p. 147; HASSEMER, *Einführung*, p. 299; MAIWALD, GA 1983, pp. 69 y 72; MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 820; SCHÖCH, Jescheck-FS, p. 1083; KARSTEDT-HENKE, KrimJ, p. 75; ZIPF, Pallin-FS, p. 484; SCHUMANN, *Generalprävention*, pp. 51-52; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 253; DÖLLING, ZStW 102(1990), p. 19; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 262; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 142.

(58) Por ejemplo, DÖLLING, ZStW 102 (1990), pp. 7 y 13; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 655 y nota 34, afirmando que con investigaciones como la de Schumann no se gana nada; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 219. Vide también MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 118 aportando una amplia panorámica expositiva y crítica a los estudios empíricos alemanes, concretamente los estudios de la Universidad de Bremen (Schumann, y otros) y los de la Universidad de Göttingen (Dölling, Schoch etc.).

(59) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 230; DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 17; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 111 ss.



análisis empírico (60), hasta el punto de llegarse a afirmar la imposibilidad, no sólo en la actualidad sino con carácter absoluto, de cualquier verificación empírica (61). Junto a ello suele ponerse de manifiesto la tendencia a una sobreestimación por parte de la doctrina jurídico-penal de los conocimientos empíricos, afirmándose una mayor efectividad empírica de las respectivas teorías que la constatada científicamente, y se advierte en contra de dicha sobreestimación de datos empíricos (62).

En realidad, lo único que se sabe, y ello como mera hipótesis inductiva, es que una sociedad en la que no existiera el Derecho penal estaría sumida en mayores cotas de violencia social que otra en que sí existiera o, dicho de otra forma, que el Derecho penal es, *con carácter general*, preventivamente efectivo en relación a una razonable evitación de conductas lesivas para la libertad de los individuos (63); toda otra consideración respecto a *cómo* se realiza dicha prevención está abocada al desconocimiento empírico, por lo que su discusión sólo podrá venir sostenida sobre criterios o hipótesis de mayor o menor plausibilidad, sobre lo que en la lengua alemana suele denominarse *Alltagstheorien*, y que puede entenderse como «criterios de sentido común» (64).

En resumen, el criterio de la legitimación instrumental no puede servir para excluir a priori ninguna de las opciones que se presentan

(60) SCHÖCH, Jescheck-FS, p. 1083; ZIPF, Pallin-FS, pp. 484-485; DÖLLING, ZStW 102 (1990), pp. 3 y 18.

(61) BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 24.

(62) SCHUMANN, *Generalprävention*, pp. 51-52; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 23.

(63) En este sentido SCHMIDHÄUSER, *Sinn der Strafe*, pp. 55 ss., quien rechaza las críticas a la efectividad práctica de la prevención general basadas en criterios perfeccionistas, tendentes a exigir no sólo cierta capacidad para mantener en unos márgenes aceptables las cotas de violencia social, sino también la erradicación de toda conducta delictiva; en similar sentido, HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 80; VANBERG, *Verbrechen*, p. 26; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 217.

(64) Esa acaba por ser la resignada conclusión de casi todos los autores que se enfrentan al problema de la efectividad empírica de la pena. Cfr., por ejemplo, ANDENAES, *Punishment*, p.147: «common sense basis»; MAIHOFER, *Funktion des Rechts*, p. 28: «especulaciones»; MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 820: «especulaciones»; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 655: «Plausibilitätserwägungen»; KUHLEN, GA 1994, pp. 365 y 366: «Alltagstheorien» y «common sense-Erklärung»; BOCK, JuS 1994, p. 99: «Especialmente para la prevención general, no queda nada más que, en el *Vakuum* del desconocimiento empírico, operar con la “experiencia” y el “sentido común”; HÖRNLE/v. HIRSCH, GA 1995, p. 262: para la prevención general positiva la relación con la legitimación empírica se basa en una «plausibilidad obtenida por intuición».

dentro de la prevención general. Partiendo de la premisa citada de que el Derecho penal reduce, en términos generales, las cotas de violencia social, la discusión en torno a la cuestión de los fines del *ius puniendi* tendrá, por tanto, que venir enmarcada en torno al otro criterio de legitimación, que a continuación se plantea.

## B. LEGITIMACIÓN VALORATIVA

No obstante, aun en el caso en que sí pudiera constatarse empíricamente la efectividad práctica de los diferentes fines asignados a la pena, y pudiera excluirse alguno de ellos del ámbito de la discusión, los restantes habrían todavía de pasar por el filtro de la *legitimación valorativa*, ya que, como lo expresa el acervo popular, el fin no justifica los medios. Dicho de otra forma, la pena debe justificarse no sólo con arreglo a criterios teleológicos, relativos a la satisfacción del fin asignado, sino asimismo en atención a exigencias de naturaleza ético-política (65); exigencias que parten de principios y garantías vinculados a la protección de los intereses esenciales de los *individuos* frente a la colectividad, heredados de la tradición de pensamiento originada en el proyecto ilustrado y que, en relación a la pena operan como límites –tanto *legitimadores* como *materiales*– antitéticos a la inercia preventiva implícita en la racionalidad instrumental. Conviene, además, poner de manifiesto que la atención a los principios garantísticos individuales ha de hacerse efectiva no sólo en el ámbito de los criterios de imputación y en la imposición concreta de la pena, y en relación, por tanto, con los potenciales reos (límites materiales), sino que ya en la forma misma de operar la pena en el conjunto de los ciudadanos deben introducirse dichas consideraciones de naturaleza valorativa, rechazando, así, los fines de la pena que, a juicio del intérprete –en este caso, quien esto escribe– no sean compatibles con exigencias éticas asumidas como imprescindibles (límites legitimadores). En este sentido, las formas en que deban entenderse esos requisitos dependerán en gran medida de las premisas políticas y filosóficas asumidas, las cuales, como ya hemos dicho y veremos, se plasmarán en las diversas formas de entender la labor coactiva del Estado. En este sentido, es preciso resaltar que el estudio de los fines de la pena se hará, como ya se dijo, no desde la observación fáctica de los efectos que el fenómeno social de la pena produce en sociedad, no desde el *ser*, sino desde crite-

---

(65) Así, entre otros muchos, HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 69; NAUCKE, *Generalprävention*, pp. 23 ss. y *passim*; KUNZ, *ZStW* 98 (1986), p. 828; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 221; PAPAGEORGIEOU, K.A., *Schaden und Strafe*, pp. 15 ss.; HÖRNLE/v. HIRSCH, *GA* 1995, p. 265.

rios valorativos de legitimación, desde el *deber ser*, y que éste, a su vez, no se inferirá del derecho positivo –Código penal y Constitución– sino que la discusión vendrá centrada en premisas filosófico-jurídicas que trascienden el marco valorativo que pueda derivarse de aquél (66) –desde el cual, en realidad, poco podría decirse sobre el complejo de fines que haya de cumplir el Derecho penal–, si bien dichas premisas no podrán ser incompatibles con los valores esenciales plasmados en el texto constitucional, ni las consecuencias sistemáticas y político-criminales que de aquéllas se inferían podrán ser opuestas a la regulación de los criterios de imputación establecidas en el Código Penal.

Tenemos así que, junto a la legitimación instrumental, basada en la satisfacción de fines, las formas de concebir la pena y su aplicación deberán también justificarse en orden a su compatibilidad con determinados valores. Ello puede expresarse también acogiendo la terminología acuñada por Max Weber (67) en relación con la racionalidad práctica de la acción social. Ésta, según el sociólogo alemán, puede venir justificada a partir de dos criterios diferentes: por un lado, desde consideraciones basadas en la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*) (68), la cual atiende exclusivamente a los resultados esperados por la acción. Por otro lado, la acción social podrá considerarse también a partir de la racionalidad valorativa (*Wertrationalität*), desde la que se plantea la exigencia de que la acción se adecue a una serie de principios, los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados (69). Ambos criterios de racionalidad pueden ser complementarios, dándose conjuntamente; pero, en numerosas ocasiones concurrirán en conflicto, «lo que sucede siempre que la condición para satisfacer un fin determinado es la realización de una acción que se considera incorrecta o mala» (70). Este es

---

(66) Esas tres formas posibles de análisis son planteadas por MIR PUIG, *Función fundamentadora y función limitadora*, p. 129. Sobre ello abunda SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 194 ss. Vide también FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 213 ss. donde distingue entre «justificación externa» y «justificación interna» al Derecho positivo.

(67) Cfr. WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 ss.

(68) Sobre opciones en relación a la traducción de dicho término, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, p. 19, nota 12.

(69) WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 44 ss. Weber añade otros dos tipos de justificación o determinación de la acción social: afectivo, basado en sentimientos, y costumbre, los cuales no son de relevancia en lo tocante a la pena. En relación a lo dicho en el texto, cfr. también MAIHOFFER, *Funktion des Rechts*, p. 27; MACCORMICK, *Los límites de la racionalidad*, pp. 10 ss.; pp. 19 ss. en relación a su aplicación al razonamiento jurídico.

(70) MACCORMICK, *Los límites de la racionalidad*, p. 11.

el caso de la práctica punitiva. Ello, indudablemente, respecto de la imposición concreta de la sanción, ya que, como habíamos dicho, hemos de partir de que la pena, condición del bien perseguido, es un mal. Pero asimismo puede ocurrir en relación a los efectos que se consideren legítimos como fines de la pena. Si la pena satisface el fin de protección de bienes jurídicos puede ser legítima desde una racionalidad instrumental, pero puede no serlo desde una racionalidad valorativa si ello se realiza a costa de la conformación del fuero interno de los ciudadanos, por ejemplo. En estos casos de conflicto, debe tenderse hacia una ponderación de ambos criterios de racionalidad. Además, si, como se ha afirmado, el Derecho penal necesita de una doble legitimación: en atención a fines y en atención a valores o principios, ninguno de los dos criterios puede servir para legitimar exclusivamente la labor punitiva. Así, un modelo deontológico puro –la teoría absoluta de la retribución, por ejemplo– se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su ausencia de fines; un modelo teleológico puro es, por su parte, también rechazable, dada su ausencia de límites y correctores valorativos –el fin justificaría los medios–. Lo razonable es, entonces, que la justificación y la actuación del Derecho penal venga determinada por una ponderación de ambas formas de racionalidad. Así, desde la perspectiva weberiana la racionalidad valorativa puede ser concebida como un límite, como un criterio corrector (71), sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines.

### 3. Las teorías de la prevención general positiva

#### A. LA MISIÓN ÉTICO-SOCIAL

Según esta concepción, el fin del Derecho penal radica, en primer lugar, en la internalización y fortalecimiento de los valores plasmados en las normas jurídico-penales en la conciencia de los ciudadanos. Máximo exponente de la misma es la concepción de la pena mantenida por Welzel, para quien, como es sabido, el fin primordial del Derecho penal es «proteger los valores elementales de la vida de la comunidad» (72). Sin abandonar del todo la protección de bienes jurí-

---

(71) Así, VOSS, *Gesetzgebung*, p. 19, desde una interpretación de Weber. Similar, MacCORMICK, *Los límites de la racionalidad*, p. 14, quien afirma que la racionalidad valorativa es un criterio de «segundo orden», «de un tipo tal que nos permitirá graduar y excluir algunas razones con arreglo a fines», denominándola también precisamente como «razones de corrección», siguiendo a Summers.

(72) WELZEL, *Strafrecht*, p. 1. Le sigue CEREZO MIR, PG I (1997), p. 15.

dicos, ésta aparece sólo como un fin dependiente y condicionado por el de la protección de los «valores de la actitud correcta», el cual se establece como una finalidad previa y axiológica y valorativamente superior. «La misión del Derecho penal es la protección de los valores ético-sociales elementales de la actitud jurídica, y sólo dentro de éste la protección de los bienes jurídicos concretos» (73), afirma el autor alemán. La tendencia moralizante y pedagógica de esta comprensión es acentuada por H. Mayer, para quien «el efecto preventivo-general fundamental del Derecho penal no radica en absoluto en su poder intimidatorio, sino en su poder configurador de las costumbres. La pena tiene, en primer lugar, un significado pedagógico para la totalidad del pueblo, en tanto fortalece, o conforma por primera vez, el juicio moral de la comunidad» (74). Con ello, y especialmente a través de una pena ajustada a la culpabilidad, se persigue que «como corporeización plena de poder del *pathos* moral (*sittliche*) que subyace al Estado... se grave al delito con la representación de un tabú. Esa representación de un tabú provoca que en la mayoría de los casos no se tome seriamente en consideración la posibilidad de realizar» una acción delictiva (75).

También entre nuestros penalistas ha sido defendida una visión similar del Derecho penal. En un conocido escrito sobre los fines de la pena, afirmaba en 1944 Antón Oneca: «La prevención general no es sólo la intimidación. Su misión más alta es reafirmar la moral en aquella parte que es necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la colectividad» (76), concluyendo que «en suma, la prevención general es, en primer término, función pedagógica, reafirmación de la moral colectiva» (77).

Como hemos visto, el fin de protección de los valores ético-sociales del acto es concebido por sus propios partidarios e interpretado por algunos autores posteriores como un medio más efectivo para la ulterior protección de los bienes jurídicos (78). Pero, al menos en su concepción original, la razón de ser del fin de internalización de los valores plasmados en las normas puede ser concebido no únicamente a partir de su efectividad para un fin ulterior: la protección de bienes jurídicos, sino que, en su fundamento teórico-político, adquiere un

---

(73) WELZEL, StR, p. 4.

(74) H. MAYER, StR p. 26.

(75) H. MAYER, StR, p. 34.

(76) ANTÓN ONECA, *La prevención general*, p. 93

(77) ANTÓN ONECA, *La prevención general*, p. 97.

(78) Entre otros, también SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 350: «internalización de las normas y de los valores culturales», en aras de la evitación de conductas lesivas para los bienes jurídicos.

carácter, relativamente autónomo, de fin en sí mismo. Así, por ejemplo, destaca Mayer la justificación moral, y no sólo funcional respecto del fin ulterior de protección de bienes jurídicos: «La función preventivo-general del Derecho penal encuentra su fundamento moral en su determinación de presentar la realidad moral del pueblo y de probar la realidad y el poder del orden de las costumbres y del Derecho sobre el injusto» (79).

Esta concepción de la pena, puede reconducirse, a mi modo de ver, a la comprensión ética del Estado e historicista de lo jurídico propia de Hegel y presente en los años veinte y treinta en Alemania, hasta su perversión y degeneración totalitaria por la ideología nazi (80). Dicha comprensión es la que puede justificar la supeditación de la protección de los bienes jurídicos frente a la protección de la conciencia ético-normativa, así como una justificación interna al fin ético-social welzeliano, si bien no su legitimación desde los presupuestos actuales que deben conformar un Derecho penal liberal, propio de un Estado de Derecho.

La filosofía política hegeliana arranca de la indisoluble unidad existente entre la identidad moral del Estado y la de los individuos (81). La idea de la *Moralität* kantiana (traducible como «moralidad» o ámbito de la ética), abstracta y racionalista, individual y universalizable por ser fruto de la razón, es rechazada por Hegel como fundamento de la ética, porque, dado su grado de abstracción y su individualismo, no es capaz de aunar el ámbito de lo concretamente existente en una comunidad histórica dada. Por el contrario, sólo la *Sittlichkeit* («eticidad» o ámbito de la moral) puede establecer el vínculo necesario entre lo justo y lo real, entre la libertad abstracta y desvinculada de su plasmación en la realidad y la concreta libertad real, la cual sólo puede realizarse en torno al magma sustancial de las convicciones morales de una comunidad determinada (82) (83). Y,

---

(79) H. MAYER, StR p. 4.

(80) Sobre la relación entre el pensamiento de Hegel y la ideología nazi, cfr., brevemente, MARXEN, *Der Kampf*, pp. 239 y ss.

(81) Así, por ejemplo, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 41.

(82) La traducción de ambos términos no es unánime. Como en la traducción del texto, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 194. Otra traducción habitual, también referida en el texto, es la que distingue, casi literalmente, entre «moralidad» (*Moralität*) y «eticidad» (*Sittlichkeit*). (Así, por ejemplo; CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 152). Más relevante, en cualquier caso, que la traducción es el significado que ese par de conceptos reciben. En general sobre las diferentes formas de entender la oposición entre ese par de conceptos, puede verse CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 152 y ss. Relevante para nuestro análisis es la tendencia conservadora que puede conllevar la idea de la eticidad, al servir de legitimación de lo concreto: de los valores dados en

frente al contrato social kantiano, expresión de dicha razón universal, el Estado en Hegel se conforma a partir de la concreta e histórica *Sit-*

---

una sociedad determinada, por un lado; y la potencialidad crítica de la idea de la ética –moralidad– frente a la eticidad, al establecer un criterio deliberativo de racionalidad sobre lo correcto, permitiendo así la crítica y refutación de los valores morales dados. La distinción entre Kant y Hegel en este sentido se ha visto renovada en la actualidad a partir de la discusión filosófico-política entre el *liberalismo* y el *comunitarismo*, en la que basaremos la discusión posterior sobre los fines del Derecho penal. Sobre la actualidad de la oposición de Hegel a la moralidad kantiana en el seno de dicho debate, desde una perspectiva metaética de fundamentación de principios éticos, puede cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 130-131; también FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 324 y ss. y *passim*, así como las obras citadas en esta misma nota de Thiebaut y Cortina. En lo que respecta al ámbito de la evolución de las ideas jurídicas, esa oposición entre la *Moralität* y la *Sittlichkeit* viene a representarse, en sus exactos términos, en la oposición entre el racionalismo ilustrado y el historicismo, respectivamente. Esta última línea de pensamiento, surgida al amparo de la figura de Hegel en el seno del movimiento romántico alemán del siglo XIX, se configura como una *reacción* al racionalismo ilustrado y liberal, y, frente a la fundamentación de las normas basada en la razón individual universalizada, y en situar, por tanto, al individuo como eje central creador del Derecho, opone el carácter necesariamente histórico del ordenamiento jurídico, considerando que las normas se fundamentan en el hecho de ser la manifestación inconsciente y espontánea del espíritu popular, del *Volksgeist*; promulgando –frente a lo racional, lo individual y lo abstracto–, lo irracional, lo colectivo y lo concreto, situando entonces al «pueblo» como origen y sujeto del Derecho. Cfr., sobre esa oposición, GACTO/ALEJANDRE/GARCÍA MARÍN, *Historia del Derecho*, pp. 332-333.

(83) El rechazo de una fundamentación –y, consecuentemente, una validez– universal de los valores, propio de la *Moralität* kantiana y del liberalismo contractual actual, y la oposición de un contextualismo, característico de la *Sittlichkeit* hegeliana, el cual fundamenta los valores en lo vigente en una tradición cultural e histórica determinada –con el riesgo, presente en toda esta línea de fundamentación, desde Hegel hasta los actuales comunitaristas, de derivar la validez de los valores de su vigencia fáctica, careciendo de un criterio de crítica a lo dado–, se encuentra también en WELZEL, *Naturalismus*, quien objeta a Kant el haber devaluado lo real y haber volatilizado lo racional en un conceptualismo irreal (pp. 86-87) y quien, apoyándose en el aforismo de Hegel de que «*lo racional es real y lo real es racional*», viene a afirmar que es «en la metafísica del hombre donde encuentran los valores su carácter absoluto. Pero este ser-hombre (*Mensch-Sein*) no es una abstracta generalidad conceptual, sino –al igual que las concreciones raciales en su parte corporal– un ser-hombre concreto, es decir, un ser-alemán, un ser-español, etc. Así, es siempre la concreta cultura la manera en que se expresa la actitud valorativa de la nación singular vinculada por la sangre y el destino» (p. 86); para después postular que es «en la indagación de los concretos valores de la situación histórica en lo que consiste la eminente misión “política” de la ciencia y en especial de las ciencias de la cultura. Atribuir una misión “política” a la ciencia no significa otra cosa que orientarla desde un mundo irreal de los conceptos hacia las necesidades concretas de la situación histórica, que dé el “verdadero” sentido, es decir, válido en la realidad, al destino actual de la comunidad estatal del pueblo» (p. 87). Sobre la proximidad de Welzel con esta línea de pensamiento, cfr. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 34.

*tlichkeit*, la cual supone, como decimos, la pretensión de superación del particularismo individual en la unidad de un *ethos* sustancial, en el que voluntad subjetiva y voluntad objetiva, lo particular y lo universal, el ser histórico y el deber ser de la razón, se aúnan en una totalidad ética trascendente [319] (84). Así, es la realidad sustancial, espíritu real, objetivo, de un pueblo, de donde surge el Estado: «El Estado es la realidad efectiva de la idea ética (*sittliche*), el espíritu ético como voluntad sustancial revelada» [257]. Y, «en cuanto realidad de la voluntad sustancial... es lo racional en sí y por sí» [258].

Las afirmaciones de Hegel se desarrollan en un plano abstracto, casi metafísico, por lo que esa abstracción en sus afirmaciones, así como la formalidad de su método dialéctico y su pretendida fusión entre lo real y lo racional, entre el ser y el deber ser, permite que su pensamiento sea interpretado desde posiciones ideológicas opuestas, y que su lectura sea realizada ya en clave epistemológica o sociológica, ya en clave normativa, política (85). Por otra parte, no han dejado de destacarse entre sus intérpretes ciertas aparentes inconsecuencias o tensiones internas en su pensamiento, como, por ejemplo, el respeto a la persona en cuanto persona frente a la sumisión de la voluntad individual a la voluntad del Espíritu objetivo y la atribución de valor de la misma en función de su aportación para con el todo estatal (86). En cualquier caso, en las referencias políticas de su pensamiento cabe detectarse, como se ha hecho por buen número de autores, cierta potencialidad reaccionaria y antiliberal, en materia de relaciones Estado-individuo (87). Como ha afirmado Sabine, en

---

(84) *Principios de la filosofía del Derecho*. Los números entre corchetes en el texto corresponden a los párrafos de esta obra. Sobre esa totalidad ética, puede verse VERMAL, *Comentario introductorio a Hegel, Principios*, p. 24. Cfr. la influencia de dicha concepción hegeliana en MAYER, *StR*, p. 3.

(85) Como afirma E. DÍAZ, *Estado de Derecho*, p. 156, «El tema de las interpretaciones de Hegel es, como se sabe, uno de los temas más complejos de la historia de la filosofía». En la obra citada presenta este autor una extensa panorámica de las interpretaciones de que ha sido objeto la filosofía política hegeliana (pp. 151 y ss.).

(86) Cfr., por ejemplo, SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496.

(87) Radicalmente en este sentido, POPPER, *Die offene Gesellschaft*, pp. 80 y ss.; también SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496; FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 881, quien destaca el carácter conservador y contrario al proyecto ilustrado de Hegel; *vid.* también el *Prólogo* de N. BOBBIO a la obra de Ferrajoli acabada de citar, p. 18: «Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad»; asimismo BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, pp. 81 y ss. (p. 82, y p. 85, identificando la concepción del *Volksgeist* de Hegel con la del romanticismo irracionalista germano; pp. 86, 90 respecto del holismo y organicismo hegeliano). También THIE-



Hegel era el Estado nacional «más que el individuo o cualquier otro grupo de individuos lo que constituía la unidad significativa... [y] El genio o el espíritu de la nación (*Volksgeist*), que actúa a través de los individuos pero independiente en gran medida de su voluntad e intención conscientes, era considerado por él como el verdadero creador del arte, el Derecho, la moral y la religión» (88). Por ello, continúa, el «individuo es sólo una variante accidental de la cultura que lo ha creado... no debe contar mucho porque, en general, “los individuos caen dentro de la categoría de medios”. Sus deseos y satisfacciones son justamente sacrificados para la realización de los fines más amplios de las naciones» (89). «Obviamente, pues, el Estado debía ser absoluto puesto que él y sólo él encarna los valores éticos. Obviamente también, el individuo alcanza la dignidad y la libertad moral sólo cuando se dedica al servicio del Estado» (90).

Desde esta comprensión, y a diferencia del liberalismo, la labor del Estado no será la protección de intereses de los individuos, sino primordialmente el mantenimiento de la totalidad ética, la cual se configura como el *ethos* que conforma la comunidad —ya que en ella se expresa la identidad del pueblo— y, por ello, el Estado mismo. Fin del Derecho es, en otras palabras, la protección de ese Espíritu objetivo, de los valores que dan sentido a la comunidad, cuyo relajamiento llevaría a la disgregación y negación de la misma. Así, frente a la concepción liberal que concibe el Estado como un contrato social conformado a partir de los intereses de todos los individuos, afirma Hegel que «el Estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la *protección* y la *seguridad* de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el

---

BAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 181, asocia la crítica hegeliana a la *Moralität* kantiana con cierta tendencia conservadora, reavivada en el actual debate entre comunitaristas y liberales; en similar sentido, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 133 y 144, pp. 158 y ss., quien enfrenta la eticidad hegeliana —«conservadora»— a la moralidad kantiana —«transformadora»—. En similar sentido, respecto a la potencialidad autoritaria de la concepción hegeliana, BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 81-82. Una lectura más progresista de la filosofía política de Hegel hace, en cambio, MAIHOFER, *Hegels Prinzip des modernen Staates*, pp. 361 y ss.

(88) SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 473.

(89) SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 484. Cfr. las declaraciones de WELZEL, *Über den substantiellen Begriff*, p. 228, respecto de la «misión histórico-cultural» de la comunidad, para la cual los actos de los individuos, si bien representan la altura moral de la primera, son para ella únicamente un medio para llevar a cabo tal misión.

(90) SABINE, *Historia de la teoría política*, p. 496.

contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio» [100] (91).

Como hemos dicho, para Hegel sólo dentro de la comunidad será realizable la libertad del individuo, por lo que la pervivencia de la comunidad ética implicará también una defensa de la libertad individual, cuyos límites, no obstante, se conformarán a tenor de las convicciones morales dadas. En este sentido, los intereses de los individuos ostentarán un menor rango cualitativo frente a la pervivencia de la identidad de la comunidad, de la misma forma que en la comprensión de Hegel el individuo sólo adquiere sentido dentro de la existencia del Estado, cuyo poder no se concibe frente a la libertad individual de los mismos, sino como parte creadora de dicha libertad, ya que el espíritu objetivo es la única realidad trascendente (92). «Por ser el estado el espíritu objetivo, el individuo sólo tiene objetividad, verdad y ética si forma parte de él» [258], afirma Hegel. Desde este presupuesto, la opción entre el individualismo y el holismo es tomada claramente por el filósofo alemán: «El espíritu tiene realidad y sus accidentes son los individuos. Respecto de lo ético sólo hay por lo tanto dos puntos de vista posibles: o se parte de la sustancialidad o se procede de modo atomístico, elevándose de la particularidad como fundamento. Este último punto de vista carece de espíritu, porque sólo establece una conexión mientras que el espíritu no es algo individual, sino la unidad de lo individual y lo universal» [156. Agregado] (93). Así, «el derecho subjetivo de los individuos a una determinación subjetiva de la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a una realidad ética» [153]. Ello implica, en lo tocante al establecimiento de la prioridad política entre los derechos de los ciudadanos y el Estado –fusionado con la «comunidad ética» del pueblo– notables

---

(91) Cfr. BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 81-82, quien destaca la inercia de la concepción hegeliana hacia el autoritarismo y la doctrina de la «razón de estado»: «“El Estado es lo racional en sí y por sí”. De ahí a la defensa del Estado como un fin en sí mismo ... hay un mínimo paso, y la defensa de todos los medios para conseguirlo ... un paso todavía más imperceptible. Una vez hecho del Estado la *ultima ratio* de la política ya no resulta por lo menos incongruente concluir ... que el fin justifica los medios.»

(92) Cfr. sobre esto, BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 88; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163.

(93) Vid. BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, p. 91: «La comunidad del pueblo, concebida como histórica y viva totalidad, cuyo sujeto ya no es el individuo o la suma de individuos, sino una colectividad, un *todo orgánico*». Vid. también, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163; y SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 40, quien resalta la comprensión totalizadora y colectivista de lo social implícita en el *Espíritu objetivo* hegeliano.

consecuencias: «Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado» [258].

En suma, la concepción sustancial de la colectividad, integrada en torno a las convicciones morales concretamente dadas y su manifestación inmediata en el Estado, conlleva, por un lado, la dependencia de los intereses y garantías del individuo a las necesidades de perpetuación de la comunidad ética; por otro, una notable confusión entre Derecho y moral (94), en dos sentidos; en primer lugar, desde una juridificación de la *Sittlichkeit* hegeliana –a partir de la identidad entre Estado y comunidad ética–, lo protegido no serán intereses esenciales y tangibles de los ciudadanos, sino el conjunto de valores morales presentes en una comunidad, independientemente del contenido y de la corrección de los mismos, ya que ellos plasmarán la identidad de la comunidad ética; en segundo lugar, dado que la misión esencial del Estado será la perpetuación y fortalecimiento de dichos valores morales, dicha misión se realizará no mediante relaciones coercitivas externas, prohibiendo acciones, sino mediante relaciones internas, fortaleciendo actitudes.

Dicha comprensión ético-sustancialista del Estado y la comunidad generará toda una línea de pensamiento, que podemos denominar como *comunitarismo*, la cual, como decimos, adquirirá especial relevancia en Alemania en el momento histórico en que Welzel desarrolla su concepción del Derecho penal. Antes de llegar a ese momento, conviene exponer asimismo algunos epígonos de la misma. Dentro de la sociología –si bien con notables implicaciones ideológicas– es importante citar a Tönnies, y su obra *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). Este autor establece dos modelos ideales opuestos de sociedad, que responden a dos formas de racionalidad distinta. La «comunidad» se origina a partir de una «voluntad orgánica» (*Wesenwille*) (95) que aúna los afectos, convicciones morales y tradiciones del grupo y los integra en un todo homogéneo. En ella los individuos, al igual que en la comunidad ética hegeliana, están internamente vinculados en torno a una serie de valores supraindividuales que conforman el ser trascendente de la comunidad y a partir de los cuales se identifican y relacionan entre sí los miembros de la

---

(94) Cfr., por ejemplo, H. MAYER, StR, pp. 60 y ss. Crítico con la concepción hegeliana en este sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 230.

(95) La traducción proviene de la obra de ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 220.

misma (96). La «*sociedad*», en cambio, surge a partir de lo que Tönnies denomina la «voluntad reflexiva» (*Kürwille*). En ella los individuos no están previamente unidos en torno a una identidad común sobre una serie de tradiciones y convicciones morales, sino que son criterios externos de racionalidad instrumental, basados en el interés de su protección frente a otros individuos y en la intención de evitar así el *bellum omnium contra omnes*, lo que les lleva a formar la sociedad. Ya no es la tradición, sino la convención lo que conforma la asociación de los individuos. Así, mientras la comunidad determina, a partir de la mutua identificación en las tradiciones y valores compartidos, el horizonte de subjetividad y de intereses del individuo, siendo la misma comunidad, como único ámbito de existencia posible, el mayor bien; la sociedad, bajo el modelo ideal del contrato social, representativo de dicha voluntad racional y reflexiva, es conformada por los intereses de los individuos. Si la razón de ser de la comunidad es un *prius* basado en una determinada identidad moral, interna, la razón de ser de la sociedad es un *posterius* basado en el consenso voluntario, externo (97). Hardwig, uno de los pocos penalistas que ha derivado consecuencias dogmáticas y materiales en referencia directa al modelo de comunidad de Tönnies, abunda en dichas diferencias. Afirma, por un lado, que los conceptos esenciales del modelo de la «sociedad» —propios de la modernidad ilustrada— son la libertad, la seguridad, la satisfacción y el daño (98). Por el contrario, lo que define a la «comunidad» son los valores esenciales compartidos, de los cuales surgen unos supervalores, que operarán como requisitos mínimos de supervivencia de la comunidad y, por ello, como pautas básicas de la convivencia dentro de la misma, conformando la actitud (*Gesinnung*) exigible a todo aquel que pertenezca a dicha comunidad (99). El supervalor jerárquicamente más relevante es el de la «comunidad en sí misma», pero ello no entendido en relación a una comunidad concreta, sino al «hecho

---

(96) Cfr., por ejemplo, ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 224: En Tönnies «la comunidad constituye pues una totalidad orgánica, en cuyo seno la vida y el interés de los miembros se identifican con la vida y el interés del conjunto».

(97) Sobre la concepción de Tönnies puede verse ROCHER, *Introducción a la sociología general*, pp. 219 y ss.; DAHRENDORF, *Gesellschaft*, pp. 151 y ss.; BICKEL, en «Pipers Handbuch der Politischen Ideen», pp. 138 y ss.; voz «Gemeinschaft», en *Soziologie-Lexicon*, p. 184; voz «Gemeinschaft», en *Staats-Lexikon-Görres Gesellschaft*, pp. 849 y ss. También HARDWIG, *ZStW* 68 (1956), pp. 17 y ss.; el mismo, *MSchrKrim* 1961, pp. 194 y ss.

(98) HARDWIG, *MSchrKrim* 1961, p. 195.

(99) HARDWIG, *ZStW* 68 (1956), pp. 18 y 19.

valorativo de que la vida sin una comunidad no es tan valiosa —o no lo es en absoluto— como la vida en comunidad» (100). El segundo valor fundamental es la disposición de todos los individuos al sacrificio y a la ayuda hacia su comunidad, ya que sin esa disposición la comunidad no perduraría. Y el tercero y último es la fidelidad a la comunidad, asimismo requisito imprescindible para la supervivencia de la misma (101).

Ambos modelos de sociedad son contemplados por Tönnies, en principio, evolutivamente, respondiendo la «comunidad» a grupos tradicionales y pequeños, y siendo la «sociedad» producto de la evolución y creciente complejidad de los grupos sociales, en los que los valores morales, dado el pluralismo en que coexisten, se relativizan y diversifican. No obstante, son modelos ideales, basados en una contemplación no tanto cronológica, como analítica. Ambas formas de asociación, por tanto, pueden concurrir en un mismo momento, agrupando por ejemplo, una sociedad diferentes comunidades. Pero más relevante para nosotros que como modelo de análisis sociológico son sus vinculaciones políticas. Como puede apreciarse, en la teoría sociológica de Tönnies se contraponen en realidad dos tradiciones filosófico-políticas contrarias, oponiéndose al racionalismo iusnaturalista laico de la Ilustración con su modelo social ideal del contrato social, el sustancialismo comunitarista hegeliano, el cual apela a las tradiciones, la etnia o la lengua como lazos vinculantes originarios de la formación grupal (102). Especialmente crítico con la concepción de Tönnies se ha mostrado Dahrendorf, resaltando la clara orientación política del sociólogo, caracterizada por la tendencia a dar predominancia valorativa a la idílica comunidad en la que no existen conflictos entre sus integrantes frente a la egoísta unión de intereses opuestos de la sociedad, y, en general, afirmando que «la dicotomía de Tönnies es históricamente falsa, sociológicamente unilateral y políticamente antiliberal» (103). Antiliberal en tanto en cuanto la concepción cuasi-

---

(100) HARDWIG, ZStW 68 (1956), pp. 18-19.

(101) HARDWIG, ZStW 68 (1956), p. 19. No deja de sorprender el hecho de que esta concepción sea defendida por Hardwig pocos años después de la dictadura nacionalsocialista. El autor se esfuerza por distinguir (ya en 1961: MSchrKrim 1961, pp. 195 y ss.), dentro de la idea de la comunidad, una comunidad autoritaria, en las que las relaciones de poder se dan verticalmente, y una comunidad cooperativa, en la que las relaciones se dan horizontalmente; pero lo cierto es que, en lo que a consecuencias políticas o jurídicas se refiere, las similitudes son mayores que las diferencias.

(102) Esto es especialmente destacado por DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 153. Vid. Asimismo, ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 224.

(103) DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 154.; ROCHER, *Introducción a la sociología general*, p. 229: «Ha podido afirmarse que su obra contribuyó a la proliferación de

metafísica de la comunidad –tan cercana a la de Hegel– es trasladada por Tönnies a servir de explicación fundacional también del Estado, el cual es expresión última y formalizada del ser de la comunidad, al plasmarse en él los valores que integran su esencia (104). Se unifica, así, lo moral y lo político, lo privado y lo público. En suma, en el modelo político de Tönnies nos hallamos ante la misma concepción ética del Estado y de lo social que en el de Hegel.

Como ha sido mencionado, la contraposición entre individuo y comunidad, entre liberalismo político y estatalismo ético, se dará con especial énfasis en las décadas de los años veinte y treinta en Alemania, hasta llegarse a la degeneración de la concepción estatal hegeliana –o quizá simplemente elevándose al máximo exponente la potencialidad conservadora y autoritaria ya presente en Hegel– en el totalitarismo nazi y en su sacralización de la «comunidad del pueblo» (*Volksgemeinschaft*), como esencia y destino colectivo, como fuente última de todo Derecho y derechos. Elías Díaz (105) ha resaltado lúcida y lúcidamente la íntima vinculación existente entre el organicismo ético y el Estado totalitario: «El organicismo aparece así como un precedente, más o menos inmediato, de los modernos totalitarismos nacionalistas (ejemplo, a través de la comunidad de raza que de allí deriva), aunque, por supuesto, no exclusivamente bajo ese aspecto orgánico-biológico, sino, sobre todo... en su dimensión más depurada de organicismo ético y espiritualista. La sociedad se concibe entonces como un ente moral y un organismo espiritual dotado de fines sustantivos propios, transpersonalistas, diferentes de los fines que corresponden a los hombres que componen esa sociedad, diferentes incluso de los fines a que aspira la mayoría de ellos. La colectividad se sustancializa, se entifica ética y espiritualmente, exigiendo así el ejercicio de un poder y de un Estado de carácter verdaderamente totalitario».

El hegeliano Larenz, a quien puede considerarse un destacado teórico de dicha concepción del Estado (106), plantea con especial nitidez la diferencia entre la concepción liberal y la comunitarista, por lo

---

los movimientos románticos y nacionalistas alemanes, incluido el nazismo.» Dicho carácter antiliberal es también destacado por GUTMANN, ARSP 1997, p. 53-54, relacionándolo con los actuales defensores del comunitarismo.

(104) Cfr. las referencias literales de Tönnies en DAHRENDORF, *Gesellschaft*, p. 154.

(105) E. DÍAZ, *Estado de Derecho*, p. 63.

(106) Y a quien no puede dudarse en calificarle como un pensador del nacional-socialismo. Como destaca MARXEN, *Der Kampf*, p. 239, Larenz era comúnmente considerado como el filósofo del Derecho de la Escuela de Kiel.

que merece la pena exponer su postura. El individualismo –afirma este autor–, propio del pensamiento racionalista de la Ilustración, parte de la idea de que «la comunidad se funda a partir de la libre razón (*Vernunft*) de cada individuo y de que el fin del Estado consiste únicamente en garantizar de la forma más completa posible la libertad innata que, como esencia racional, posee todo individuo» (107). En este modelo político, «la libertad del individuo razonable (*vernünftig*) (108) es... el valor moral y social supremo» (109). Para Larenz, sin embargo, la concepción individualista no es sostenible. El Estado no puede ser concebido meramente bajo un fin instrumental, y, por tanto, como una convención, sino, por el contrario, ha de entenderse como una esencia ontológica, como un fin en sí mismo: «El Estado es, según su esencia, voluntad. No es algo así como el producto de una voluntad, ya que sólo *es* en cuanto se crea a sí mismo, y sólo se crea a sí mismo en cuanto él quiere ser, y obra como voluntad. Pero una voluntad sólo puede crear el Estado, si los hombres, como órganos del mismo, asumen su querer y su actuar como el querer y actuar del Estado» (110). La voluntad creadora del Estado es, así, la voluntad creadora de la comunidad. «El Estado es la unidad de voluntad histórica del pueblo», y esa unidad de voluntad viene dada por la «estructura espiritual trascendente al individuo... en la que el pueblo se autoconcibe como “vivencia y destino”». Desde esta comprensión, el fin del Estado no es la protección de la libertad individual, sino –en forma similar a la concepción de Mayer de la prevención general– «traer a expresión objetiva el espíritu moral vivo en el pueblo» (111).

---

(107) LARENZ, *Rechts - und Staatsphilosophie*, p. 95.

(108) El adjetivo *vernünftig* puede traducirse como «racional» o como «razonable». Si especificamos dicha opción es porque la diferenciación entre lo racional y lo razonable (entre lo «Rational» y lo «Vernünftig») jugará posteriormente un papel importante en la fundamentación del Derecho penal que aquí se propondrá.

(109) LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie*, p. 96, citando a Kelsen.

(110) LARENZ, *Rechts - und Staatsphilosophie*, p. 103. Larenz realiza la misma crítica que ya hiciera Hegel sobre la teoría del contrato social, basada en que el Estado no puede concebirse como una «cosa arbitraria y casual», fruto del arbitrio intersubjetivo, ya que implicaría la negación de la autoridad y majestad de la «totalidad ética» en la que yace la voluntad del Estado, previa a la de los individuos. Cfr. sobre ello, BOBBIO, *Hegel und die Naturrechtslehre*, pp. 88-89. Sobre las críticas nacionalsocialistas a la ideología liberal, cfr. MARXEN, *Der Kampf*, pp. 21 y ss. *Vid.* también la crítica al liberalismo de WELZEL, *Naturalismus*, p. 49.

(111) LARENZ, *Rechts - und Staatsphilosophie*, pp. 104 y 105. Cfr. también AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 217, quien resalta que para la ideología nacionalsocialista el valor esencial no lo constituye el individuo, sino el pueblo, por lo que el mantenimiento de éste –de su identidad cultural, moral y racial– es el fin supremo del Derecho penal. *Vid.* MARXEN, *Der Kampf*, p. 62, sobre la vinculación entre el pen-

Esta hegeliana «metafísica del Estado» (Larenz) fue trasladada al Derecho penal de manera directa por los penalistas más claramente afines a la ideología nacionalsocialista –Schaffstein, Dahm (112)–, pero fue también asumida, más o menos explícitamente y con más o menos reparos, por penalistas que no llevaron a sus últimas consecuencias dogmáticas y materiales los postulados de dicha ideología, aunque no dejaron de plasmar en el Derecho su impronta autoritaria; autores como el primer Gallas (113), H. Mayer (114) o Welzel (115). En todos ellos, en suma, se concibe el Estado como una realidad óptica –no sólo como un deber ser, sino, incluso previamente, como un ser– conformada a partir de la esencia moral que conforma e inte-

---

samiento de la comunidad sustancial y la concepción del Estado en la ideología nacionalsocialista. En el mismo sentido, entre otros, HASSEMER, *Theorie*, p. 51.

(112) Cfr. la obra programática de ambos autores, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, pp. 8 y ss. y *passim*; DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 11: «La comunidad es una vinculación personificada y viva entre hombres de igual actitud»; p. 12: «Puede verse al hombre, como en la ilustración y el primer liberalismo, como ser razonable y basado en su autosatisfacción... o como ser social, en su relación con el entorno... Nosotros contemplamos al hombre de otra forma, como miembro activo del pueblo (*Volksgenossen*), como miembro de una comunidad concreta». «Toda comunidad se basa en la fidelidad y en la disposición de sus miembros».

(113) Cfr. GALLAS, Gleispach-FS, p. 53: La elección entre la comprensión del delito como lesión de bienes jurídicos o como lesión de deber «es de naturaleza filosófico-política, y en conclusión no puede haber duda: el acento ha de ponerse más en la lesión de deber y menos en la lesión del bien jurídico»; pp. 62-63. Sobre esta base ideológica, frente al «bien jurídico» y el «interés» individual, adquieren relevancia primordial para la construcción jurídico-penal las ideas de «deber» y «actitud» (p. 51). La proximidad y dependencia de las consideraciones de Gallas respecto de la ideología nacionalsocialista es resaltada por AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 228.

(114) Léase la introducción al *Das Strafrecht des Deutschen Volkes* de H. MAYER; el mismo, *Der Verbrechensbegriff*, en la revista *Deutsches Strafrecht*, 1938, pp. 73 y ss: «El delito es la acción que entra en insoportable contradicción con el orden ético del pueblo... el cual es atacado en su poder psicológico y vigencia ideal» (p. 78).

(115) Cfr. WELZEL, *Über den substantiellen Begriff*, p. 228 y pp. 233-234. *Vid.* asimismo, *Naturalismus*, pp. 49, 65, 105 y ss. o p. 118. La similitud de ciertos planteamientos welzelianos con ideas nacionalsocialistas es mencionada por AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 223 y 278, resaltando el carácter antiliberal de ambas posturas; también p. 160 relacionando la teoría de la acción welzeliana con el romanticismo y los presupuestos filosóficos hegelianos. En el mismo sentido MARXEN, *Der Kampf*, p. 41, nota 135; FROMMEL, ADPCP 1989, p. 622. De forma similar, destaca MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 34, que la concepción de Welzel del fin del Derecho penal no puede desvincularse de su filosofía de los valores ontologizante y estatalista. Más en general, una puesta en relación de la función ético-social y de los autores citados: Gallas, H. Mayer y Welzel, además de Dahm y Schaffstein, con el nacionalsocialismo puede verse en MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.



gra la comunidad y que, por ello, prevalece a la autonomía moral del individuo. El Estado –y con él el Derecho penal– no es asumido, así, como un instrumento al servicio de los individuos, sino que, de alguna forma, es fin en sí mismo, ya que encarna y es vehículo de los valores y convicciones sin los cuales la comunidad no podría subsistir y perpetuarse en su «destino histórico» (116). Ya vimos que Mayer otorgaba a la prevención general un fundamento moral, basado en «su determinación de presentar la realidad moral del pueblo» (117). Y es desde dicha moral de la comunidad, institucionalizada en el Derecho, desde donde habrá de valorarse la conducta. En palabras de Gallas, «para la valoración jurídico-penal sólo tienen relevancia los intereses de la comunidad. Ya que frente a la oposición liberal entre el individuo y la colectividad (Estado), en la idea de la *Volksgemeinschaft* como una unidad orgánica abarcadora de sus miembros no hay ya, por un lado, intereses “privados”, y, por otro lado, la protección del individuo se realiza desde su pertenencia a la comunidad» (118). Dicha equiparación del Estado con la comunidad ética, del Derecho con la moral colectiva, ha producido sus frutos en los ámbitos más relevantes del Derecho penal: el delito es concebido como lesión de deber, ya como *infidelidad* frente a los valores de la comunidad, ya –en forma menos politizada– como quebrantamiento de los valores de la actitud (119); la culpabilidad es concebida como reproche basado en la infidelidad a la moral colectiva o al Estado. Y es en esta o similar concepción de la sociedad y el Estado donde puede hallarse el origen filosófico-político de la función ético-social del Derecho penal: la conformación de la conciencia moral de los individuos aparecería así plenamente justificada, ya que las convicciones éticas individuales no pueden entenderse desvinculadas de las convicciones morales del grupo, de la comunidad, sino que, por el contrario, «la comunidad es el fundamento esencial para la conversión en persona de los individuos» (120). Por ello, el fin del Derecho penal no será, en primer lugar, la protección de los intereses individuales, de los bienes jurídicos, sino ejercitar en las conciencias individuales la identidad moral

---

(116) Vid. WELZEL, *Über den substantiellen Begriff*, p. 228; H. MAYER, StR, p. 9.

(117) MAYER, H., StR, p. 4.

(118) GALLAS, Gleispach-FS, pp. 62-63.

(119) Cfr., en este sentido, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 218, respecto del pensamiento nacionalsocialista de la comunidad y la fidelidad a la misma.

(120) H. MAYER, StR, p. 9. Sobre las bases de la «etización» del Derecho penal en la ideología de los años treinta, cfr., entre otros, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 218; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 365 y ss.

de la comunidad, la cual –dada la línea de continuidad entre la comunidad y el Estado– se presupone manifestada en las normas jurídicas. Y por ello, lo que se exige a los miembros de la comunidad no es, en primer lugar, la evitación de acciones dirigidas a lesionar los intereses de otros individuos, sino que el deber de rango superior será la *fideli-**dad* a las convicciones de la comunidad: al Derecho; en palabras de Hegel, el «supremo deber» de «ser miembro del Estado». Según lo expresa el hegeliano H. Mayer, «al ser el pueblo una totalidad, una concreta realidad espiritual, radica en ello un valor al que de servirse independientemente de la felicidad que ello pudiera conllevar para el individuo o la suma de los individuos... Por tanto, no puede concebirse el Derecho penal como instrumento protector de los intereses individuales» (121), sino que su función será la de «conformar y fortalecer el orden moral del pueblo» (122). Y por ello, el delito no será, en primer lugar, desvalor del resultado, lesión de un bien jurídico, sino desvalor del acto, lesión de deber.

Sin duda, la trayectoria teórica de Welzel –y la de Gallas, posteriormente– recorrió sendas independientes de las seguidas por los penalistas de corte nacionalsocialista, lo que quedó fielmente plasmado en su gran construcción sistemática; sin duda, algunas de sus concepciones esenciales –por ejemplo, el concepto de bien jurídico por él empleado– pueden bien ser defendidas desde premisas liberales; sin duda, Welzel no erigió como misión inmediata del Derecho penal el mantenimiento de la identidad de la comunidad, sino que asumió su fin de protección de los valores de la actitud jurídica como un fin vinculado a la protección de bienes jurídicos –si bien, como puede desprenderse tanto de sus declaraciones programáticas al respecto como de su sistema del delito, ocupando este último fin un rango axiológico inferior. Sin pretender negar todo ello, lo único que aquí intenta resaltarse es una hipótesis respecto de la *razón de ser originaria* del fin ético-social que el penalista alemán atribuye al Derecho penal: dicho fin, en mi opinión, es heredero del estatismo ético hegeliano, de la comprensión ‘comunitarista’ de lo social y de la confusión de Derecho y moral que se da en dicha comprensión ética del Estado.

Antes de concluir, conviene incluir en la exposición todavía una postura doctrinal respecto del fundamento del Derecho penal, la cual, por ser también claro exponente de dicha concepción comunitarista de lo social, puede engarzarse con las posiciones anteriormente tratadas.

---

(121) H. MAYER, StR, p. 9.

(122) H. MAYER, StR, p. 4.

Es la postura mantenida por el juez norteamericano Devlin, conocida fuera del ámbito anglosajón especialmente a tenor de las críticas realizadas a la misma por H. L. A. Hart, quien ha denominado las argumentaciones del primero como la «tesis de la desintegración» (123). Según Devlin, la moral colectiva es el cemento que da consistencia y cohesión a la comunidad; integrados en torno a unas convicciones comunes, los individuos de una comunidad se identifican como miembros de la misma y orientan su conducta a partir de dicha identidad. El conjunto de convicciones y valores compartidos no es, así, un mero elemento accidental de una sociedad, sino su base estructural esencial, sin la cual la sociedad no estaría en disposición de perpetuar su existencia colectiva (124). Por ello, acciones que manifiesten una desviación de los valores socialmente compartidos conllevan la semilla de la desintegración de la sociedad, ya que corren el riesgo de poner en duda esos valores y debilitar, con ello, la identidad de la comunidad. Dado que —en clara reminiscencia hegeliana— el Estado encarna el espíritu de la comunidad, acciones inmorales para la comunidad —la homosexualidad, por ejemplo, según la moral cristiana que impera, a juicio de Devlin, en las sociedades occidentales—, son equiparadas a actos de sedición a la nación, a la comunidad. Al igual que las tendencias acabadas de ver, todo delito es concebido como un acto de infidelidad hacia esa moral colectiva. Frente a esas acciones, la sociedad tiene derecho a defenderse, afirma Devlin, y el Derecho penal es el medio que ha de activarse para ello. Éste adquiere, entonces, la finalidad de mantener e imponer la moral que rige en la sociedad, castigando las conductas infieles a la misma (125).

Como destaca Wolf, las consideraciones de Devlin vienen amparadas en «los ideales comunitaristas» (126), de igual forma, por ello, que el resto de los autores analizados hasta ahora. No obstante, podría destacarse una diferencia entre la posición de este autor y las deriva-

---

(123) Cfr. HART, *The enforcement of morality*, pp. 31 y ss.; el mismo, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 87 y ss. La muy citada polémica entre Devlin y Hart aparece expuesta, entre otros muchos lugares, en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 424 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 107-108, quien engloba a este autor junto con Welzel, Mayer o Durkheim dentro de las teorías de «fuerza configuradora de las costumbres» del Derecho penal; WOLF, *Verhütung*, pp. 34 y ss.; LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, pp. 48 y ss.; DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 250 y ss.

(124) Cfr. HART, *The enforcement of morality*, p. 37; LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 49.

(125) HART, *The enforcement of morality*, p. 38; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 107.

(126) WOLF, *Verhütung*, p. 35.

das de Hegel, que consistiría en que, mientras en Devlin la moral de una comunidad es asumida sin ambages como la moral dominante, la cual es preciso proteger y mantener independientemente de la corrección intrínseca de sus valores, en los hegelianos, dado el carácter metafísico del Espíritu objetivo, la moral de la comunidad, siendo igualmente la fácticamente dada, es, *per se*, la moral «verdadera» y «correcta» (127). Por ello afirmábamos que dicha concepción permite una justificación interna valorativa, es decir, basada en sus propios presupuestos políticos, que trasciende la mera comprensión funcional del Derecho: siendo el Estado «lo racional en sí y por sí» (128), manifestación del Espíritu objetivo, las normas jurídicas adquirirán, por el mero hecho de ser la emanación de la eticidad, una justificación *a priori* (129). En este sentido, Ferrajoli califica la concepción idealista de Hegel como un modelo de «formalismo ético», según el cual se asumen «el Derecho y el Estado como valores éticos en sí, independiente de sus bases utilitaristas y de su función de tutela respecto a los ciudadanos» (130). Y por ello, y por el hecho de que la comunidad

---

(127) La diferenciación entre moral dominante y moral verdadera es expuesta por WOLF, *Verhütung*, pp. 30 y ss., si bien sin citar expresamente a Hegel. La elevación al rango de lo verdadero o lo absoluto de los valores de una determinada cultura aparece, por ejemplo, en WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, p. 57. Cfr., en este sentido, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 34, quien sostiene que la vinculación directa del Derecho con un orden de valores previamente dado, propia de los años treinta y de la concepción de Welzel, remite a una visión sustancialista del Estado y la sociedad. *Vid.* también la crítica a Welzel de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 225, resaltando la contradicción existente entre la afirmación de Welzel de que los valores de una comunidad no son algo estático, sino que dependen de la evolución histórica y que, al mismo tiempo, esos valores, por pertenecer a la comunidad concreta, obtienen el carácter de absolutos. Contradicción porque «si la cultura debe desarrollarse, ello sólo puede ocurrir por medio de la puesta en duda de sus valores. ¿Pero cómo podría ocurrir eso respecto de valoraciones que ostentan una pretensión de ser absolutos (*Absolutheit*)?». Una crítica similar, respecto de la fundamentación hegeliana de los valores se encuentra, por ejemplo, en CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 150-151.

(128) Cfr. la crítica que realiza FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 245, nota 39, a la concepción de Hegel, afirmando que en la idea de que «lo real es racional y lo racional es real» se da una falacia naturalista, consistente en derivar el deber ser del ser: en nuestro ámbito, determinar la corrección de los valores (lo racional, el deber ser) del mero hecho de su concurrencia en una sociedad concreta (lo real, el ser). En un sentido similar, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 132-133, quien afirma que característico de la eticidad hegeliana es la legitimación *a posteriori* de lo dado.

(129) Sobre ello, cfr. brevemente AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 224-225, quien menciona los intentos de los hegelianos de establecer una diferenciación entre la «mera opinión colectiva» y el «auténtico espíritu del pueblo» (Larenz), para afirmar que no existe ningún criterio racional de diferenciación entre ambos.

(130) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 230.

ética es valorativamente más valiosa que la autonomía moral de los individuos, la internalización de los valores en los ciudadanos se verá también legitimada, ya que la persona sólo es concebida como miembro de la comunidad, es decir, conformada su conciencia ética en armonía con la conciencia ética de la comunidad. Otra diferencia entre Devlin y la corriente hegeliana del fin ético-social, es que el primero dirige su atención más hacia la cuestión de qué conductas deben ser criminalizadas que hacia el fin concreto de la pena. No obstante, y más allá de estas cuestiones, ambas posturas coinciden en el «objeto» primordial a proteger: no, o no sólo, los intereses de los ciudadanos, sino la cohesión del orden social basada en las convicciones valorativas coyunturalmente dadas.

## B. EL FIN DE INTEGRACIÓN SOCIAL

Desde esta segunda concepción de la prevención general positiva, la pena abarca un complejo de fines interrelacionados, caracterizados por operar no apelando a la razón de los ciudadanos, sino esencialmente en un plano subconsciente. El fin de la pena es el de estabilizar la conciencia jurídica y la paz social, restituyendo el clima emocional alterado por el delito. Ello se produce por medio de la satisfacción de los instintos de agresión y venganza generados en la colectividad como consecuencia de la acción delictiva. Desde premisas teóricas de la psicología profunda, se afirma que el quebrantamiento del tabú institucionalizado en la norma por el delincuente, conlleva un riesgo de «infección», ya que la colectividad tenderá a imitar el mal ejemplo del delincuente y dejar que sus impulsos inconscientes y agresivos se manifiesten (131). Ello genera, motivado por el sentimiento de culpabilidad producido por la pulsión violenta del inconsciente, una tendencia al autocastigo (132); el cual, proyectado en el chivo expiatorio, se sublima con la imposición del castigo al delincuente. La pena sirve, así, al fin de satisfacción de dichos instintos colectivos de venganza, restableciendo el equilibrio afectivo y restituyendo la vigencia del tabú, fortaleciendo con ello el súper yo formado por la internalización de los valores inscritos en las mismas (133). El castigo sobre el delincuente conlleva, además, un fundamental mecanismo de integración:

---

(131) STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 642-643; sobre ello también HAFKKE, *Tiefenpsychologie*, pp. 87 y ss.

(132) STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 643 y 644.

(133) STRENG, ZStW 92 (1980), pp. 643-645. Sobre el mecanismo del chivo expiatorio y su aplicación a las consideraciones sobre la pena pública, cfr. JÄGER, *Psychologie des Strafrechts*, pp. 109 y ss.

con la satisfacción producida por el castigo y por medio de la exclusión y estigmatización simbólica de aquél, el grupo reafirma y refuerza sus lazos morales y afectivos, cohesionando sus vínculos. «La exigencia de punición del delincuente debe poner frente a todos de manifiesto, que las normas son respetadas y por ello –y a diferencia del ‘delincuente’– la colectividad se aparta de los hechos penales; de este modo viene a resaltarse que se pertenece a la gran comunidad de los “justos”» (134).

La prevención de integración es también mantenida como fin esencial de la pena por otros autores que, no obstante otorgar menor relevancia al bagaje teórico de la psicología profunda, operan con similares medios para ello y llegan, por ello, a similares conclusiones (135). Para Müller-Dietz, quien vincula el fin de integración con el de la «defensa del ordenamiento jurídico», misión de la pena es la de «mostrar ante la comunidad jurídica la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico... y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica» (136); en parecido sentido, se muestra Roxin partidario de un fin de «“satisfacción del sentimiento jurídico”... y con ello del restablecimiento de la paz jurídica quebrantada por el delito» (137).

Desde esta perspectiva –especialmente la basada en principios de psicología profunda–, se afirma, en forma similar a las tesis de Durkheim, que la génesis y la razón de ser de la pena estatal radica en la formalización organizada y canalizada de los sentimientos de venganza colectivos. La pena –afirma Achenbach– «integra la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza en un procedimiento regulado jurídicamente» (138). El fin de integración abandona el momento preventivo de amenaza de pena, y vincula sus efectos a la imposición de la pena concreta. Consecuentemente, es presentada por sus defensores como una reformulación de la teoría retributiva clásica desde premisas funcionales, como ya habíamos adelantado en la introducción: «las teorías absolutas de la pena –afirma Streng, desde una interpretación psicologizante de la teoría hegeliana– se revelan como reflejo filosófico de formas elementales y ubicuas de reacción afectiva a quebrantamientos del Derecho» (139). Retribución es, así, tra-

---

(134) STRENG, ZStW 92 (1980), p. 646.

(135) En este sentido, LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 152, en relación a la tesis de Roxin.

(136) MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, pp. 817-818 y 819.

(137) ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

(138) ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; en el mismo sentido, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 650.

(139) STRENG, ZStW 92 (1980), p. 649.

ducido como «necesidad social de retribución». Por ello, pena y culpabilidad se ordenan como un *continuum* funcional, según el que la culpabilidad se convierte en un criterio instrumental en aras del fin de la integración colectiva. El contenido de la culpabilidad parece moldearse en función de dichas necesidades psico-sociales: la idea de lo «justo» parece significar ahora «la medida de necesidad de venganza suficiente para la satisfacción colectiva» (140). En palabras de Achenbach: «únicamente la pena que se sienta justa podrá ser admitida por los miembros de la comunidad como reacción adecuada» (141). La misma idea es expresada por Müller-Dietz cuando afirma que «La población debe encontrar «justa» en el caso concreto la sentencia judicial; es decir, debe ser asumida en consonancia con su sentimiento jurídico» (142). Por ello, afirma Streng, «la culpabilidad del autor se muestra, pues, como un mero reflejo de las necesidades emocionales del juzgador, como el correlato proyectado sobre el autor de las necesidades de pena de los ciudadanos o del juez» (143). La graduación de la pena por la culpabilidad queda entonces definida, en palabras de Roxin, como la «pena por la culpabilidad que satisface el sentimiento psicológico-social de justicia» (144).

En suma, según esta comprensión la pena opera como un mecanismo de integración y cohesión afectiva de la comunidad, que se produce a través de satisfacción de deseos irracionales de venganza colectiva por medio del castigo. Es, entonces, la exclusión del «desviado» lo que genera la integración del grupo. Ello parece también desprenderse de la postura de Roxin, quien refiere la idea de la integración al «efecto de satisfacción que se produce cuando el delincuente ha hecho lo suficiente para que la conciencia jurídica general se tranquilice respecto del quebrantamiento del Derecho y contemple el conflicto con el autor como resuelto» (145). Es decir, el delincuente es excluido temporalmente –simbólica y fácticamente– de la comunidad de los «justos» –como afirmaba Streng– hasta que ésta ve satisfecha su necesidad de castigo y, fortalecida su cohesión y vínculos emocionales, le permite «reintegrarse» en su seno. Desde esta perspectiva, la comprensión de lo social que parece subyacer bajo las teorías de integración remite, al menos tendencialmente, a similares presupuestos socio-polí-

---

(140) En este sentido, críticamente (si bien el entrecomillado del texto no responde a una cita literal), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 235-236.

(141) ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140.

(142) MÜLLER-DIETZ, *Integrationsprävention*, p. 819. (Cursivas añadidas.)

(143) STRENG, ZStW 92 (1980), p. 656-657.

(144) ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

(145) ROXIN, *Wiedergutmachung*, p. 48.

ticos que la mantenida por las posiciones incluidas dentro de la función ético-social, los cuales hemos denominado con el término genérico de «comunitaristas». Ello se hace patente si nos acercamos a la concepción de la sociedad y de la pena inherente a un sector del funcionalismo sociológico, en cuyos planteamientos pueden rastrearse los orígenes teórico-sociales de las teorías de la integración. En el funcionalismo, la sociedad no es asumida, como lo es en el individualismo de raigambre liberal, como la unión de un conjunto de individuos, sino que la misma se contempla como una estructura orgánica, regida por sus propias reglas y, al igual que los organismos individuales, orientado a su propia pervivencia. Así, dentro de la estructura del sistema social, los procesos que tienen lugar son caracterizados bajo el binomio de lo funcional y disfuncional respecto de la estabilidad del sistema, criterio esencial de valoración de los fenómenos sociales. Dicho colectivo orgánico aparece estructurado, en las concepciones de Durkheim y Talcott Parsons, en torno a la tradición de valores y convicciones comunes, las cuales aglutinan, de igual forma que el sustancialismo ético hegeliano, la identidad del mismo. A partir de estas premisas, se elevará el Derecho a instrumento, entre otros medios de control y organización social, de socialización e integración del colectivo, operando al fin del mantenimiento de dichos valores en la conciencia de los individuos y manteniendo el clima de identificación y cohesión del colectivo social (146). Clara muestra de esa concepción de lo social y del Derecho

---

(146) En general sobre las críticas vertidas contra el funcionalismo, cfr. OTTO, H.-J., *Generalprävention*, pp. 30 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 50 y ss. Cfr., además, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 54-55: «En el análisis funcionalista-sistémico el Derecho se entiende opuesto al individuo; no es “su” Derecho, sino el Derecho del sistema. Su función consiste en el establecimiento de un funcionamiento lo más libre de conflictos, lo más “armónico” posible; en la creación de una “cooperación productiva” en la cual el individuo participa indirectamente como “parte del sistema”; por ello mismo los intereses del individuo serán también sólo indirectamente garantizados». AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 362; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 111: «Hablar de la funcionalidad de un fenómeno social presupone veladamente una estructura homogénea de la sociedad, una concordancia entre los intereses de los distintos grupos»; LÜDERSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 883-884. Respecto al funcionalismo de Durkheim, *vid.* por ejemplo, las críticas en la misma dirección de WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, pp. 249 a 255. En cualquier caso, debe resaltarse que no todo el funcionalismo deriva consecuencias para el Derecho de esos procesos de socialización y cohesión en torno a valores y tradiciones. Así, Luhmann, a diferencia de Durkheim, parte de una rígida separación entre Derecho y moral (cfr. *infra* Capítulo segundo, I, 3, D); hasta el punto que su metodología positivista prescinde de toda referencia de legitimación ético-normativa externa al Derecho positivo (cfr. críticamente HABERMAS, *Facticidad y Validez*, pp. 110 y ss., pp. 114-115; GARCÍA AMADO, *AFD* 1986, pp. 174 y ss.).



es la posición de Durkheim, en el modelo de lo social donde opera el Derecho penal (147).

Para Durkheim, la pena sirve al restablecimiento de la «conciencia colectiva». Ésta es definida como el conjunto de valores, creencias y afectos que aglutinan la identidad de la comunidad, la cual es aprehendida como un todo orgánico independiente y previo a los individuos que la conforman (148). Con la imposición de la pena, comprendida como «reacción pasional» (149), los instintos irracionales de venganza –la «cólera pública», en expresión de este autor– son sublimados y canalizados, restableciendo el clima de «solidaridad social»: integración, anterior al delito (150). Al igual que los autores acabados de exponer, para Durkheim la noción de venganza ocupa un lugar fundamental en su comprensión del fenómeno punitivo (151). El sentimiento de venganza y su satisfacción, concebido por Durkheim como un mecanismo de defensa de la conciencia colectiva, es lo que socialmente ha venido siendo aprehendido bajo la idea de justicia; en este sentido, «cuando en los tiempos actuales se habla de un castigo justo, se está haciendo referencia en forma sublimada a ese sentimiento ancestral de ira colectiva, con la cual el grupo activa sus mecanismos de reacción y repulsa frente

---

(147) DURKHEIM, en su obra *La división del trabajo social*, *passim*, establece dos modelos de sociedad. El primero está basado en la «solidaridad mecánica», según la cual la unión social viene establecida a partir de la identificación de sus miembros en torno a valores y afectos comunes. Es en este modelo donde el Derecho represivo –penal– operará como factor de integración, manteniendo y reforzando la «conciencia colectiva» (*vid.* a continuación en el texto). El segundo modelo es el basado en la «solidaridad orgánica», en el cual no existe esa vinculación fuerte en torno a convicciones y tradiciones, sino que la integración se produce por la distribución organizada del trabajo; por ello, en este modelo predominará el Derecho restitutivo –civil–. En suma, toda aplicación del Derecho penal en este autor viene referida al primer modelo, tan similar al de «comunidad» de Tönnies y al derivado de la identificación entre moral y comunidad que ya vimos más arriba. Modelo, además, por el que Durkheim manifestaba notable predilección política, al igual que Tönnies respecto de la «comunidad». En este sentido, *cfr.* WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 249, quien llega a afirmar que «la finalidad secreta de la sociología de Durkheim es la apología del espíritu de la comunidad», y que, tras la metodología sociológica –basada en la mera contemplación «de los hechos sociales»– se esconde en Durkheim una dirección política uniforme y de talante conservador.

(148) DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 94; FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, pp. 293 y ss, p. 294; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 157 y ss.

(149) DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 106, p. 113; en el mismo sentido, el discípulo de éste, FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, p. 294.

(150) Sobre todo ello, *cfr.* los estudios sobre la pena y el Derecho en Durkheim realizados por GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 109 y ss.; BULLASCH, *Rechtsnorm*, pp. 67 y ss. y *passim*; y MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss.

(151) *Vid.* especialmente MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 164 y ss.

a actos desviados de sus representaciones comunes, reacción pasional que revierte en la cohesión afectiva de la comunidad» (152).

No otro es el fin de la pena para el sociólogo francés: la sanción pública sirve al fin de «mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando». La pena es, así, «el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad» (153).

Tras contemplar la postura de Durkheim, puede afirmarse que el fin *esencial* que persigue la pena en la concepción de la prevención de integración es el mismo que persigue la función ético-social: mantenimiento de los vínculos afectivos que fortalecen la identidad social, restablecimiento del «orden moral» (154). No obstante, debe destacarse una diferencia en ambas teorías, en lo tocante a esos vínculos –y por tanto, en lo relativo a los medios de integración–. Así, mientras que en la función ético-social el objeto de estabilización es la moral juridificada del colectivo, puesto que se parte de que la identidad viene conformada en torno a los valores morales, con Durkheim –y con las teorías basadas en el chivo expiatorio– se destaca, además, el componente de irracionalización: la identidad de la comunidad no viene dada sólo por los valores y convicciones morales, sino asimismo por los afectos y sentimientos inconscientes del colectivo, pretendiéndose así la estabilización de un «clima emotivo» (155) a través de la estigmatización del delincuente, sobre quien se vuelcan los instintos agresivos de venganza, satisfechos mediante la imposición del castigo (156). En cualquier caso, también en Durkheim –al igual que

---

(152) Cfr. sobre ello BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 72.

(153) DURKHEIM, *La división del trabajo social*, p. 127. Sobre el fin de la pena en el sociólogo francés, puede verse, además de la obra citada en nota anterior, también NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 99 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 164.

(154) FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, pp. 294, 298.

(155) GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 125.; BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 71.

(156) La acentuación en Durkheim de los afectos y emociones irracionales es destacada por GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 39-40, 115, 122; BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 71; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 145 y ss., pp. 162 y ss.

en las versiones actuales de la prevención de integración— el restablecimiento del estado de paz emotiva operará en aras de la internalización de los valores morales plasmados en las normas. En este sentido, Wössner, entre otros autores, ha destacado la importancia que Durkheim atribuye a la educación colectiva: «A través de la educación, la cual juega un papel esencial en todo el sistema social, se producirá la subjetivación (internalización) de las normas institucionalizadas. El colectivo, con la ayuda de la educación, vela sobre la inducción de determinadas estructuras de motivación en los individuos inmersos en la sociedad. Y las sanciones, dispuestas contra las conductas desviadas de las representaciones colectivas, sirven, al modo de una policía moral, a la estabilización del consolidado sistema social» (157). En suma, la función atribuida a la pena se organiza a partir de las necesidades de venganza que surgen en el colectivo social, con el fin de estabilizar y fortalecer el clima emotivo y moral y mantener, así, la cohesión e integración de la colectividad; por ello, como vimos que ocurría en la actual versión de la prevención de integración, la medida de punición vendrá determinada, no por la gravedad del bien jurídico lesionado, sino por la intensidad de la indignación de la comunidad, determinando una pena que compense tal indignación, en aras de la pacificación colectiva. En este sentido, afirma Gephart que en Durkheim, la pena «es retribución. Pero no por la lesión de un bien jurídico, sino por la alteración de sentimientos profundamente enraizados en la vida de la comunidad, cuya estabilidad es la condición de la existencia de la solidaridad social» (158). Por ello, «el principio de proporcionalidad es establecido a partir de la equivalencia entre la intensidad de la alteración del orden emocional y su reacción restitutiva» (159).

Dentro de las tendencias sociológico-políticas (160) que comparan dicha comprensión de la sociedad no puede dejar de citarse, antes

---

(157) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 252.

(158) GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 123.

(159) GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 127; en el mismo sentido, FAUCONNET, *Verantwortlichkeit*, p. 299.

(160) La equiparación argumentativa entre perspectivas sociológicas y políticas podría aparecer como contraria al principio que exige la separación entre el ser, propio del ámbito de la *observación* sociológica, y el deber ser, propio del ámbito de la *decisión* en que opera el Derecho. Pero, como ya ha sido mencionado respecto de sociólogos como Tönnies o Durkheim (una puesta en relación entre ambos puede encontrarse en MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 152 y ss., resaltando el conservadurismo y pesimismo cultural que une a ambos), tras las argumentaciones sociológicas, late una tendencia política definida. En cualquier caso, la distinción entre el ser y el deber ser en relación a la introducción de las ciencias sociales en el

de concluir, a Talcott Parsons. Este autor continúa la senda iniciada por Durkheim, apoyando además sus tesis en las investigaciones de psicología profunda realizadas por Freud, con las cuales, si bien eran desconocidas por Durkheim, acaba por llegar a idénticas conclusiones que éste (161). Para el sociólogo americano —cuya posición es, al igual que la de Durkheim, incluida por Hart en la «tesis de la desintegración» con que define la de Lord Devlin (162)—, la esencia de la integración social yace en la identificación interna en torno a valores morales (163). Y como vehículo dirigido a mantener dicha integridad, el Derecho se erige en factor esencial de socialización, por medio de cuyas normas se internalizan los valores que rigen en la sociedad, conformando el super-yo de los ciudadanos con los valores compartidos y cohesionando así una «comunidad ética», sin la cual resultaría inviable la pervivencia de la sociedad (164). En resumen, misión de la pena y del Derecho punitivo no es la protección de los intereses de los ciudadanos (bienes jurídicos) por medio de la evitación de conductas —eso es comprendido por estos autores sólo como un efecto secundario producido por la internalización de valores (165)—, sino el fortalecimiento de los lazos que aúnan la identidad de la comunidad.

Pero la comprensión de la pena como retribución basada en la canalización de la venganza colectiva no puede atribuirse sólo a las concepciones funcionalistas, sino que, más allá de éstas, parece formar parte esencial de la comprensión del *ius puniendi* de las concep-

Derecho penal es un tema demasiado complejo para poder ser abarcado aquí. Sobre algunos aspectos de esa cuestión, remito a ALCÁCER GUIRAO, NDP 1998, B, pp. 389 y ss. En cualquier caso, con relación a este aspecto metodológico respecto a Durkheim, no le falta razón a MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 146, cuando afirma que «Durkheim no es un sociólogo del Derecho, sino un teórico moral y, en cierto sentido, también un moralista».

(161) Así, OTTO, H.-J., *Generalprävention*, p. 24. Respecto de la relación entre las tesis de Freud y Durkheim, cfr. p. 172, citando a Talcott Parsons: «Este hecho de la internalización de valores fue descubierto, de forma independiente entre sí y de sus diferentes perspectivas, por Freud en su teoría del super-yo y por Durkheim en su teoría de la institucionalización de las normas morales. El hecho de que ambos pensadores, partiendo de premisas diversas, hayan llegado a la misma conclusión, crea un punto de inflexión en la evolución de la ciencia social moderna.»

(162) HART, *Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral*, pp. 91-94

(163) Como afirma HORMAZÁBAL, *Bien jurídico*, pp. 98-99, citando a Gouldner: «para Talcott Parsons, el mundo social es antes que nada un mundo moral, y la realidad social, una realidad moral... [por ello]... el orden es definido desde la adhesión al código moral.»

(164) Cfr., sobre la posición de T. Parsons, OTTO, H.-J., *Generalprävention*, pp. 17 y ss., pp. 170 y ss.; SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 52 y ss.

(165) Así, GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, p. 129, en relación a Durkheim.

ciones «comunitaristas» de la sociedad. Como ejemplo, puede traerse a colación la postura mantenida por el juez victoriano Stephen. Dando lugar a un destacable paralelismo histórico, la polémica entre el liberal Hart y el comunitarista Devlin había sido planteada ya, casi cien años antes y en términos prácticamente idénticos, entre el juez Stephen y Stuart Mill (166). La concepción liberal de éste, centrada en la separación del Derecho penal de las convicciones sociales en materia de moral y en la limitación de aquél a las acciones que causarían daño a otros individuos, con el fin de servir de instrumento social dirigido a proteger la libertad de los ciudadanos (167), es duramente criticada por Stephen (168). Para el juez inglés el sentido del Derecho penal no puede encontrarse en la protección de libertad individual, sino, de forma similar a Lord Devlin, en la supresión del vicio y la promoción de la virtud colectiva. Por ello, la pena tiene el fin fundamental de expresar la indignación moral y reproche despertado en la comunidad hacia quien se desvía de sus valores. En palabras de Betegón, incluyendo citas textuales del propio Stephen, para éste «los delitos comunes... si son prohibidos o merecedores de castigo, no lo son sólo por preservar a la sociedad del peligro que representan, “sino también para gratificar el sentimiento de odio –llámese venganza, resentimiento o como se quiera– que la contemplación de tal conducta provoca en las mentes sanamente constituidas”»; de esa presunta verdad deduce Stephen que el Derecho penal representa “la afirmación enfática del principio acerca de que el sentimiento de odio y el deseo de venganza son elementos importantes de la naturaleza humana y que deben, en tales casos, ser satisfechos de manera pública y regular”» (169).

Aun a riesgo de abundar demasiado en la exposición de ejemplos, merece destacarse, en último lugar, la reciente concepción del autor norteamericano Oldenquist, por cuanto viene a poner claramente de manifiesto la vinculación existente entre las tesis comunitaristas y la retribución como «teoría expresiva» de la pena basada en el reproche moral y vindicativo, orientada al fin último de autoafirmación de los

---

(166) Referencias a esta discusión en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 423; o en BETEGÓN, *La Justificación del castigo*, p. 302 y ss., entre otros. La similitud y hasta identidad de las consideraciones de Stephen y las de Devlin es resaltada por HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 16; y por NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 271

(167) Expuestas en su famosa obra *Sobre la libertad* (1859), *passim*.

(168) En su obra, concebida como respuesta a la obra de S. Mill, *Liberty, Equality, Fraternity* (1873).

(169) BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 302-303

valores de la comunidad. La idea de «comunidad», al igual que para autores ya citados, implica para este autor una asociación en la cual sus miembros, dada una identificación «fuerte» en torno a valores y convicciones, internalizan un sentimiento de pertenencia y dependencia mutua, lo que conlleva la asunción de un deber de lealtad y fidelidad a la misma. Ello es así porque la «comunidad orgánica» es sentida por sus miembros como un valor en sí mismo, si bien un valor no instrumental, sino como «un bien común que trasciende la noción de una mera asociación de intereses», desde el cual se conformará la identidad moral y deberes de aquéllos (170): «Una comunidad ética es una intrincada red de expectativas y deberes sentidos» (171). Esa sensación de pertenencia y de lealtad a la comunidad implica, afirma Oldenquist, que «sus miembros... tienden a sentirse orgullosos cuando su comunidad prospera, avergonzados cuando es menospreciada, e indignados cuando es lesionada» (172), lesión que se produce cuando sus valores, mediante acciones delictivas, son seriamente quebrantados. Dicha lesión, al igual que afirmaba Devlin, «conlleva un sentimiento de traición entre los miembros rectos de la comunidad» (173). Y fin de la pena y del Derecho penal es *restablecer* esa sensación de pertenencia e identidad quebrantada a través de la imposición de un castigo al «traidor», el cual sirve como medio de expresión de la indignación colectiva y por el que la comunidad se reafirma en sus valores. Así, afirma este autor que la raíz de la justicia retributiva es la venganza, la cual pasa a convertirse en una «categoría moral...sólo cuando es la expresión de una comunidad ética, haciéndose depender de las convicciones esenciales de la comunidad ética al mismo tiempo que, parcialmente, la define» (174). Con la imposición del castigo la colectividad expresa su indignación y reproche moral a quien ha quebrantado los valores compartidos; y es del grado de esa indignación y de la demanda de retribución de donde habrá que determinarse la medida del castigo, indignación que dependerá «de la atrocidad del acto y del grado en que el delincuente es asumido como uno de los nuestros, con un bien común compartido» (175). Con la imposición organizada y pública del castigo, en acto ceremonial y simbólico, por un juez de la comunidad, «no es un individuo sino el pueblo, el colectivo, quien se expresa. Es la tribu de la persona, una colectividad de la

---

(170) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, pp. 132-133.

(171) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 143.

(172) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, pp. 132-133.

(173) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 134.

(174) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, pp. 134-135.

(175) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 147.

cual lo individual adquiere su sentido de identidad y del cual es dependiente» (176). «El castigo a los criminales es un ritual por medio del cual una comunidad ética... afirma su confianza y la importancia de sus valores, y con ello su viabilidad como comunidad ética», concluye Oldenquist (177).

El cúmulo de ejemplos citados dan, a mi modo de ver, una imagen fidedigna acerca de la comprensión del Derecho penal en las concepciones comunitaristas. Respecto a este epígrafe puede concluirse que si, como se ha afirmado, similar es el fin de la pena en la prevención de integración y en el fin ético-social (genéricamente: estabilización de un clima moral y afectivo con el fin de cohesionar la identidad del colectivo) ello es debido a la similar concepción de la configuración social y política en los orígenes de ambas teorías. El Espíritu objetivo hegeliano, que aún en su ser las voluntades individuales, es trasunto de la «conciencia colectiva» de Durkheim (178), la cual es expresión de una «unidad supraindividual, una sociedad orgánica» en la que «el individuo, de igual forma que el órgano individual en el organismo, viene determinado a partir de su función para el todo» (179). También en él la subjetividad de los individuos vendrá determinada por la del todo social (180). Y también en él, en palabras de Wössner, «la moral y la sociedad se identifican mutuamente» (181), por lo que fin del Estado, como vehículo y expresión de las colectivas, será «la inducción de la moral comunitaria en el individuo» (182).

### C. LA PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Como acaba de ponerse de manifiesto, el fin que las anteriores teorías persiguen va dirigido al *restablecimiento* de un *statu quo* que ha sido quebrantado por el delito. Y dicho *statu quo*, dicho estado anterior a la irrupción del delito, consiste en la especial vinculación moral y afectiva que une y cohesionan al grupo social, a la comunidad, la cual corre el riesgo de quebrarse si los valores comunitarios son puestos seriamente en duda por la acción del delincuente. Sin duda, el restablecimiento de dichos valores y la restitución de la identidad moral, ya por medio de la afirmación sim-

---

(176) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 135.

(177) OLDENQUIST, *Retributive justice and Community*, p. 135.

(178) En este sentido, WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 251.

(179) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, pp. 250-251.

(180) BULLASCH, *Rechtsnorm*, p. 41.

(181) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 242.

(182) WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft*, p. 247.

bólica de los mismos y de su internalización, ya por medio de la satisfacción de la indignación y sentimientos de venganza por medio de la pena, opera asimismo en relación a la evitación de acciones lesivas para los intereses de los miembros del colectivo social, pero, como doctrinas *comunitaristas*, el Derecho penal se erige, antes que como instrumento al servicio de los intereses individuales (propio de las doctrinas liberales), como factor socializador y organizatorio, destinado a proteger, por decirlo así, el *todo*, el organismo social que aglutina y al tiempo trasciende valorativamente a sus individuos. Lo protegido es, en suma, la identidad o el orden valorativo, conformado éste esencialmente a partir de la internalización de los valores jurídico-penales incardinados en las normas, los cuales ostentan una justificación apriorística, en tanto elementos que dan identidad a la comunidad.

El modelo de prevención general positiva basado en la protección de la expectativa normativa —o de la vigencia de la norma— del que ahora paso a ocuparme presenta ciertas similitudes con los anteriores, si bien asimismo notables diferencias. Desde el punto de vista de su ascendencia reciente —ascendencia que, como veremos, puede remontarse a momentos históricos más alejados—, sabido es que dicho fin de la sanción pública es introducido por Jakobs en la teoría sobre la pena a partir de la concepción sociológica de Luhmann. La concepción sistémica de lo social mantenida por este autor parece auspiciar, al igual que las anteriores teorías, una visión organicista u holista, como numerosos críticos han resaltado (183). Asimismo, la exclusión del individuo del sistema social y su situación, como sistema psicofísico autónomo, en el entorno de aquél (184), es objeto de una encendida polémica acerca del abandono de los intereses del sujeto en aras de las necesidades funcionales del sistema social (185). Por último, como teoría funcionalista, se asume como hecho que la función de todo sistema —y por ello, la orientación de las comunicaciones y decisiones tomadas autorreferencialmente en el seno del mismo— radica en su

---

(183) Entre otros, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, pp. 39 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 111; LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 883-884; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 426.

(184) Así, en la teoría de sistemas de Luhmann. Cfr., LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 346 y ss.; el mismo, *Rechtssoziologie*, p. 134: «hombre y sociedad son para cada cual entorno». *Vid.* Sobre ello, además, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss., pp. 388 y ss.; VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 93, nota 18.

(185) *Vid.*, entre otros, SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; BARATTA, *CPC* 1984, p. 550; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 51.



propio mantenimiento y pervivencia (186), lo que lleva a sus críticos a calificar dicha concepción de lo social como una teoría conservadora, dirigida a mantener el *statu quo*, y tendente al inmovilismo, a negar los conflictos sociales y a impedir el cambio (187). Las tres características citadas –tendencia al organicismo, supeditación del individuo frente al sistema y fin de pervivencia del sistema– parecen asimilar la concepción luhmaniana al núcleo del pensamiento político comunitarista.

Las similitudes también son patentes en el ámbito de la teoría jurídica del delito y de la pena. Desde esta perspectiva sistémico-funcionalista, el delito no es concebido como la lesión de un interés individual, de un bien jurídico, sino que la comprensión de su lesividad viene presidida por una perspectiva social: la acción es merecedora de pena porque quebranta la norma y pone en duda su vigencia en la sociedad; lo protegido es, así, la vigencia de determinadas expectativas de conductas establecidas en las normas jurídicas, y no los bienes jurídicos. Consecuentemente, la pena no sirve al fin de prevención de lesiones a bienes jurídicos, sino que su misión radica, atendándose esencialmente a la pena impuesta, en el mantenimiento de la estabilidad normativa del Derecho. También consiste, por tanto, en el restablecimiento del *statu quo* anterior al delito.

Dejando aparte, por el momento, esta serie de críticas, aquí habré de limitarme exclusivamente al estudio del fin de la sanción en la teoría luhmaniana, cuya legitimidad como fin no tiene por qué depender de la legitimidad de otros aspectos de su concepción, como, por ejemplo, la relación individuo-sociedad en el ámbito de la distribución de la pena (relación prevención/garantías). Lo mismo puede decirse de la concepción de Jakobs, sobre cuya comprensión de la culpabilidad nos ocuparemos, brevemente, en un epígrafe posterior.

Como introducción a la teoría de la protección de la expectativa normativa conviene resaltar desde ahora una diferencia sustancial que distingue la posición de Luhmann frente a las anteriores concepciones de la prevención general positiva, y que permitirá desvincular su concepción del sostén filosófico-político de éstas. Ésta radica en que la comprensión luhmaniana del Derecho parte, a diferencia de aquéllas,

---

(186) Vid. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 353 y ss.; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 648; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50; LÓPEZ CALERA, *Funciones del Derecho*, p. 462.

(187) Cfr., entre otros, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 123: la potencialidad crítica de las teorías funcionales es sorprendentemente ínfima; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 345; BARATTA, CPC 1984, p. 550; KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 27; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, p. 50.

de una estricta separación del Derecho y la moral. Según el sociólogo alemán, el Derecho en las sociedades complejas e industrializadas, como sistema autónomo, opera y se reproduce con sus propios criterios, los cuales se diferencian de los propios del sistema de la moral. La moralización de las pautas de creación y estabilización del sistema jurídico llevaría a una confusión de planos comunicativos y de funciones sociales, afirma este autor (188). Desde esta premisa, puede ciertamente establecerse una diferenciación respecto de las anteriores teorías y, por ello, de la comprensión del Derecho en el funcionalismo de Durkheim y de Talcott Parsons (189); afirma por ejemplo Luhmann que «con una separación estricta entre Derecho y moral el Derecho se distancia de la función de un regulador de las conciencias en el sentido de un aseguramiento de la propia identidad normativa de una personalidad individual». En las sociedades actuales, «la conciencia no puede ya ser el lugar donde el Derecho superior se promulga, sino que debe ser protegida frente al Derecho» (190). La reminiscencia liberal de la anterior declaración se ve confirmada cuando afirma que «el criterio del Derecho no puede adoptar ya la forma de un fin moral de justicia como algo... individualmente deseable. *La separación entre Derecho y moral se convierte en una condición de la libertad*» (191). Ello es lo que le lleva a rechazar toda función educativa, socializadora o moralizante como función del Derecho (192).

Pero, además de la renuncia a dichos fines, que podemos denominar comunitaristas, Luhmann parte también del rechazo a todo fin directivo de conductas. Ante la opción entre el fin de *Verhaltensteuerung* o el de *Erwartungssicherung*, si bien admitiendo la complementariedad de ambos, Luhmann reduce a única misión del Derecho –y del Derecho penal, por tanto– la de asegurar las expectativas normativas plasmadas en las normas (193). En otras palabras, para Luhmann

---

(188) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 223-224. Sobre la diferenciación entre sociedades arcaicas y complejas, en lo tocante a las relaciones moral y Derecho, *vid.*, en la misma obra, p. 91.

(189) La tendencia a un cierto individualismo en el análisis sociológico del Derecho en Luhmann y su diferencia en este sentido con Talcott Parsons es resaltada por SCHELSKY, *Systemfunktionaler*, p. 43; también por LÜDERSEN, *ZStW* 107 (1995), p. 891, extendiéndolo a Jakobs y resaltando, en cualquier caso, cierta incongruencia argumental entre ese individualismo y su concepción general del sistema social como organismo.

(190) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 224.

(191) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 223. Cursivas añadidas.

(192) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 224-225.

(193) Cfr. LUHMANN, *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltensteuerung?*, pp. 73 y ss. (p. 89). Sobre la compatibilidad de ambas, *vid.* p. 74.

la norma de conducta carece de una función destinada a motivar o dirigir la actuación de los ciudadanos; más en general, las normas penales y la pena no sirven al fin de prevención de conductas futuras, sino únicamente a la expresión institucionalizada (normas) y a la estabilización y reafirmación de la vigencia de la expectativa normativa (sanción) (194).

Dada la complejidad de la conformación de la realidad, la multiplicidad de factores que operan en el ámbito social y la contingencia de las posibilidades situacionales que pueden presentarse, para que el individuo pueda orientarse en el trato social debe poder establecer una serie de expectativas que aseguren una pauta de confianza en la no producción de determinados sucesos. El establecimiento de dicho marco de expectativas tiende así al fin de seleccionar lo que puede de lo que no puede esperarse y, en suma, de reducir la complejidad, permitiendo al individuo limitar la previsión de acontecimientos y orientarse así en su actividad. Las sociedades actuales, dado el número de actores y el pluralismo valorativo entre ellos, así como la intrincada red de interrelaciones, ofrecen un complejo ámbito de posibilidades de actuación, el cual resulta incontrolable e imprevisible para el individuo, ya que nunca puede saberse con seguridad cómo conformarán su organización el resto de los participantes en el sistema social (195). Por ello, la orientación en los contactos sociales es sólo factible cuando no ha de tener que contarse a cada momento con cada posible actuación de otro individuo, sino que para ello debe poder confiarse en una serie de expectativas, las cuales impiden que cada contacto social se convierta en un riesgo incalculable y permanente (196). El orden social se basa, entonces, en un complejo entramado de expectativas y de expectativas de expectativas: todos debemos poder contar con la expectativa de que los demás actuarán de una determinada forma, pero asimismo, y por ello, todos debemos contar con la expectativa de que los demás tienen una determinada expectativa de nuestra actuación (197). Así, sólo la confianza en dichas expectativas de conducta por parte de *Alter* permite el orden y desarrollo social y, en suma, permite a *Ego* poder orientarse racionalmente en

---

(194) Además de la obra citada en la nota anterior, cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 43 y ss.

(195) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 31 y ss.; el mismo, *Confianza*, pp. 5 y ss., pp. 39 y ss.

(196) LESCH, *Das Problem*, p. 242.

(197) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 33.

la consecución de sus fines (198). En cualquier caso, las expectativas están siempre sometidas a su decepción, la cual viene a alterar el orden por ellas generado. Ante esa decepción caben dos formas de respuesta: someterse a esa alteración del orden, aprendiendo de la modificación del mundo y reformando las expectativas en base a esa nueva configuración de la realidad (expectativas cognitivas), o rechazar esa modificación del mundo y aferrarse a la validez de la expectativa originaria (expectativas normativas) (199). Pero, según lo dicho, sólo el mantenimiento en la seguridad de las expectativas permite la orientación en los contactos sociales: si el individuo tuviera a cada momento que modificar sus expectativas y adecuarlas a la nueva configuración del mundo se movería en el caos y no en el orden. El Derecho sirve así al fin de garantizar dicha seguridad en las expectativas. La institucionalización de las normas jurídico-penales plasma el núcleo de las expectativas esenciales para la convivencia y expresa que los individuos pueden confiar en su vigencia a pesar de su quebrantamiento fáctico: «las normas son expectativas de conducta contrafácticamente garantizadas» (200). La norma institucionaliza esa expectativa, pero en esta concepción es la sanción la que se erige en mecanismo esencial de resolución del conflicto público que genera el quebrantamiento de la norma (201): es la sanción la que viene a garantizar la vigencia de la norma, mientras que la norma sólo sirve para la expresión formalizada y simbólica de la expectativa. El delincuente, con su acción, desautoriza la pretensión de vigencia de la norma y «pone en tela de juicio la norma como modelo de orientación» (202). La imposición de la pena conlleva un mensaje simbólico contrario al del delito, negando la negación y garantizando socialmente la vigencia de la norma vulnerada: «misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una contradicción, que tiene lugar a costa del infractor, frente a la puesta en duda de la norma» (203).

---

(198) LUHMANN, *Confianza*, p. 40; VEHLING, *Die Abgrenzung*, pp. 92-93. Vid. también MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 28.

(199) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 42; JAKOBS, AT 1/ 4 a 6.; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 91 y ss.

(200) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 43.

(201) En este o similar sentido, RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; LESCH, JA 1994, p. 598. Sobre el delito como conflicto público, vid. JAKOBS, AT 1/8.

(202) JAKOBS, AT 1/9.

(203) JAKOBS, AT 1/11. Cfr. también LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 33; LESCH, JA 1994, p. 598

Frente al fin de protección de los bienes jurídicos, la pena y, en general, el Derecho penal (204) persiguen únicamente el fin del mantenimiento de la confianza de los participantes en el tráfico social en que los demás adecuarán su conducta a las pautas establecidas en la norma. En otras palabras, el fin esencial es garantizar al individuo un margen de *seguridad cognitiva* (205) frente a la posibilidad de ataques a sus intereses por parte de otros individuos (206). En palabras de Vehling, el Derecho sirve al fin de «allanar los momentos de inseguridad respecto a la conducta de los otros en los contactos sociales a través de un mínimo de orientación jurídica» (207). Y ello, principio que distingue también esta teoría de las comunitaristas, con el único fin de servir a los intereses de los individuos (208): «Es necesaria la expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podría resultar dañados otros», afirma Jakobs (209). La sanción expresa, así, que pueden seguir confiando en que su ámbito de libertad no será vulnerado, lo cual permite el desarrollo y disfrute pacífico de los intereses personales y el desarrollo intersubjetivo de la sociedad. En este sentido, ya von Humboldt afirmó que «sin seguridad no existe libertad», y que, por ser la primera condición de la segunda, la acción del Estado debía limitarse al mantenimiento de la seguridad (210).

---

(204) La asimilación del fin del Derecho penal al fin de la pena según este modelo es afirmado, por ejemplo, por LESCH, *Das Problem*, p. 249: «la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena»; FELIÓ SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 60.

(205) En el sentido de ser un efecto psicológico-social susceptible de percepción sensorial. Nada tiene que ver, por tanto, con la noción luhmaniana de la «expectativa cognitiva».

(206) Vid. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 308: «institucionalización de seguridades». Sobre la identidad entre el concepto de seguridad y el fin de protección de la vigencia de estos autores, vid. MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 202-203.

(207) VEHLING, *Die Abgrenzung*, p. 92.

(208) La noción de confianza y de protección de expectativas va dirigida claramente hacia los intereses individuales. Cfr., por ejemplo, LUHMANN, *Confianza*, p. 40: «Si confío en el hecho de que otros están actuando —o no lo están haciendo— en armonía conmigo, puedo conseguir mis propios intereses más racionalmente». Cfr. asimismo ORTO, *ZStW* 87 (1975), p. 554, quien desde una perspectiva comunitarista crítica que Luhmann centre la idea de confianza únicamente en el autointerés de seguridad individual. Frente a críticas menos encaminadas, SCHÜNEMANN, *GA* 1995, p. 218, viene a resaltar que la oposición entre la posición individualista de la Escuela de Frankfurt y la de Jakobs apenas se diferencia en lo relativo al trato del individuo dentro del sistema social.

(209) JAKOBS, *AT* 1/7. Si bien esa afirmación resulta extraña en la concepción de este autor sobre el fin de la pena, la cual no persigue evitar que se produzcan efectos lesivos sobre terceros, sino sólo generar la confianza de que no se producirán.

(210) VON HUMBOLDT, *Los límites*, pp. 50-51.

Dicha teoría de la pena, si bien renuncia formalmente a la prevención de lesiones a bienes jurídicos, es, en cualquier caso, *preventiva*, orientada funcionalmente al futuro. Afirma, así, Jakobs, que el fin por él defendido puede denominarse prevención general positiva: «prevención general, porque pretende dirigirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende en que consista en miedo ante la pena, sino en una *tranquilización* en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena» (211). Como vemos, nada tiene que ver esta liberal postura –recuérdese la afirmación de algunos críticos al liberalismo de que los dos supervalores de éste son la libertad y la seguridad– con el *telos* comunitarista de internalizar los valores que subyacen a las normas jurídico-penales (212). Y debe resaltarse –dada la tendencia, citada en la introducción, a someter todas las versiones de la prevención general positiva a una crítica unitaria– la diferencia entre estabilizar la expectativa normativa y estabilizar los valores incardinados en tales normas, pretendiendo la interiorización en las conciencias individuales. Ciertamente, frente a la protección de bienes jurídicos, ambas concepciones pueden incluirse dentro de lo que hemos llamado «protección del ordenamiento jurídico», en tanto en cuanto el fin es garantizar la vigencia del mismo, es decir, restablecer un previo *statu quo*, pero esa vigencia puede ser externa o interna, basada en la expectativa de la actuación de terceros o basada en la asimilación de los valores por la colectividad, lo que conlleva notables diferencias entre ambas en orden a su legitimación valorativa (213). Ya vimos la estricta separación entre el Derecho y la

---

(211) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 385. La orientación al futuro de dicha concepción de la prevención es también resaltada por RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 142. Asimismo, LUHMANN, *Die Funktion des Rechts*, p. 84. Otra opinión, si bien basada quizá en diferencias sólo terminológicas, en LESCH, JA 1994, p. 598, quien afirma que esta teoría no consiste en un fin preventivo, sino que más bien se trata de una «retribución funcional», la cual oscila entre un fundamento absoluto y uno relativo de la pena, entre una dimensión dialéctica-hegeliana y una práctica-utilitarista. Por todo ello afirma que la denominación de «prevención general positiva» no es afortunada.

(212) Como, por ejemplo, afirma LÜDERSEN, ZStW 107 (1995), p. 883, el fin de garantizar las expectativas va indudablemente dirigido, independientemente de su abstracta formulación, a personas concretas.

(213) Sobre la intermediación de la moral con el Derecho en las teorías de la prevención general positiva puede verse SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 1, quien realiza una comparación entre los tres modelos esenciales de la prevención general positiva (los que hemos establecido en este estudio) a partir de su vinculación

moral –y entre la función del sistema Derecho y del sistema de la moral en la sociedad– establecida por Luhmann. Además, los mismos representantes de esta concepción de la pena se esfuerzan por desvincular su posición de otras posturas moralizantes (214). Así, afirma Jakobs: «No discuto que también estas sociedades [sc. las sociedades modernas] tienen una necesidad de que se garanticen los valores; la comunicación; esto es, lo que significa la sociedad, solamente es posible sobre la base de un consenso valorativo. Lo único que pongo en duda es que sea necesario o razonable cubrir esta necesidad por medio del Derecho *penal*» (215). En el mismo sentido, Schumann, en su estudio sobre la prevención general positiva, destaca nítidamente dicha diferencia con respecto a las tesis comunitaristas: «En esta concepción se trata únicamente de aspectos cognitivos: debe darse una demostración de la norma, que señale que la norma permanece vigente; no están implicados momentos integrativo-emocionales, del estilo de los que pueden verse en Durkheim en relación al acto de punición colectiva» (216).

La adecuación de esta concepción a los postulados liberales puede también destacarse si atendemos a algunos ascendentes lejanos de esta teoría de la protección de la seguridad. Por un lado, la protección de la seguridad y la tranquilidad mantenida por Jakobs recuerda enormemente a la concepción de la «paz jurídica» que sostiene von Liszt: «la paz jurídica es la conciencia de la seguridad jurídica, la confianza en el poder protector del ordenamiento jurídico» (217). Pero el fin de mantener la confianza en un estado de seguridad puede rastrearse ya en las primeras definiciones del fin del Estado. Ya en Hobbes se establece que el papel del soberano no es sólo motivar coactivamente a la obediencia, sino asimismo –y recíprocamente– garantizar a los súbditos la seguridad de que se respetarán las condiciones del pacto social, eliminando la «sospecha razonable de que los demás no respetarán el

---

con la moral social, ordenándolos en función de su mayor o menor vinculación: el fin ético-social (Mayer), para la cual el Derecho conforma la moral; el fin de integración (Roxin), para el cual el Derecho estabiliza la moral social; y el fin de protección de la vigencia fáctica de la norma (Jakobs), según el cual la pena se limita a manifestar que la norma continúa siendo un criterio válido de orientación para la acción.

(214) Cfr. JAKOBS, AT 1/15, nota 16 (véase *infra* en el texto sobre la noción de Jakobs del «ejercicio en la fidelidad al Derecho»); LESCH, JA 1994, 518; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, pp. 73 ss.

(215) JAKOBS, *Criminalización*, p. 322.

(216) SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 9. La ausencia en Jakobs de mecanismos emocionales y afectivos de integración, propios de Durkheim, es resaltada también por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 67.

(217) Citado por WÜRTEMBERGER, Peters-FS, p. 215.

cumplimiento de sus acuerdos» (218). Indudablemente, la idea de la seguridad está presente en la propia concepción de la génesis del contrato social. Así, afirma Beccaria, que «las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en *inútil por la incertidumbre de conservarla*. Sacrificaron una parte de ella para gozar la restante con *seguridad y tranquilidad*» (219). Como ya mencionamos, en similar sentido se manifestó von Humboldt en su obra *Los límites de la acción del Estado*, para quien la labor fundamental del Estado era el mantenimiento de la seguridad, la cual era condición de la libertad de los ciudadanos. «La seguridad es –afirmaba– la certeza de la libertad concedida por la ley» (220). También para Bentham, el fin esencial del Derecho es garantizar un ámbito de seguridad, con el que poder desarrollar los intereses de cada uno y fomentar, en última instancia, el bienestar común (221). No obstante, debe resaltarse que caben matices importantes en relación a lo que se conciba como «seguridad». Así, mientras que en Bentham la seguridad va referida a la protección material de bienes, dándose dicha protección directamente de la función coactiva empleada sobre los potenciales infractores, en la noción citada de Hobbes, así como en Jakobs –quien afirma que «el Derecho penal no garantiza la seguridad de bienes, sino la vigencia de la norma» (222)–, la seguridad se asocia a cierto estado cognitivo de tranquilidad y confianza de los ciudadanos, noción más cercana a la concepción subjetiva de paz jurídica de von Liszt (223) o la noción expuesta del propio Beccaria. Una vinculación directa con esta versión de la prevención general positiva se halla también en la postura mantenida por Carrara, claro exponente de las ideas ilustradas en materia penal, respecto al fin de la pena (224). Para el autor italiano, el fin esencial de la pena, y por el que ésta se justifica, es el del «res-

---

(218) Así, Taylor, *Posibility of cooperation* (1987), citado por ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), p. 50 y nota 3. Sobre la concepción contractual del Estado en Hobbes, cfr. KOLLER, Weiberger-FS, pp. 248 y ss.; VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, pp. 273 y ss.

(219) BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 45. (Cursivas añadidas.)

(220) VON HUMBOLDT, *Los límites*, p. 111, y pp. 50-51.

(221) Sobre ello, cfr. MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, pp. 324 ss.

(222) JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 37.

(223) Matices y diferenciaciones objetivas y subjetivas en la propia idea de la paz jurídica pueden verse en WÜRTEMBERGER, Peters-FS, pp. 214 y ss.

(224) Esto es resaltado por PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Contribución*, pp. 25 y 26, de donde se citan las referencias expuestas a continuación en el texto.



tablecimiento del orden externo de la sociedad». La pena debe contrariar al delito, el cual «ha ofendido a todos los ciudadanos disminuyendo en ellos la opinión de su propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo». El daño que produce el delito es, así, no tanto un daño material a un individuo concreto, sino antes «un daño mediato o reflejo», consistente en que «por una ofensa causada a uno sólo, todos los demás sufran por la disminución de la confianza en su propia seguridad». La pena tiene, en suma, la misión de restablecer ese estado de seguridad y confianza, ese orden externo. Por último, conviene citar a Jellinek, quien ya en 1878 interpretaba el *Wiederherstellung des Rechts* hegeliano de forma muy similar a como hoy se hace por la actual Escuela de Bonn: «El delito provoca en la sociedad un sentimiento de inseguridad... por el quebrantamiento de una norma jurídica. A través de la pena impuesta según el merecimiento del autor, se restablece el sentimiento de seguridad y tranquilidad. Tienen lugar, así, dos procesos psicológico-sociales, uno producido por el delito, otro producido por la pena, cuyos efectos se compensan mutuamente» (225).

---

(225) JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung*, p. 96. Puede sorprender el hecho de que se haya asociado *supra* la teoría del Estado de Hegel con posiciones conservadoras y autoritarias y se vincule ahora su idea de la pena y del Derecho en general con planteamientos cercanos al liberalismo. A mi juicio, ello no viene motivado por una contradicción interpretativa, sino dada la extrema abstracción y formalidad con que el filósofo alemán formula sus líneas de pensamiento en relación a la concepción del Estado y la pena (sobre esa abstracción, POPPER, *Die offene Gesellschaft*, pp. 49 y ss.; LÜDERSSEN, ZStW 107 (1995), p. 887), y la mezcla de argumentos basados unos en el ser, por un lado, y basados en el deber ser, por otro, así como su igualación argumentativa («lo racional es real y lo real es racional»), lo que lleva a poder interpretar a Hegel tanto desde un punto de vista político como desde un punto de vista epistemológico, como ocurre en sus revisiones modernas desde ciertas perspectivas comunitaristas (cfr., por ejemplo, NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 130 y ss, en relación a la obra de C. Taylor, *Hegel*). Por otra parte, ya hicimos mención de la paradoja que puede suponer la defensa en Hegel de la libertad de la persona, así como una concepción liberal de la misma plasmada en el Derecho (*Vid. Principios*, § 36: «El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona») y al tiempo asumir la libertad del individuo como dependiente del Espíritu objetivo, representado en el Estado, en el que se aúnan lo general y lo individual, pudiendo interpretarse esto políticamente como la supeditación del ámbito de libertad —es decir, los márgenes del concepto abstracto de persona— en función de la decisión del Estado en vez de enfrentar la libertad y autonomía del individuo como límite frente al Estado, como es propio de las teorías liberales (*vid.* por ejemplo, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 163). Por lo que respecta a la propia concepción hegeliana de la pena, su formulación es tan abstracta y formal —«restablecimiento del Derecho», «negación de la negación», etc.— que permite incluir, además de teorías propiamente retributivas, cualquier versión de la prevención general en la misma. La negación

Tras estas consideraciones, puede hacerse un balance crítico provisional de este fin atribuido al Derecho penal, balance positivo desde premisas liberales: la seguridad es un bien merecedor de protección, ya que el uso y disfrute de los intereses de los ciudadanos sólo puede llevarse a cabo si existe un cierto nivel de seguridad en sus expectativas. La confianza en que sus intereses no serán a cada momento lesionados permite ese uso —ese «tráfico» con los bienes jurídicos— en condiciones pacíficas y seguras. La «protección de la vigencia de la norma» aparece, por ello, como un fin legítimo al cual debe estar llamado un Derecho penal liberal. En este sentido, hay que rechazar las críticas que contra esta postura se han realizado, en el sentido de que no persigue un fin exterior —social—, sino que es una mera afirmación formal de las normas, que se consideran valiosas en sí mismas (226); y que dicha protección de la expectativa no tiene sentido si no es como medio para el fin de protección de bienes jurídicos (227). Por el contrario, considero que el fin de procurar al ciudadano un margen de confianza en su seguridad conlleva un necesario bien para el mismo, y que dicho fin no opera —o no sólo (228)— como medio para un fin ulterior, sino que se configura como un fin en sí mismo; sin que ello haya de obstar, en cualquier caso, a su compatibilidad con el fin de protección de bienes jurídicos. Por otra parte, conviene también oponer algunas réplicas a otro tipo de críticas que suelen emitirse respecto del fin de protección de expectativas de seguridad. Éstas parten de la vinculación de esta postura doctrinal con cierta tendencia a la utilización tecnocrática del *ius puniendi*, afirmando que la creación de una sensación de seguridad persigue en realidad la satisfacción de ciertas exigencias coyunturales de «ley y orden» y de «seguridad ciudadana» por parte de la opinión pública, para con ello autolegitimar el poder y, dicho gráficamente, crear la sensación de que se está

---

puede ir dirigida tanto al valor como a la vigencia de la norma como a la identidad afectiva de la comunidad como a la misma amenaza de pena puesta en duda por el delito (independientemente de que el mismo Hegel rechazara la coacción psicológica). Por poner un ejemplo, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 641, nota 13, vincula la idea de la retribución hegeliana a la de la venganza afectiva y restablecimiento de un clima anímico colectivo.

(226) Por ejemplo, HIRSCH, NDP 1996, p. 32: «...el formalismo de este concepto, que proviene del hecho de que las normas deben ser protegidas, como un fin en sí mismo, para su propia integridad...»

(227) Así, ADAMS/SHAVELL, GA 1990, p. 339.

(228) Más adelante veremos que la protección de la confianza en el respeto a las normas será tanto un fin en sí mismo, como un medio para dicho respeto. Cfr. *infra*, Capítulo segundo, I, 3, D.

haciendo algo contra la delincuencia (229). Indudablemente, dicha labor «simbólica» del poder, con la que, bajo la cortina de humo de la protección de los intereses de los ciudadanos, se persiguen fines de autopromoción gubernamental y de producción de consenso, no puede justificarse en un Estado democrático, caracterizado por la transparencia entre los ciudadanos y la labor de sus representantes políticos. Pero todo ello no pertenece al fin de protección de la vigencia de la norma (230), sino que no es más que una *perversión* del mismo, al igual que un Estado coactivo de terror es la perversión del fin de intimidación, y que un Estado clínico de terapia forzosa es una perversión del fin de resocialización consagrado en el texto constitucional. Por supuesto que el ejercicio en la vigencia de la norma podrá implicar secundariamente el ejercicio en la confianza del «sistema», pero ello no debe verse más que como una mera función no deseada del mismo: el fin de protección de la vigencia de la norma no se basa en ninguna estrategia electoralista tendente al fin de obtener la confianza en el gobierno de turno, sino únicamente la confianza en que el Derecho tendrá capacidad para imponerse y que los demás respetarán sus normas. En suma, dicho efecto tecnocrático no es más que un *efecto secundario*, no incluido en el discurso de legitimación —en el *deber ser*— de este fin de la pena (231), efecto que, por lo demás,

---

(229) Críticas de esta índole pueden encontrarse, por ejemplo, en BARATTA, CPC 1984, pp. 533 y ss.; el mismo, Arthur Kaufmann-FS, p. 412; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Respecto de la función simbólica del Derecho, y del fenómeno de la legislación simbólica, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 305, quien ofrece la siguiente definición de la función simbólica: «no tiene lugar en la realidad exterior..., sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros produciría la sensación de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control»; *cfr.* también BARATTA, Arthur Kaufmann-FS, p. 413, quien pone de manifiesto que la función simbólica conlleva una comprensión distinta de la relación individuo-poder: «La base de comunicación política entre los ciudadanos y sus representantes, esto es, la democracia, es sustituida por la comunicación entre los políticos y su público, esto es, la tecnocracia.» Con ello, la falta de protección real de bienes jurídicos —ya que el carácter exclusivamente simbólico de las leyes creadas con ese fin (funciones latentes, simbólicas) vendrá acompañada de una carencia de aplicabilidad instrumental (funciones manifiestas)— «es compensada —afirma el autor italiano— creando al público la ilusión de seguridad y un clima de confianza y fe en el orden y en las instituciones». *Cfr.* también sobre ello, HASSEMER, NSTZ 1989, pp. 553 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 25 y ss.

(230) En un sentido similar, afirma CUELLO CONTRERAS, PG, p. 58, que no cabe identificar Derecho penal simbólico y prevención general positiva.

(231) Sobre ese efecto considerado como una «función» —y no como un «fin»—, puede verse SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 304.

puede asimismo darse desde cualquier otro fin que se predique de la pena.

En cualquier caso, sí conviene resaltar algunos aspectos potencialmente correctos de estas críticas. Es cierto que la exclusiva referencia al mantenimiento de esa seguridad cognitiva puede resultar «vaga, imprecisa y peligrosa» (232). A mi modo de ver, el fin de protección de la vigencia de la norma, basado en mecanismos simbólicos, adolece de una limitación importante en relación a los medios empleados para ello, limitación que puede llevar a la creación de climas ficticios o «ilusiones» de seguridad colectiva, sin instrumentalizar en realidad medios eficaces para una protección efectiva de los intereses intersubjetivos, con el consiguiente riesgo de identificarse con dicha función tecnocrática (233). A esta limitación quisiera dedicar las consideraciones siguientes.

Como ha sido dicho, la protección de la expectativa normativa va dirigida en primer lugar a otorgar a los ciudadanos un margen *cognitivo* de seguridad y confianza en que la norma permanece vigente (234), es decir, en que esa norma será respetada por terceras personas y no lesionarán, así, sus intereses. No se trata, entonces, de la seguridad material de un bien o interés del ciudadano, a través de la evitación de acciones que amenazan la integridad de dicho interés; sino únicamente de manifestar al ciudadano la confianza en dicha seguridad, de mantener un determinado nivel de tranquilidad. En otras palabras, y como vimos que afirmaba expresamente Luhmann, el fin de la norma y la sanción no consiste en la *evitación de acciones lesivas* a través de la motivación y dirección de conductas de potenciales delinquentes (*Verhaltensteuerung*), sino únicamente en restablecer una ya presupuesta confianza en la mente de las potenciales víctimas en que los demás –los potenciales delinquentes– no actuarán contra las normas, es decir, en que no realizarán acciones lesivas (*Erwartungssicherung*). Es quizá por esta razón por lo que esta concepción –y a diferencia de las anteriores versiones de la prevención general positiva, las cuales perseguían interiorizar los valores plasmados en las normas, con lo que, si bien como fin secundario en algunas versiones, aspiraban también a motivar a la no realización de las acciones prohibidas en las normas– no se arroga la finalidad de protección de

---

(232) ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77.

(233) No en vano afirma HASSEMER, NStZ 1989, p. 553 que «quien asocia “Derecho penal” con “efectos simbólicos” se convierte en sospechoso».

(234) En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77, quien, no obstante, se muestra contrario a tal fin del Derecho.

bienes jurídicos, ya que prescinde de toda función directiva de conductas y, en general, del carácter coercitivo y vinculante de las prescripciones penales (235). Quizá por ello venga a afirmarse que esta teoría olvida «la especificidad propia del Derecho penal» (236). La pregunta –la objeción– salta a la vista: ¿cómo puede el Derecho penal asegurar la expectativa normativa y generar o devolver a los ciudadanos la confianza en que los demás acatarán las normas si no es precisamente a través de la instrumentalización de medios directamente dirigidos a imponer o motivar el acatamiento de las normas? Expresado en otros términos, todavía a modo de hipótesis: el Derecho sólo podrá llevar a cabo el fin de protección las expectativas normativas en la medida en que persiga asimismo un fin directivo de conductas. Por ello se afirmó que este fin de la pena corre el riesgo de degenerar en una función tecnocrática o al menos ilusoria del *ius puniendi*, ya que se pretende mantener un estado cognitivo de seguridad sin instaurar los medios precisos para ello. Dicha potencialidad tecnocrática se muestra también en la relevancia que para esta concepción tiene el *desconocimiento* de la comisión de delitos. En efecto, puesto que no persigue la protección directa de los bienes jurídicos, lo ideal para la consecución del fin de la protección de la vigencia sería, no que se realizaran menos acciones delictivas, sino antes, que esas acciones delictivas no fueran conocidas por la generalidad de los ciudadanos (237). Desde Popitz es conocido «el efecto preventivo del no conocer» los niveles de la cifra negra del delito (238). En forma sintética, la objeción podría formularse afirmando que esta teoría conlleva una petición de principio, ya que establece el fin del Derecho penal pero no establece los medios con los que dicho fin debe realizarse (239).

---

(235) Así también, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 77. Vid. asimismo las notas posteriores.

(236) QUINTERO/MORALES/PRATS, PG, p. 89.

(237) Cfr. ya SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 79.

(238) POPITZ, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, 1965. Sobre las tesis de este autor y sobre la cifra negra, cfr. LÜDERSSEN, *Strafrecht und Dunkelziffer*, p. 244.

(239) Quizá a esto se refiere LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?*, p. 31, cuando pone de manifiesto la «circularidad de la fundamentación» de la prevención general positiva: «Se habla de la estabilización de la norma –pero si la sanción debe garantizar esta estabilización, debe entonces saberse por qué estabiliza realmente». En el mismo sentido, KÖHLER, *Über den Zusammenhang*, p. 31, resalta que cuando se habla de mantenimiento, aseguramiento o reforzamiento de la vigencia o de la fidelidad a Derecho no se explicita el medio como ha de llevarse a cabo; y KINDHÄUSER,

Y de dicha objeción surgen ciertas dudas relativas a si los autores partidarios de esta versión de la prevención general positiva defienden única y exclusivamente dicho fin del Derecho penal o introducen en sus argumentaciones otra serie de fines o medios, dirigidos precisamente a colmar la laguna existente a la hora de llevar a cabo la misión de protección de expectativas normativas.

La renuncia a una concepción directiva del Derecho penal parece clara en Luhmann: como ya vimos, prescinde expresamente de toda función directiva y coercitiva de la norma, limitando su concepción a meras institucionalizaciones simbólicas de expectativas, las cuales, por tanto, no van dirigidas a potenciales quebrantadores de la pauta de deber con que tradicionalmente suelen definirse las prescripciones normativas, sino sólo a las potenciales víctimas de esas vulneraciones. La norma, entonces, no dice: «no debes realizar la conducta X», sino: «los demás no realizarán la conducta X».

Ello es resaltado también por Habermas, quien afirma que «lo primero que Luhmann hace es desnudar a las expectativas generalizadas de comportamiento de su carácter deontológico, es decir, de su carácter normativamente vinculante. Luhmann hace desaparecer el sentido ilocucionario de los preceptos (o de las prohibiciones o permisos) y, por tanto, el efecto de establecer vínculos que tienen esos actos del habla... Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los desengaños a costa de un déficit cognitivo» (240). Coherentemente con su concepción, Luhmann afirma que «el Derecho no es primariamente un orden coercitivo, sino un facilitador de expectativas» (241). Por ello, «la situación de coerción constitutiva del Derecho es la obligación a la selección de expectativas». Pero a continuación resalta el mismo autor que dicha selección de expectativas, «si bien en unos pocos aunque importantes casos, puede motivar forzosamente a la realización de determinadas conductas» (242). Parece, entonces, que el Derecho, si bien secundariamente, *también* poseerá un fin de dirección de conductas: «La necesidad de seguridad inherente al Derecho se refiere en primer lugar a la seguridad de las propias expectativas, sobre todo a la de las expec-

---

*Strafe, Strafrechtsgut*, pp. 31-32: sostiene que «la premisa de que la pena estabiliza las normas porque... fortalece la fidelidad a Derecho, es elíptica. Ya que deja abierta de qué forma realiza eso la pena». En igual sentido, FROMMEL, Schüler-Springorum-FS, p. 274; LÜDERSSEN, ZStW 107 (1995), p. 885: «El aseguramiento de la estabilidad es una fórmula vacía de contenido.»

(240) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 564.

(241) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100

(242) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100.

tativas de expectativas, y sólo en un segundo plano a la seguridad del cumplimiento de dicha expectativa por la conducta esperada» (243). Por mucho que quiera relegarse a un segundo plano, estas consideraciones de Luhmann muestran que no es posible garantizar una expectativa sin un mecanismo recíproco de motivación vinculante hacia el respeto de dicha expectativa. De hecho, asegurar las expectativas de expectativas —es decir, asegurar no sólo a *Ego* que los demás (*Alter*) la cumplirán, sino también que *Ego* cumplirá lo que los demás esperan de él— sólo puede llevarse a cabo precisamente mediante el aseguramiento del cumplimiento de dicha expectativa por la conducta esperada. Es quizá en este sentido cuando Luhmann habla expresamente de un «Deber (*Sollen*) simbólico» incluido en la norma, si bien ese *Sollen* no es puesto en relación con su poder o su razón de ser de mensaje prescriptivo, sino solamente con la *expresión* formalizada de la expectativa de la vigencia del Derecho (244).

Dicho abandono de una función directiva en aras de una mera función expresiva de vigencia es también puesta de manifiesto por los penalistas que han incorporado la concepción luhmaniana del Derecho al Derecho penal, así como por los intérpretes y glosadores de estas posturas doctrinales. Se afirma, por ejemplo, que con la escuela de Jakobs se produce «un rechazo de la concepción imperativista de las normas y su sustitución por una visión institucional de las mismas, en la que no se trata tanto de dirección o regulación inmediata de conductas como del establecimiento y estabilización en la sociedad de redes de expectativas recíprocas de comportamiento» (245). Jakobs, en este sentido, afirma que, frente a la concepción tradicional de las normas de conducta, éstas no van dirigidas primariamente a potenciales delinquentes —es decir, a aquellos que quebrantarán las normas— sino a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas (246): «La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma, porque la pena haga desistir a los delinquentes potenciales, ni menos aún se trata de

---

(243) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 100.

(244) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 43.

(245) PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 19, nota 9, citando a MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, pp. 89 y ss. y 140 y ss. Una crítica a la concepción imperativista y directiva de las normas de conducta es desarrollada por LESCH, ADPCP 1995, pp. 929-930.

(246) JAKOBS, *Criminalización*, p. 314; el mismo, AT 1/15. *Vid.* también PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 36; PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 20.

cualquier pronóstico referido al comportamiento futuro del autor» (247). En cualquier caso, Jakobs parece rechazar la total desvinculación de la norma con los autores potenciales y, al igual que Luhmann, la ausencia de toda función motivatoria de la misma, por cuanto, dentro de su concepción de la prevención general positiva, incluye además un fin de *ejercicio en la fidelidad a Derecho*, noción que, a pesar de la similitud terminológica con las posturas comunitaristas (248), no creo que pueda o deba ser interpretada welzelianamente como internalización de los valores ético-jurídicos (249). Jakobs define ese fin de la siguiente forma: «La pena grava al comportamiento infractor de la norma con consecuencias costosas, aumentando la probabilidad de que ese comportamiento se aprenda en general a considerarlo como una alternativa de comportamiento a no tener en cuenta» (250). ¿Cómo ha de producirse entonces ese efecto generador de la fidelidad o respeto al Derecho? Si, como podría desprenderse del enunciado anterior, es precisamente la consecuencia costosa —el mal que supone la pena— la que genera esa obediencia, estamos en realidad ante una versión más de la prevención de intimidación, si no entendida psicoanalíticamente como reforzamiento del súper yo, si entendida a partir del modelo de hombre racional autointeresado, quien basa su actuación en el análisis de consecuencias costosas y beneficiosas. No obstante, cabe aún otra interpretación, quizá más plausible con los presupuestos teóricos de Jakobs. Ésta partiría no del efecto disuasor de la amenaza de pena, sino en el refuerzo simbólico de «deber ser» que la amenaza de pena ejerce sobre la norma institucionalizada; la motivación a la no realización de conductas lesivas vendría dada, entonces, no por la amenaza de pena, sino en primer lugar por el componente valorativo inscrito en la norma de respeto a la vida, a la integridad física, etc., el cual es considerado

---

(247) JAKOBS, AT 1/15.

(248) La proximidad de la noción de la *fidelidad (Rechstreue)* con las tendencias ideológicas de los años treinta en Alemania es resaltada, por ejemplo, por FEJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 49, nota 126, proponiendo por ello el empleo alternativo de la idea del *respeto* al Derecho.

(249) Sabido es que el propio Jakobs, en el *Prólogo* de su *Manual*, aproxima su postura con el fin ético-social de Welzel (p. VII) (también recientemente en PJ 1997, p. 162). Pero, a mi juicio, dicha proximidad no debe interpretarse tanto funcionalmente, en el sentido de que se persigan idénticos fines, o se empleen idénticos medios, como estructuralmente, en el sentido de que ambos parten del fin autorreferencial de protección de la vigencia del Derecho y no de la protección de bienes «externos» al propio ordenamiento y, por tanto, conforman el injusto penal como lesión de la norma y no —o sólo secundariamente— como lesión de bien jurídico.

(250) JAKOBS, AT 1/15



merecedor de respeto (251). En este sentido podría entenderse la idea que Jakobs expresa en otro lugar, relativa a que la fidelidad a Derecho se fomenta porque «la desvaloración de la alternativa puede ser tan evidente que conduzca a su completo desplazamiento en cuanto alternativa vivencial» (252). En cualquier caso, e independientemente de la interpretación que quiera darse a ese ejercicio en la fidelidad a Derecho –interpretación a la que las sucintas y oscuras formulaciones del autor alemán no ayudan (253)–, puede concluirse que la norma posee *también* un fin directivo de conductas, si bien simbólico y, en cuanto tal, «débil».

La necesidad de asumir la norma *también* como una pauta vinculante obligatoria no puede extrañar, si, como afirma Lesch, fiel defensor del fin exclusivo de aseguramiento simbólico de expectativas, «la capacidad de reducción [sc. de la complejidad] de las expectativas normativas depende de su vinculatoriedad», y si «ningún sistema social complejo puede existir y sobrevivir si la consecución de alguna parte de su orden normativo no se realiza de forma *obligatoria*» (254). Por este motivo es por lo que las pautas de conducta establecidas en las normas «deben garantizarse de forma vinculante» (255). Ello parece, como ya puse de manifiesto con la objeción anteriormente formulada, evidente. A modo de tesis: *el Derecho sólo puede pretender garantizar a Ego que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez (Ego es consciente de que) esa norma –o la amenaza asociada a ella– ejerce cierta motivación sobre los demás tendente a la evitación de acciones que vulnerarían esa expectativa*. Como el mismo Jakobs afirma, «la confianza en la norma no existe... sin una base cognitiva. Por ejemplo, la conciencia de tener el Derecho

---

(251) En sentido similar, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones*, p. 50: «La prevención general positiva motivaría no a través del miedo sino a través del derecho que cumpliría una función comunicativa de los valores jurídicos.»

(252) JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, p. 79; en el mismo sentido, JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 383.

(253) Cfr., sobre este aspecto de la teoría de Jakobs, las críticas realizadas por VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116, resaltando que dicho ejercicio en la fidelidad es un objeto extraño en la concepción luhmaniana del fin de protección de expectativas normativas, y que Jakobs no aporta una explicación de los mecanismos y procesos psico-sociales por los que esa fidelidad habrá de producirse. En sentido similar, KÖHLER, *Über den Zusammenhang*, p. 31 –a quien cita también la autora anterior– quien afirma que lo único que viene a afirmarse cuando se habla del «ejercicio en la fidelidad a Derecho» es que ésta no se produce a través de la intimidación, sin explicitar el medio por el que ello ha de darse en la práctica.

(254) LESCH, *Das Problem*, p. 244. (Subrayados en el original.)

(255) LESCH, *Das Problem*, p. 244.

de nuestra parte en la medida en que lleguemos a ser víctimas de un homicidio no es un fundamento idóneo para efectuar un plan de vida, si no existe la conciencia de que ese homicidio será probablemente evitado» (256). En suma, todo fin asegurador de expectativas debe venir acompañado de un fin directivo de conductas (257). Por esta razón, considero que toda teoría del Derecho penal, como orden normativo obligatorio, debe estar en disposición de establecer un modelo de motivación de conductas (258); en otras palabras, aportar un *porqué* al acatamiento de las normas. Y ese porqué debe ser no sólo valorativamente *legítimo*, sino asimismo *efectivo*, puesto que, como se acaba de afirmar, lo que el Derecho pretende garantizar no es otra cosa que, dicho con von Liszt, la confianza en su «poder protector», es decir, que será *eficaz* en su fin de mantener las expectativas inquebrantadas (259).

¿Cuál es, entonces, el criterio de motivación propio de esta teoría de la pena? Para Lesch, por ejemplo, la obligatoriedad se funda exclusivamente en el hecho de que las normas son la institucionalización de un consenso social generalizado en relación a las expectativas que han de regir la convivencia social y dar identidad normativa –jurídica, no moral– al sistema social. «Con la institucionalización las normas pasan a ser socialmente generalizadas, es decir, independientes de la opinión fáctica de cada individuo, porque debe poder partirse siempre de que son reconocidas por los “otros” no consultados». «El Derecho es consenso generalizado», *del cual surge la pretensión de respeto de las normas* (260). Como puede apreciarse, la teoría de la protección de la vigencia de la norma se asienta sobre los presupuestos de una sociedad democrática, en la cual los ciudadanos, consensuadamente, se otorgan a sí mismos las normas que han de regular la convivencia; y, sobre esos presupuestos, asume la presunción de que los ciudadanos son, por

---

(256) JAKOBS, *Criminalización*, p. 315.

(257) En este sentido, MAIHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 28, quien establece ambos como fines complementarios. También MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 64, quien sostiene que el aseguramiento de expectativas puede presentarse analíticamente como único cometido del Derecho penal, pero no puede ser totalmente desvinculado del fin directivo de conductas. «El efecto de la estabilización de las normas presupone la creencia de que el Derecho penal posee fines preventivos efectivos.»

(258) Ello es destacado también por BAURMANN, GA 1994, p. 370.

(259) Afirma, por ejemplo, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116, que «la confianza en la norma se conforma como consecuencia de la manifestación de la *efectividad* y de la vigencia de la norma». (Subrayado añadido.)

(260) LESCH, *Das Problem*, pp. 244-245.

principio, respetuosos del Derecho (261). Jakobs, por ejemplo, afirma que el concepto de persona relevante a efectos del Derecho penal es «a quien se le adscribe un rol de un ciudadano respetuoso del Derecho» (262). Por ello, los mensajes emanados de la norma y de la pena van dirigidos antes a potenciales víctimas —o en todo caso a ciudadanos respetuosos del Derecho— que a potenciales delincuentes, y por ello se resta relevancia teleológica al momento preventivo de evitación coercitiva de acciones por la norma o por la amenaza de pena y se acentúa la imposición de la sanción como mecanismo no tanto directivo de conductas o instrumental como meramente simbólico, expresivo de una confianza en la norma *ya preexistente* (263). Así, dado que se parte de que los ciudadanos, siendo las normas fruto de su decisión consensuada, han asumido ya el respeto hacia las mismas, no es preciso, por tanto, interponer mecanismos coercitivos y preventivos «duros»: «Las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación» (264), se concluye. En suma, la legitimidad de las normas, basada en el *reconocimiento* consensuado de las mismas por los ciudadanos, es el criterio de motivación en que se asienta esta teoría: los ciudadanos respetarán las normas porque, al responder a un proceso democrático, reconocen en ellas pautas correctas y legítimas de conducta.

La necesidad de un previo reconocimiento democrático de las normas como presupuesto de esta concepción del Derecho ha sido puesta también de manifiesto por Baumann, resaltando que «no siempre es tenido en cuenta que una intervención simbólica de la vigencia de una

---

(261) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, AT 1/1; el mismo, ZStW 107 (1995), p. 865; el mismo, PJ 1997, p. 151; FEIJÓO, *El injusto penal*, pp. 42 y 79. Vid. asimismo KUHLEN GA 1994, pp. 364-365; BAUMANN, GA 1994, p. 379; LÜDERSSEN, ZStW 107 (1995), p. 904.

(262) JAKOBS, PJ 1997, p. 151. Ello le lleva a afirmar que sólo es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a Derecho. También en ZStW 107 (1995), p. 865. En un sentido similar, si bien empleando el término de «ciudadano», FEIJÓO, *El injusto penal*, p. 42. Esta tesis es menos provocadora de lo que parece. Consideraciones similares pueden, por ejemplo, encontrarse en CORTINA, *Ética sin moral*, p. 249. Sobre las nociones de «persona» y de «ciudadano» como conceptos normativos y abstractos *vid. infra* Capítulo segundo, II, B, b).

(263) Cfr., por ejemplo, LESCH, *Das Problem*, p. 252, quien resalta que la norma no persigue una función directiva *directa* de las conductas. Por otra parte, la relevancia del momento de imposición de la sanción frente al momento preventivo de la llamada de la norma en Jakobs es puesto de manifiesto, por ejemplo, por VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 116.

(264) FEIJÓO, *El injusto penal*, p. 90, citando consideraciones basadas en la concepción valorativa de la norma de Bajo Fernández.

norma *sólo* puede aportar una razón para el acatamiento por parte del destinatario de las normas, cuando éste atribuye *legitimidad* al legislador»; y concluye por afirmar que «la legitimidad del legislador es el *requisito necesario* para la prevención general positiva» (265).

Y es dado ese presupuesto, por lo que la prescripción inherente a la norma queda, como ya afirmara Luhmann y reitera Lesch (266), como un *Sollen* meramente simbólico, desde el cual la motivación a su pretensión de respeto viene dada únicamente por el reconocimiento de los ciudadanos de los criterios valorativos plasmados en las normas, sancionados simbólicamente por la amenaza de la pena, como ya vimos que podía interpretarse el fin de ejercicio en la fidelidad a Derecho de Jakobs. En suma, el fin de protección de expectativas sí ofrece un modelo de acatamiento de las normas; es decir, un criterio de protección de las expectativas de expectativas, requisito en realidad indispensable para la propia protección de la confianza en la vigencia de la norma, ya que sólo si la norma ejerce alguna función motivatoria y directiva de conductas puede pretender el Estado garantizar a los ciudadanos que ésta será respetada por los demás participantes en el tráfico social. Lo que ocurre es que esta teoría niega la vertiente imperativa dirigida por la amenaza de pena, ya que parte de una comprensión de los destinatarios de las normas como respetuosos del Derecho, presunción que les lleva a concluir que en estas sociedades, esencialmente estables a efectos de delincuencia, no tiene sentido imponer una coacción heterónoma y violenta a quienes, como autores del mismo, son ya respetuosos del Derecho. Expresado de otra forma, y como lo hace Jakobs, un Derecho penal democrático no puede entender al ciudadano como enemigo (267). A estos presupuestos responde la declaración de principios con que el autor alemán inicia su Manual: «El contenido y la función de la pena no se pueden configurar... con independencia de la existencia del orden en que se pune, ni de la comprensión de su sentido. Así, por lo que se refiere a la existencia del orden, un Estado que deba concentrar sus fuerzas para el

---

(265) BAURMANN, GA 1994, p. 379 (cursivas en el original), refiriéndose concretamente a esta versión de la prevención general positiva. El presupuesto de la legitimidad democrática de las normas en esta teoría es resaltado también por CUELLO CONTRERAS, PG, pp. 77 y 79. En similar sentido, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 65.

(266) LESCH, *Das Problem*, p. 245. Una concepción similar de la labor del Derecho en KINDHÄUSER, *Gefährdung*, pp. 36 y ss.; KARGL, *Rechtsgüterschutz*, pp. 60 y ss.

(267) JAKOBS, *Criminalización*, p. 295 y *passim*.; crítico también con esta visión del ciudadano, propia de la prevención de intimidación, FEIJÓO, *El injusto penal*, p. 33.

aseguramiento de su existencia (por ejemplo, en guerra) empleará la pena de modo que a corto plazo garantice su eficacia (por ejemplo, intimidación por medio de penas severas), mientras que un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir, mirando a un futuro más lejano, la paz interna (por ejemplo, evitando las penas severas para no embotar la sensibilidad ante la violencia)» (268).

A mi juicio, dicha concepción responde indudablemente a los presupuestos que debe adoptar el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho, en el que las normas son fruto de un procedimiento consensuado y deliberativo de decisión, por el cual, como suele afirmarse, los ciudadanos, como sujetos políticamente autónomos, se convierten en sus propios legisladores (269). Por todo ello, considero que dicho criterio de acatamiento de las normas representa quizá el medio *valorativamente* más legítimo que puede emplear el Derecho penal, ya que no se basa en la amenaza, sino en la aceptación valorativa de los ciudadanos, por lo que implica un mayor respeto a la dignidad de los mismos. Pero, como ha sido mencionado, el criterio de motivación coercitivo no puede basar su legitimidad exclusivamente en el aspecto valorativo, sino que debe satisfacer asimismo el aspecto de la legitimación instrumental; es decir, ostentar *efectividad* práctica para la evitación de acciones lesivas. Es cierto que cabría admitir como un hecho que en las sociedades desarrolladas actuales se da un razonable grado de respeto hacia las normas por los ciudadanos. Pero, no obstante, como la propia realidad demuestra, un hecho incontestable es que también existen ciudadanos que no respetan los términos del consenso, y lo expresan con la realización de acciones delictivas. Y, como hemos visto, la concepción de estos autores rechaza expresamente dirigir las normas a los *potenciales* delincuentes, sino que, no sólo la protección de la confianza, sino incluso ese mecanismo directivo simbólico y débil de la norma va dirigido exclusivamente a ciudadanos *ya* respetuosos del Derecho, puesto que ese mensaje simbólico de la validez valorativa de la norma sólo puede dirigirse a quienes ya reconocen previamente esa validez. *A contrario sensu*: para quienes no reconocen esa validez –los potenciales delincuentes–, en nada motivaría ese deber simbólico. Intentemos explicarlo a continuación.

---

(268) JAKOBS, AT 1/1.

(269) Por todos, HABERMAS, *Facticidad y Validez*, p. 578 y *passim*. Sobre esto, *vid. infra* Capítulo segundo, II, 1, B, b), cc).

Hemos empezado hablando de protección de la *vigencia*, y terminamos hablando de protección de la *validez* y de ejercicio en el *reconocimiento*. Y no cabe duda de que estas nociones denotan realidades distintas, y que conviene distinguir. Para empezar, como viene manifestándose, puede definirse el término «vigencia» como *vigencia fáctica*, referida al hecho del acatamiento social de las normas. Y ese es el mensaje que pretende emitirse con la pena: con su imposición se pretende crear un estado cognitivo en las conciencias de los ciudadanos relativo a que la norma es acatada, en general, por todos. Así, en rigor, la norma de conducta no «protege» la vigencia, sino sólo informa y expresa las expectativas que se presume que serán respetadas. Por el contrario es la pena impuesta la que protege la vigencia fáctica de la norma, en tanto en cuanto refuerza o restablece comunicativamente esa vigencia presupuesta de su defraudación por el delito. La sanción afirma: puedes seguir confiando en que los demás acatarán las normas, a pesar de que en el caso concreto ello no ha sido así. Y, como se ha repetido, ello sólo será «creíble» si a su vez se instrumentan medios para motivar a ese acatamiento. Por ello es indispensable para ese fin que a su vez se proteja o se ejercite en el *respeto* al Derecho, es decir, se persiga un fin directivo de conductas. Ello sería lo que esta teoría denomina «ejercicio en la validez del Derecho»: la validez –que puede denominarse también *vigencia normativa*– conlleva entonces el mensaje prescriptivo: la norma *debe* respetarse. Pero ese respeto o acatamiento de la norma se basa, para estos autores, exclusivamente en la génesis legítima de la norma: debe respetarse porque es justo hacerlo. Y el fin de la pena es, desde esta concepción, la manifestación simbólica de la corrección valorativa y, por tanto, del deber de respeto de la norma vulnerada. «La pena –afirma Kindhäuser– sirve al aseguramiento de la vigencia de la norma, es decir: *imponer* [*Durchsetzung*] el reconocimiento de la norma como pauta vinculante de la conducta» (270); afirmación en la cual la referencia a la «vigencia» no se refiere a la vigencia fáctica respecto del acatamiento de *Alter*, sino a la vigencia normativa o validez: pretensión de respeto por parte del propio *Ego*.

La cuestión que surge es cómo puede la pena *imponer*, como sostiene Kindhäuser, una pretensión valorativa de respeto, cómo puede *convencer* a los ciudadanos de la legitimidad de la norma. La ejecución aflictiva de un mal no puede, a mi modo de ver, imponer una pretensión de respeto basada en la corrección valorativa de la norma; por el contrario, la pena, ya en su amenaza, ya en su imposición, sólo

---

(270) KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 30.

puede *imponer* el respeto a las normas por medio de su poder coercitivo y disuasorio, pero no la justicia o legitimidad del mismo. El ejercicio en la validez normativa no puede entenderse entonces como *imposición* de la legitimidad del ordenamiento, puesto que la pena en nada puede convencer a los ciudadanos respecto de si las normas son o no correctas o justas, sino que esa corrección es previa, fruto del consenso social. Expresado en otros términos: la pena no puede *generar* consenso sobre la validez de las normas, sino, todo lo más, recordar o *expresar* la existencia de un previo consenso. Se trataría, como de hecho es afirmado reiteradamente por estos autores, de una mera manifestación simbólica: el Derecho no impone pautas de conducta, sino sólo demuestra o expresa el consenso valorativo acerca de esas pautas (271). Así, la pena no pretende, por tanto, la imposición coercitiva de la norma, sino sólo su manifestación simbólica (272). La pena es mera expresión del Derecho, que busca el restablecimiento simbólico, no material, del orden normativo. En suma: el Derecho no puede convencer de la legitimidad de las normas a los que no las consideran legítimas, a los potenciales delincuentes, sino sólo expresar o reafirmar simbólicamente esa legitimidad a los que ya parten de ello: a los ciudadanos respetuosos del Derecho. Por lo demás, ese carácter «débil» de la manifestación simbólica de la validez viene resaltado por estos mismos autores, respecto al mecanismo que ejerce la pena, cuando sostienen expresamente que el fin perseguido no debe entenderse como un «ejercicio en la confianza» en sentido psicológico-social empíricamente demostrable, como si la pena pudiera o quisiera conseguir que los ciudadanos confiaran *realmente* en su vigencia; sino que se trata únicamente de señalar que los ciudadanos pueden

---

(271) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 61 y 106 y ss., quien expresamente afirma que la pena no sirve a la imposición (*Durchsetzung*) de las normas, sino únicamente a su representación (*Darstellung*); similar, LESCH, *Das Problem*, p. 249. Vid. también SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 2; BAURMANN, GA 1994, p. 379.

(272) En relación sobre la diferencia entre fines instrumentales y fines simbólicos, puede verse, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 109-110; ZUGALDÍA, *Fundamentos*, pp. 90 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, pp. 49 y ss., quien, a mi juicio indiscriminadamente, identifica toda función simbólica con una función tecnocrática del Derecho. Más allá de discrepancias terminológicas o de matices, la referencia a lo instrumental suele asociarse a una función regulativa o directiva de conductas a través de la coerción emanada de las normas de conducta y, como consecuencia, a la protección de los objetos o estados protegidos por esas normas: los bienes jurídicos; en cambio, la función simbólica se vincula a las teorías expresivas o denunciatorias de la pena, con la que se pretende únicamente manifestar o conformar la vigencia ya de valores, ya de expectativas de seguridad.

[*dürfen*] continuar orientándose por la norma, que están en consonancia con el Derecho cuando confían en la norma (273).

En realidad, con esa acentuación de lo *simbólico* parece desaparecer, por un lado, todo sustrato fáctico a esa misión de la pena, así como, por otro, toda pretensión de efectividad práctica de la misma, limitándose la labor del Derecho penal a expresarse simbólicamente a sí mismo, independientemente de la consecución de esa pretendida vinculatoriedad que se predicaba de las normas, así como de la protección *real* de la seguridad cognitiva. En este sentido parece orientarse la última evolución de Jakobs respecto del fin y justificación de la pena. Si hasta hace pocos años expresaba todavía que uno de los fines de la pena era el ejercicio en la fidelidad a Derecho (274), afirma ahora que la pena, si bien dicha finalidad podría ser deseable, se justifica independientemente de dichos efectos. Y más recientemente llega a afirmar que tampoco el mismo fin de garantizar la confianza en la vigencia de la norma, siendo asimismo deseable, acierta a dar la razón de ser de la justificación de la pena estatal (275). Estos efectos sociales de la pena no pertenecen al núcleo del sentido de la pena, sino que sólo forman parte de su entorno, ya que responden a esquemas psicosociales de interpretación (276). «La pena es un proceso de comunicación, y por ello su concepto ha de estar orientado en atención a la comunicación y no debe ser fijado con base en los reflejos o las repercusiones psíquicas de la comunicación» (277). Por ello, «puede suceder que se deseen alcanzar determinados procesos psíquicos como consecuencia de la confirmación de la norma por medio de la pena pública, pero no forman parte del concepto de pena» (278). El sentido de la pena es ahora, para Jakobs, exclusivamente la «manifestación de la identidad normativa» (279) o la «confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad». Se previene algo, afirma, pero ello es sólo «la erosión de dicha configuración normativas (280). No obstante, «la sanción no tiene un fin, sino constituye en sí misma la obtención de un fin, scil. la constatación de la realidad de la sociedad

---

(273) LESCH, JA 1994, p. 598. (Cursiva añadida.)

(274) JAKOBS AT 1/15; el mismo, *Handlungsbegriff* (1992), p. 37; el mismo, *El principio de culpabilidad* (1993), p. 383.

(275) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(276) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 844.

(277) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(278) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(279) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 844.

(280) JAKOBS, PJ 1997, p. 150.



sin cambios» (281). Por ello, el propio carácter utilitarista de la pena para la satisfacción y protección de intereses de los ciudadanos parece perder su relevancia: «No se trata “de fomentar otro bien”, es decir, no del bienestar de los individuos, sino exclusivamente de la realidad social» (282).

En esta nueva concepción, la demostrada atracción del autor alemán hacia lo abstracto y lo formal llega a su culmen. De la ya abstracta formulación luhmaniana del Derecho, pero sociológica al fin, Jakobs parece situarse en el ámbito de la metafísica, llegando al «formalismo místico» que Mittermaier criticara de Hegel (283). La cuestión es, ¿cómo debe entenderse la actual postura del profesor de Bonn? ¿Qué es la «realidad normativa de la sociedad» sino el conjunto de normas establecidas por el Legislador? ¿Y qué otro fin pueden tener dichas normas si no es el de servir como medio para la satisfacción de necesidades basadas en el bienestar de los individuos? ¿Y qué sentido puede tener imponer un mal a un individuo si no es para que las normas puedan desplegar sus *efectos*? Pero, como vemos, Jakobs parece negar la razón de ser instrumental y utilitarista tanto a las normas como a la pena. La «identidad normativa» acaba por convertirse en un fin en sí mismo, independientemente de lo que dichas normas protejan, y la pena parece adquirir carácter absoluto, puesto que su imposición no atiende a sus efectos beneficiosos o perniciosos *externos* a sí misma, sino que su propia ejecución es ya un fin (284). La «realidad normativa» alcanza el grado de abstracción del «Espíritu objetivo» hegeliano, y la utilización de la pena pierde toda referencia a su necesidad como fundamento de su aplicación, elevándose al máximo exponente el carácter circular de su dialéctica: todo delito niega la realidad social y toda pena niega esa negación, independientemente de sus efectos fácticos. La justificación de la pena, como el mismo Jakobs manifiesta (285), se hace inmune a toda corroboración empírica, ya que no es preciso demostrar que ésta sea útil, puesto que su razón de ser no es su utilidad social. Pero, ¿de qué sirve

---

(281) JAKOBS, PJ 1997, p. 157

(282) JAKOBS, PJ 1997, p. 158.

(283) MITTERMAIER, GS 11, p. 426. Jakobs se apoya ahora directamente en Hegel: PJ 1997, p. 158.

(284) En el mismo sentido se manifiestan Schünemann y Puppe: cfr. ZIESCHANG, ZStW 107 (1995), pp. 925 y 926. De hecho, el mismo Jakobs parece apoyar esta afirmación, cuando afirma [(ZStW 107 (1995), p. 845, nota 7)], que los efectos *futuros* de la pena pertenecen al entorno de su concepto de «manifestación de identidad social» —que para Jakobs es también su justificación—.

(285) JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 844.

a los ciudadanos que la pena confirme la «realidad de las normas» si no es para que éstas sirvan ya a la evitación de acciones lesivas, ya a la protección de la seguridad de su vigencia, aspectos que Jakobs rechaza como justificación de la pena —si bien, incongruentemente, los califica como deseables—? Incongruentemente porque si algo ha de justificar la pena son precisamente sus efectos *deseables*, sus «fines», frente a los rechazables, sus «funciones». Pero para Jakobs, tanto unos como otros son indiferentes para la legitimación de la sanción estatal. En suma, de la negación de una exigencia de efectividad se llega a la negación de la propia exigencia de necesidad de la pena estatal. Reiterando las críticas que se hicieron en la introducción a la discusión sobre los fines del Derecho penal sobre las teorías absolutas, si en una sociedad laica y democrática hay que partir de que «sólo la pena útil es la pena legítima», una pena desprovista de fines beneficiosos (y no habría necesidad de aclarar: beneficiosos para los ciudadanos) es la más inmoral de las opciones. Expresado en palabras del mismo Jakobs, antes de su conversión a la mística —es decir, al ámbito de lo que «incluye misterio o razón oculta», según el Diccionario de la Real Academia—: «una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social; sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil» (286). Y ese orden social sólo puede entenderse en sentido instrumental: como medio para el desarrollo de la libertad de los ciudadanos, y no como un fin en sí mismo, ya metafísico o ya meramente «simbólico». Por ello, el fin del Derecho penal, por un lado, debe ser permeable a su verificación o falsación empírica (287), con el fin de poder controlar la efectividad de la necesidad que de la pena se predica; por otro, debe ostentar un grado, al menos relativo, de *efectividad* en los fines que de él se predicen. Ciertamente, las oscuras formulaciones de Jakobs pueden entenderse sólo como un nivel más elevado de abstracción conceptual —nivel en el que tras el «misterio» de su formulación se hallaría esa «razón oculta»—, como *metáfora*, si se quiere, de los criterios discursivos de legitimación de la pena; al igual que son metáforas las nociones hegelianas de la «negación de la

---

(286) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 366.

(287) Cfr. LÜDERSEN, ZStW 107 (1995), pp. 893, oponiendo a las concepciones simbólicas y formales de Jakobs una exigencia de empirismo, y resaltando, con razón, que la discusión entre *Funktionalismus* y «*alteuropäischen*» *Prinzipiendenken* puede (también) presentarse como una discusión entre mayor o menor abstracción (p. 881). La necesidad de legitimación empírica como criterio de control racional es resaltada por BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 263: «los conceptos jurídicos deben ser interpretables empíricamente».

negación» y de que la lesión del Derecho por el delito es «nula en sí misma». Entonces, y más allá de la declarada ausencia de fines externos, el fin de la pena sería el mismo: protección de la vigencia y del respeto del Derecho, y éste se vería metafóricamente representado en la referencia a la «confirmación de la realidad de las normas». El mismo Jakobs manifiesta que «se trata más bien de cuestiones de formulación que de cuestiones materiales» (288). Pero esas metáforas deben poseer un sustrato material desde el que poder interpretarse instrumental y empíricamente, si no han de convertirse en meros significantes vacíos de contenido, dando lugar a argumentaciones tautológicas y circulares, las cuales, en la praxis de la aplicación de la pena, abocarían a un decisionismo exento de límites y control racional. Desde este presupuesto de racionalidad –y, por ello, de legitimidad– debemos acercarnos a la noción de fin «simbólico» de la pena mantenido por estos autores, ya que en sus consideraciones parecen establecer una barrera infranqueable entre los mundos paralelos de lo real y lo simbólico, de lo fáctico y su representación.

Como puede colegirse de algunas citas anteriores, para este sector doctrinal lo simbólico parece excluir la experiencia empírica, en tanto en cuanto se rechaza toda referencia a lo material y a lo psicológico-social. En términos genéricos, la idea directriz sería que el ámbito en el que opera el Derecho penal no es el mundo de lo material, lo «exterior», lo fáctico, sino sólo el mundo de lo «comunicativo-simbólico». Por ello se afirma que el fin del Derecho penal no es la protección de bienes materiales, sino la de la vigencia de instancias simbólicas de comunicación. Y, por ello, el delito no es lesión de un bien material, sino lesión de vigencia, «producida en un ámbito inmaterial, demostrativo-simbólico» (289). Y la pena, en consecuencia, es «una contradicción simbólica al significado simbólico del hecho punible» (290). Pero, volviendo al diccionario, de la lectura del significado de «símbolo» no parece concebible dicha desvinculación con lo empírico, con lo cognitivo, con lo psicológico-social. La Real Academia define «símbolo» como «Representación *sensorialmente perceptible* de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con ésta por una convención socialmente aceptada» (291). Ello quiere decir que toda comunicación simbólica ha de ser perceptible por la consciencia individual y, referido a la pena, sus fines simbólicos han de ser, si se pretende

---

(288) JAKOBS, PJ 1997, p. 162.

(289) LESCH, *Das Problem*, p. 253.

(290) LESCH, *Das Problem*, p. 249.

(291) Los subrayados son, naturalmente, añadidos.

alcanzarlos, percibidos por los ciudadanos. Por ello, no puede Jakobs prescindir de todo sustrato psicológico-social. Cuando lo intenta, su comprensión de la comunicación se vuelve sencillamente incomprendible: así, cuando manifiesta que el sentido de un proceso de comunicación (la pena) «no debe ser fijado con base en... las repercusiones psíquicas de la comunicación». Expresado gráficamente: a Jakobs le es indiferente que el mensaje (pena) llegue o no llegue al receptor del mismo (ciudadanos). Pero, ¿cuál puede ser la razón de ser de la comunicación si no es que el mensaje sea recibido por el receptor? De igual forma, ¿cuál puede ser la razón de ser, la justificación, del mensaje simbólico emitido por la pena: «la norma sigue vigente», si no es el de ser asumido por el ciudadano, para que pueda así suponerle un bien, y con ello poder organizar pacíficamente su vida? (292). Desde el ámbito de la legitimación de la pena, atender sólo a la emisión y no a la recepción del mensaje implica una concepción no ya absoluta, sino gratuita de la pena: la razón de ser de la pena es su propia imposición, independientemente de sus efectos. Por el contrario, entiendo que incluso cuando con la pena sólo se pretendiera la creación de un clima de seguridad cognitivo: tranquilidad y confianza, ello ha de ser un fin basado en la satisfacción de los intereses de los ciudadanos, ya que, contra lo que ahora parece afirmar Jakobs, esa es la única justificación posible de la pena; fin que, si bien realizado por medios simbólicos, es, puesto que éstos lo son, sensorialmente perceptible, es decir, verificable fácticamente y, por tanto, dependiente, en lo tocante a su legitimación, de su realización –de su plausibilidad–práctica (293). En suma, lo simbólico, así como las metáforas, deben tener un sustrato fáctico, desde el que puedan verificarse dichos fines de la pena. En realidad, y más allá de abstracciones retóricas que en nada ayudan a la discusión racional sobre los fines del Derecho penal, no creo que los representantes de esta teoría quieran renunciar a la defensa de una misión utilitarista, *relativa ad effectum*, de la pena, y

---

(292) Como afirma MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 64: «Si la vigencia fáctica; mejor: si la vigencia cognitiva fáctica de las normas es una condición de estabilidad del aseguramiento de expectativas, entonces la recepción real en la sociedad de la comunicación jurídico-penal no puede ser concebida como el entorno (*Umwelt*) de la teoría.

(293) Con razón se pregunta MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 63, cómo puede compatibilizarse esa inmunidad frente a lo empírico con la pretensión de un fin *preventivo* de la pena. En cualquier caso, la referencia a su comprobación empírica ha de entenderse en abstracto –es decir, al hecho de que exista un sustrato fáctico que sea comprobable en la realidad práctica–, no referida a las posibilidades concretas e individualizadas de verificación.

la interpretación que aquí se ha hecho del mismo, avalada por numerosas afirmaciones de sus representantes basadas en referentes psicológico-sociales como la protección de la tranquilidad, de la seguridad, de la confianza cognitiva en la capacidad del Derecho de ejercer respeto, parece mostrar que tampoco quieren o pueden prescindir de un referente cognitivo, psico-social. O en todo caso, esa es la única comprensión de esta teoría que me parece legítima en un Estado democrático.

Atendida ya la cuestión relativa al trasfondo fáctico de esos mecanismos simbólicos, deben todavía plantearse al menos tres objeciones ulteriores a esta teoría: la primera irá dirigida contra la ya resaltada ausencia de efectividad; la segunda, contra la ausencia de un fin de protección de bienes jurídicos, y la tercera, dirigida a poner de manifiesto la ausencia de un presupuesto en las mismas bases teóricas de esta teoría.

Comencemos por la ausencia de efectividad. Ya se dijo que, a pesar de que en la actualidad pueda afirmarse un cierto grado de respeto de las normas –premisa que estos autores generalizan–, lo cierto es que también hay ciudadanos que no respetan esas normas. Frente a éstos, este sector doctrinal renuncia a establecer medios coactivos dirigidos a la evitación de acciones de potenciales delincuentes, sino que el fin directivo de conductas implícito su concepción de la pena, se dirige únicamente a ciudadanos respetuosos del Derecho, ya que, dado que sólo se basa en una manifestación simbólica de la corrección valorativa de las normas, no ejercerá ninguna motivación en quienes no reconocen previamente la legitimidad de las mismas. En este sentido, vimos que estos autores negaban el carácter imperativo de las normas de conducta, al considerarlas meramente, además de como instancias institucionalizadoras de expectativas, como expresiones valorativas. Es quizá a partir de esta concepción meramente valorativa –desde la cual, en cualquier caso, surge una prescripción (294), a

---

(294) La inclusión de una prescripción en la propia naturaleza valorativa de la norma es normalmente admitida tanto desde el punto de vista de la ética como desde los análisis de teoría de las normas. Desde la ética, ello había sido admitido ya por la ontología de los valores de Scheler y Hartmann (cfr., en relación a su aplicación al Derecho penal, Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, p. 74; SALM, *Das versuchte Verbrechen*, p. 182; SINA, *Rechtsgut*, p. 102 ), así como también por numerosas concepciones actuales de los valores, especialmente por y a partir de la obra de R. M. Hare (cfr. sobre la teoría prescriptiva de los valores de este autor, HARE, *El prescriptivismo universal*, p. 605; y NINO, *Ética y Derechos humanos*, pp. 83 y ss., desde una perspectiva crítica). Desde la teoría de las normas, la larga discusión entre concepción valorativa e imperativa de la norma –independientemente de sus consecuencias siste-

partir de la que se ejercía esa débil y simbólica función directiva— y del consiguiente rechazo de una configuración imperativa de las mismas, por lo que sobre la concepción normológica de Jakobs han podido volcarse las mismas críticas que las ya empleadas por los imperativistas para desvirtuar la corrección de la concepción opuesta; así, Adams/Shavell objetan en la actualidad a Jakobs lo que ya Engisch, en idénticos términos, afirmara de la comprensión valorativa de las normas: que su concepción parte de un platónico mundo idealizado de las normas, sin la necesaria fuerza coercitiva para servir a la protección de los intereses esenciales de la sociedad (295). En este sentido, el problema fundamental de esta teoría no es sólo que, al renunciar a imponer un fin instrumental y coercitivo que disuada a los potenciales delincuentes, renuncie a la pretensión de evitar lesiones de bienes jurídicos por parte de éstos —fin que, en cualquier caso, no es buscado por esta teoría—, sino que esa renuncia imposibilita la realización del mismo fin de protección de la vigencia de las normas. Recordemos, por una parte, que estos mismos autores consideraban necesario, para este fin, el carácter obligatorio de las normas penales. Así, vimos que Lesch afirmaba que «ningún sistema social complejo puede existir y sobrevivir si la consecución de alguna parte de su orden normativo no se realiza de forma *obligatoria*»; por su parte, sostiene Kindhäuser que incluso «las normas legítimas sin poder de imponerse adolecen de inestabilidad» (296). Ello nos llevó a afirmar la tesis de que «el Derecho sólo puede pretender garantizar a *Ego* que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez *Ego* es consciente de que esa norma —o la amenaza asociada a ella— ejerce cierta motivación sobre los demás tendente a la evitación de acciones que vulnerarían esa expectativa». Partiendo de esa tesis se llegó a la conclusión de que esa vigencia de la expectativa normativa sólo podía realizarse si, a su vez, el Derecho ejercitaba una labor directiva de conductas, como efectivamente vimos que se daba en esta teoría. Pero esa función directiva va *sólo* dirigida a los ciudadanos

---

máticas— parece haber mediado posiciones: ni los imperativistas niegan que la norma posea un componente (previo o actual) de valoración, ni los valorativistas niegan que la propia naturaleza valorativa conlleve cierto imperativo, cierta fuerza motivatoria (*vid.*, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 334; LUZÓN PEÑA, PG, pp. 339 y ss.). Es, más bien, una cuestión de grados y medios: una de las cuestiones sería la de qué es lo que debe motivar, si la amenaza de pena o el propio contenido valorativo de la norma. Posteriormente procuraré volver sobre ello.

(295) Cfr., respectivamente, ENGISCH, *Einführung*, p. 28, y ADAMS/SHAVELL, GA 1990, p. 339.

(296) KINDHÄUSER, GA 1989, p. 497

respetuosos del Derecho, por lo que con ella *Ego* sólo podrá confiar en que los ciudadanos *ya respetuosos del Derecho* satisfarán su expectativa, pero no en que los no respetuosos de las mismas lo harán, ya que no podrá confiar en que ese mensaje simbólico y débil ejercerá influencia en ellos. Es decir: *Ego*, siendo consciente de que hay ciudadanos que no respetan las normas, será consciente también de que esa manifestación simbólica no disuadirá a los mismos de realizar acciones delictivas. Por tanto, *Ego* no podrá confiar en la vigencia de las normas. La conclusión es evidente: sólo cuando el Derecho penal establezca medios disuasorios *también* para los potenciales delinquentes podrá proteger efectivamente la vigencia de las normas, y aportar un margen de seguridad cognitiva. Ello, además, vendrá ratificado por una conclusión a la que llegaremos posteriormente, y que ahora dejaremos solamente formulada: al igual que la confianza genera confianza, la desconfianza en la vigencia de las normas multiplicará socialmente esa desconfianza, y, al igual que la confianza de los respetuosos del Derecho en que sus bienes no serán vulnerados genera en los mismos razones para continuar siéndolo, la desconfianza en la vigencia de las normas ofrecerá razones a quienes respetan el Derecho a dejar de hacerlo, porque el respeto de las normas sólo reportará ventajas si los demás también las respetan.

Como ya dijimos, esta concepción del Derecho penal presenta una gran fuerza de convicción desde el aspecto de la legitimación valorativa, ya que esa expresión meramente simbólica, que se limita a manifestar la validez y vigencia de las normas, aparece como menos incisiva en las libertades de los individuos que una coerción imperativa a través de la amenaza de pena, que impone el respeto de las mismas. Pero esa mayor legitimación valorativa se consigue al precio de renunciar a la efectividad de los fines del Derecho, y no debe olvidarse que dicha efectividad es también un requisito de legitimación. En este sentido, considero correctas esas críticas que objetan a Jakobs el asumir «un mundo idealizado», conformado en la imagen de una sociedad sólo conformada por ciudadanos respetuosos del Derecho, sin potenciales delinquentes; una imagen demasiado optimista, por decirlo así. Parafraseando el título de una obra de Habermas, el Derecho está obligado a hallar un equilibrio entre la *validez* y la *facticidad*: entre el Derecho que debería ser —en una hipotética sociedad— y el Derecho al cual la realidad fáctica obliga a ser, si quiere ostentar cierta efectividad práctica en su labor de protección, ya de bienes jurídicos, ya de expectativas normativas. Ciertamente, el mejor Derecho penal que puede existir es algo mejor que el Derecho penal, pero considero que ello no podría ser viable en la

actualidad. Tomemos algunas consideraciones del propio Luhmann para ilustrar esta afirmación. Afirma el sociólogo que en sociedades simples y arcaicas la confianza se basa en la relación recíproca y plena de los sujetos, sancionada por instituciones puramente simbólicas como la religión o la sensación de pertenencia a una comunidad cerrada, basada en la identidad de las convicciones morales y afectivas comunes. Con el incremento de la complejidad en las relaciones sociales y la disolución de esa identidad común, así como con la consiguiente instauración del pluralismo moral y el anonimato, en las sociedades industrializadas dicha confianza personal se quiebra y se torna en *desconfianza*. A partir de esa quiebra, la confianza, esencial en todo caso para la pervivencia de las relaciones sociales, ha de apoyarse en instituciones instrumentales como el Estado; instituciones que surgen precisamente para paliar la desconfianza interpersonal. De la desconfianza personal se pasa a la confianza institucional, labor del Estado (297). Por ello, en las sociedades actuales la confianza en la vigencia de la norma no, o no sólo, puede basarse en la mera presunción de que los demás serán fieles al consenso creador de las normas por el mero hecho de haberlo aceptado, bastando con la mera simbolización del mismo por la aplicación del Derecho, sino que esa confianza en el respeto al consenso, en permanente conflicto dialéctico con la desconfianza personal, sólo puede ser efectivamente protegida a través de la confianza en el poder coercitivo y vinculante del Derecho, de carácter más intenso que la mera expresión simbólica de la pretensión de respeto del Derecho, ya que de éste no se derivará por sí mismo un motivo suficiente de motivación al respeto de las normas, y poca confianza en la no realización de acciones lesivas por terceros puede generarse si los propios ciudadanos no ven en el Derecho un orden eficazmente vinculante. Como afirma von Gemmingen, «la vigencia social del Derecho se basa en una relación de intercambio entre *poder* y confianza», y sólo «si el Derecho se muestra más poderoso que el delincuente... el lesionado y el entorno se sienten pro-

---

(297) Sobre la evolución de la confianza personal a la confianza institucional como resultado del tránsito de las sociedades arcaicas a las complejas, *vid.* LUHMANN, *Confianza*, pp. 81 y ss. (pp. 92 y ss. respecto de la confianza en el poder político legítimo); OTTO, *ZStW* 87 (1975), p. 554 y ss., resaltando la necesidad de la confianza institucional a partir de la *desconfianza* interpersonal, si bien negándose a asumirla, lo que le hará mantener un presupuesto de confianza en los valores comunes y a una concepción moral de la *comunidad* al modo de las teorías comunitaristas. Ello tendrá consecuencias para la concepción del injusto. *Vid.* Segunda parte, Capítulo tercero, III, 1, en relación a la concepción de Otto.



tegidos» (298). En suma, la mera misión simbólica de reafirmación en la confianza debe venir reforzada por una misión de carácter instrumental basada en la función instrumental coercitiva (299). En páginas posteriores se retomarán estos argumentos para intentar desarrollar un complemento de esta teoría. Puede, por ello, concluirse aquí, respecto de esta primera carencia.

La segunda objeción va dirigida contra el rechazo por parte de estos autores de un fin de protección de bienes jurídicos. A mi juicio –y ello será formulado brevemente, ya que posteriormente se desarrollará (300)–, no existen obstáculos, ni desde una legitimación instrumental ni desde una legitimación valorativa, para ese rechazo. Desde una perspectiva instrumental porque, si, como hemos dicho, el Derecho sólo puede proteger la vigencia de las normas si al mismo tiempo establece medios dirigidos a la disuasión de conductas lesivas, del mismo fin de protección de las expectativas normativas habrá de derivarse un fin protector de los bienes jurídicos. Expresado de otra forma: El Derecho sólo *puede* proteger la seguridad cognitiva en la medida en que proteja la seguridad material: los bienes jurídicos, que son, a la postre, el contenido de las expectativas normativas. En suma, el fin de protección de expectativas y el fin de protección de bienes jurídicos no sólo no son opuestos, sino que son, de hecho, funcionalmente recíprocos: la realización de uno conllevará *per se* la consecución del otro.

Y desde una perspectiva valorativa considero injustificado ese rechazo precisamente por el hecho de que el contenido de las expectativas normativas es la seguridad material de los bienes e intereses personales. La confianza que conlleva el mensaje normativo: «tus bienes (en sentido genérico) no serán atacados por terceras personas», si bien para el ciudadano implica ya en sí mismo un interés personal, en cuanto esa confianza le permitirá desarrollar sus fines individuales sin temor, presupone en todo caso un interés personal de carácter axiológicamente superior: esos mismos bienes del ciudadano. El temor a ver menoscabados sus bienes viene dado por el hecho de que lo realmente esencial para el ciudadano no es, en sí misma, esa seguridad cognitiva, sino la seguridad material de los mismos. De otra forma: lo que permite al ciudadano participar en las relaciones sociales es la efectiva

---

(298) Cfr., von GEMMINGEN, ZStW 52 (1932), p. 164. Cfr., sobre la relación de von Gemmingen con las teorías que parten de la prevención general positiva y del delito como lesión del deber, LESCH, *Das Problem*, p. 148.

(299) En similar sentido, BAURMANN, GA 1994, p. 384.

(300) Cfr. *infra* Capítulo segundo, II, 2, B, e).

existencia de esos bienes, antes que la mera confianza en la continuidad de esa existencia; el hecho de estar vivo, y no la confianza en que seguirá vivo. Por ello, desde los presupuestos de una teoría liberal, desde la que el Estado se concibe como un instrumento al servicio de los intereses esenciales de los ciudadanos, el Derecho penal debe, como fin *inmediato*, proteger los bienes jurídicos, la seguridad material, y sólo como fin *mediato*, proteger la confianza en la incolumidad de esos bienes, la seguridad cognitiva. Ya ha sido dicho que, en todo caso, ambos fines tienden hacia una implicación mutua, por lo que ni funcionalmente, ni tampoco valorativamente, puede ni debe prescindirse de uno de ellos. No obstante, la opción por uno u otro como fin *primordial* del Derecho penal conllevará, como ya fue resaltado en la introducción, consecuencias para la construcción dogmática y, por tanto, para la concepción del hecho punible: lesión de bienes jurídicos o lesión de la vigencia de la norma.

En realidad, es en este último aspecto, el cual no puede ser analizado aquí, donde la oposición entre ambos fines se torna más relevante. En este sentido, debe resaltarse, siquiera brevemente, que la verdadera razón por la que Jakobs prescinde del fin de protección de bienes jurídicos no es ni de carácter funcional ni de carácter valorativo —a diferencia de las concepciones comunitaristas, en las que el rechazo a ese fin del Derecho penal viene dado por las implicaciones liberales que conlleva— sino de carácter metodológico: para este sector doctrinal, desde una concepción sistémica de las relaciones sociales, el concepto de delito como lesión del bien jurídico es rechazable epistemológicamente, porque conlleva, a su juicio, una comprensión naturalista del delito, que contempla sus efectos producidos en el «entorno» del sistema social, y no dentro del mismo, en el cual sus relaciones no se perciben como lesiones materiales y causales de bienes tangibles, sino como procesos de comunicación simbólica (301).

Por último, conviene hacer mención de una tercera limitación, ubicada ésta en los presupuestos en que se sostiene esta teoría. Recordemos que criterio esencial de la misma, y desde el cual se rechaza la necesidad de una función directiva instrumental del Derecho, es la premisa de que los ciudadanos son respetuosos de las normas jurí-

---

(301) *Vid.*, por ejemplo, JAKOBS, AT, p. VII (Prólogo a la primera edición); el mismo, ZStW 107 (1995), p. 844, 861 y *passim*; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 144: «El injusto penal afecta a las condiciones autorreferenciales de constitución de la sociedad como sistema de comunicación»; LESCH, ADPCP 1995, pp. 916 y ss. En sentido similar, criticando la visión naturalista de lo social de la teoría del bien jurídico, KARGL, *Rechtsgüterschutz*, p. 54. Este ámbito de la discusión es demasiado complejo para ser desarrollado aquí.

dico-penales, dado a su vez el presupuesto de que dichas normas son fruto de un consenso intersubjetivo y democrático, es decir, elegidas y, por ello, aceptadas por los ciudadanos. A mi juicio, esta presunción, si bien esencialmente correcta, debe, por un lado, admitirse con ciertas reservas; por otro, debe fundamentarse teóricamente. Debe, en primer lugar, admitirse con reservas porque, además de la realidad ya citada de que también existen potenciales delincuentes, del mero hecho de que el Derecho actual pueda calificarse como democrático, no puede concluirse que los ciudadanos mantengan dicha relación de aceptación valorativa con cada norma establecida en el Código Penal. En este sentido, apenas cabe dudar que, respecto de dicha aceptación, podrá establecerse cierta escala gradual, habiendo normas que, por ir dirigidas a la protección de los intereses más esenciales a la persona —la vida, por ejemplo— obtendrán un mayor consenso que otras que regulen situaciones más difusas o lejanas a la esfera de intereses individuales —bienes jurídicos colectivos—, o que sean objeto de conflictos valorativos en el seno de la sociedad —delitos contra el deber de prestación del Servicio Militar o delitos relativos al tráfico de drogas, por ejemplo—. Y, en segundo lugar, debe fundamentarse teóricamente porque en la base argumental de esta teoría se haya ese consenso, ya que desde el mismo infiere la razón del respeto a las mismas. Expresado en otros términos: ya que el consenso es tanto criterio de legitimación de las normas como, por ello, razón para el respeto de las mismas (302), esta teoría debe entrar en la cuestión de cuáles son los bienes jurídicos que *deberían* ser protegidos por el Derecho penal según el citado consenso, para, con ello, establecer una graduación, siquiera genérica, de la legitimación de las distintas normas, el cual determinará, a su vez, escala gradual respecto del acatamiento de las distintas normas.

No obstante, la respuesta a esta cuestión es, por lo general, deliberadamente desplazada de la discusión de los fines del Derecho penal por los defensores de la prevención general positiva. Ello viene debido a las propias características de la metodología jurídica que esta doctrina adopta, influenciados también en este punto por la perspectiva sociológica del Derecho de Luhmann, desde la cual se renuncia a establecer, como labor propia de la dogmática, criterios de

---

(302) La indudable vinculación entre la legitimidad consensuada de las normas y su vigencia fáctica es resaltada, entre otros, por WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 800. Cfr. asimismo MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 156: «Sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria *convinciente* podrá desplegar una función de prevención general *positiva*» (cursivas parcialmente añadidas).

racionalidad crítica y de legitimidad respecto de la elaboración del Derecho (303). Es decir, en el estudio dogmático del Derecho se parte exclusivamente del Derecho positivo, de lo dado por el Legislador, por lo que no se establecen pautas críticas respecto de cómo debería ser ese Derecho. Ello es expresado con claridad por Müssig, quien pone de manifiesto que «los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos ante la problemática jurídico-penal de la legitimación» (304). Y, dada esta influencia, esta versión de «la teoría de la prevención general positiva... es un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad» (305).

---

(303) Es en este sentido en el que SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 70, califica de «sociológica» la concepción dogmática de Jakobs, «puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, por ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores)...»; si bien este autor se refiere no al ámbito de la criminalización de conductas, sino al de la misión del Derecho penal: «... y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social»; no obstante, la afirmación del autor español puede ir dirigida también a este segundo ámbito, como lo muestra, por ejemplo, la descripción crítica que realiza HABERMAS, *Facticidad*, p. 115, sobre el modelo metodológico de Luhmann: «Al final de un largo proceso de desencantamiento por parte de las ciencias sociales, la teoría de sistemas liquida los restos del normativismo del derecho natural racional. El derecho, que acaba reduciéndose a un sistema autopoyético, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciador y extrañante, de todas sus connotaciones normativas... Su validez, el derecho sólo puede hacerla derivar positivísticamente del derecho vigente; se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor. No hay ni un *output* que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un *input*, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende». En el mismo sentido, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 45. Respecto a la postura de Jakobs, la desvinculación de la protección de expectativas con el contenido de dichas expectativas es resaltado, entre otros, por BARATTA, CPC 984, p. 534; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 257; V. HIRSCH/HÖRNLE, GA 1995, p. 262.

(304) MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 72.

(305) MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 238. Afirmaciones similares en JAKOBS, AT 1/18: el fin del Derecho penal por él mantenido «presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma»; LESCH, *Das Problem*, p. 259, refiriéndose al concepto de hecho punible: «la contrariedad de la norma relevante a los efectos de sanción no se refiere al *contenido* de la norma, sino a la *vigencia* de la norma». Cfr. también PEÑARANDA RAMOS /SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, p. 28, quienes afirman, respecto de la concepción de la dogmática de Jakobs, que para éste «la decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del Derecho penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia con las valoraciones establecidas».

No puede entrarse aquí en un desarrollo crítico de dicha caracterización del papel del intérprete jurídico. En cualquier caso, reiterando afirmaciones anteriores, debe concluirse afirmando lo siguiente. Por un lado, que resulta paradójico partir de la «configuración concreta de la sociedad» y al tiempo presumir un reconocimiento casi absoluto del Derecho por parte de los ciudadanos. Por otro lado, que, dejando aparte el hecho de considerar que la cuestión relativa al contenido de las normas jurídico-penales sí ha de ser objeto de la dogmática, ello es, en todo caso, obligado para los defensores de este fin de la pena, por cuanto el contenido de dichas normas tendrá relevancia directa sobre la corrección de sus premisas teóricas. En primer lugar, si, como el propio Lesch afirma, «la pena sólo se legitima a través de la propia legitimidad del orden para cuyo mantenimiento se pune» (306), o si, como pone de manifiesto Jakobs, la «culpabilidad material presupone normas legítimas» (307), parece indudable que la discusión sobre la legitimidad de ese orden normativo condicionará la discusión sobre la legitimidad de los fines y fundamento de la pena. En segundo lugar, por el hecho de que, según los mismos presupuestos de esta concepción, la legitimación de las normas aportará la razón del respeto a las normas; así, según el grado de legitimación intersubjetiva habrá de establecerse el grado de aceptación de las mismas.

#### 4. La prevención general negativa

Como se afirmó en la introducción a esta segunda parte, en la discusión actual sobre los fines de la pena sólo las concepciones relativas de la misma, dirigidas a la satisfacción de un fin social, son susceptibles de legitimación. Por ello, una vez estudiadas las diferentes versiones de la prevención general positiva, y excluida de antemano como *fundamento* de la pena la teoría de la resocialización, conviene que nos detengamos en la prevención general negativa. Esta teoría, fundada por Feuerbach y que suele caracterizarse como el modelo «clásico» de la prevención general, concibe la pena no como un medio destinado a obtener un efecto psico-social inmediatamente «positivo», sino como un mecanismo meramente disuasor de la realización de conductas, basado en la intimidación bajo la amenaza de pena, en la «coacción psicológica», tal como la denominara su creador. Como suele decirse, mientras que la teoría de la prevención general positiva, al partir de la retribución, «es una teoría de la pena

---

(306) LESCH, JA 1994, p. 599.

(307) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 386.

(impuesta)» (308), la teoría de la intimidación es primariamente una teoría de la conminación penal (309), sirviéndose para la satisfacción de su fin principalmente del momento preventivo de la amenaza penal abstracta, y viniendo la imposición concreta de la pena a servir como refuerzo destinado a confirmar o asegurar la seriedad de la amenaza: a manifestar que las amenazas de cumplen en caso de infracción de las normas (310). Ello establece una primera característica diferenciadora respecto de la prevención general positiva, en el sentido de que la prevención general positiva –como heredera de la retribución– se sirve del momento represivo, reactivo, de la imposición concreta de pena –a partir de la idea directriz del *restablecimiento* de un *statu quo*–, frente a la prevención de intimidación, cuyo fin es exclusivamente la prevención de acciones futuras, por lo que el instrumento principal para llevar a cabo sus fines radica en el momento preventivo de la conminación penal abstracta. Conviene resaltar, además, que la atención que con Feuerbach se pone en el momento conminatorio abstracto viene dada como consecuencia de la concepción ilustrada y liberal del hombre como ser racional y del Estado como instrumento al servicio de los individuos (311), desde la cual se persigue fundamentar bajo criterios racionales e instrumentales el ejercicio del *ius puniendi*, adelantándose el momento preventivo desde la ejemplaridad simbólica del Poder absoluto del Soberano con la ejecución pública y ceremonial del castigo a la pauta general y abstracta de disuasión de acciones basada en la racionalidad de los destinatarios (312).

Por otra parte, el fin de intimidación como factor de motivación es lo que lleva a un sector doctrinal a asumir la amenaza de pena como

---

(308) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 232. En igual sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 271, y RUDOLPHI, *El fin del Derecho penal*, p. 83; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 115.

(309) HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 74; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 35 y 38; JAKOBS, AT, 1/27.

(310) Entre otros muchos, puede verse ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 17; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 77: la amenaza no coaccionará, si la pena nunca es impuesta y ejecutada; HASSEMER, *Einführung*, p. 309.

(311) Así, entre otros muchos, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 35; HASSEMER, *Einführung*, p. 309; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 196, quien resalta que «la atribución de una auténtica relevancia al momento de la conminación penal abstracta debe estimarse íntimamente vinculada al liberalismo»; *vid.* asimismo p. 212, resaltando la concepción del individuo como hombre racional. Sobre ese modelo antropológico propio de la Ilustración, *cfr.* también TORIO LÓPEZ, RFDUC 11 (1983), pp. 671 y s.

(312) *Cfr.* OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 196; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 277 y ss.; MIR PUIG, PG 3/18.

único instrumento directivo de conductas (313), dando así a entender que sólo por vía de amenaza cabe ejercer dicha finalidad motivacional. Pero ello, como ya se sugería con ocasión del fin de la pena en Jakobs y sus discípulos, no tiene necesariamente que ser así: el efecto de motivación para la acción –y como correctamente afirma Silva Sánchez, defensor de la prevención de intimidación (314)– se produce por la norma jurídico-penal en su conjunto, entendida ésta como la unión de la norma de conducta en sí, que declara prohibida una acción (por lo que incluye una pauta valorativa), más la amenaza de pena; por lo que el acatamiento de la norma podrá producirse tanto motivado por el miedo o el saldo negativo de beneficios que supondría la acción delictiva, como por el respeto de la propia norma –y esto, a su vez, por diferentes motivos: consenso, internalización, etc.– (315).

En este sentido, la identificación de efecto directivo de conductas y conminación penal abstracta implícito en esta teoría, si bien resalta un fin necesario para la protección efectiva de bienes jurídicos, el cual, como hemos visto, parece abandonarse, o al menos relativizarse, en las teorías preventivo-generales vistas hasta ahora, debe rechazarse. Y deben calificarse *prima facie* de acertadas las críticas realizadas contra esta teoría relativas a que, al limitar la prevención al efecto disuasorio del miedo ante la amenaza de un mal, definen a la persona únicamente como «un ser que actúa de acuerdo a motivaciones, instintos o fines particulares, pero no de acuerdo a valores» (316).

Por otra parte, es indudable –e independientemente de que, como a continuación se expondrá, existen dos concepciones diferentes de esta teoría, que conllevan, a su vez, dos formas diferentes de comprender a la persona– que la teoría de la intimidación toma al ciudadano exclusivamente como potencial delincuente, partiendo de la presunción del mismo como enemigo del Derecho (317). No obs-

---

(313) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 147; MIR PUIG, *Introducción*, pp. 57, 67 y *passim*; MUÑOZ CONDE, *Control social*, p. 33. Más referencias en FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33, nota 74.

(314) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 355. *Vid.* ya, en similar sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 118, aunque termina por afirmar que para la motivación son necesarios ambos elementos; inversamente: que sin amenaza de pena no cabe motivación.

(315) Cfr. asimismo MAIHOFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 27, quien afirma, en similar sentido, que la motivación psicológica ejercida por la norma puede deberse tanto a consideraciones individuales de racionalidad instrumental o de racionalidad valorativa.

(316) Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33.

(317) En este sentido, JAKOBS, AT 1/33; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33.

tante, la connotación crítica de esta afirmación no debe llevarse al extremo. Como ya fue expresado, en un Derecho penal propio de un Estado democrático debe partirse *hasta cierto punto* de que los ciudadanos, por ser el Derecho expresión de su elección, de su consenso, mantendrán el respeto general hacia las normas, pero el Derecho penal como tal —no en vano un tosco mecanismo de organización social basado en un principio de *ultima ratio*—, como orden directivo de conductas, no puede dejar de considerar *también* a los ciudadanos como potenciales infractores de las normas; si no fuera así no tendría sentido la propia existencia del mismo, o, en todo caso, el empleo de un mecanismo tan contundente como la sanción penal. En efecto —y las siguientes consideraciones pueden servir como ulterior objeción al ya estudiado fin de protección de la vigencia de las normas—, si el Derecho penal sólo fuera dirigido a potenciales víctimas, sus normas no serían más que una instancia informadora de la atención que por el Estado se prestan a sus bienes jurídicos, y no tendría en absoluto sentido el carácter prescriptivo que desde siempre se ha atribuido a las normas jurídico-penales; carácter prescriptivo que sólo adquiere sentido tanto lógico como teleológico si la norma va dirigida a (la evitación de conductas por) hipotéticos infractores de las mismas. Y si la pena sólo fuera dirigida a potenciales víctimas no tendría sentido el carácter aflictivo que la caracteriza, sino que —como de hecho se reprocha a toda concepción meramente «expresiva» y simbólica de la pena, tanto a la de Jakobs como a la de los partidarios del fin de restablecer la «comunidad ética»— bastaría un mero acto simbólico de carácter público, sin el componente coactivo que conlleva la pena (318). Como ya se dijo, incluso un Derecho

---

(318) Frente a la concepción de Jakobs cfr.: MIR PUIG, *Función fundadora*, p. 138: «Si, como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a *poner de manifiesto* que sigue la vigencia de las expectativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?». En el mismo sentido, SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 8; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 257; HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, p. 266; SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 92; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 67, afirmando que por ello la concepción de Jakobs no es capaz por sí misma de legitimar la pena. Respecto de esta crítica, merecen citarse las manifestaciones que el nacionalsocialista DAHM, *Gemeinschaft und Strafrecht*, p. 10, hace respecto de la concepción simbólica de la pena por él defendida, cuyo fin es realzar la fuerza simbólica y la cohesión ética de la comunidad del pueblo, relativas a que «al mismo fin sirve la divulgación de la condena a través de la prensa y la radio, de carteles públicos y emisiones cinemato-



penal que persiga exclusivamente un fin de aseguramiento de expectativas, necesita como medio del mismo un fin directivo de conductas y, si no quiere crear meras ilusiones de seguridad, un fin no meramente simbólico. En otras palabras, debe contemplar a los ciudadanos *también* como potenciales delincuentes. En este sentido, la prevención de intimidación podría erigirse como candidato a tal fin instrumental de apoyo a la finalidad simbólica de protección de expectativas. Ello habrá de considerarse a la hora de establecer una toma de postura. Antes, en cualquier caso, deben plantearse las concepciones que de la prevención general negativa han surgido en la doctrina jurídico-penal, así como las críticas de que han sido objeto.

En lo que viene denominándose prevención general negativa caben dos formas de entender el mecanismo conminatorio de la pena. Una persigue la motivación en contra de la realización de delitos; otra persigue la motivación en contra del delito (319).

La primera concepción responde a la comprensión clásica de su creador. Partiendo del modelo antropológico citado del hombre como un ser racional, capaz de decidir sobre la dirección de su actuación en función del cálculo de los costes y beneficios que la misma reportaría, la amenaza de pena tiene el fin de intimidar por el temor del acaecimiento de un mal que será mayor que la satisfacción que pretende obtenerse del delito. Es, por tanto, una mera coerción externa, que apela a la razón del delincuente, y no a la conformación de su conciencia mediante la articulación de procesos inconscientemente inducidos (320). Es decir, persigue una mera motivación en contra de la realización de acciones delictivas.

Frente a esta concepción, se da también otra que atribuye a la intimidación el fin de mayor calado de motivar en contra del delito en sí, mediante la conformación de las conciencias con arreglo a los valores

---

gráficas y de la información inmediata en pequeñas comunidades». La cuestión es, en suma, que una teoría meramente simbólica de la pena no posee razones para justificar la necesidad de la pena.

Respecto a críticas de idéntico signo frente a posiciones etizantes del ordenamiento jurídico y la comunidad, cfr. HART, *Law, Liberty and Morality*, p. 66; NINO, *Introducción*, p. 426; BETEGÓN, *La justificación del castigo*, pp. 305-306.

(319) Tal es la caracterización que hace OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 274.

(320) En la actualidad es mantenida esta concepción como fin justificador exclusivo de la pena (esto es, sin coordinarla con la prevención general positiva) por un sector doctrinal bastante reducido. Entre otros, HOERSTER, GA 1970, pp. 272 y ss.; VANBERG, *Verbrechen*, pp. 1 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 232 y ss, quien hace especial incidencia en la relación racional y externa entre individuo y norma. Con matices, OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, pp. 274 y ss.

representados en las normas. Pero ello no entendido como ratificación de la aceptación racional y dialogada de las normas a través de un previo pacto intersubjetivo, sino por medio de la internalización de valores a través de efectos irracionales y subconscientes: cercano, por ello, no a la protección de la validez normativa del Derecho sino a la función ético-social welzeliana, si bien derivado de diferentes premisas teórico-políticas. La proximidad funcional de la intimidación con el fin educacional y «configurador de las costumbres» ha sido puesta a menudo de manifiesto (321), si bien su consolidación teórica responde a su fundamentación bajo el instrumental argumentativo de la psicología profunda, llevada a cabo por primera vez por Gimbernat (322), para quien el psicoanálisis no sólo aporta una explicación, sino también una justificación racional del Derecho penal (323), aun al precio de llevarse a cabo por medio de efectos irracionales para sus destinatarios. Como se ha dicho, desde esta perspectiva, la amenaza y la imposición de pena persiguen la evitación de acciones delictivas, pero ello no por la amenaza externa, sino, «de modo menos simple y más diferenciado que lo que afirmaba la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach» (324), a través del reforzamiento de los «mecanismos inhibidores y represivos de las tendencias agresivas y antisociales» (325) y de la conformación de su esquema de valores. Afirma así Gimbernat que «de la misma manera que la conciencia, el Super-Yo del niño se forma reaccionando con la privación del cariño (castigo) ante el comportamiento prohibido... mediante la introyección por el niño de esas exigencias y deseos que se le dirigen, así también la Sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir —creando miedos reales que luego son introyectados de generación en generación

---

(321) Cfr. ANDENAE, *Punishment*, p. 35; HAFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 63 y *passim*; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 207; VANBERG, *Verbrechen*, p. 28.

(322) En *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?* (1970), pp. 140 y ss. (pp. 146 y ss.). Le sigue LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 141. Que Gimbernat haya sido el primero en emplear el psicoanálisis para fundamentar esta tesis es reconocido por HAFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 64, nota 12. Como es sabido, del filón de la psicología profunda no sólo ha surgido esta teoría, sino también la que vimos basada en la satisfacción de los instintos agresivos de venganza a través del castigo al chivo expiatorio y, centrada, por tanto —y en oposición a la primera— en la imposición concreta de la pena; desde la cual, en cualquier caso, se pretendía también, como efecto *ulterior*, la internalización de valores. La diversa aplicación del psicoanálisis es resaltada por LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 150.

(323) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, p. 146; LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, pp. 141.

(324) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, pp. 142-143.

(325) LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 145.

mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de convivencia humana» (326).

La prevención general negativa, especialmente la primera concepción, parece, sobre todo en la doctrina alemana, prácticamente abandonada en la actualidad. Contra la misma han venido realizándose una serie de críticas, las cuales, no obstante, no han dejado de obtener réplica por parte de sus defensores.

No entraremos en la cuestión relativa a la viabilidad empírica de esta teoría. Ya vimos que sobre este punto nos movemos a partir de meros criterios de sentido común, y que, desde los mismos, tanto las teorías de la prevención general positiva como la teoría de la intimidación pueden superar el listón de la legitimación instrumental. Por el contrario, nos limitaremos a las objeciones de carácter normativo. La crítica más sólida desde un punto de vista ético es la derivada del primer imperativo categórico kantiano: la prevención de intimidación conlleva la utilización del individuo sobre quien se impone la pena como un medio para el fin de intimidar a la colectividad (327). Ciertamente, si esta crítica se asumiera en todas sus consecuencias llevaría a considerar inmoral la misma institución de la sanción pública (328), pero no sólo en relación al fin de intimidación, sino respecto de toda justificación relativa de la pena, es decir, basada en una justificación utilitarista (329). De hecho, el

(326) GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, pp. 146-147. Cfr. también, en el mismo sentido, LUZÓN PEÑA, *Derecho penal y psicoanálisis*, p. 143.

(327) Así, respecto de la prevención de intimidación, ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 18; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, p. 54; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 38; HASSEMER, *Einführung*, p. 316; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 87; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

(328) Quizá por ello, algunos autores parecen mostrar cierta resignación frente a dicha crítica, afirmando que la misma debe ser relativizada, porque de lo contrario, una aplicación estricta de dicho imperativo categórico conllevaría la imposibilidad de exigir cualquier tipo de deber individual para con la sociedad. Así, ANDENAES, *Punishment*, p. 130; ROXIN, *Sinn und Grenzen*, pp. 10 y 19, quien además resalta el hecho de que las sanciones, en su justificación abstracta, están también para proteger a quien quebranta las normas, por lo que de ello se genera una obligación de contribuir al mantenimiento general de esa protección. También tiende a esa relativización SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, pp. 80, quien termina por rechazar la pretensión kantiana *strictu sensu*, por considerarla frontalmente opuesta con la única posibilidad de dar a la pena el sentido de necesidad para la protección de la colectividad.

(329) En este sentido, HOERSTER, GA 1970, p. 279; el mismo, Weinberger-FS, p. 231; WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 803; FLETCHER, ZStW 101 (1989), pp. 808-809; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 255: «Si la prevención de intimidación es criticada porque supone una instrumentación del individuo, la prevención general positiva de Jakobs no hace sino empeorar las cosas»; OTTO, H.-J., *Generalprävention*, pp. 256 y ss.; ROXIN, AT 19/33, también respecto de la concepción de la culpabilidad en Jakobs; HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, p. 263.

primer imperativo kantiano es opuesto normalmente contra la propia doctrina ética utilitarista (330), cuyo carácter *consecuencialista* preside la lógica preventiva de toda teoría de la pena que pretende la satisfacción de fines sociales. Así, también la prevención general positiva, en cualquiera de sus versiones, se sirve del individuo al que se impone la pena ya para estabilizar la conciencia ético-jurídica, ya para satisfacer instintos de venganza, ya para reafirmar la vigencia de la norma. A mi modo de ver, la objeción kantiana pesa como una losa sobre toda concepción consecuencialista de la pena, por lo que debe intentar establecerse medios para reducir en lo posible tal peso. Y ello sólo puede llevarse a cabo atendiendo a las garantías para el delincuente a quien la pena se impone, cuya ausencia en el caso de la prevención de intimidación es, en cualquier caso, también resaltada por sus detractores. Se afirma, así, que la prevención de intimidación aboca a una escalada punitiva inevitable, ya que la efectividad de la prevención exigirá penas más elevadas, tanto en la conminación abstracta, como en la imposición concreta (331). En el mismo sentido, se objeta que la prevención general de intimidación carece de límites en lo tocante al aspecto *distributivo* de la punición, ya que según su propia lógica nada obstaría a punir a inocentes o inimputables si ello eleva el efecto intimidatorio (332). Se concluye, en suma, afirmando que «la prevención negativa no es respetuosa con el principio de culpabilidad» (333); por ello esta teoría, «si no se vincula al principio de proporcionalidad resulta insoportable» (334).

A mi modo de ver, estas críticas pueden resultar acertadas respecto de las concepciones que pretenden prescindir de toda referencia a la culpabilidad como criterio limitador del *ius puniendi*, y obtener

---

(330) Cfr., por ejemplo, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 40 a 46; FRANKENA, *Analytische Ethik*, p. 61; NINO, *Introducción*, p. 400: «El utilitarismo, al no tener en cuenta ciertos derechos individuales que funcionan como restricciones laterales a la maximización del bienestar general, admite el sacrificio de ciertas personas en aras del mayor bienestar de otras.»

(331) Críticas respecto del «terror penal» inherente a la prevención de intimidación pueden verse, entre otros, en ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 9; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 208; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 36; HASSEMER, *Einführung*, p. 309; GARCÍA-PABLOS, *Introducción*, p. 85; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 276, 279; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

(332) La ausencia de límites es puesta de relevancia, entre otros, por HART, *Prolegomenon*, p. 19; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 209; FLETCHER, *ZStW* 101 (1989), p. 808; HASSEMER, *Einführung*, p. 310; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 148 y ss.

(333) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 34.

(334) HASSEMER, *Einführung*, p. 310.

criterios correctores dentro de la propia lógica utilitarista (335), pero no respecto de la prevención de intimidación en sí como mero fin de la pena, el cual puede ser compatible con la atención a criterios garantísticos de proporcionalidad. A este respecto, me parece acertada la opinión de Silva Sánchez, cuando afirma que «el problema de la legitimación axiológica de la prevención general (negativa) como teoría del Derecho penal sólo puede resolverse si se tiene presente que la legitimación no la posee en sí misma, sino en su relación dialéctica con los demás fines del Derecho penal» (336). Esta tendencia resulta, no obstante, contraria a la dirección tomada por la actual prevención general positiva. Característico de la misma, desarrollada al amparo de la teoría de la retribución, es el haber nacido orientada hacia la pretensión de erigirse en una superación de las clásicas antinomias de la pena (337), en tanto en cuanto operan como una teoría unitaria no sólo de la pena, sino del Derecho penal, incluyéndose además los presupuestos de la culpabilidad como necesidades derivadas de su propia lógica argumental, afirmando, como vimos, que la pena adecuada a la culpabilidad (y sólo ésta) produce efectos preventivos.

El análisis del binomio culpabilidad-prevención no será planteado en este momento; baste afirmar que considero que esa pretensión carece de plausibilidad, por el hecho de que la prevención general positiva no deja de ser una teoría basada en criterios consecuencialistas: orientada a fines, por lo que los principios garantistas, de naturaleza deontológica, si se interpretan a la luz teleológica de las necesidades preventivas, perderán su carácter de límite y se verán funcionalizados en aras de la satisfacción de las mismas. En resumen, también la prevención general positiva resultará insoportable sin una vinculación con el principio de proporcionalidad, el cual, como los demás límites al *ius puniendi*, deberá ser externo a la lógica preventiva.

Y respecto a la crítica relativa al «terror penal» a que puede abocar la prevención de intimidación, sus defensores suelen replicar, por una parte, que, como parece haberse demostrado, no es tanto la severidad de la pena como la certeza de ser descubierto lo que producirá dicha intimidación, por lo que no será preciso para ello el establecimiento de penas draconianas (338). Por otra parte, se afirma también

---

(335) Tal es la concepción de Gimbernat y Luzón Peña. Cfr., especialmente, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, pp. 26 y *passim*.

(336) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 216.

(337) Así, CALLIES, NJW 1989, p. 1339; PÉREZ MANZANO, *Aportaciones de la prevención general positiva*, pp. 73 a 75; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 38. Sobre antecedentes a la relación entre culpabilidad y prevención, *vid.* PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 30 y ss.

(338) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 219.

que, de hecho, la prevención de intimidación precisará de menor cantidad de pena para satisfacer sus fines de lo que precisaría la prevención general positiva (339). Por ejemplo, apenas puede dudarse que la satisfacción de las exigencias de venganza por parte de la opinión pública en algunos casos implicará una mayor necesidad de pena que para el fin de confirmación de la seriedad de la amenaza.

Antes de concluir con las consideraciones dirigidas a la prevención de intimidación, conviene retomar una perspectiva crítica que sólo quedó mencionada. Como hemos visto, numerosos autores han manifestado sus reservas respecto del modelo antropológico en que se sostiene la prevención de intimidación «racionalista»; críticas dirigidas en su mayoría en relación a su corrección psicológica, empírica. No obstante, algunas de esas críticas conllevan asimismo cierto componente normativo, desde el cual se objeta el hecho de que este fin de la pena tome a los hombres como meros egoístas racionales, capaces de actuar sólo motivados en función de su propio beneficio o daño, y no —como vimos que algún autor afirmaba— de acuerdo a valores o compromisos de más largo alcance (340). Así podría interpretarse, por ejemplo, la clásica objeción hegeliana del perro y el palo; objeción que hoy, más prosaicamente, es reiterada afirmando que ese modelo de persona no puede ser admitido en un Estado democrático que respete la dignidad de los ciudadanos (341).

Como ya adelanté, comparto la idea de que el Estado —y el Derecho penal, entonces— no puede tratar a las personas sólo como meros enemigos del Derecho; es decir, partiendo de la presunción contra ciudadano de que, a menos que contra ellos se establezcan intensas barreras coercitivas, su inclinación natural será la de atentar contra los intereses de los demás; por el contrario, en un Estado democrático ha de elaborarse sobre la premisa de que existirá un cierto margen de respeto a las normas, dada su génesis consensual. Ello implica que el ciudadano sí ha de ser también tratado como un ser capaz de orientarse en torno a valores. Y ello porque dentro de la propia noción de democracia late no sólo ese pacto intersubjetivo, sino también cierto grado de compromiso respecto al mismo; presupuesto que es desaten-

---

(339) Así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 149; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 78. Si bien el primer autor, en su trabajo, *Medición de la pena*, p. 35, afirma que entre ambas teorías se dará una equivalencia en relación al límite máximo de pena: lo necesario para la intimidación será lo necesario para el «prevalcimiento del Derecho», en referencia a la concepción de Roxin.

(340) Críticas valorativas a dicha concepción del hombre, por ejemplo, en WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 792; HERZOG, *Prävention des Unrechts*, pp. 42 y ss.

(341) FEUÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 33; similar LESCH, JA 1994, p. 517.

dido desde la prevención de intimidación. En este sentido, puede establecerse un paralelismo teórico entre la prevención negativa y la concepción hobbesiana del Estado. Así, también para el liberal pero no demócrata Hobbes el modelo de persona que participa en el contrato social es un ser individualista y autointeresado (342), movido exclusivamente por una razón *estratégica* dirigida a incrementar su beneficio *inmediato* aun frente a los intereses de los demás. Por ello, el único modo de establecer un orden de paz y seguridad, motivo para el que el Estado se crea, es otorgar al Leviatán un poder absoluto e ilimitado, legitimándose su actuación posterior únicamente en función de ese poder constituyente que sanciona el contrato social. En palabras de Vallespín, la finalidad básica del Poder estatal en Hobbes es «obligar “por el terror que ese poder y esa fuerza producen” a que se mantenga la paz interna». Y para obtener eficazmente ese fin, «una vez “autorizado”, el Estado dispone ya de un poder irrevocable capaz de protegerse automáticamente frente a posibles intentos por parte de los contratantes para recuperar los derechos a él enajenados. Lo que importa es que los súbditos se sometan a la discrecionalidad del Estado» (343). Pues bien, ese modelo hobbesiano no puede ser, a mi juicio, el que ha de imperar en la actual comprensión del Estado. Con razón se ha puesto de manifiesto, precisamente respecto de la prevención de intimidación, que «únicamente con egoístas racionales, que en cada situación calculan sus posibles beneficios y actúan en consecuencia, no puede formarse un Estado de Derecho y, por ello, tampoco un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» (344). Y si no ha de ser esa la comprensión del Estado actual, tampoco puede ser ese exclusivamente el modelo de persona al que el Estado se ciña para orientar su actividad, lo que, en lo tocante a los fines de la pena, significa que no puede ser la prevención de intimidación el único *telos* que

---

(342) Cfr., por ejemplo, KOLLER, Weinberegger-FS, p. 251, quien caracteriza al modelo de persona precisamente como un *homo oeconomicus*. Vid. también VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, p. 298, quien resalta que el liberalismo de Hobbes ha de entenderse en el «sentido del liberalismo —o mejor, individualismo— económico»; CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 279-280; HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero», p. 153: «Hobbes quiso reducir la razón práctica a razón instrumental... El contrato social se propone como un procedimiento para el que basta el autointerés ilustrado de los participantes.»

(343) VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, pp. 290-291. (Entrecomillados en el original.) Si bien este autor resalta que en la comprensión de Hobbes «la obligación de obediencia de los súbditos cesa desde el momento en que éste es incapaz de protegerlos» (p. 297).

(344) KUHLEN, GA 1994, p. 364. En un sentido similar, BAURMANN, *Der Markt der Tugend*, p. 273 y 274; el mismo, *El mercado de la virtud*, pp. 45-46, y pp. 100 y ss.

legítima al Derecho penal, ni tampoco a la pena. Como acabamos de decir, esta teoría desatiende el componente de cooperación que subyace al Estado democrático. Ello queda patente en el hecho de que las razones para la acción, la motivación, a que esta teoría se dirige, son independientes del contenido de las normas y de la legitimidad procedimental de su emanación, ya que es sólo la amenaza de pena la que realiza dicho efecto motivatorio (345), sin que en ello intervenga la validez del propio contenido de la norma. Pero, si como habíamos dicho, característico del mismo es el reconocimiento consensuado de las normas por los ciudadanos; y ese criterio de legitimación es, a su vez, y por estar basado en la *autolegislación* de los individuos, un factor de motivación de las normas; entonces el propio contenido de las disposiciones normativas, o el grado de legitimación consensual, operará como razón del acatamiento. Por ello, al no incluir este aspecto, la teoría de la prevención de intimidación no abarca la especificidad propia de un Derecho democrático, por lo que no puede, *por sí sola*, erigirse en fin legitimador de la pena.

No obstante la refutación de ese hombre racional autointeresado, hay razones también para el elogio. Como hemos dicho, el Estado no puede concebir al ciudadano *sólo* como hombre racional autointeresado; pero ello no quiere decir que no deba concebirlo *también* así. A mi modo de ver, tal comprensión del ciudadano no es sólo fruto de una visión superada de la psicología humana, como afirman sus detractores, sino que la atención a esos requisitos: racional y autointeresado, tiene asimismo su razón de ser en una exigencia ético-política de respeto a la persona. Posteriormente incidiremos en esta cuestión. Por el momento, basta con anotar los motivos que justifican dicha afirmación. Primero, el Estado *debe* tratar al ciudadano como ser *racional* porque la relación entre el Poder y sus representantes debe estar basada en criterios racionalizables, comprensibles y, por ello, susceptibles de ser sometidos a discusión y crítica. Así, frente a concepciones basadas en la creación de procesos inconscientes e irracionales de conformación de las actitudes y emociones, como lo es la ya criticada prevención de integración, y como lo es también la prevención de intimidación psicoanalítica –la cual, por tanto, se hace merecedora de idénticas críticas–, el tratamiento de la persona como un ser racional, propia del liberalismo ilustrado, al establecer las relaciones

---

(345) HAFFKE, *Tiefenpsychologie*, p. 82: «La prevención de intimidación ni describe ni legitima el orden valorativo social, sino que lo presupone... es, en este sentido, una concepción *formal*, ya que excluye la cuestión de respecto a qué se intimida»; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 277.



de autoridad y obediencia bajo criterios manifiestos –frente a los latentes–, comprensibles y externos, es condición, de hecho, del respeto a la dignidad del individuo. Y, segundo, el Estado *debe* tratar al ciudadano como ser *autointeresado* porque en la propia concepción del Estado liberal y democrático se halla dicha comprensión del hombre, ya que aquél, a diferencia de las concepciones sustancialistas y etizantes del mismo, no es otra cosa que un instrumento, un artificio creado por y para satisfacer y proteger los intereses individuales (346). Como algún autor ha afirmado, sólo la predominancia del individualismo –frente al organicismo– permite la justificación del principialismo, es decir, una fundamentación deontológica de las garantías individuales opuestas a la inercia de satisfacción de los intereses de la colectividad, propia del ejercicio del *ius puniendi* (347). Falta por mencionar, en cualquier caso, un tercer atributo propio de la noción de persona que estamos tratando, el cual se deriva asimismo de otra connotación de dicho autointerés: *egoísmo* (348). Dicho atributo puede no concebirse como una categoría normativa, es decir, como algo positivamente valorado. Por el contrario, la atención al mismo pertenece a la argumentación de lo fáctico (349): el Derecho penal

---

(346) Cfr., por todos, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 881 y ss.; RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 40 y ss., sobre las diversas formas de legitimación del Estado. Vid. también CORTINA, *Ética sin moral*, p. 267: «La democracia es una forma de organización social superior a otras, porque tiene en su base, no exclusivamente la concepción de un *homo oeconomicus*, sino la de un hombre, que *es también económico*, pero fundamentalmente autolegisador.» (Cursivas en el original.)

(347) SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, p. 20.

(348) El egoísmo puede definirse, siguiendo a G. E. Moore, como «la doctrina que sostiene que cada uno de nosotros debe perseguir como fin último la mayor felicidad posible para sí mismo» (citado por GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 67).

(349) En todo caso, la noción del egoísmo como algo no valorado positivamente viene dada sólo en tanto en cuanto el egoísta, para satisfacer sus intereses, se sirva del ámbito de intereses de los demás; es decir, la noción de egoísta en Derecho penal, como quien vulnera las normas con el fin de obtener un beneficio del ámbito de libertad sustraído a un tercero; no necesariamente, en cambio, tomado en sí como atributo inherente a la persona. Como afirma GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 68, sólo «cuando se coloca al egoísta –que en solitario supera la prueba de la racionalidad– junto a otros egoístas, en una interacción en la que cada cual trata de maximizar su propia felicidad, entonces se presentan fundadas razones para cuestionar la racionalidad del egoísmo». Sobre la noción de «hombre económico» como modelo de actuación en el ámbito de la sociología jurídica, cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 46 y ss.; sobre ese modelo de decisión racional en el ámbito de la economía, del que proviene, puede verse, SEN, *Sobre ética y economía*, pp. 34 y ss.; y en general, sobre las distintas acepciones del egoísmo, vid. BAIER, *El egoísmo*, pp. 281 y ss.

debe contar con el hecho de que los ciudadanos (o algunos de ellos) actúan según pautas egoístas. Y hemos afirmado que el Derecho penal está abocado a hallar un equilibrio entre la normatividad y la facticidad (350). Si bien es cierto que, parafraseando a Kant, el orden social no podría existir en una sociedad de demonios (351), tampoco en una sociedad de ángeles tendría razón de ser el Derecho penal para mantener ese orden social. Por ello, dada la innegable realidad de que los hombres no siempre actúan desinteresadamente, de que movidos por su egoísmo tenderán a lesionar los intereses de los demás, que es lo que justifica la necesidad del Derecho penal, éste *debe* (esta vez en el sentido de: no tiene más remedio que) tratar a los individuos, *hasta cierto punto*, como egoístas: como potenciales delinquentes, y como egoístas racionales, que organizan su conducta de acuerdo a pautas de perjuicios y satisfacciones –y ello porque, siendo preciso entonces un fin disuasorio de conductas, es este tratamiento más respetuoso de la dignidad personal que la concepción del hombre como «ser pulsional»–, por lo que habrán de oponerse contramotivaciones externas frente a ese tipo de personas. En este sentido, el Derecho penal *debe* (comprendido, esta vez, como imposición normativa) oponer ciertas barreras contramotivatorias a dicha clase de individuos, para proteger a los propios individuos de lesiones a sus intereses. Además, para los mismos ciudadanos respetuosos del Derecho, condición de dicho respeto será que los demás acaten, a su vez, las normas. Respecto a los fines de la pena ello significa que la prevención de intimidación, en su versión racionalista, única legítima, si bien no puede ser el único fin legítimo de la sanción penal, no puede tampoco desaparecer del todo del *telos* que justifica la misma.

---

(350) En un sentido similar, y referido también a la imagen del hombre en el Derecho penal, afirma TORÍO, RFDUC 11 (1983), p. 669, que para el Derecho penal «la imagen del hombre ha de nutrirse de las ciencias empíricas y los presupuestos del Estado social de Derecho».

(351) Sobre ello, cfr. GÜNTHER, «Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimiert sein?», en *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 233 y ss. (Citado por HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 157-158, nota 20.)

## II. BASES DE UNA TEORÍA LIBERAL DEL DERECHO PENAL

### 1. Liberalismo vs. Comunitarismo

#### A. INTRODUCCIÓN

La dirección tomada al inicio de «estas páginas» se orientó en torno al planteamiento de dos modelos de Derecho penal: *protección de bienes jurídicos* frente a *protección del ordenamiento*. Sin embargo, una vez introducidos en las diversas teorías de la pena, la discusión parece haber tomado una nueva dirección, centrada en la discusión entre dos concepciones políticas opuestas, que hemos denominado con los términos de *comunitarismo* y *liberalismo*. Los motivos de tal cambio de perspectiva fueron mencionados en la introducción, no obstante lo cual conviene incidir en los mismos, por cuanto la diferencia puede aparecer ahora más clara. Como se dijo, mientras el primer par de conceptos, si bien sostenidos en dos comprensiones diversas de la labor material del Derecho penal, pretenden remitir a una opción esencialmente *estructural* e interna a consideraciones dogmáticas propias de la teoría jurídica del delito, relativa a la cuestión de cómo son organizados los medios de que el Derecho penal se sirve para realizar su labor y las consecuencias sistemáticas de esa opción, la discusión en torno a los factores del segundo binomio refleja una opción teórico-política atinente a la *fundamentación* del Derecho penal y de esos medios empleados y, por tanto, externa o previa al ámbito de la estructuración del sistema del delito. En todo caso, es indudable que, en una metodología teleológica, las decisiones sobre la fundamentación repercutirán en las decisiones sistemáticas y, sobre todo, materiales, pero ello, si bien ambos binomios guardan cierta relación, como luego veremos, no implica que tenga que darse una correspondencia estricta entre el comunitarismo y el modelo de la protección del ordenamiento, por un lado, y el liberalismo y la protección de bienes jurídicos, por otro. Por poner un solo ejemplo, la concepción de Jakobs parte, al menos como aquí se entiende, de presupuestos liberales, y es, sin embargo, el mayor representante actual del modelo de la protección del ordenamiento.

Consecuentemente, para tomar una postura personal respecto a la fundamentación y el fin del Derecho penal parece preciso optar, ya que ese ha sido el hilo conductor de la anterior exposición, por una de las alternativas: liberalismo o comunitarismo. Dicho debate,

si bien, como hemos visto, tiene su origen en ilustres y lejanos antecedentes, los cuales han marcado dos líneas de pensamiento político y moral que han concurrido constantes y paralelas a lo largo de la evolución teórica de dichos ámbitos, ha resurgido con nuevos bríos en el actual foro de discusión, adquiriendo notable profundización y complejidad (352). Dado este hecho, un tratamiento en profundidad de los diferentes puntos de la discusión excedería el marco de este trabajo. En cualquier caso, sus líneas esenciales son las que han sido ya expuestas con ocasión de la exposición de los fines de la pena (353); por ello, a continuación daré prioridad expositiva a los aspectos esenciales de la alternativa liberal, opción, como el propio título del epígrafe sugiere, elegida aquí para fundar la legitimidad del Derecho penal, y sólo al hilo de la misma serán resaltadas algunas *reacciones* comunitaristas a la misma. A la luz de los presupuestos políticos del liberalismo se establecerá, a continuación, la crítica a las teorías de la pena antes expuestas, y desde los mismos se intentará dar una visión de conjunto de los fines que debe perseguir el Derecho penal actual.

---

(352) El inicio del actual «debate entre comunitaristas y liberales» tiene su origen en la reacción de un buen número de pensadores (Sandel, Taylor, MacIntyre, Walzer, Unger, o Etzioni, entre otros) ante la publicación, en 1971, de la obra de John Rawls *Teoría de la justicia*, crítica que retoma en sus casi exactos términos la reacción hegeliana, de cuyos presupuestos se sirven los comunitaristas, al sistema de razón práctica procedimental y universalista kantiano, en el que se apoya la construcción de Rawls del contrato social. Sobre el origen de gran parte del actual debate entre comunitarismo y liberalismo, tanto en su vertiente epistémica como política, *vid.*, por ejemplo, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 19 y ss., 36 y ss, 177 y ss. y *passim*; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 119. Sobre este debate, en su vertiente actual, puede cfr., entre otros muchos y citando sólo libros monográficos, además de las obras acabadas de citar, THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*; la obra colectiva *Komunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen modernen Gesellschaften*, editada por Honneth; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*. Otras obras relacionadas serán citadas en las notas inmediatamente posteriores.

(353) Conviene resaltar que dicho debate no ha sido objeto de demasiada atención dentro de la literatura jurídico-penal actual. Por lo que acierto a ver, tan sólo JAKOBS, ZStW 107 (1995), p. 850; KINDHÄUSER, ZStW 107 (1995), p. 709; WITTIG, ZStW 107 (1995), pp. 251 y ss. (uno de los escasos intentos de aproximación a la teoría de Rawls desde la óptica del Derecho penal) y, más recientemente, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 229 y ss. han hecho mención tangencial de él. Respecto a la relación entre el Derecho penal y dicho debate, merece citarse la premonición de Kindhäuser de que «será sólo cuestión de tiempo el que una aplicación de sus formulaciones entre en el Derecho penal». (Ibid).

## B. LIBERALISMO POLÍTICO FRENTE A COMUNITARISMO

a) *La concepción liberal. Autonomía privada y autonomía pública. El contrato social*

Puede afirmarse, de modo general, que el *liberalismo político* se conforma, como su propio nombre viene a indicar, en torno a una premisa esencial: la libertad individual. Libertad que ha de ser entendida en dos sentidos: por un lado, como «libertad negativa»; por otro, como «libertad positiva» (354).

La libertad *negativa*, según la noción acuñada por Berlin, responde a la cuestión de «cuál es el ámbito en que al sujeto se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas» (355). Según el liberalismo, todo individuo, en cuanto persona, posee un marco propio de libertad sobre el cual ni terceras personas ni el Estado pueden interferir, marco que termina donde comienza el marco de libertad de terceras personas. En consecuencia, el único motivo justificado por el que el Estado puede restringir la libertad es para proteger la libertad de los demás. El criterio rector para la criminalización de conductas responde, entonces, al clásico principio del daño a los intereses de los demás (*harm to others*) (356). De esa libertad negativa surge la *prioridad de los derechos individuales* sobre cualquier pretensión colectiva de bien común y sobre cualquier decisión por mayoría (357); así como el principio de respeto a la *autonomía privada* del individuo. En este sentido, el conjunto de derechos individuales mutuamente

---

(354) Cfr., sobre estos dos términos, BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, pp. 187 y ss. Nociones similares son las de autonomía privada y autonomía pública, empleadas, entre otros, por RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, pp. 55 y ss.; HABERMAS, *Reconciliación*, pp. 64 y 65.

(355) BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 191.

(356) Cfr. MILL, *Sobre la libertad*, p. 68: «Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente»; VON HUMBOLDT, *Los límites*, p. 21: «Es reprochable todo intento del Estado para inmiscuirse en los asuntos privados de los ciudadanos, siempre que éstos no se reflejan directamente a la lesión de los derechos de uno por el otro». Cfr. asimismo, NINO, *Introducción*, p. 420, vinculando ese principio a la idea de neutralidad estatal, que veremos más adelante.

(357) Por ejemplo, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 19-20; el mismo, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 65; el mismo, *Consenso por superposición*, p. 78; LARMORE, *Politischer Liberalismus*, pp. 131-132; NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 35 y 261; TAYLOR, *Atomismo*, p. 107; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 39-40.

reconocidos opera como un límite irrebalsable a la actuación de los demás y del Estado y, a su vez, establece los márgenes a que la actuación de cada uno debe orientarse (358). Y el principio de autonomía privada o moral garantiza al individuo la libertad necesaria para perseguir sus propios fines y para desarrollar sus proyectos de vida moral sin intromisión ni imposición exterior, así como para disentir libremente de la moral dominante (359). Así, el liberalismo político asume el respeto a la orientación moral y a los planes de vida de cada individuo, e impone, por ello, a los poderes públicos una exigencia de *neutralidad* respecto de las convicciones morales y religiosas de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Estado no está legitimado para intervenir en la conformación de las convicciones morales de sus súbditos, fomentando una moral o una religión determinada, o imponiendo a todos los individuos las valoraciones morales de una mayoría (360).

Con la preeminencia valorativa absoluta de la libertad negativa, de los intereses del individuo frente a los de la colectividad, el liberalismo político plasma las dos aspiraciones esenciales que originaron su existencia y desarrollo en la época de la Ilustración (361). Por un lado, las guerras religiosas que arrasaron Europa tras la Reforma llevaron al convencimiento de que los individuos poseen convicciones morales y religiosas diferentes e irreconciliables, y que, por tanto, la convivencia pacífica sólo podría darse a partir de un principio de *tolerancia* que posibilitara y compatibilizara el establecimiento de un marco *mínimo* de entendimiento (362) basado en ciertas normas esenciales dirigidas a la exclusiva protección de los intereses indivi-

---

(358) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 147: «Fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad»; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 261.

(359) En palabras de S. MILL, *Sobre la libertad*, pp. 71-72, es la «libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada».

(360) Sobre la idea de la neutralidad en el liberalismo político, puede cfr., entre otros, NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 204-205; LARMORE, *Politischer Liberalismus*, p. 133; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 56 y ss.; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 57, 61-62, 262 y *passim*.

(361) Sobre lo siguiente, cfr. LARMORE, *Politischer Liberalismus*, pp. 131 y ss. También HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 535 y ss.

(362) El carácter de regulación mínima del liberalismo político es resaltada por LARMORE, *Politischer Liberalismus*, p. 133; WOLF, *Verhütung oder Vegeltung?*, p. 36; HINSCH, *Einleitung*, p. 29.

duales –que serían, por ello, susceptibles de ser acordadas voluntariamente por todos–, junto con el respeto al *pluralismo* de opiniones y convicciones sobre creencias particulares sobre lo bueno y la virtud moral. Ello, en el ámbito de lo jurídico, llevaría a una estricta separación entre el Derecho y la moral, desvinculando, de una parte, de la agenda de trabajo del Legislador lo que son las posiciones particulares respecto de la moral y exigiendo, de otra, una protección de la libertad de conciencia por parte de los poderes públicos. Por otro lado, como segunda aspiración fundamental del primer liberalismo, los desmanes del poder absoluto y la ilimitada coacción estatal fueron elevando al primer rango de prioridades políticas la exigencia de someter a ciertos márgenes de actuación a la potestad del soberano, imponiéndole el respeto de una serie de *garantías* individuales que el Leviatán no podía vulnerar sin infringir las condiciones del pacto y, por ello, sin deslegitimarse a sí mismo (363). En este sentido, los derechos individuales han de entenderse no sólo como restricciones frente a otros individuos, sino que su carácter inalienable configura también un *derecho de defensa* frente a las intervenciones ilegítimas del Estado (364). Como afirma Habermas, «el liberalismo político o de Estado de Derecho parte de la intuición de que el individuo y su forma de vida individual tienen que ser protegidos frente a las intrusiones del poder del Estado» (365).

El segundo pilar del liberalismo político es la otra vertiente citada de la libertad individual: la libertad positiva. Si la libertad negativa viene referida a lo que es el ámbito que ha de tener el control externo sobre la libertad del individuo, la libertad positiva se entiende dirigida hacia el origen de ese control, hacia la pregunta de «por quién estoy gobernado» o «quién tiene que decir lo que yo tengo y lo que no tengo que ser o hacer» (366). Respecto de dicha cuestión, en el

---

(363) Cfr. BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 45.

(364) Así, HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 142 y 323, citando a Böckenförde: «En esos derechos fundamentales interpretados como derechos de defensa, no es la libertad del uno la que es tenida por compatible con la del otro en general conforme a una ley general de la libertad, sino la libertad del ciudadano individual con la del Estado». En idéntico sentido, ya Bentham estimaba que «la libertad personal es la seguridad contra cierto tipo de injerencias contra la persona. Y la llamada libertad política es otra rama de la seguridad, la seguridad contra la injusticia de los detentadores del poder público» (citado por MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, p. 327). Vid. también ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 21, quien habla de un derecho de defensa frente al poder estatal exigido desde el principio de culpabilidad e inferido desde el principio de la dignidad humana.

(365) HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero», p. 179.

(366) Cfr. BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, p. 200.

liberalismo político la libertad positiva encarna la idea de que en una sociedad liberal el individuo es *políticamente autónomo*, es decir, que es el propio individuo quien ha de establecer las leyes a que va a someterse. Dicho *principio democrático* forma parte sustancial, por tanto, del acervo del liberalismo. Ello ha de tener notables consecuencias respecto de la legitimación del Derecho en un Estado democrático, el cual no puede sino partir de «un legislador político por el que la legitimidad de la legislación se explique mediante un procedimiento democrático que asegure la autonomía política de los ciudadanos. Los ciudadanos son políticamente autónomos, así, sólo cuando pueden entenderse a sí mismos conjuntamente como autores de aquellas leyes a las que se someten como destinatarios» (367).

Ambas libertades están intrínsecamente relacionadas. Así, la exigencia de neutralidad estatal, motivada por el respeto a la autonomía privada, implica que, dada la renuncia expresa a la fundamentación y legitimación apriorística del Estado y sus normas y principios basada en instancias supraindividuales, religiosas o metafísicas, ha de establecerse un criterio de legitimación basado en la razón individual y que, por ello, responda a los intereses de los individuos, únicos sujetos del Derecho en una sociedad laica y liberal (368). Los principios de justicia se establecerán, así, *intersubjetivamente*, bajo un criterio *procedimental*, el cual, en aras de satisfacer los intereses de todos los afectados, habrá de responder a las exigencias de *imparcialidad*, *reciprocidad* y *generalidad* (369). Y, por otra parte, es precisamente la autonomía política, la exigencia de un procedimiento imparcial de consenso basado en la razón práctica, lo que permite fundamentar deontológicamente el principio de respeto a la autonomía privada y los derechos individuales. En cualquier caso, si es la autonomía pública lo que sanciona el respeto a esos principios, convirtiéndolos en derechos (370), la autonomía moral viene implícita, a su vez, como condición para dicho procedimiento imparcial. Así, las exigencias de reciprocidad e imparcialidad sólo podrán darse bajo el substrato del previo *reconocimiento* entre los sujetos intervinientes en el

---

(367) HABERMAS, *Reconciliación*, p. 69.

(368) Cfr. SUÁREZ VILLEGAS, *¿Hay obligación moral...?*, p. 20: «Con ello, el peso de la autoridad se va a desplazar de lo “objetivo” a lo “intersubjetivo”».

(369) En este sentido, por todos, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 57 y ss., pp. 69 y 78 y ss., quien extrae esa exigencia de un procedimiento justo del principio de neutralidad.

(370) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 159: «Los derechos del hombre fundados en la autonomía moral del individuo sólo cobran forma positiva mediante la autonomía política de los ciudadanos.»



pacto de igual capacidad de razón práctica y del mutuo respeto a su autonomía moral, así como al compromiso de orientar la decisión en el diálogo y no en la imposición por la fuerza (371). En suma, en un liberalismo democrático, como es el actual, la autonomía privada y la pública operan en un mismo nivel de relevancia, implicándose mutuamente. Y como figura paradigmática de esa interacción entre ambas formas de libertad, la negativa y la positiva, aparece el *contrato social* (372), desarrollado en la actualidad, entre otros, por la teoría de la justicia de John Rawls.

El contrato social no debe entenderse, como alguna vez se hizo, como un momento histórico por el que, saliendo de un estado de naturaleza, se conforma, accediendo a otorgar por cada individuo una parte de su libertad, la sociedad y el Estado (373). Por el contrario, dicha figura ha de concebirse como un *criterio de legitimación de instituciones públicas*, consistente en un procedimiento de decisión imparcial bajo el que puede fundamentarse racionalmente que todos los intervinientes consentirían, bajo un acuerdo hipotético, en una serie de principios de justicia, bajo los cuales habrán de regirse los poderes públicos (374).

---

(371) Similar, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 50; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 270, quien basándose en gran medida en la ética comunicativa de Apel, resalta que el carácter autolegislador de los individuos implica ya una «actitud dialógica», la cual vendría dada en «cuantos reconocen en los demás individuos –como en ellos mismos– una capacidad legisladora, de modo que les consideran –como a sí mismos– interlocutores facultados a la hora de dialogar sobre las decisiones que les afectan y de tomar parte en ellas». A esas premisas responde también el principio de legitimación de Habermas. Cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 154 y ss., y *passim*. Asimismo, cfr. LAPORTA, *Entre el Derecho y la moral*, pp. 81-82; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 90-91 y 114 y ss. quienes resaltan el elemento del reconocimiento mutuo. En ello se incidirá posteriormente.

(372) El carácter cooriginario y recíproco de ambas formas de libertad en el contrato social es resaltado por NAGEL, *Conflicto moral*, p. 91; DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 274; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 153-154; RAWLS, *Replica a Habermas*, p. 120. Cfr. asimismo, HASSEMER, *Theorie*, p. 31, quien resalta que en el contrato social se realiza políticamente la autonomía de los individuos.

(373) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 29.

(374) A diferencia de autores clásicos como Locke, Kant o Rousseau, Rawls no se sirve del contrato social para fundar el Estado, sino para establecer determinados principios de justicia, los cuales, en cualquier caso, servirán para la legitimación de las instituciones públicas básicas. Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 28 y 75. Sobre dicha concepción y aplicación de la figura del contrato social, cfr. NINO, *Introducción*, pp. 409-410; KOLLER, Weinberger-FS, pp. 241 y 243 y ss.; RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 43; criterio de legitimación de instituciones; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 162-163.

El contrato social representa fielmente los presupuestos del liberalismo, por cuanto es un procedimiento de naturaleza *intersubjetiva* basado en la *autonomía* de cada individuo y que responde y satisface, por tanto, sus intereses esenciales: «Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos pueden racionalmente querer por ser interés de todos y cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que pueden contar con el asentimiento no forzado de todos» (375). Por ello, y por cuanto esa figura puede entenderse como «una gran metáfora de la democracia» (376), la exigencia de razonabilidad y justicia impresa en el contrato social puede servir como adecuado instrumento de legitimación y crítica del Derecho penal actual (377).

Como se ha mencionado, con Rawls se produce el renacimiento del neocontractualismo ético y político. El filósofo norteamericano idea un sofisticado procedimiento de decisión intersubjetiva con el cual establecer los criterios de justicia, destinados a regular la estructura básica de la sociedad (378), y a los que han de someterse

---

(375) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 578.

(376) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 883; en el mismo sentido, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 387; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 126, quien define la democracia precisamente como «forma política del uso público de la razón por parte de todos».

(377) Como, por ejemplo, afirma GARCÍA AMADO, AFD 1986, p. 174, «Si el fundamento del Derecho se sitúa en el reconocimiento y en el sometimiento libre al mismo por parte de hombres libres hay que concebir que toda norma general, del tipo que sea, ha de poder contar con el hipotético consenso de todos los sujetos». En sentido similar, KOLLER, Weinberger-FS, p. 245; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 253; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172, quien modela su «principio del discurso» en relación a la legitimación de las normas jurídicas de la siguiente forma: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales». Algunos autores se han servido, más o menos explícitamente, del modelo de legitimación del contrato social para fundamentar el *ius puniendi*; *vid.*, por ejemplo, HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 233 y ss.; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 109 y ss.; WITTIG, ZStW 107 (1995), pp. 251 ss., quien intenta extraer la concepción de la pena y el Derecho penal de la teoría de Rawls. Por su parte, GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Rechts*, pp. 205 y ss. emplea la ética discursiva de Habermas para fundamentar el Derecho penal, la cual responde a similares presupuestos que los del contrato social.

(378) *Vid.* RAWLS, *Consenso por superposición*, p. 65: «Llamo “estructura básica” a las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad y a la forma en que se ajustan formando un esquema unificado de cooperación social.»

las instituciones políticas de las sociedades actuales para ser legítimas (379). Según la concepción de la justicia de Rawls, denominada «justicia como imparcialidad», los principios de la justicia serían los que elegirían personas autónomas y racionales, orientadas hacia su propio interés, en un consenso hipotético realizado en una situación de igualdad (380). Para establecer esa situación, Rawls recurre a una imagen ficticia llamada «posición original», en la que ubica a los sujetos que intervienen en el pacto. En ella, los participantes están situados tras un «velo de ignorancia», con el que se limitan los conocimientos de determinados aspectos de la realidad: la posición o estatus social que ocupan, su inteligencia o fortaleza, y demás circunstancias que establecen ventajas y desventajas entre los sujetos. Además, tampoco conocen cuál es su particular concepción de lo bueno, es decir, sus creencias particulares respecto al modo de orientar moralmente sus vidas (381). Como elementos de decisión, las partes sólo conocen las bases esenciales de la organización social y de la psicología humana, las «circunstancias de la justicia» —es decir, circunstancias que hacen de la cooperación social algo tanto posible como necesario: escasez de bienes, presencia de conflictos, etc.— (382), así como, por último, la necesidad de una serie de bienes básicos para el desarrollo social y personal (383). Esa ignorancia de las partes no es caprichosa, sino que persigue establecer el marco de igualdad necesario para que la decisión de las partes responda a la exigencia de imparcialidad e igualdad en la decisión, de forma que todos puedan elegir partiendo de las mismas oportunidades y ninguno se sirva de sus ventajas naturales o sociales para

---

(379) La concepción rawlsiana ha sido objeto de notables modificaciones, motivadas a su vez por continuas objeciones críticas, a lo largo de su evolución desde que en 1971 publicara su *Teoría de la justicia*; modificaciones y críticas que no pueden exponerse aquí. Si conviene, en cualquier caso, resaltar que su teoría parecía ser concebida en un origen como un modelo omnicompreensivo de enjuiciamiento ético de las acciones, como una teoría «ética», para limitarse posteriormente, y tal como es presentada por el autor en la actualidad, al establecimiento de principios de legitimación exclusivamente políticos respecto de las instituciones públicas esenciales, comprensión que será asumida aquí. Sobre tal modificación puede verse, RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch*, pp. 36 y ss.; el mismo, *Consenso por superposición*, pp. 65 y ss.; así como MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 229 y ss.

(380) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 28.

(381) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 29 y 165-166.

(382) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 152 y 164.

(383) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 169-170. Estos bienes básicos son: libertad, oportunidades, renta, poder y autorrespeto.

influenciar la decisión (384). Así, la ignorancia respecto de la posición social y los talentos naturales viene dada por la idea de igual consideración y respeto mutuamente reconocido entre las partes, así como por el presupuesto de la cooperación social en el que se enmarca todo el procedimiento de decisión intersubjetivo (385); y el desconocimiento respecto de las concepciones del bien pretende representar el principio de autonomía moral y de neutralidad, según el que las partes, dado que están decidiendo sobre criterios de actuación públicos y políticos, intersubjetivos y no subjetivos, no elegirán a partir de opuestas e irreconciliables creencias morales y concepciones del mundo, sino que realizarán su elección a partir de un mismo criterio de racionalidad y, por tanto, sobre principios por todos compartibles (386).

Es relevante resaltar el concepto de persona que emplea Rawls. El liberalismo, como teoría basada en un individualismo normativo (387), apoya gran parte de sus consideraciones en una determinada noción de persona, caracterizada, en términos generales, por la autonomía, por una capacidad racional y reflexiva respecto a lo que le rodea, y por una orientación hacia el propio interés en sus acciones. Según la concepción rawlsiana, los sujetos que participan en el acuerdo se atribuyen mutuamente dos capacidades esenciales: lo *racional*, entendido como la capacidad de desarrollar, revisar y perseguir racionalmente su concepción sobre el bien, es decir, sobre las creencias y convicciones adquiridas; y lo *razonable*, entendido como

---

(384) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 37 y 164. Vid. asimismo, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 157-159; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 33.

(385) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 164. Así también DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 272-273.

(386) MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 34-35: «En el sistema rawlsiano lo que de verdad es importante no son las concepciones del bien que tienen las personas, sino lo que está detrás de ellas, es decir, su libertad para escoger sus propias concepciones del bien». En igual sentido, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 43.

(387) Así, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 248 quien lo define como la «concepción según la cual los únicos titulares de intereses cuya satisfacción constituye una justificación *prima facie* de una acción o medida y cuya frustración constituye... una descalificación *prima facie* de una acción o medida son los *individuos humanos*», y lo distingue de otras posibles concepciones del término, entre ellas la que puede denominarse *atomismo* o individualismo metodológico, la cual ha sido en ocasiones críticamente atribuida al liberalismo político por los comunitaristas y sobre la que luego volveré. A la noción de «individualismo normativo» se refiere también GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 162, vinculándolo al contractualismo político.

la capacidad de reconocer y mantener términos equitativos de cooperación social y, por tanto, de comprometerse para el futuro respecto a lo decidido (388). El primer atributo expresa la reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, capaces de someter a crítica los valores adquiridos en su desarrollo moral en sociedad; el segundo expresa la tendencia a la cooperación propia de quienes acceden a someter el conflicto de intereses inherente a la convivencia a la sanción de un acuerdo vinculante, condición que asegura la integridad del acuerdo tomado y confirma «que las partes pueden *confiar* mutuamente en que se entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido. Una vez que los principios son reconocidos por las partes pueden confiar en que todos se ajustarán a ellos», afirma Rawls (389). Es interesante destacar, por lo que luego se dirá respecto de las formas de motivación respecto al acatamiento de las normas, que ambas capacidades se implican mutuamente: lo razonable es condición para el mantenimiento posterior de las condiciones pactadas, y, por tanto, para la satisfacción de los intereses individuales, pero sin lo racional tampoco el pacto será susceptible de estabilidad, puesto que condición para ello será que dicho pacto responda a lo racional, es decir, que satisfaga los intereses de las partes (390).

Rawls concluye por afirmar que un acuerdo sujeto a esas características abocaría al establecimiento de dos principios de justicia (391):

---

(388) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 37 y 172; RAWLS, *Sobre las libertades*, pp. 49 y ss.

(389) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 172. (Cursivas añadidas.)

(390) RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 46. En similar sentido, RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 203. También en este punto se han producido variaciones en la teoría rawlsiana. Así, mientras en su *Teoría de la justicia* parecía dar prioridad a lo racional, acercando su modelo al de la elección racional económica (*vid.* p. 31), en obras posteriores ha venido resaltando el aspecto de lo *razonable*, como capacidad de tener un sentido de la justicia y de tender voluntariamente a la cooperación, siempre condicionada, en cualquier caso, y como se pone de relevancia en el texto, a la satisfacción de los intereses individuales por medio de esa cooperación. *Vid.*, sobre este cambio de orientación, por ejemplo, RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 52 y nota 20.

(391) Conviene, si bien incidentalmente, resaltar que dichos principios, en rigor, no se *derivan* deductivamente del acuerdo tomado en la posición original; esta figura es, más bien, una ficción cognitiva con la que se pretenden representar ciertas intuiciones morales y políticas propias de una sociedad democrática liberal, por lo que los principios de justicia se presentan como la consecuencia racional a que la reconstrucción ideal de dicho modelo político llevaría. El contrato social, por tanto, no «funda» esos principios sino que representa un constructo de decisión racional

1. *Libertad*: Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.

2. *Igualdad*: Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y, segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (392).

Ambos principios están, además, ordenados en un orden lexicográfico, lo que significa que el primero posee prioridad absoluta sobre el segundo, en el sentido de que no pueden violarse libertades individuales con el fin de satisfacer ventajas económicas y sociales. Por el contrario, «la prioridad de la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma» (393).

Siguiendo la idea clásica del liberalismo, el Estado y la misma sociedad son entendidos por Rawls no como fines o *prius* normativos, sino como bienes sociales de carácter instrumental, legítimos según resulten justos para los individuos, en el sentido de los dos principios de justicia citados. La sociedad es definida como una «empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo» (394). Y, según afirma, una sociedad establemente organizada de acuerdo a los dos principios de justicia, tenderá a la autorreproducción y continuidad de dicha estabilidad relativa, en la medida en que los intereses de los sujetos –vida económica y socialmente digna, respeto a la autonomía moral y fomento de la autonomía política, etc.– se verán relativamente satisfechos y que, por ello, se generará y asentará un compromiso voluntario y generalizado a la cooperación, de forma que las acciones que vulneren las «reglas del juego» (delitos, por ejemplo) podrán ser asumidas sin necesidad de

---

que da plausibilidad epistémica y fuerza legitimatoria a los mismos. En este sentido, MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 37; RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 229-230: «El fin de la posición original es someter nuestros juicios morales a la prueba de la intersubjetividad»; DWORKIN, *Los derechos en serio*, pp. 257-258, quien resalta que Rawls «defiende los dos principios a través del contrato, más bien que a partir del contrato».

(392) Se citan según la modificación de los mismos realizada por RAWLS, *Sobre las libertades*, p. 33, respecto de su formulación original en *Teoría de la justicia*, pp. 82 y 598 y ss.

(393) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 280.

(394) RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 43.

medios coactivos demasiado gravosos y sin peligro para la estabilidad del conjunto social (395).

b) *El concepto de persona*

aa) Sujeto vinculado vs. sujeto reflexivo. Concepto normativo de persona

La corriente que puede denominarse comunitarismo ha resurgido en los últimos años como una *reacción* a las tendencias liberales, en especial al neocontractualismo rawlsiano (396). Sus críticas se dirigen tanto a aspectos normativos como metaéticos, sobre argumentos tanto epistemológicos o sociológicos como políticos, y dentro de las mismas pueden encontrarse posturas más y menos extremas, desde un comunitarismo fuerte y reaccionario —«sustancialista»—, heredero de presupuestos aristotélicos y hegelianos, hasta un «republicanismo cívico», seguidor de la estela de Rousseau o Toqueville, que, sin renunciar a algunos de los presupuestos liberales, acentúa la necesidad de los vínculos comunitarios a través de la participación democrática (397). En todo caso, en estas páginas no podremos dedicar una atención detallada a todas las ramificaciones y variaciones de la compleja evolución de esta línea de pensamiento político; por el contrario, habremos de limitarnos a presentar algunas de las objeciones —normalmente presentes, con mayor o menor virulencia, en ambos modelos de comunitarismo— que se han lanzado contra el liberalismo político, centrándonos en las de carácter ético-político.

---

(395) Sobre el complejo problema de la estabilidad cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 548 y ss.; 306-307. Vid. también BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 229 y ss. Sobre ello habré de volver con posterioridad.

(396) Merece ya en este lugar destacarse el componente de *reacción* que caracteriza el surgimiento del nuevo comunitarismo, por cuanto es dicha tendencia la que marcará sus líneas básicas de pensamiento: en un plano teórico porque surge frente a la reformulación del liberalismo político rawlsiano; en un plano epistemológico, porque niega o relativiza la capacidad racional y crítica de los individuos; en un plano histórico, porque sus planteamientos responden, en muchas ocasiones, a talantes premodernos, anteriores al proyecto normativo ilustrado; en un plano político, por cuanto, frente al progresismo pluralista de la Ilustración, supone, en general, una postura conservadora y, por tanto, *reaccionaria*.

(397) La distinción del texto procede de S. Benhabib. Sobre las diferencias entre ambos, cfr. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 161 y ss.; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 38. En la exposición siguiente nos centraremos en la primera de las corrientes doctrinales. Ello nos permitirá acentuar las diferencias con respecto a la alternativa liberal.

Entre ellas merece destacarse la relativa a la discusión en torno al concepto de *persona*. Desde las filas del comunitarismo se afirma que el individualismo en el que se apoya la postura liberal presenta una noción asocial y atomística del sujeto, separado de los vínculos sociales y valorativos en los que desde su nacimiento está inmerso. Asumiendo entonces un punto de vista radicalmente contextualista, se rechaza ese «yo sin atributos» y se opone un sujeto moral plenamente arraigado en su entorno social, cuya identidad y horizonte valorativo y afectivo se conforma a partir del conjunto de convicciones y tradiciones que rigen de facto en una comunidad determinada. Frente a la premisa de la razón reflexiva del liberalismo, los sujetos no eligen voluntariamente sus fines, sus concepciones respecto a cómo ha de orientarse su vida moral, sino que éstos son interiorizados por el sujeto. La persona no es anterior a sus fines, sino que son los fines morales los que conforman a la persona, los que la constituyen valorativamente (398). En suma, no es la voluntad de los individuos la que constituye la sociedad, sino que es la comunidad la que otorga la identidad a los individuos, así como el camino que marca el sentido de sus vidas. Desde esta perspectiva, se concluye entonces que una sociedad constituida en torno a principios deontológicos de justicia, de naturaleza formal y elegidos consensualmente, en vez de en torno a valoraciones morales «densas» y compartidas *a priori* –es decir, una sociedad que parta de lo *correcto* frente a lo *bueno*– sería una sociedad de extraños, fragmentada y anómica, carente de vínculos intensos entre sus miembros y sin un fin común al que dirigirse, todo lo cual habría de llevarla, antes o después, a su disgregación (399).

La crítica comunitarista al concepto de persona ha sido con razón rechazada por el liberalismo, argumentando, en primer lugar, que en ella subyace una falacia naturalista –denominada «falacia comunita-

---

(398) Sobre este tipo de objeciones, cuyo más destacado representante es Sandel, cfr. SANDEL, *Die Verfahrensrechtliche Republik*, p. 18. (Sobre la postura de este autor, vid. también FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 23 y ss.; THIEBAUT, *Vindificación del ciudadano*, pp. 67 y ss.). Críticas similares se encuentran también en TAYLOR, *Atomismo*, pp. 107 y ss. Sobre los orígenes aristotélicos y hegelianos de los que esta línea argumental parte, cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 129-130; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 68; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 119, quien afirma que el debate actual entre comunitaristas y liberales es trasunto de la oposición de la *Sittlichkeit* hegeliana a la *Moralität* kantiana; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 19 y ss., especialmente en relación al neoaristotelismo.

(399) Cfr. SANDEL, *Die Verfahrensrechtliche Republik*, pp. 21 y ss.; MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, pp. 84 y ss.



rista» (400)—, consistente en rechazar principios normativos como la prioridad de los derechos sobre el bien común o el respeto a la autonomía moral (deber ser) a partir de razonamientos sociológicos o psicológicos (ser). No obstante, también son puestos en duda esos mismos presupuestos de carácter fáctico. Los sujetos, según se viene a decir por el comunitarismo, no pueden alejarse de sus valoraciones adquiridas y contemplarlas críticamente, no poseen esa capacidad, sino que sus planes de vida se articulan en torno a lo asumido por su proceso de socialización, conformado por su situación en una comunidad. Frente a la autonomía, se opone la *identidad*. Frente a la emancipación crítica, se opone la tradición. En relación a dicha tesis, los liberales no tienen empacho en negar que, *de facto*, los procesos de socialización y aprendizaje de los sujetos se ven dirigidos por el cúmulo de valoraciones, tradiciones y afectos que imperan en la sociedad en la que su historia personal los sitúa; pero ello no implica que no puedan desarrollar también una conciencia *reflexiva y crítica* respecto de esos valores, una capacidad *racional*, en el sentido rawlsiano (401). Los liberales sostienen que, dado el grado de complejidad alcanzado en la convivencia actual, en las sociedades modernas no puede sino asumirse el *hecho del pluralismo* (402), en el sentido de que el individuo no está inmerso únicamente, por decirlo así, en una «comunidad ética», en un universo cerrado y compacto de convicciones morales, como parecen creer los comunitaristas, sino que en torno a él late un entramado de diversas, opuestas e irreconciliables comprensiones del mundo, realidad cuya complejidad es la que permite al individuo la ponderación de las mismas y la facul-

---

(400) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 35; GUTMANN, T. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 44. En similar falacia incurre LESCH, ADPCP 1995, p. 912, cuando identifica el naturalismo, como teoría sociológica o epistemológica, con el liberalismo, como teoría política; viniendo a confundir el individualismo metodológico con el individualismo normativo.

(401) WALZER, *Die kommunitaristische Kritik*, p. 167, afirma con razón que lo que el liberalismo actual defiende no es un yo asocial o presocial, sino únicamente un yo capaz de ponderar críticamente los valores que su socialización le ha determinado. En el mismo sentido, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 49-50; el mismo, *Vindicación del ciudadano*, pp. 113 y ss.; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 31-32; MULHALL/ SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 47; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 251.

(402) LUHMANN, *Rechtssoziologie*, p. 91; RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 63; el mismo, *Der Bereich des Politischen*, p. 334; HINSCH, *Einleitung*, pp. 22; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 125; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 51.

tad de reflexión y disenso a lo dado (403), así como la tendencia a la cooperación bajo el respeto a la tolerancia (404). En este sentido, es perfectamente admisible asumir como un hecho fáctico la capacidad del sujeto actual para poner en duda los valores imperantes en su entorno y para elegir cómo quiere dirigir su vida privada –lo *racional*–, así como la capacidad para la deliberación y para entablar cooperativamente un diálogo con sus interlocutores sociales respecto de los principios que, más allá de la diversidad de convicciones sobre lo *bueno*, puedan determinar lo que ha de ser *correcto* en la organización de la convivencia pública –lo *razonable*–.

Independientemente de la posibilidad fáctica de dicha conciencia crítica y reflexiva, la cual otorga plausibilidad epistémica a las tesis del liberalismo, debe ponerse de manifiesto, como ya se adelantó al mencionar la «falacia comunitarista», que las tesis ontológicas o sociológicas del comunitarismo respecto de la noción del sujeto en nada invalidan la postura *política* del liberalismo. Lo que éste afirma es que las instituciones públicas deben someterse a una serie de exigencias normativas, y el comunitarismo pretende rechazarlas a partir de presupuestos fácticos, no políticos. Así, del hecho de que los individuos se vean socializados a partir de unos valores concurrentes de facto en una sociedad, no ha de derivarse que hayan de ser esos los valores bajo los que deba orientarse la actividad *pública* de la sociedad, ni que esos valores dados, como en el pensamiento hegeliano, hayan de ser *per se* los valores correctos, sobre los que ordenar la convivencia (405).

---

(403) Así, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 171; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 111. Como aval psicológico pueden citarse las investigaciones de Mead y su distinción entre el «Me» del otro generalizado y el «I» reflexivo, o de Kohlberg, quien elabora un desarrollo ontogenético evolutivo de la conciencia moral de los individuos, y sitúa el estado actual en una «moral posconvencional», superadora de la fase anterior –«convencional»– (que consistía en obrar de acuerdo con las tradiciones del grupo y la comunidad), y que se caracterizaría por la posibilidad de distinguir entre las normas *morales* de la propia comunidad y los principios *éticos* formales y elegidos intersubjetivamente y que nos permiten distinguir entre lo correcto y lo incorrecto. Numerosos autores liberales se han servido de estas investigaciones para apoyar la facultad de la autonomía moral, entre los que puede destacarse el mismo RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 511 y ss.; NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 107; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 204; CORTINA, *Ética sin moral*, p. 148; HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero», pp. 151-152: la capacidad de argumentación ética es la «moderna situación de la conciencia».

(404) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 248.

(405) NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 191; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 36-37; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 50.

Respecto al concepto de persona, desde ese plano normativo, el liberalismo puede admitir esa verdad de perogrullo del comunitarismo sin dejar de reconocer, *normativamente*, la autonomía moral y política de las personas (406). Así, y sobre todo respecto de la crítica a la noción de *persona* empleada por Rawls, debe resaltarse que dicho concepto de persona es un concepto *normativo*, «político y no metafísico» (407). La concepción de la persona como sujeto ética (racional) y políticamente autónomo (razonable), pertenece al ámbito de argumentación de lo público, de lo intersubjetivo, y debe distinguirse de la noción fáctica de «sujeto moral» socializado en una serie de convicciones concretas, perteneciente al ámbito de lo privado, de lo subjetivo. Como ha sido puesto de manifiesto, la concepción de persona como moral y políticamente autónoma está basada en el *mutuo reconocimiento*, en la *atribución* recíproca de esa autonomía, lo que determina un concepto de persona de carácter normativo, propio del ámbito de la interacción pública (408).

*bb)* Persona como «persona de Derecho» y el respeto a las normas

Como ya vimos, sobre la premisa del principio de la neutralidad, el liberalismo político no entra a argumentar sobre las particulares creencias morales, religiosas o filosóficas que conformen la identidad privada del individuo (por eso se resaltó que era un individualismo normativo y no ontológico o atomista). En este sentido, la noción de la *persona* pública, como sujeto autónomo, además de distinguirse del *sujeto* moral, como personalidad conformada por determinados valores, debe disgregarse en dos subconcepciones. Por un lado, a partir de la autonomía moral y la libertad negativa, la persona es «persona de Derecho», titular de derechos y deberes (409). Dicha noción es, como el de persona, un término normativo y

---

(406) Así, por ejemplo, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 148; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 44-45, 47, quien afirma que dicha verdad del comunitarismo ha quedado, en la discusión posterior, relegado a ser un mero tópico.

(407) Así, RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 46, nota 15. En el mismo sentido, MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 257; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 178, y nota 36; el mismo, *Reconciliación*, p. 69. Especialmente, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 47 y ss.

(408) Así, THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 90-91 y 114 y ss. Ya vimos el carácter esencial que ostenta dicha noción de reconocimiento de la autonomía.

(409) Cfr. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 49. También HABERMAS, *Reconciliación*, p. 69: «El Derecho moderno constituye, por consiguiente, la idea de persona mediante libertades subjetivas de acción reclamables jurídicamente y que pueden utilizarse según las preferencias de cada cual.»

abstracto, un estatus público moldeado en sus límites a partir del ámbito de la libertad y responsabilidad que se le atribuyan. Como con razón afirma Jakobs, «en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa» (410). Es desde esta concepción, entonces, de donde debe partirse para determinar el ámbito de imputación de responsabilidades jurídicas (411) y, en general, es la que determina el trato que el Derecho debe otorgar a los individuos, tanto respecto a los criterios de motivación al acatamiento de las normas como a los efectos psico-sociales predicados de la pena. Pero, como se ha afirmado, la noción de «persona de Derecho» es abstracta, por lo que el trato del Derecho vendrá determinado por el grado de atribución de derechos y deberes, grado que será distinto según se parta de una postura liberal o una comunitarista. Desde la primera, en la que se establece una rígida separación entre el concepto jurídico de persona y el de sujeto moral, la noción de «persona del Derecho» es comprendida como una «envoltura de protección» que protege la libertad del sujeto para desarrollar y mantener una concepción privada del bien, así como para ponerla en duda y modificarla (412), es decir, protege su autonomía moral (413). En este sentido ha de entenderse la afirmación de Luhmann ya citada de que la separación de Derecho y moral se convierte en condición de la libertad. Por el contrario, característico de la postura comunitarista es precisamente la confusión entre Derecho y moral (414), la (con)confusión en un sólo ámbito de la noción de sujeto: la persona jurídica viene conformada por la persona moral (415). Res-

---

(410) JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 387.

(411) Cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 277: «El principio de libertad conduce al principio de responsabilidad.»

(412) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 51.

(413) En el mismo sentido, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 178, nota 36: «Esta abstracción tiene un significado asegurador de la libertad. El *status* de persona jurídica protege la esfera en la que puede desarrollarse libremente una persona concreta, de forma moralmente responsable y conduciendo a la vez éticamente su vida. La reducción de la persona jurídica a un portador de derechos subjetivos individuado por su libertad de arbitrio cobra, ciertamente, ella misma un sentido moral y ético en la medida en que la garantía jurídica de libertades subjetivas asegura una esfera para un modo de vida consciente y autónomo. El derecho actúa como una especie de “máscara protectora” (H. Ahrendt) ante la fisonomía de la persona individuada por su propia biografía, que quiere actuar con conciencia y vivir en autenticidad.»

(414) Ello es lo que nos permitía, dentro del funcionalismo sociológico, desvincular a Luhmann, como liberal, de las posturas de Durkheim o T. Parsons, como comunitaristas. Ello, no obstante, únicamente en el ámbito de la autonomía moral y de la separación entre Derecho y moral.

(415) Así, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 145.

pecto de la atribución de derechos y deberes, ello implica que éstos vendrán moldeados no desde la libertad y autonomía del individuo frente a las necesidades colectivas de integración y los valores dados, respectivamente, sino *desde o en función* de dichas necesidades y dichos valores. Si el liberalismo parte del principio de la *cooperación* entre ciudadanos libres e iguales, y en la prioridad de los derechos subjetivos, el comunitarismo parte de la *identificación* de los miembros con la comunidad, y, por tanto, de la prioridad del bien común, configurado como el mantenimiento de la identidad de la comunidad (416). Por ello, si en los liberales lo que se exige a los destinatarios del Derecho es el respeto externo a sus normas basado en pautas racionales y razonables, cualesquiera sean las motivaciones internas que llevan a dicho respeto (417), en los comunitaristas se exige una motivación y vinculación interna a los valores que dan sentido a la comunidad, diluyéndose la autonomía privada en la dependencia moral (418). Ya vimos con ocasión de la exposición de las teorías de los fines de la pena que las corrientes que habíamos denominado «comunitaristas» exigían una vinculación con las normas del Derecho basada en la *fidelidad*, entendida como una actitud interna de identificación con los valores del Derecho de la comunidad. Ello es reiterado por los comunitaristas actuales, plasmando como virtudes exigibles a los miembros de la comunidad los tres supervalores que según Hardwig debían asumir éstos: el respeto a la comunidad misma como el más alto bien, la disposición al sacrificio de derechos individuales en aras de la comunidad y la fidelidad indubitada a la misma. En la terminología empleada en la actualidad por esta corriente política ello se traduce en un deber de «*patriotismo*», entendido como un «sentido interno de honor y compromiso» (419), como «la fidelidad común y compartida hacia una determinada comunidad histórica. Honrarla y mantenerla en su

---

(416) Así, TAYLOR, *Die Debatte*, p. 104; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 70 y nota 3; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 51. También NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 142: «La comunidad...no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos.»

(417) Así, desde una perspectiva liberal, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 177: «El Derecho abstrae... el *tipo de motivación* y se conforma con que la acción se conforme a la regla, cualesquiera sean los motivos de esa conformidad». En igual sentido, GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung*, p. 208.

(418) Cfr. las consideraciones críticas que realiza KINDHÄUSER, *ZStW* (107), 1995, p. 711, de las consecuencias que extrae del comunitarismo en relación a la responsabilidad penal.

(419) MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 117.

integridad debe ser un fin común, y ello es más que un mero consenso sobre la prevalencia de la justicia» (420), ya que implica una identificación interna con los «valores fuertes» que rijan en la comunidad (421). Respecto del Derecho penal, ello conllevará las siguientes consecuencias. En primer lugar, y como a continuación se destacará, un criterio de criminalización que excede del respeto de la libertad de terceros (*harm to others*), incluyendo, como vimos en autores como Devlin, la protección coactiva de las convicciones morales imperantes en la comunidad. En segundo lugar, un deber de obediencia a Derecho apriorístico y basado en la identificación moral colectiva, más intenso que el mero respeto externo. En palabras de Habermas, «la pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va mucho más allá del sentido que cabe a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente: “cada miembro reconoce una lealtad a su comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad”» (422). El delito no es lesión de intereses ajenos, es traición, infidelidad a la comunidad. Parafraseando a Hegel, en quien se apoyan, los comunitaristas exigen «el supremo deber de ser miembro de la comunidad» (423).

cc) Persona como «persona del Derecho» y la fundamentación de las normas

Si desde la autonomía moral y la libertad negativa se extrae el concepto de «persona *de* Derecho», desde la autonomía política y la libertad positiva ha de extraerse una segunda subconcepción: la de «persona *del* Derecho», que enmarca el tránsito desde el estatus de *súbdito*, como destinatario de las normas jurídicas, al de *ciudadano*, como autor de las normas jurídicas (424). «Personas de Derecho son individualmente responsables *frente* al Derecho, los ciudadanos son

---

(420) TAYLOR, *Die Debatte*, p. 123.

(421) TAYLOR, *Die Debatte*, p. 125. Sobre la «virtud del patriotismo», *vid.* también, críticamente, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 166-167; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 638 y ss.

(422) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 641. El entrecomillado corresponde a una cita de Miller. En similar sentido, THIEBAUT, *los límites de la comunidad*, p. 54; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 30 y 36.

(423) Cfr. GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 44, quien habla de «la obligación de pertenecer».

(424) Se sigue la terminología de FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 53, 432 y ss. y *passim*.

conjuntamente responsables *del* Derecho» (425). Dicho estatus está basado, por tanto, también en la atribución intersubjetiva de facultades y pretensiones de respeto: los sujetos se reconocen mutuamente como libres e iguales y como capaces de establecer un diálogo en condiciones de imparcialidad, así como reconocen la asunción vinculante de lo acordado y, por tanto, la responsabilidad política del respeto a dichas decisiones (426). Si, como vimos, la autonomía privada y pública estaban íntimamente relacionadas, también lo estarán los estatus de persona de derecho y ciudadano: desde la concepción liberal los individuos son los autores del Derecho a que van a someterse, por lo que el ámbito de derechos y deberes que conforman el marco de la persona de Derecho vendrá determinado por su actividad como ciudadanos, por los principios y normas establecidos por ellos mismos en un acuerdo intersubjetivo realizado en condiciones de imparcialidad (427). Desde el reconocimiento de la capacidad y el derecho a la autolegislación, de la autonomía política, en una sociedad democrática ha de partirse, en consecuencia, del principio de que tanto las normas como los medios empleados por el Derecho para motivar al acatamiento de dichas normas (sanciones) serían establecidos y reconocidos libremente por todos los ciudadanos en un acuerdo hipotético (428). Ello conlleva como consecuencia que los ciudadanos no pueden ser tratados sólo como enemigos del Derecho, sino que ha de partirse del presupuesto de que están dotados de la facultad de lo *razonable*, de una tendencia a la cooperación y al respeto voluntario de las normas que ellos mismos se han otorgado.

Al igual que el concepto de persona de Derecho, el concepto de ciudadano adquirirá un marco de significación diferente en el liberalismo y en el comunitarismo. Si respecto de la noción anterior ello se traducía en un diferente modelo de trato del destinatario de las normas, ahora la cuestión girará en torno al contenido y los criterios de legitimación de las normas, aspectos, ha de insistirse, intrínsecamente relacionados, pues del criterio de legitimación de normas habrá de derivarse la forma en que puede motivarse legítimamente a

---

(425) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 353.

(426) Cfr. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 179.

(427) sobre todo ello, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 135-136 y 400 y ss. Vid. también RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, pp. 47, 54; HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 186: «La idea de autolegislación del ciudadano exige que aquellos que están sometidos al Derecho como destinatarios suyos, puedan entenderse a la vez como autores del Derecho.»

(428) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp. 79, 136, 401 y ss. y *passim*.

su acatamiento, así como, en general, el abanico de derechos y deberes que conformará el ámbito de la persona de Derecho.

Como suele afirmarse, la política del liberalismo es una política de los derechos y la política del comunitarismo es una política del bien común (429). Expresado de otra forma, mientras en el liberalismo la organización política y el razonamiento jurídico gira en torno a los intereses y autonomía de los individuos, en el comunitarismo existe algo más valioso que proteger: la comunidad misma, su identidad y cohesión; por ello, los derechos de las personas pueden en ocasiones verse vulnerados legítimamente en aras del mayor bien de la identidad común (430). La prioridad de los derechos viene fundada en el liberalismo en el hecho de que son los mismos individuos los que acuerdan cuáles van a ser los márgenes de los derechos y deberes que regirán su vida pública, y esos individuos, como sujetos autointeresados, nunca accederían a acordar la posibilidad de sacrificar sus derechos e intereses en aras de la colectividad, más allá de los márgenes que determinan el espacio protegido de la libertad individual de cada uno. Toda norma implica una limitación voluntaria de la libertad negativa; en consecuencia, los ciudadanos sólo acordarían la creación de normas que protegieran dicha libertad negativa. Ello lo expresa Rawls con su primera regla de prioridad de los principios de justicia: la libertad sólo puede verse limitada en aras de la misma libertad, y responde, como ya se adelantó, al clásico criterio de criminalización del *harm to others*. En una sociedad liberal, la organización política y la convivencia se organiza en torno a la cooperación basada en el respeto a los derechos ajenos, relegándose del ámbito de lo público lo relativo a las particulares creencias morales de cada uno, sobre las cuales, dado su carácter irreconciliable, no cabría el establecimiento de un acuerdo basado en criterios racionales y razonables. Así, por ejemplo, entre un árabe y un judío no podría llegarse nunca a un consenso sobre cual habría de ser la religión oficial de una sociedad, ya que para cada cual su religión es la «verdadera». En cambio, ambos podrían llegar a un acuerdo sobre el derecho a la libertad religiosa, ya que ello les permitiría a ambos practicar libre-

---

(429) Cfr., por ejemplo, GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 50-51, citando al comunitarista Sandel.

(430) Expresamente, TAYLOR, *Die Debatte*, p. 130, ejemplificándolo con la defensa de la tradición cultural francesa de la comunidad de Quebec; en igual sentido, MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 94. En este sentido, afirma GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59, que en el comunitarismo «el “valor” social de las personas como miembros de la comunidad se determina en función de su disposición a la realización de... ese bien común».



mente su religión, lo que no ocurriría para uno de ellos si se impusiera la del otro como religión oficial y única. Lo mismo ocurriría en relación a cuestiones teñidas de connotaciones morales. Sobre moral, no sería la razón sino la fe o la creencia sobre lo que habría que apoyar la argumentación, y un Estado liberal y democrático sólo puede imponer normas que resulten admisibles a los ciudadanos bajo criterios de diálogo y razonabilidad, por lo que deberá abstenerse siempre de obrar sobre la base de que una concepción del bien es más valiosa que otra (431). Por ello, como afirma Rawls, el liberalismo *político* se ocupa de lo justo, no de lo bueno (432). Por el contrario, en una sociedad comunitarista el Estado y la vida pública se organiza en torno a la identificación de cada miembro con los valores morales y culturales que definen esa comunidad concreta (433). Como en Hegel, el imperio de la *Sittlichkeit* aún lo público y lo privado, el Derecho y la moral, renunciándose al principio liberal de la neutralidad (434), así como a la razón individual como criterio de fundamentación del Derecho. Éste ya no es fruto –y, por tanto, tampoco está sujeto en su legitimidad a ello– del consenso intersubjetivo, sino que las normas se originan a partir de las valoraciones morales que rijan en la comunidad, y su único criterio de referencia y legitimación será su mera vigencia social (435). Expresado de otra forma, no se cues-

---

(431) MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 143; THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, p. 130-131.

(432) RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 493 y ss. Una reciente revisión de dicha noción puede verse en RAWLS, *Der Vorrang des Rechten und die Ideen des Guten*, pp. 364 y ss.

(433) En algún autor –MacIntyre, por ejemplo– ello viene motivado a partir de una ascendencia aristotélica, según la cual es el ámbito de la *polis*, de lo público, el terreno idóneo donde han de desarrollarse y ponerse en práctica nuestra concepción de la vida buena del hombre. Vid. MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend ?*, pp. 84 y ss.; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 23 y ss.; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 143; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 186: «En la sociedad cerrada ideal-típica, la vida privada y la “pública” forman un solo contexto vital». (Cursivas y comillas en el original.)

(434) Cfr. THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 167; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 79; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp. 143 y 290; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 50: «etización de lo político»; pp. 60-61. Y especialmente FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 144. La influencia de Hegel es, en este tipo de argumentaciones comunitaristas, patente y manifiesta. Como afirma el autor citado en último lugar (p. 172), el comunitarismo sustancialista parte de la «tesis hegeliana de que una comunidad política debe conformarse en torno a una base ético-cultural».

(435) Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Naturalismus*, p. 86, citando a Hegel: «lo que es racional es real, y lo que es real es racional». En el sentido del texto, críticamente, GUTMANN, T. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 47: la tesis comunitarista hace depender la validez normativa de las normas de su vigencia social. Ello responde a la

tiona la validez intrínseca de las normas: lo correcto, sino que, como el bien superior es la propia pervivencia de la comunidad, de los vínculos morales y afectivos que dan cohesión al grupo, el Derecho se creará y se utilizará en función de la protección del horizonte valorativo común: lo bueno (436). Como ha sido destacado el proyecto político del comunitarismo trae consigo la «consecuencia de que el Derecho penal debe sancionar todo contenido moral sentido por la mayoría moral y que ésta considere necesario para mantener sus formas de vida tradicionales» (437). Los comunitaristas, embriagados por cierta nostalgia hacia comunidades homogéneas y pequeñas, en las cuales la fuerte identificación en torno a un puñado de tradiciones excluye toda posibilidad de disenso y de conflicto, parecen olvidar que lo que caracteriza a las sociedades actuales es su alto grado de complejidad valorativa, su pluralismo y multiculturalidad (438), realidad que es la que ha llevado a la diferenciación entre los sistemas normativos de la moral y del Derecho (439). En la actualidad, su proyecto político o es sencillamente inviable o alienta un recalcitrante conservadurismo (440), ya que ese horizonte moral común se tra-

---

ausencia de un criterio de legitimación crítico a la labor del Estado en el «dogma hegeliano», según el cual se parte «de la racionalidad incuestionable de la ley en cuanto es producto del Estado» (HORMAZÁBAL, *Bien jurídico*, p. 38).

(436) Ejemplo del modelo de fundamentación comunitarista pueden ser las afirmaciones de CEREZO MIR, PG I (1997). Para este autor –quien entiende, siguiendo a Welzel y a H. Mayer, que «las normas éticas y las jurídicas coinciden esencialmente en su contenido» (p. 16)– «no cabe duda... de que el orden moral sexual puede ser objeto de protección por el Derecho penal y constituir un bien jurídico» (p. 17, nota 21). Y ello viene justificado en atención al mantenimiento de esa cohesión social: «El orden moral sexual sólo debe ser objeto de tutela en la medida en que sea imprescindible para el mantenimiento del orden social» (p. 17). En consecuencia, el único criterio de legitimación será la moral dominante: «el Estado, en una sociedad pluralista y democrática, no puede imponer una determinada concepción ética, ni convertirse en tutor moral de los ciudadanos. Es preciso señalar, sin embargo, que no se trata de la protección o imposición por el Derecho penal de cualquier concepción moral, sino la tutela del orden ético-social realmente vigente en la sociedad» (nota 21, pp. 17-18).

(437) GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59.

(438) Esa crítica es reiterada por posturas liberales. Cfr. NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 168 y 178; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 161; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 52; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 244.

(439) Cfr., sobre ello, LUHMANN, *Rechtssoziologie*, pp. 220 y ss. y *passim*; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 162; GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 60; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 571 y ss.

(440) Cfr., por ejemplo, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 161; GUTMANN, A., *Die kommunitaristischen Kritikern*, p. 68; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 141 y ss.; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 40 y *passim*; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 253 y ss.; GUTMANN, T. *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 47.

duce en la moral de la mayoría (441) y, a consecuencia de ello, en la flagrante vulneración del respeto a la autonomía, tanto privada como pública, de las minorías, así como en procesos de integración/exclusión, ya que sólo quien se identifica con la moral dominante *pertenece* a la comunidad (442). Como ha venido reiterando Rawls, en sociedades pluralistas la única alternativa a la neutralidad moral y a la tolerancia es un uso ilimitado y opresivo del poder estatal (443). No es difícil apreciar que este ámbito de discusión es trasunto de la oposición entre la *Moralität* kantiana, racional, abstracta y universal, y la *Sittlichkeit* hegeliana, histórica y contingente. Como se ha afirmado, «sin tal mínimo de racionalidad, universalidad e incondicionalidad es imposible la autonomía humana, y no resta sino el imperio oscurantista y dogmático de lo dado» (444). Ya vimos que los comunitaristas rechazaban la concepción de la persona como capaz de reflexión y distanciamiento crítico de los valores morales que le rodean (445). Ello se refleja en relación a la institucionalización de

---

(441) Por todos, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 158-159: «La reducción de todo criterio o principio moral a las ideas de bien de hecho existentes en una sociedad dada nos condena a suscribir sin posibilidad de crítica sus valores; no sólo quedarían sin explicar los procesos históricos de cambio, la aparición de valores emergentes, sino que también parecerían condenarse todas las disidencias, las propuestas de diferencia, que fueran a contrapelo de la moral de un contexto concreto.»

(442) THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 168: «En esas reacciones sólo se fomenta la identidad propia apoyándola sobre la exclusión absoluta de quien es diferente»; GUTMANN, *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 58, quien pone de manifiesto la lógica de la exclusión de los disidentes a la moral mayoritaria característica de estas tesis. Por otra parte, la indudable relación del comunitarismo con el fenómeno del nacionalismo, también regido por el binomio schmittiano amigo-enemigo, ha sido puesta de manifiesto por sus críticos en numerosas ocasiones. *Vid.*, por todos, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 168 y ss.; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 636 y ss.

(443) RAWLS, *Gerechtigkeit als Fairness*, p. 44; el mismo, *La idea de un consenso por superposición*, p. 66.; el mismo, *Der Bereich des Politischen*, p. 335. También NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 192; GUTMANN, *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 56.

(444) CORTINA, *Ética sin moral*, p. 149. Similar, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 49 y 159.

(445) En este sentido, afirma THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 158: «Esa capacidad crítica que el programa moderno reclama para sí frente al tradicionalismo y que implica que existen siempre criterios de justicia que no se identifican con las sociedades dadas y sus criterios aceptados de bondad, es un argumento central... de la acusación de proclividad hacia el conservadurismo de las posiciones comunitaristas». Respecto a la potencialidad conservadora y crítica, respectivamente, de cada teoría, es ilustrativa, por ejemplo, la caracterización que hace GARZÓN VALDÉS, *Krawietz-FS*, pp. 477 y ss. (p. 478), de los términos «moral» (*Sittlichkeit*) y «ética»

las normas públicas, las cuales se conciben como expresión del sustrato ético, fusionándose en una realidad sustancial —en un «espíritu objetivo»— el Derecho y la moral, adquiriendo el primero su legitimidad por ser emanación de la identidad de la comunidad, no por un presupuesto de consenso basado en el diálogo y la razón. Desde el comunitarismo, por tanto, las normas que han de regir la convivencia no son elegidas por sus destinatarios, sino que, en cierta medida, les vienen dadas, a tenor de una tradición concreta. No son constituidas por los ciudadanos, sino que son dichas normas, como conjunto de valores morales, las que constituyen y han de constituir la identidad individual. Si en el liberalismo el Derecho es fruto de la razón, en el comunitarismo lo es, hasta cierto punto, de la irracionalidad, ya que las valoraciones no serán tamizadas por el filtro del diálogo intersubjetivo, sino que serán juridificadas por el mero hecho de determinar la identidad colectiva (446). Así, el comunitarista MacIntyre llega a mantener, en relación a la vinculación de los individuos a las normas, es decir, a la comunidad, que en el «patriotismo», al estar basado en un lealtad incondicionada, la crítica racional al mismo queda excluida (447). Dicha vinculación incondicional conllevaría, en sociedades como las actuales, una radical negación del respeto a la autonomía moral de los ciudadanos, y el consiguiente adoctrinamiento de los disidentes en los valores en los que se autoconcebe la comunidad, con la única alternativa para éstos de su exclusión. Como afirma Rawls, «el liberalismo rechaza el Estado como comunidad porque, entre otras cosas, conduce a una denegación sistemática de las libertades básicas y al uso opresivo del monopolio legal de la fuerza del Estado» (448).

---

(*Moralität*): lo «moral» es concebido como la moral positiva, como el *mores* de una determinada sociedad; lo «ético» es concebido como la «moral crítica». Una diferenciación similar, a partir de la oposición entre moral positiva y moral crítica, en HART, *Law, liberty and Morality*; LAPORTA, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 52, en referencia a las tesis de Lord Devlin.

(446) En sentido similar, afirma HORMAZÁBAL, *Bien jurídico*, p. 99, respecto a la postura de Talcott Parsons, que el criterio para el fundamento de las normas «no se trata de una moralidad en abstracto [que sería la *Moralität* kantiana], sino de comparar un determinado sistema moral referido al “statu quo” a partir del cual se determina lo que es contrario o conforme al orden establecido».

(447) MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, p. 95. Crítico con ese irracionalismo y con el «telos místico» de la comunidad, NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 167

(448) RAWLS, *Consenso por superposición*, p. 71, nota 17. En el mismo sentido, afirma FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 50, en oposición a las tesis hegelianas, que solo «la separación entre Estado y comunidad protege la libertad subjetiva de las

c) *Sociedad y Estado. El problema de la estabilidad*

El establecimiento de la moral positiva, del conjunto de valoraciones morales y de vínculos afectivos y tradiciones que aglutinan la identidad de la comunidad, como criterio rector de las convicciones privadas y la actuación pública de sus miembros, elevándose así a normas jurídicas, viene dado por el fin que la tesis comunitarista atribuye a la política. A diferencia del liberalismo, para quien el Derecho y el Estado han de limitarse a procurar las condiciones de justicia –libertad e igualdad– para que cada ciudadano desarrolle a su antojo sus inclinaciones y metas privadas, los comunitaristas conciben la política como una prolongación funcional de la moral privada: los poderes públicos han de fomentar una línea uniforme de actuación colectiva basada en las ataduras morales que vinculan a los ciudadanos, con la finalidad última de perpetuar el *ethos* comunitario y «patriótico» –siempre en el sentido citado– y de la estabilidad de la identidad común. Como puede apreciarse, estamos ante los mismos presupuestos que los de la «tesis de la desintegración» de Devlin o Durkheim, según la cual la moral colectiva es la sustancia esencial que aglutina los lazos de la comunidad, por lo que toda desviación manifestada de la misma amenaza, siquiera potencialmente, con su desintegración. Por ello, dado el hecho de que sólo la vida dentro de la comunidad permite la convivencia y el desarrollo de la vida moral (449), el Derecho debe erigirse en factor de integración y socialización colectiva, aunando las conciencias en las concepciones compartidas del bien (450). Por ello, y como ya se dijo, lo relevante no es la corrección valorativa de las convicciones morales compartidas, sino el mero hecho de que sean compartidas por un número suficiente de individuos (451). Recuérdese que la defensa de Devlin de la crimi-

---

personas como sujetos de Derecho y les posibilita participar, como ciudadanos, en el proyecto común de la justicia política». Cfr. también GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 57: «El peligro de la consunción del individuo por el colectivo es la sombra inherente a toda forma de comunitarización»; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 184: «En las sociedades cerradas... la libertad individual está subordinada a coacciones colectivas.»

(449) Así también TAYLOR, *Atomismo*, p. 110. En sentido similar SANDEL, *Die verfahrensrechtliche Republik*, pp. 30 y ss.; MACINTYRE, *Ist Patriotismus eine Tugend?*, pp. 94 y ss.

(450) Vid. GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 52: «El “bien” se localiza, así, en la propia comunitarización [*Vergemeinschaftung*] de los individuos, por lo que esa comunitarización se erige en fin en sí mismo» del Derecho.

(451) Crítica con el relativismo valorativo a que ello lleva, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 111 a 114.

nalización de la homosexualidad no venía dada por consideraciones sobre la inmoralidad intrínseca a dicha práctica sexual, sino en primer lugar por el hecho de que la misma era de facto considerada inmoral por las sociedades occidentales de tradición cristiana (452).

Y si los criterios de creación del Derecho parten del mismo núcleo que los que vimos eran característicos de penalistas que adjetivamos como «comunitaristas» y que introducimos en alguna de las comprensiones de la prevención general positiva, la comprensión de la aplicación del Derecho en un Estado comunitarista expuesta por Gutmann recuerda extraordinariamente, asimismo, a las teorías de la prevención general ético-social y de integración. Afirma, así, este autor que en el comunitarismo el Derecho es medio por excelencia para la integración colectiva, el cual, dado que dicho proceso viene realizado a través de la moralización, pierde su carácter de sistema normativo diferenciado y formalizado y tiende a ocupar los mismos procesos psico-sociales que otros medios espontáneos de control social, en detrimento de la seguridad jurídica. La integración y cohesión social, con la aplicación de la sanción penal, es llevada a cabo, entonces, por medio de la reafirmación de la moral y de la tradición, y por la estabilización de los afectos y emociones, a partir de una escenificación simbólica de exclusión del delincuente de la comunidad (453).

Dicha semejanza no puede extrañar, por el hecho de que el concepto de sociedad del que parte el comunitarismo es idéntico al mantenido, por ejemplo, por Durkheim según su «solidaridad mecánica». Al igual que este autor, y que Tönnies respecto de su modelo de «comunidad», los comunitaristas actuales asumen una concepción organicista del entramado social, entendiendo la comunidad, según críticamente afirma Forst, como «un macrosujeto orgánico y homogéneo, conformado en torno a valores, en el cual rige una identidad entre lo individual y lo colectivo» (454). Como he mencionado anteriormente, algunos representantes de esta corriente pretenden erigir en criterio de la convivencia y de lo político concepciones premodernas y superadas de lo social, auspiciando comunidades homogéneas y cerradas, en las que una idílica identificación en torno a un redu-

---

(452) Merece destacarse que Sandel, relevante autor comunitarista, ha defendido también la criminalización de la homosexualidad por muy similares motivos. Cfr. sobre ello, críticamente, GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 59.

(453) GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, pp. 56, 58 y 60.

(454) FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 40. También, THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 159, afirmando que el holismo sociológico alienta la legitimación de lo dado y la ausencia de toda oposición crítica.

cido conjunto de convicciones impediría la aparición de conflictos intersubjetivos y haría superflua la necesidad de acuerdos sobre principios de justicia (455). Así, mientras para el liberalismo el desarrollo de propuestas morales diversas y el grado de pluralismo alcanzado en las sociedades modernas es, no sólo un hecho indudable, sino un factor positivo y enriquecedor que debe ser respetado y alentado, el diagnóstico comunitarista del pluralismo arroja una imagen caótica y desolada de la realidad (456). Desde estas posiciones se sostiene que la pérdida de un horizonte valorativo común y la descomposición moral producida por las teorías éticas heredadas de la modernidad, ha generado un fenómeno de anomia y decadencia social, y la desintegración de un proyecto moral y político compartido, que permitía la motivación de las conductas bajo la conciencia de pertenencia a un mismo suelo, y ha convertido la articulación de los vínculos sociales en un cúmulo de individuos atomizados, movidos sólo en atención a su propio interés individual y huérfanos de una referencia unitaria (457). Según esta postura, los intentos actuales de elaborar una ética y una política basada en principios deontológicos y abstractos de justicia bajo condiciones de imparcialidad, desde los que lo correcto es prioritario a lo bueno, no son más que la crónica de un fracaso anunciado ya desde la Ilustración. Por un lado, dichos principios son demasiado abstractos y generales para encontrar una identificación y un compromiso por parte de los ciudadanos; por otro lado, los derechos individuales no pueden anteponerse de forma absoluta al bien común. Por el contrario, sólo una comunidad política basada en concepciones fuertes y densas de lo bueno, heredadas de una tradición y que aúnen las voluntades en un *telos* colectivo, al modo de la *polis* aristotélica, pueden devolver a los ciudadanos un sentido de pertenencia y despertar la conciencia de

---

(455) Expresamente, Sandel persigue llegar al establecimiento de una comunidad moral en la que se pueda «abandonar la justicia como inútil, sustituyendo su lugar por virtudes más nobles» (citado por GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 53). Cfr. además, CORTINA, *Ética sin moral*, p. 129 y ss. Críticamente, también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 169; THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, p. 161; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, pp 40 y 165; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 244. Recuérdese que la misma crítica era dirigida por Dahrendorf a Tönnies.

(456) Sobre todo ello, *vid.* THIEBAUT, *Vindicación del ciudadano*, pp. 51 y ss. También NINO, *Ética y derechos humanos*, pp. 193-194, citando las tesis de Bloom.

(457) Así, WALZER, *Die kommunitaristische Kritik*, pp. 160-161. Dicho diagnóstico de la actualidad es especialmente mantenido por MacIntyre, en su obra *Tras la virtud*. Una exposición de su postura puede verse en THIEBAUT, *Los límites de la comunidad*, pp. 103 y ss.; MULHALL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, pp.109 y ss.

actuación a partir de virtudes y hábitos altruistas, y no egoístas, respecto del bien común. Así, frente a la “enfermedad” del pluralismo, algunos comunitaristas optan por la terapia del retorno a la comunidad premoderna, en la cual la cooperación social y el respeto a las leyes no se basaría en razones de beneficio y satisfacción mutua, sino en la identificación moral con un bien común y con la organización política conformada y dirigida a tenor del mismo, entendida al modo del Estado ético hegeliano, el cual no aparece constituido por la autonomía y el interés de los individuos, sino que, por contra, es *constitutivo* de dicha autonomía e intereses (458). La integridad de la comunidad, conformada en torno a los valores y convicciones que constituyen moral y políticamente a los individuos, debe ser el primer bien a proteger, al cual deben supeditarse los derechos individuales cuando entren en conflicto con la misma (459).

Pero dicho retorno a la comunidad, sugerido como remedio a la descomposición moral y cultural, resulta contrario a la realidad y es, por ello, reaccionario. Como ya fue dicho, las sociedades actuales están surcadas por diversas e irreconciliables concepciones del bien, por diversas comunidades morales, por lo que la búsqueda de esa homogeneidad perdida sólo puede realizarse a costa de la opresión y de la vulneración sistemática de la autonomía individual. El liberalismo es, en gran medida, una consecuencia del pluralismo, por lo que sólo sus tesis políticas están capacitadas para acoger la complejidad de las sociedades actuales. En cualquier caso, si el medio de curación propuesto por los comunitaristas se demuestra inviable, el diagnóstico, despojado de su retórica apocalíptica, parece revelarse bastante contundente respecto de la estabilidad fáctica del proyecto liberal. ¿Cómo puede mantenerse la estabilidad política —el respeto a las normas y a los principios de justicia consensualmente acordados— en una sociedad que se constituye sobre seres puramente autointeresados, dispuestos siempre a hacer prevalecer su propio interés personal frente a necesidades del bien común, entre los que no existen otros vínculos que el reconocimiento formal y contingente de una

---

(458) Sobre las diferencias entre la concepción de Estado en liberales y hegelianos, cfr. RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, pp. 55 y ss. Desde el ámbito sociológico, cfr. la oposición de WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 69 y ss., entre los modelos de relación social *Vergemeinschaftung* y *Vergesellschaftung*.

(459) Un análisis similar en GUTMANN, T., *Kommunitaristischen Rechtsbegriff*, p. 39 y *passim*; BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 29 y ss. y 253 y ss. Vid. también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 142: «La comunidad... no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos.»



mutua autonomía y libertad? Se afirma, así, que una sociedad y un orden político construido sobre semejantes pilares, sin un sentido patriótico de pertenencia a un proyecto común sobre el cual orientar la vida pública y, por tanto, sin una lealtad incondicionada a la comunidad y sin una disposición al sacrificio de intereses individuales en aras del bien común, están condenados a su desintegración.

Resulta indudable que, en un nivel teórico, una organización social y política como la liberal, basada en el interés racional y emancipado de los individuos, en la pluralidad de las convicciones morales y en la legitimación del poder público condicionada al respeto efectivo y permanente de los principios de justicia, la estabilidad se presenta más precaria y débil que en una (hipotética) comunidad homogénea en la que entre el individuo, la sociedad y el Estado existe una unidad valorativa y una identidad uniforme (460). No hay duda de que modelo hobbesiano del hombre económico, como individuo únicamente interesado en la satisfacción *inmediata* de sus intereses, no es válido para explicar el establecimiento de un orden estable. Pero ese hecho es generalmente asumido por los propios liberales. Ya vimos que Rawls concebía a la persona como poseedor de dos facultades: no sólo la facultad de ser racional –de perseguir sus propios fines–, sino también la facultad de ser razonable, como cierta capacidad y disposición hacia la cooperación justa por parte de los individuos. Y dicha facultad de cooperación, consecuencia de la autonomía política, es entendida por el liberalismo actual también como un factor de estabilidad, siendo elevada al mismo grado de importancia que la facultad de lo racional (461). La persona, entonces, no sólo es considerada un maximizador de intereses personales a corto plazo, sino también, si se quiere llamar así, un *hombre político*, un ciudadano consciente y responsable de sus deberes públicos. Se afirma, así, que la justificación política rawlsiana no se basa en «egoístas racionales», sino en «personas racionalmente éticas», los cuales se reconocen mutuamente como ciudadanos libres e iguales y asumen con ello que las instituciones políticas deben proteger de forma equitativa los intereses de todos los ciudadanos (462). El Estado no es, entonces, un fin en sí mismo, pero tampoco es un mero medio; en el liberalismo democrático el Estado *legítimo* es un bien público, social, el cual ha de ser mantenido y desarrollado por todos los ciu-

---

(460) Cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 191 y ss.

(461) NAGEL, *Conflicto moral*, p. 91. En el mismo sentido, FORST, *Kommunitarismus und Liberalismus*, p. 198.

(462) Así, HINSCH, *Einleitung*, p. 17.

dadanos responsablemente, siempre que el Estado cumpla con sus exigencias de justicia (463). Por ello, también en una sociedad liberal y democrática, los ciudadanos poseen ciertas «virtudes políticas», pero éstas, a diferencia del comunitarismo, no están basadas en vinculaciones morales fuertes e irrazonadas respecto del *ethos* de la comunidad concreta, sino que responden a presupuestos universalistas, basadas en el reconocimiento mutuo de autonomía como *personas*, y no como miembros de una comunidad concreta. Y estas virtudes partirían de la facultad de lo razonable, y serían las de la cooperación social, de la tolerancia recíproca y de un sentido desarrollado de la justicia, así como en la disposición de los ciudadanos a justificar sus argumentos por medio de la razón y no de la fuerza, en el marco del discurso político público (464).

No obstante, esa virtud de lo razonable no hace perder al individuo el carácter de racional, de autointeresado (465), convirtiéndole en un ser altruista y desinteresado, que sacrifique su libertad individual en aras de una voluntad general; por el contrario, la razón de ser de la cooperación y el entendimiento radica precisamente en la posibilidad de alcanzar un orden superior de estabilidad en el cual cada uno pueda satisfacer sus propios intereses pacíficamente, con la *confianza* de que terceras personas no atentarán contra los mismos, puesto que podrán obtener, a su vez, la satisfacción de sus propios

---

(463) Cfr., por ejemplo, FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, p. 178; BAURMANN, *Der Markt der Tugend*, pp. 655 y ss.

(464) FORST, *Kommunitarismus und Liberalismus*, pp. 198-199.

(465) En este sentido debe entenderse la noción de «persona racionalmente ética» citada más arriba: la facultad ética —que quizá, para resaltar su connotación pública, haríamos mejor en denominar «política»—, no responde al modelo del imperativo categórico, incondicionado, sino al de un imperativo hipotético, condicionado por tanto a determinadas circunstancias exteriores a su voluntad, como a continuación se expone. Sobre esa concepción de ser «moral», cfr., por ejemplo, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 112: «La cooperación requiere alguna forma de restricción real. Si consideramos que la moralidad tiene que ver con la disposición a cooperar, entonces la moralidad será (o al menos incluirá) aquella parte de la teoría de la decisión racional que se ocupa de la formulación de principios para la interacción cooperativa». Conviene destacar que la concepción de lo «razonable» de la que me sirvo, si bien no tanto del primer Rawls, dista en alguna medida de la concepción mantenida en la actualidad por este autor, quien en dicha capacidad de los sujetos acentúa el carácter moral de la acción —brevemente: *pacta sunt servanda*—. Frente a ello, me aproximo quizá más a la postura de Gauthier, quien, sin negar dicha tendencia a la cooperación en condiciones de equitatividad, pretende fusionar moralidad y racionalidad: los sujetos cumplen los pactos establecidos, es decir, actúan moralmente, *porque* es racional actuar así. Sobre diferencias entre Rawls y Gauthier en este punto, puede verse ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), pp. 50-51.

intereses (466). Ello implica que el que los demás obtengan sus intereses forma parte de lo deseable para *Ego*, puesto que ello revertirá en la satisfacción de los suyos (467), de igual modo que lo será el respeto al principio de igualdad en la distribución de cargas y beneficios, puesto que ello evitaría conductas egoístas a corto plazo (468); pero implica también que, dado que la disposición a la cooperación sólo tendrá sentido para *Ego* si ello viene a redundar en la satisfacción de sus intereses a más largo plazo, requisito para dicha cooperación habrá de ser, de una parte, la expectativa de que los demás individuos con quienes *Ego* interactúa en la cooperación serán, a su vez, razonables (469); de otra, que el Estado no vulnere las exigencias de justicia. Es decir: que ninguno de los participantes en el pacto quebrante las reglas del juego (470). En suma, la cooperación, y el Estado, es un bien social de orden superior, pero su calidad de bien y, por tanto, su pretensión de respeto y legitimidad, vendrá siempre condicionado por la sumisión de su actuación a los términos de la justicia: libertad e igualdad.

Y es dado el presupuesto de la satisfacción de los intereses privados como exigencia previa para la cooperación, por lo que la expectativa de que los ciudadanos acomodarán su conducta a las normas bajo criterios de razonabilidad no aparezca muy sólida desde los pro-

---

(466) Conviene resaltar que la noción de racional y *autointeresado* en Rawls excluye expresamente la "envidia". Cfr., sobre ello, RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 585 y ss. Sobre la relevancia de la ausencia de envidia en la racionalidad de la cooperación, cfr. AXELROD, *La evolución de la cooperación*, pp. 110 y ss. La idea de la cooperación como fruto del interés aparece claramente expuesta en GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 107, quien, tras una serie de análisis basados en el dilema del prisionero, concluye que «idealmente, un individuo cuyo objetivo es egoísta (que le vaya lo mejor posible), debe esperar que le vaya mejor como cooperador que como egoísta».

(467) GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106.

(468) GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 114.

(469) Por el momento, cfr. sólo RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376, y GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 113: El cooperador «debe pensar no sólo en sí mismo, sino en todos los demás: dado que su adhesión al principio va a quedar condicionada a sus expectativas sobre la adhesión de los demás, debe esperar que ellos también estén convencidos de su aceptabilidad».

(470) Por todos, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 223 y ss., y *passim*, quien desarrolla, dentro de la sociología, un modelo de sociedad liberal que, permaneciendo dentro de los límites del individuo autointeresado, esté basado en una cooperación estable entre individuos racionales complejos capaces de cooperación colectiva mutuamente beneficiosa. Posteriormente se incidirá en ambos modelos de racionalidad, así como en las condiciones de cooperación, al aplicar estos criterios como motivos para la acción respecto del acatamiento de las normas penales.

pios presupuestos liberales. Y ello porque esa disposición a la cooperación puede verse truncada con facilidad por la persecución del interés inmediato. No en vano, un problema importante al que se enfrenta la teoría liberal es la posibilidad de lidiar con la figura del *free rider*, del sujeto que se sirve de la cooperación de los demás para no cooperar él y, aprovechándose de las condiciones de estabilidad, obtener a su costa sus propios intereses (471). Expresado de otra forma, la tendencia cooperativa de lo razonable corre siempre el riesgo de verse anulada por la inercia egoísta de lo racional. Una de las consecuencias de este hecho es especialmente relevante para el Derecho penal: la necesidad de establecer medios coercitivos para motivar coactivamente a comportamientos acordes a las reglas de cooperación a quienes no estén dispuestos voluntariamente a ello (472). Es indudable, como se dijo, que en una comunidad tejida en torno a valoraciones y afectos «densos» constitutivos de la personalidad moral de las personas —una comunidad religiosa, por ejemplo—, las expectativas de que los demás acomodarán su conducta a las disposiciones morales o religiosas que rigen la convivencia serán mucho más seguras. De hecho, podría afirmarse que en dichas comunidades los principios de la justicia e incluso un Derecho coercitivo ocuparían un lugar secundario, puesto que no sería tan necesaria su aplicación. Pero dichas comunidades son utópicas, y más bien propias de una utopía negativa, ya que, dado el hecho del pluralismo y la multiplicidad de fines e intereses personales existente en las sociedades actuales, el intento de establecer dichas comunidades llevaría a procesos de «comunitarización» forzada y de exclusión —simbólica o real— de los disidentes. Es desde dicho pluralismo —el cual es, inevitablemente, factor de inestabilidad— por el que se hace preciso el acuerdo sobre reglas justas de juego que todos puedan acatar, lo que sólo puede venir dado a través de apelar a la elección racional de los individuos. Sólo los principios del liberalismo: autonomía, cooperación racional y tolerancia, están en disposición de compatibilizar el pluralismo y complejidad de las sociedades actuales con la siempre difícil aspiración a la estabilidad.

Es importante resaltar, por último, un elemento más que marca notables diferencias en relación a la forma en que comunitaristas y liberales persiguen la estabilidad del orden social y jurídico. Y este

---

(471) Sobre esa figura, cfr., entre otros, ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), p. 56 (empleando el término de «polizón»); GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 90 y ss.; WITTIG, *ZStW* 107 (1995), p. 263 («Schwarzfahrer»).

(472) Así, por ejemplo, RAWLS, *Der Bereich des Politischen*, p. 351.

radica en el ámbito de los *límites* a que ha de estar sometida la labor coactiva del Estado. Así, mientras en el comunitarismo la prioridad del bien común puede permitir la vulneración de principios individuales en aras de la integración social, la prioridad de los derechos individuales –de esos «derechos de defensa»– en el liberalismo excluye toda posibilidad de funcionalización de los mismos con vistas a satisfacer supuestos intereses colectivos. Es indudable que en muchas ocasiones intereses colectivos e intereses individuales concurrirán en una situación de conflicto –como muestra el clásico binomio prevención/garantías en el ámbito de la pena–, y que dar prioridad a los primeros sobre los segundos coadyuvará a cohesionar los vínculos de la comunidad y, por tanto, a su estabilización. La menor capacidad del liberalismo en materia de estabilidad del orden social viene precisamente debida al escrupuloso respeto a los derechos individuales; a que, en situaciones de esa índole, no resultará justificado el sacrificio de los mismos para obtener una mayor estabilidad valorativa o emocional del colectivo. A diferencia del comunitarismo, en un sistema político liberal la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio. No obstante, es preciso plantearse si esa estabilización emocional coyuntural no se convertirá, a más largo plazo, en factor de inestabilidad. Con ocasión de la crítica a las teorías de la prevención general positiva, sobre la que a continuación me ocupo, se incidirá en estas cuestiones.

## 2. Los fines del Derecho penal desde el liberalismo político

### A. PRESUPUESTOS DE UN DERECHO PENAL LIBERAL. CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Tras la exposición anterior de algunos puntos esenciales del debate entre comunitaristas y liberales podría quizá establecerse una caracterización más nítida de las teorías de la pena y del Derecho penal reconducibles a presupuestos comunitaristas o, al menos, que responden a planteamientos no liberales, ya por los fines inmediatos o mediatos que persigue la pena y el Derecho penal, ya por los medios articulados para ello. En este sentido, la misión ético-social y la del fin de integración pueden contemplarse desde una misma perspectiva crítica: ambas concepciones tienen su origen en una similar comprensión de la sociedad como un todo orgánico cohesionado en torno a valores, desde la cual el Estado es una prolongación funcional de la comunidad en orden al mantenimiento de la estabilidad moral y afectiva del grupo, requisito imprescindible –según la tesis

de la desintegración comunitarista— para el mantenimiento y pervivencia sin fisuras de la propia comunidad. El orden normativo del Derecho penal es concebido como extensión del sustrato valorativo que otorga identidad a la comunidad, por lo que la relación de los miembros de la misma con las normas no ha de ser sólo de respeto externo, sino que ha de estar basado en una identificación interna; a los destinatarios de las normas no se les exige ordenar sus acciones de manera acorde con los mandatos jurídicos, sino que se pretende generar una actitud de fidelidad, conformando el fuero interno de los ciudadanos de acuerdo a los valores plasmados en las normas.

El empleo del *ius puniendi* como instrumento estabilizador de la conciencia colectiva aparece de la forma más nítida en el llamado fin de integración. En él, como vimos, se pretende crear un estado, un clima de identificación colectiva a partir del rechazo al disidente, aunando los afectos irracionales por medio de la satisfacción de los instintos de cólera y venganza motivados por la acción perturbadora de la estabilidad. El delincuente es empleado, así, como chivo expiatorio, siendo excluido simbólicamente de la comunidad. La integración de la conciencia colectiva se produce, entonces, a través de un proceso de identificación/exclusión, por medio del cual la comunidad refuerza sus lazos de pertenencia a través de la estigmatización del delincuente y su distanciamiento simbólico del grupo (473), funcionalizándose, en suma, los derechos individuales del delincuente en aras del bien colectivo de la estabilización moral y afectiva del grupo. Ello conllevará también notables consecuencias respecto de la distribución de la pena a imponer, pero antes de entrar en esa cuestión, conviene resaltar algunas paradojas a que se ve enfrentada esta teoría. Ya vimos que la misma es, en gran medida, heredera del funcionalismo sociológico de Durkheim, desde el cual, y como tal sociología, el delito no era tanto contemplado como una acción prohibida, por ser lesiva para intereses individuales, sino como un mero fenómeno social más, relevante en función de su influencia en la colectividad como conjunto. Desde esa comprensión, el delito, como acción que perturba el estado de la conciencia colectiva, es concebido, en realidad, como un fenómeno funcional, ya que la indignación y la «cólera pública» que genera crea procesos de identificación colectiva y de cohesión en torno a dichos sentimientos irracionales, procesos tras los que, con la canalización de los sentimientos de venganza en el castigo, la cohesión e integración de la comunidad se verá más reforzada que antes del acaecimiento del delito. El delito es un fenó-

---

(473) En el mismo sentido, NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 103-104.

meno normal de todas las sociedades, porque sin la existencia del delito la misma sociedad se disgregaría, afirma Durkheim (474). En este sentido, las teorías que dan prioridad valorativa a la estabilización del colectivo sobre los intereses individuales, en las que, por tanto, el delito no será lesión de un bien jurídico, sino antes perturbación del clima emotivo o moral, se ven enfrentadas a asumir el delito como algo cuya existencia no es en sí negativa, a pesar de que suponga una lesión para importantes derechos subjetivos (475). La segunda paradoja a que se enfrenta esta comprensión de la pena es que, siguiendo su lógica argumental, llevaría a una imparable escalada punitiva, a un derecho penal máximo. Según presupuestos de psicología profunda, de los que se parte, para que se dé la producción en las conciencias de los individuos de esas tendencias agresivas y de indignación y venganza hacia el delincuente, la acción delictiva cometida debe estar asumida por los ciudadanos como un tabú. Entonces, la «tabuización» por medio del Derecho penal de conductas que no han sido internalizadas por otros medios de control social terminaría por generar la creación de necesidades de venganza no existentes previamente, ya que al proscribir la conducta como tabú se asentaría el instinto de agresión respecto de su vulneración (476). Baste el fenómeno de demonización de las drogas ilícitas para corroborar ese hecho. Puede decirse, así, desde la propia argumentación psicoanalítica, que «la moralización engendra violencia». Un Derecho penal que responda a esos presupuestos llevaría, como digo, a una concepción máxima del mismo, operando como un instrumento de progresiva creación/satisfacción de necesidades de venganza.

Ya vimos que característico de las teorías de ascendencia comunitarista (477), en las cuales la estabilización del orden social es realizada a través de la confusión del Derecho y la moral –tanto en relación a la creación de normas, como a los procesos psico-sociales de motivación a las mismas– y de la supeditación de los intereses individuales –en este caso, del delincuente– a la integración de la conciencia colectiva por medio de la satisfacción de pulsiones emoti-

---

(474) Sobre el carácter funcional del delito en la concepción de Durkheim, puede verse, GEPHART, *Strafe und Verbrechen*, pp. 63 y ss.; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, pp. 109 y ss.

(475) En sentido similar, KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 29; NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 122.

(476) En sentido similar, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 44.

(477) La relación entre los postulados de Durkheim y el comunitarismo, por lo demás evidente, es puesta de manifiesto por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 229 y ss.

vas, era la asimilación funcional del Derecho con otros medios informales de control social. Ello, que tiene lugar de manera evidente en estas concepciones del *ius puniendi*, que entienden el Derecho como un instrumento de educación moral colectiva, genera una conversión de lo que, en terminología de Merton, son funciones manifiestas en funciones latentes. Característico de las primeras es que son efectos buscados expresamente a partir de la decisión intencional de un agente y que responden, por ello, a procesos cognitivos racionales y, por tanto, intersubjetivamente comprensibles y susceptibles de diálogo y aceptación por parte de los afectados; por el contrario, las funciones latentes se configuran como la producción de ciertos fenómenos que asimismo son, dentro del funcionalismo en el que esta distinción surge, funcionales a la estabilidad del sistema, pero que sin embargo se producen sin la intervención intencional de un agente por medio de procesos cognitivos espontáneos, que operan normalmente a un nivel inconsciente, los cuales no son perseguidos o reconocidos instrumentalmente, por lo que carecen de la base de racionalidad necesaria para ser sometidos a discusión pública e intersubjetiva (478). Con la conversión de lo que son funciones latentes en funciones manifiestas, es decir, con la decisión normativa de perseguir instrumentalmente la producción de esos mecanismos inconscientes, se asumen dichos fenómenos incontrolados e informalizados como criterios legitimadores de la pena. Tal como ocurre con la teoría del fin de integración, ello lleva a hacer perder el carácter formalizado y diferenciado de otros medios de control que caracteriza al Derecho, y a dotarlo de una peligrosa carga de irracionalidad que opera en serio detrimento de la seguridad jurídica y del respeto de las garantías individuales (479). Como respecto de estas teorías se ha afirmado, las mismas no son sino una «racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales» (480), lo

---

(478) Sobre ello, puede cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 122; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 220-221.

(479) El carácter de medio *formalizado* de control social ha sido especialmente destacado por HASSEMER, *Einführung*, p. 294; el mismo, *Fines de la pena*, pp. 134 y ss., HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 113 y ss. Crítico con dicha igualación funcional del Derecho penal con otros medios del control social se ha mostrado, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 229 y nota 206, quien ha resaltado la precarización de las garantías individuales a que ello conlleva, afirmando, siguiendo a Naucke, que «cuanto más en relación se ponen Derecho penal y mecanismos del control social, más peligro corre la formalización, esto es, las garantías individuales».

(480) LUZÓN PEÑA, *Prevención general y psicoanálisis*, p. 153. Crítico también con el fin de integración, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 235



que vulnera el principio de autonomía política, y pervierte la idea de un Derecho penal democrático, que debe su legitimidad a la aceptación racional por sus destinatarios, degenerando en un Derecho autoritario y tecnocrático. Como tuvimos ocasión de ver, una diferencia esencial entre el liberalismo y el comunitarismo era que en el primero, el mandato de la autonomía política exigía que el ordenamiento jurídico, tanto sus normas como sus medios, fuera susceptible de reconocimiento por el acuerdo de todos los intervinientes en el tráfico jurídico-social, para lo que era preciso que el Derecho estuviera asentado en presupuestos racionales y respondiera a los intereses de los ciudadanos; en cambio, en la propuesta comunitarista o, más general, en toda concepción organicista, el Derecho encontraba su fuente de creación y, por ello, de legitimación, en la identidad colectiva de la comunidad, basada en los valores morales *de facto* vigentes en la misma, lo que llevaba a un proceso de fundamentación basado en presupuestos irracionales, no susceptibles de ser sometidos a la reflexión crítica de los individuos. Pues bien, dicha oposición racional/irracional puede también trasladarse al ámbito de los efectos de la sanción. En este sentido, se ha afirmado que estas concepciones de la prevención general positiva, las cuales responden a la asunción como *deber ser*, es decir, como fin legítimo de la pena, de procesos irracionales de socialización colectiva, deberían permanecer, para ser efectivas, como «teorías secretas», puesto que los procedimientos empleados por las mismas no serían aceptados racionalmente por los ciudadanos (481). Desde un principio democrático, debe resaltarse que una «política criminal orientada a la legitimación debería ir tendencialmente dirigida a la aminoración de dicha irracionalidad, en vez de a reforzar aún más la neurosis colectiva» (482).

Y similares objeciones pueden emitirse respecto de la función ético-social. Según la interpretación aquí realizada de la teoría de Welzel y H. Mayer, el origen de la misma radicaría en los presupuestos filosófico-políticos que caracterizan la concepción comunitarista de la sociedad y el Estado, especialmente a partir de su ascendencia hegeliana, desde cuyos presupuestos puede adquirir la misión ético-social su coherencia y legitimación interna. Así, las normas jurídicas supondrían la plasmación institucionalizada de los valores que dan

---

(481) Así, BOCK, ZStW 103 (1991), p. 653, en especial respecto de la concepción de la culpabilidad de Jakobs; en el mismo sentido, HÖRNLE/VON HIRSCH, GA 1995, p. 268.

(482) BÖLLINGER, KrimJ 1, 1987, pp. 33 y ss.

identidad a la comunidad, en los cuales habrían de identificarse los miembros de la misma y por lo que, dada además su legitimidad *a priori* como emanación del Espíritu objetivo, el Derecho se vería legitimado para «configurar las costumbres», para conformar las conciencias individuales en torno a esos valores, exigiendo actitudes de fidelidad –entendida como vinculación interna– a las normas, puesto que los ciudadanos, como miembros de la comunidad, han de identificarse moralmente con esas normas. Esta tesis, que es la que puede explicar el origen político de dicha concepción del Derecho penal, parecería verse, no obstante, desmentida por la interpretación posterior de la concepción welzeliana, y quizá por el propio Welzel, quien, oscilando, como se sabe, entre la influencia de la ideología alemana de los años treinta y el giro que en la concepción política de aquel país supuso la Constitución de Bonn, asumió la protección de los valores de la actitud ético-social no sólo dirigido al fin de la pervivencia histórica de la comunidad, sino como un medio más efectivo para la protección de bienes jurídicos. De esta forma, lo que en un origen aparecía como una concepción dirigida a fines inspirados en determinadas premisas filosófico-políticas pasó a entenderse desde una óptica instrumental, orientado el fin ético-social hacia la efectividad de fines en principio extraños a dichas premisas. Desde esta comprensión, apenas se distinguirían, en cuanto a los medios empleados, la función ético-social de la concepción psicoanalítica de la prevención de intimidación, en tanto en cuanto ambas persiguen la internalización de los valores que se hallan tras las normas jurídicas, la conformación del super yo, en términos psicoanalíticos, con el fin de una más efectiva evitación de conductas delictivas (483). Asumiendo de esta forma el fin ético-social, su crítica, al menos en relación al fin último, ya no podría reconducirse a los fines políticos del comunitarismo, pero sí puede realizarse desde premisas liberales,

---

(483) En todo caso, una diferencia importante, reconducible, a mi juicio, al diverso origen de ambas teorías, es que, mientras la prevención de intimidación psicoanalítica pone el acento preventivo en la amenaza de pena, orientada a *crear* instancias morales de obediencia, la concepción welzeliana otorga mayor peso a la retribución, precisamente por asumir que esa conciencia de fidelidad, esa identificación moral entre los miembros de la comunidad y el Estado, al modo de Hegel, existe ya de hecho en la colectividad, por lo que la pena impuesta proveerá, dado su carácter reactivo, al mantenimiento o *reafirmación* de la vigencia de esos valores. Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pp. 241-242: «Las teorías de la prevención general ven el efecto principal de la pena y, con ello, su función principal, en el influjo psicológico sobre la colectividad para la contención del delito (intimidación); ahora bien, en la medida en que, a propósito de ese influjo, se piense en la conformación y fortalecimiento del juicio ético, se trata de un efecto de la retribución justa y sólo de la retribución justa.»

puesto que, en cualquier caso, opera, tanto dicha teoría como la prevención de intimidación psicoanalítica, con los mismos medios y argumentaciones antiliberales de dicha teoría política –si bien, insisto, motivados por diferentes presupuestos: la primera en la filosofía política de corte hegeliana y la segunda en una racionalidad consecuencialista puramente pragmática–. En primer lugar, en ambas la supuesta mayor efectividad de la evitación de delitos se realiza a costa de la vulneración del ámbito de autonomía privada de los ciudadanos, al buscar no sólo un respeto externo a la norma, sino asimismo la internalización de las pautas valorativas de las normas y la consiguiente conformación del fuero interno. Y el carácter irracional que resulta de la equivalencia funcional del Derecho con otros medios de control social se traslada asimismo a la relación entre las normas y sus destinatarios, quebrantando el principio liberal que exige que el Derecho legítimo, en palabras de Habermas, sea «compatible con un modo de coerción jurídica que no destruya los motivos racionales de obediencia al Derecho» (484), limitándose a buscar, como ya se ha reiterado, una aceptación externa a las prescripciones jurídicas, y no fomentando actitudes de adhesión interna (485), estrategia que no puede sino calificarse de autoritaria e ilegítima. El tras-

---

(484) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 187. Crítico con ese carácter irracional, entre otros, ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos*, p. 78, destacando, por contra, la premisa de racionalidad implícita en la prevención de intimidación clásica.

(485) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 303: «Personalmente, estimo inconcebible que el Estado democrático acepte de buen grado que las normas penales se tomen como baremo de definición del ámbito ético y de lo antiético. El Derecho penal debe conformarse con proteger los bienes jurídicos mediante un respeto neutro a los principios sostenidos por él, sin tratar de fomentar fenómenos de adhesión personal». Contra la concepción del Derecho penal como factor de socialización y fortalecedor de actitudes éticas, se han manifestado asimismo ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 12; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, p. 278; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 122; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva*, p. 63; MIR PUIG, *Función fundamentadora*, p. 132; GARCÍA PABLOS, *Introducción*, p. 48: «¡Nada más peligroso... que confundir las fronteras del Derecho y la Moral, pretendiendo que el primero se convierta en reclamo de actitudes de adhesión y fidelidad!»; QUINTERO/MORALES/PRATS, DP, p. 88, entre otros. Contradictoria, por otra parte, resulta la opinión de CEREZO MIR, PG I (1997), por cuanto, tras formular la liberal declaración de principios de que «El Derecho penal no puede exigir... la moralidad en su aspecto subjetivo, es decir, *el cumplimiento de sus normas por la conciencia de su contenido valioso*, sino que tiene que conformarse con el acatamiento externo de las mismas aunque se realice por móviles egoístas. La moralidad subjetiva tiene que confiarla necesariamente a la libertad del ciudadano» (pp. 16-17), afirma en la página anterior que «La función jurídico-penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, *el Derecho ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso*, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción» (p. 15). (Cursivas añadidas.)

fondo político de ambas formas de entender la obediencia al Derecho es resaltado claramente desde la filosofía política: «Un régimen de libertad... funda la obediencia en móviles racionales y trata de elevar, en todo caso, los problemas políticos al nivel de la autoconsciencia. El autoritarismo, en cambio, confía en poder ocultar estos problemas en la zona de lo reprimido y promueve una obediencia a la autoridad de forma inconsciente» (486).

En suma, dichas concepciones de la prevención general conllevan la vulneración del respeto a la autonomía de los ciudadanos, tanto en su faceta de autonomía privada –por cuanto lo que se pretende es la internalización de los valores que se hallan tras las normas, la moralización del ciudadano– como en su faceta de autonomía política –por cuanto los mecanismos para esa moralización se basan en fenómenos inconscientes e irracionales, no susceptibles de reflexión crítica y aceptación intersubjetiva por parte de los ciudadanos, autores del Derecho en un Estado democrático–.

Frente a esa concepción, un Derecho penal liberal ha de estar basado en el respeto a dicha autonomía. Ello conlleva, primero, el principio de que el Derecho ha de sostenerse sobre presupuestos racionales, susceptibles entonces de ser sometidos a una discusión intersubjetiva, y, segundo, que el fundamento y los fines del mismo han de poder ser aceptados por todos los afectados. «Para respetar mutuamente nuestra libertad e igualdad como personas razonables y racionales, los ciudadanos de las democracias occidentales no hemos de hacer uso del poder coactivo del Estado contra nuestros conciudadanos excepto cuando quepa razonablemente esperar que lo admitan los sujetos coaccionados» (487).

La génesis de un Derecho penal de esas características podría formularse como sigue. Los coasociados, conscientes de que una libertad ilimitada implicaría a largo plazo la pérdida general de libertad y seguridad, tenderían a una razonable limitación de la propia libertad en aras de establecer los márgenes de libertad que han de ser respetados para que pueda desarrollarse la libertad de todos. Así, la existencia de normas que limitaran la libertad de todos, supondría, desde una ponderación basada en el autointerés, un mayor beneficio que un «estado de naturaleza», que una libertad ilimitada de todos. Indudablemente, para cada individuo lo más *racional* para su interés

---

(486) BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 25-26, siguiendo a Kelsen.

(487) MULLHAL/SWIFT, *El individuo frente a la comunidad*, p. 253. En el mismo sentido, entre otros, CORTINA, *Ética sin moral*, p. 181; RAWLS, *Der Bereich des Politischen*, p. 349.

sería que las normas rigieran sólo para los demás, y que no limitaran su ámbito de libertad (488), pero como ello no sería aceptado por los demás, lo *razonable* para todos, a partir de dicha tendencia al diálogo y a la cooperación, sería el acuerdo de unas normas que limitaran la libertad, siempre que ello revirtiera en un mayor beneficio para todos los participantes, al impedir que los demás vulneraran su ámbito de libertad y, por ello, siempre que esas normas rigieran para todos por igual (489). Pero respecto al acatamiento efectivo de esas normas, no obstante el compromiso implícito del respeto mutuo a la libertad, dicho acuerdo podría no ser por sí mismo suficiente para garantizar una convivencia segura, ya que, desde la perspectiva individual autointeresada, lo *racional* sería vulnerar la norma si ello conlleva un mayor beneficio personal; dado este hecho, el cual es conocido por todos los intervinientes en el pacto –puesto que todos son racionales y saben que los demás lo son– lo *razonable* sería el establecimiento de un sistema de medios coactivos, garante del respeto efectivo de las normas acordadas, que, dentro de unos márgenes mínimos –puesto que a mayor coerción y prevención, mayor pérdida de libertad para todos–, sirviera a dicho fin de protección. En consecuencia, no sería aceptable un fin de retribución, carente de efectos prácticos que beneficien a todos los participantes (490), sino que los coasociados optarían por un fin preventivo-general de la pena, que condicionara ya desde el momento de ir a realizarse las acciones de los ciudadanos, motivación producida por el hecho de que la vulneración de las normas no sería, desde la perspectiva del autointerés, racional (ya que la sanción conllevaría más cargas que beneficios) ni razonable (ya que vulneraría las reglas del juego), y que asegurara, en un grado aceptable, la protección del interés de cada uno frente a los ataques de terceras personas (491). Ello implicaría también que dicho fin de la pena habría de adquirir no sólo un carácter simbólico, sancionador del pacto, sino asimismo un carácter instrumental, dirigido a la efectiva protección de los intereses personales de los individuos.

---

(488) Así, ya BECCARIA, *De los delitos y las penas*, p. 45: «Si fuese posible, cada uno querría que los pactos que vinculan a los otros no nos vinculasen a nosotros»; también BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, p. 124: «El mejor Derecho penal sería para él un Derecho penal que sólo rigiera para los demás».

(489) BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, p. 124.

(490) Así, por todos, BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, pp. 119 y 128.

(491) Así, desde esa perspectiva del acuerdo intersubjetivo, HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 233 y ss.; VANBERG, *Abschreckung*, pp. 11 y 13; KINDHÄUSER, GA 1989, p. 498; BAURMANN, *Strafe im Rechtsaat*, pp. 122 y ss.

En páginas posteriores se intentarán desarrollar estas consideraciones; lo que ahora interesa es resaltar, como líneas generales de un Derecho penal liberal, que ese fin preventivo-general no podría estar basado, entonces, en mecanismos inconscientes e irracionales, ante los cuales no cabría una decisión libre y autónoma respecto del acatamiento de las normas. En suma, dichas funciones latentes quedarían vedadas como fines legítimos de la pena, ya que ni la intromisión en su autonomía privada ni el sometimiento de su libertad al servicio de la satisfacción de deseos irracionales de venganza de la colectividad serían racionalmente aceptados por los coasociados (492).

#### B. PREVENCIÓN Y GARANTÍAS. SOLUCIONES DE SÍNTESIS, SOLUCIONES DE CONFLICTO Y EL DOBLE FIN DEL DERECHO PENAL

Como fue expuesto con anterioridad, lo que caracteriza al liberalismo frente a otro tipo de teorías políticas o éticas, es la prioridad dada a los derechos individuales frente a todo tipo de satisfacción de intereses o fines supraindividuales. Estos Derechos se erigen como una barrera de protección frente a los intereses colectivos y la acción coercitiva del Estado que, a modo de un derecho de defensa, garantiza que principios como el de la dignidad humana o el de autonomía moral no puedan ser supeditados o funcionalizados para el fomento de esos bienes colectivos. Y sobre esos presupuestos ha de analizarse, no sólo los límites a la legitimación de los efectos que sobre la colectividad persigue la pena, sino también la cuestión relativa a la *distribución* de la pena, a la medida de punición necesaria para esa protección de bienes jurídicos y a sus límites materiales; en otras palabras, al conflicto entre prevención y garantías en el marco de la utilización de la sanción penal. En este ámbito, la discusión no enfrenta tanto al liberalismo y al comunitarismo –si bien, no obstante, la persecución de bienes colectivos como la comunidad misma frente a los intereses individuales responde al mismo criterio de racionalidad consecuencialista que el utilitarismo (493)–, sino a la oposición entre liberalismo y utilitarismo. Ya fue mencionado que el utilitarismo está basado en una racionalidad *teleológica*, caracteri-

---

(492) Cfr., por ejemplo, HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 228-300; y BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 121-122 y 129 y ss., en relación a las necesidades irracionales de venganza.

(493) Cfr., por ejemplo, BILBENY, *Política sin Estado*, pp. 81-82, destacando que en los planteamientos autoritarios de Hegel el fin justificará los medios. *Vid.* también NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 212.

zada por derivar el juicio sobre la corrección de una acción en función de la satisfacción del mayor bien para el mayor número; frente a ello, en el liberalismo la fundamentación de principios y normas responde a un carácter *deontológico*, a partir de un acuerdo intersubjetivo basado en la razón práctica de los individuos y de carácter vinculante. Ello guarda relación con los dos criterios de legitimación que vimos en la introducción, la legitimidad instrumental y la legitimación valorativa, en el sentido de que, como afirma Maihofer, mientras la racionalidad instrumental responde a una perspectiva decisoria subjetiva –ya de carácter individual, ya colectiva, como es el caso de la sanción penal–, la racionalidad valorativa viene dada por una perspectiva decisoria *intersubjetiva* (494). En este sentido, se afirmó que lo que caracteriza a los criterios de la *Wertrationalität* es su legitimidad *con independencia de la satisfacción de resultados*, a diferencia de la racionalidad instrumental utilitarista, que sólo se orienta hacia dicha satisfacción. Desde la acción colectiva de la imposición de la sanción penal, ello se traduce en el binomio prevención/garantías, basándose la prevención en la satisfacción de resultados, en la efectividad, y respondiendo el establecimiento de las garantías a dicha lógica de decisión intersubjetiva, la cual, desde presupuestos liberales, estará basada en un acuerdo dialogado en condiciones de imparcialidad, a partir de la razón práctica y de los intereses individuales. Como suele afirmarse, entre la prevención y el respeto a las garantías individuales concurre una relación de conflicto; en este sentido, destaca Roxin que «la tensión entre la lucha preventiva contra la criminalidad y la salvaguarda liberal de la libertad es un problema cuya relevancia no es menor que en los tiempos de von Liszt» (495). Dicho conflicto viene dado porque a mayor eficacia preventiva, a mayor protección para la colectividad, menor protección para los potenciales delinquentes que vayan a caer en las redes del *ius puniendi* y, en suma, mayor reducción del ámbito de libertad de todos los ciudadanos. Como puede apreciarse, ello es consecuencia de la lógica implícita en la racionalidad utilitarista, en la que se fundamenta la sanción penal. Así, el utilitarismo ha tenido que enfrentarse siempre a objeciones relativas a la distribución del bien, ya que la maximización de la felicidad para el mayor número desa-

---

(494) MAIHOFFER, *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, p. 27. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal*, pp. 21-22. Vid. asimismo, en general, sobre la fundamentación intersubjetiva de valores, por oposición a una concepción ontológica de los mismos, HOERSTER, *JZ* 1982, pp. 265 y ss.

(495) Cfr. ROXIN, *AT* 7/69. Especialmente sobre esa relación de conflicto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 180, y *passim*.

tiende la justicia en el reparto equitativo entre personas (496). En este sentido, las críticas que Rawls dirige a la doctrina utilitarista, y que son las que le llevan a elaborar una ética de naturaleza deontológica (497), parten precisamente del hecho de que el utilitarismo adopta «para la sociedad, como un todo, el principio de elección racional del individuo» (498), respondiendo a esa perspectiva de decisión subjetiva de la racionalidad instrumental y, por lo demás, comunitarista, y no intersubjetiva, de forma que los intereses individuales, en caso de entrar en conflicto con los de la colectividad, quedarán supeditados a la elección de la mayor satisfacción social. «El utilitarismo no considera seriamente la distinción entre personas» (499), resalta este autor; en suma, «el utilitarismo no es individualista» (500), sino que, por el contrario, como afirma Nino, poniéndolo también en relación con el sustrato del comunitarismo, parte «de un carácter agregativo y, por ende, holista» (501).

Por todo ello, puede asumirse que una perspectiva liberal en este ámbito se caracterizaría por el acuerdo intersubjetivo, en base al expuesto modelo del contrato social, de establecer principios limitadores que sirvieran como protección a potenciales delincuentes frente a la inercia preventiva, basada en intereses colectivos, del *ius puniendi*. Si bien al final del epígrafe volveré sobre ello, conviene adelantar ya que en el presente estudio no puede entrarse en profundidad en cuestiones como la relativa a la fundamentación y concepto del principio de culpabilidad. Por el contrario, a continuación me limitaré a exponer algunas posibilidades de relación entre la prevención y las garantías. En primer lugar se valorarán las teorías que, a la hora de legitimar la pena, operan exclusivamente desde el criterio utilitarista de la prevención efectiva, prescindiendo del establecimiento vinculante de garantías individuales como la culpabilidad o la proporcionalidad, por entender que desde la propia lógica preventiva pueden imponerse límites a la inercia preventiva estatal. Son las

---

(496) Críticas de esta índole sobre el utilitarismo pueden encontrarse en NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 400; WILLIAMS, *der Begriff der Moral*, p. 102; FRANKENA, *Analytische Ethik*, p. 54.

(497) En relación a esto, afirma NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 400-401, que ha sido la generalizada insatisfacción hacia esos problemas del utilitarismo, lo que en los últimos años ha llevado a muchos autores —entre los que destaca Rawls, que defendió primero el utilitarismo (cfr. su artículo *Zwei Regelbegriffe*)— a elaborar teorías de naturaleza deontológica.

(498) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 45.

(499) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 46.

(500) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 48.

(501) NINO, *Ética y derechos humanos*, p. 212.



teorías que, negando dicha situación de conflicto, establecen una solución de síntesis a la relación entre la prevención y las garantías.

Como se acaba de afirmar, lo que caracteriza a dichas *soluciones de síntesis* es la presunción de que no es preciso establecer límites externos a la propia lógica preventiva, puesto que ésta conlleva en sí misma su propia autolimitación, y consigue, por tanto, evitar situaciones como la punición de inimputables o en general la tendencia a la agravación del grado de la pena, situaciones que clásicamente han venido criticándose de la racionalidad utilitarista maximizadora de la prevención. Dentro de este grupo, pueden distinguirse a su vez dos concepciones, respondiendo cada una a las dos formas de prevención general.

En primer lugar, la solución de síntesis se defiende desde la prevención general negativa. Los defensores de esta postura sostienen que la prevención no ha de llevar a la punición de inimputables, puesto que la utilización de la pena sobre esa clase de personas no es preventivamente necesaria: desde la amenaza de pena, porque no son motivables por la misma; pero tampoco la imposición de una pena a un inimputable tendría efectos de intimidación sobre futuros delincuentes, y ello, se afirma, porque entre los individuos imputables se da un «proceso de identificación», lo que les permite diferenciar efectos preventivos con respecto a los inimputables. Se afirma, así, que «la impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los “imputables”; éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente» (502).

La solución de síntesis es defendida también desde la prevención general positiva. La forma de solucionar la tensión entre prevención y retribución de esta teoría presenta una especial particularidad. A diferencia de la concepción anterior, que prescinde de cualquier referencia a principios subyacentes a la retribución, esta forma preventiva atribuida a la pena extrae la veta utilitarista precisamente del propio pensamiento retributivo. La prevención general positiva hace suyo un hecho que ya venía evidenciándose desde hacía años en la concepción absoluta de la pena, consistente en la paradójica «persecución de fines y negación de fines» (503), en que tras la aparente desvinculación de todo fin latía cierto *telos* vinculado a la influencia

---

(502) GIMBERNAT, *Sistema*, pp. 176 -177; en igual sentido, el mismo autor, en *¿Tiene un futuro...?*, p. 157. Le sigue LUZÓN, *Medición*, pp. 38 y ss., 46 y ss.; el mismo, *Prevención general*, pp. 144 y ss.

(503) HASSEMER, *Fines de la pena*, p. 126.

de la pena en el colectivo social respecto a la vigencia del Derecho, mucho más mundano y contingente que la pretensión metafísica de justicia. El recurso a la funcionalidad del aspecto retributivo de que se nutre la prevención general positiva implica la asunción de una relación de reciprocidad entre utilidad y justicia: no sólo la pena útil es la pena justa, sino que también sólo «la pena justa es la pena útil». La prevención general positiva no busca producir efectos preventivos a través de la intimidación, sino que tal prevención se busca mediatamente, como ya vimos, a través de la pena impuesta, por medio de la estabilización de la conciencia jurídica colectiva y el restablecimiento del equilibrio psico-social alterado por el delito. Así contemplada, se afirma que sólo la pena ajustada a la culpabilidad puede ser aceptada socialmente y cumplir su misión de mantener la confianza y ejercer la fidelidad en el ordenamiento jurídico. En consecuencia, a juicio de sus defensores, la prevención general positiva incorpora en sus fines su propia limitación y consigue evitar la tendencia al terror penal propia de la prevención de intimidación, ya que la punición de inimputables o la imposición de penas que superaran lo ajustado a la culpabilidad irían en detrimento de la aceptación del Derecho como orden justo por la comunidad (504).

Ciertamente, a primera vista las soluciones de síntesis se presentan más convincentes y operativas, en tanto en cuanto permiten atender a las exigencias garantísticas sin abandonar la fundamentación utilitarista –maximizadora de la prevención– que debe legitimar toda la labor de la institución penal, evitando además las a veces irreductibles antinomias que produce el enfrentamiento de principios opuestos propio de las soluciones de conflicto. Sin embargo, es la pretendida armonía con que se afirma que puede resolverse el permanente binomio utilitarismo/justicia la que genera dudas respecto de la viabilidad de tal propuesta.

Con respecto a las posiciones derivadas de la versión del utilitarismo clásico en Derecho penal, es decir, sobre la prevención de intimidación, ya Bentham se había esforzado por extraer límites a la

---

(504) Cfr. MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, pp. 818 y ss.; ZIPF, Pallin-FS, pp. 308 y ss.; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 11-12. *Vid.*, además, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 134, sobre la tesis de Nowakowski y Noll; pp. 263 y ss. y *passim*. Cfr. también MIR PUIG, *Función fundamentadora*, pp. 129 y ss., quien plantea la prevención general positiva atendiendo exclusivamente a sus límites frente a los excesos inherentes a la intimidación, rechazando, en cambio, las concepciones que pretenden servirse de dicho fin de la pena como fundamento y legitimación de la pena y del Derecho penal. *Vid. infra* en este epígrafe sobre esta posición.

misma sin abandonar el seno de su doctrina ética, afirmando que la prevención presupone un principio de responsabilidad, puesto que el efecto intimidatorio sólo puede producirse sobre personas capaces de comprender el sentido de la amenaza y actuar en consecuencia al mismo (505). Pero la ingenuidad de que pecaba esta postura la convertía en objeto de fáciles críticas. Así, Hart calificó los argumentos de este autor como un «espectacular *non sequitur*»: todo lo que demuestra con sus afirmaciones es que la *amenaza* de pena no tendría efecto sobre los inimputables, pero nada dice respecto del hecho de que la punición de un inimputable no vaya a tener efectos preventivos frente a eventuales terceros imputables, lo cual es, afirma el jurista anglosajón, perfectamente factible (506). No obstante, desde las filas de la prevención general negativa se ha dado respuesta a esa cuestión: es, como ha sido destacado, ese proceso de identificación entre imputables lo que permite separar cognitivamente efectos preventivos entre ambos grupos de individuos. ¿Pero hasta qué punto resulta convincente tal afirmación? Puede, en principio, ser plausible que los individuos accesibles al mandato normativo no deducirían una relativización de la amenaza si quedara impune un oligofrénico profundo, pero tal presunción pierde fuerza si nos referimos a otro tipo de inimputables como menores de edad, o si la impunidad es consecuencia de un error (invencible) de prohibición (507). Una teoría que pretenda fundar un límite firme, es decir, no contingente, a la punición indiscriminada de inimputables debe estar en disposición de demostrar que dicho límite puede justificarse en todos los casos, y no sólo generalmente. Además, para poder ofrecer un límite seguro, el razonamiento utilitarista sobre el fundamento de la limitación debe poder argumentarse también en sentido positivo: desde esta postura todo lo que se afirma es que «las prohibiciones penales no pierden nada de su vigor inhibitorio porque los “inimputables” queden exentos de responsabilidad criminal» (508), pero nada dice respecto de que la punición a un inimputable no haya de aumentar dicho vigor inhibitorio sobre los futuros delincuentes imputables. Y si no lo hace es porque, a mi juicio, no puede encontrarse dentro de la tendencia preventiva una razón convincente que permita dicha afirmación. En

---

(505) Sobre la postura de Bentham, cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung*, pp. 19 y ss.

(506) HART, *Prolegomenon*, p. 19. Vid. también KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 107, citando a Burkhardt.

(507) Gimbernat extiende la idea de la identificación también respecto a los sujetos en error de prohibición. Cfr. *Sistema*, pp. 177-178. Críticas similares se encuentran en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 149 y ss.

(508) GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro...?*, p. 157

otras palabras, si el único fin –y límite– de la pena es la intimidación no puede garantizarse que no vaya a aplicarse la pena a sujetos inimputables cuando ello sea necesario. Y, si lo que se pretende es garantizar la impunidad de estos sujetos en todos los casos, y no sólo generalmente, la afirmación de que tal necesidad se daría sólo en situaciones excepcionales no puede servir para justificar esta postura. Sin duda, contradice todas nuestras nociones de justicia el uso de la sanción penal sobre quien no ha podido tomar una decisión frente a la amenaza, pero se hace preciso un principio deontológico –es decir, inmune a las argumentaciones teleológico-preventivas– que pueda oponerse a la imposición de pena en estos casos. Ello se evidencia, por ejemplo, en la postura de Mir, quien, después de plantearse la posibilidad de derivar la responsabilidad penal desde el criterio de la (ausencia de) *necesidad* de pena, termina por fundamentar su idea de la motivabilidad normal en referencia a premisas deontológicas, afirmando que «es imprescindible introducir un momento *normativo* esencial: en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad... el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos, sino en un planteamiento *valorativo* que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar a quien actúa sin culpabilidad... vulneraría el principio de *igualdad real ante la ley* el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal» (509).

Esta parece ser, en cambio, la postura de la segunda de las soluciones de síntesis, si, como hemos dicho, la prevención general positiva incorpora el pensamiento retributivo sin abandonar las premisas de cariz teleológico, y sólo desde la pena ajustada a la culpabilidad han de plantearse efectos preventivos. Se afirma, así, que la imposición de pena sólo sería necesaria cuando la impunidad del delincuente no pudiera asumirse por la población sin que se quebrantara su fidelidad al ordenamiento (510). Pero, desde un planteamiento consecuente de la prevención general positiva, dicha proposición debe también invertirse: si el fin del Derecho penal es la estabilización de la conciencia jurídica y el reforzamiento de la fidelidad al ordenamiento de la colectividad, habrá de imponerse una pena siempre que sea necesario para ese fin de estabilización, y el hecho de

---

(509) MIR PUIG, *Función*, pp. 85-86 (cursivas en el original).

(510) MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 818; STRENG, *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 12.

que se haya cometido un delito implicará *per se* una presunción del debilitamiento de la norma; asimismo, la distribución de la pena —a quién y cómo— vendrá exclusivamente dada por dichas necesidades. Como afirma Jakobs —quien, si bien su fin de la pena responde a premisas liberales, como ya se sostuvo, en materia de su distribución abandona toda atención a las garantías individuales—, la «culpabilidad se fundamenta en la prevención general... y se mide conforme a dicha prevención» (511). En otras palabras, el aspecto positivo —el «núcleo de verdad», en palabras de Jellinek— que yacía en la idea de retribución, consistente en la atención a la justicia de la medida del castigo, pudiendo así operar como límite a la tendencia expansiva de la lógica preventiva (512), es funcionalizado en aras de intereses preventivos, y lo que aparecían como premisas deontológicas pasan a convertirse en criterios de carácter exclusivamente funcional a dichos fines de estabilización, por lo que la potencialidad limitativa de las mismas es más que discutible: ¿cómo se resuelve el conflicto que surgiría si la aplicación de principios de justicia limitativos de la punición resultara disfuncional a dicha finalidad? ¿Habría de optarse por la punición de un inimputable si ello revirtiera efectos estabilizadores en el colectivo social? Desde la lógica exclusivamente consecuencialista que presenta este modelo la respuesta no puede ser sino afirmativa.

Respecto de esos pretendidos efectos preventivos que conlleva la misma aplicación de criterios de justicia propugnados por esta postura doctrinal, la cuestión decisiva a plantear es qué contenido se atribuye a esos criterios y desde qué instancia argumentativa son inferidos. En este sentido, cabe distinguir, dentro de la prevención general positiva, dos formas diferentes de interrelación entre prevención y culpabilidad: *fundamentación y compatibilidad*. Así, no es lo mismo afirmar que la culpabilidad se fundamenta en criterios preventivos, que afirmar que el mantenimiento del principio de culpabilidad —derivado de argumentos externos a la racionalidad utilitarista— será compatible con los efectos preventivos de la pena (513). Dicha

---

(511) JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, p. 78. Vid. asimismo, JAKOBS, AT 17/22, 17/31.

(512) Ese aspecto positivo de la idea de la retribución es puesto de manifiesto, entre otros, ya por JELLINEK, *Die soziaethische Bedeutung*, p. 105; también HART, *Prolegomenon*, p. 12; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, p. 204; HASSEMER, *Fines de la pena*, pp. 125; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 122 -123; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 206-207; BETEGÓN, *La justificación del castigo*, p. 332: «los principios del retribucionismo pueden representar una valiosa restricción de la poderosa razón del bien social frente al individuo.»

(513) La distinción procede de BAURMANN, *Folgenorientierung*, p. 26.

dualidad de criterios en la relación entre la culpabilidad y la prevención oscila y se mezcla en las diferentes concepciones mantenidas por la doctrina sobre la prevención general positiva, y viene a corresponderse con la distinción planteada por Mir Puig entre la función fundamentadora y la función limitadora de la prevención general positiva (514). Desde la posición fundamentadora, los principios garantísticos de justicia son vaciados de contenido deontológico, y su comprensión se obtiene, como ya hemos visto, exclusivamente de la racionalidad final preventiva: «la pena adecuada a la culpabilidad es, por definición, la pena necesaria para la estabilización de la norma», manifiesta Jakobs (515). Así, en esta concepción, la idea de justicia se tergiversa y modifica en aras de su contingente virtualidad funcional, para convertirse en el sentimiento psico-social de lo justo en una situación concreta, como vimos respecto de los autores partidarios del fin de integración. La idea de la retribución, de cuyos principios pretende partir este sector doctrinal, es concebida en realidad como la «necesidad social de retribución» (516). La estabilización de la conciencia del Derecho se realiza, entonces, aplicando la pena como medio para canalizar la necesidad individual o colectiva de retribución y venganza, o para satisfacer las a veces mediáticamente creadas exigencias de seguridad (517), por lo que las garantías hacia el individuo a quien se impone la pena se harán depender íntegramente del grado de indignación o repulsa o temor que despierte la acción delictiva en la opinión pública. Si el componente deontológico de la culpabilidad se transforma en teleológico, nada queda, por tanto, de la referencia garantística que se predicaba de los principios inherentes a la retribución (518).

Por otra parte, la pretensión de ofrecer una limitación frente a la tendencia al terror penal de la intimidación se muestra absolutamente ineficaz. Como acertadamente se ha objetado, dichas exigencias de

---

(514) Cfr. MIR PUIG, *Función fundamentadora*, pp. 129 y ss.

(515) JAKOBS, AT 17/31.

(516) Cfr., de nuevo, STRENG, ZStW 92 (1980), p. 649; ACHENBACH, *Imputación individual*, p. 140.

(517) Sobre la relación entre el sentimiento de amenaza y las exigencias de seguridad ciudadana con la tendencia al aumento de rigor punitivo, cfr, por ejemplo, HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 189 y ss.

(518) Crítico con la sustitución de criterios garantísticos fundamentados en premisas axiológicas por la tergiversación de los mismos en función de exigencias irracionales de la colectividad, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 234 y ss. También LUZÓN PEÑA, *Prevención*, p. 154; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 182; BOCK, ZStW 103 (1991), pp. 636 y ss. (p. 647).

venganza pueden implicar un mayor grado de punición que el necesario para la intimidación (519); y lo cierto es que el hecho de que la punición de inimputables o inocentes pueda ser funcional a los fines de estabilización y pacificación social apenas puede dudarse (520). Respecto a la punición de inimputables, la síntesis que pretende la prevención general positiva respecto a la culpabilidad implica aún menor potencialidad limitativa que la prevención de intimidación. Así, mientras que esta última teoría, al otorgar el mayor peso preventivo al momento de conminación penal abstracta, permite al menos la posibilidad de individualizar la relación subjetiva del autor con su acción en base a la motivabilidad de éste frente a la norma, ofreciendo tras la normativización del juicio de atribución de responsabilidad un sustrato fáctico psicológico-individual empíricamente –al menos potencialmente– verificable (521), la prevención general positiva, al centrarse en el momento impositivo de la pena, renuncia o relativiza esa individualización, relacionando al autor con su acción desde los efectos psico-sociales que se presume que ésta genera en la colectividad. Ello se muestra con especial evidencia en las tesis de Jakobs (522), para quien, asumiendo una total normativización funcional de la culpabilidad, los criterios individuales –estado psíquico, motivabilidad, conocimiento de la prohibición, etc.–, son sólo relevantes en tanto en cuanto es posible resolver el conflicto (quebrantamiento de la vigencia de la norma) de otra forma que no sea la imputación del autor como responsable del mismo y la consiguiente imposición de la pena. Así, el quebrantamiento de la expectativa producido por la acción delictiva de un inimputable puede procesarse como si de una expectativa cognitiva se tratara, asumiendo la sociedad tal frustración y no siendo, por ello, precisa la

---

(519) Así LUZÓN PEÑA, *Prevención*, p. 149.

(520) Ello se manifiesta en el ejemplo hipotético de McCloskey, citado por NINO, *Introducción*, p. 430, empleado para demostrar las consecuencias a que puede llevar el solo pensamiento preventivo: en un pueblo del sur de los Estados Unidos se produce una violación de una mujer blanca por un negro que es imposible hallar y, ante la amenaza de los blancos de linchar a un buen número de negros, el sheriff utilitarista inventa pruebas sobre un negro inocente para satisfacer las ansias de venganza de la colectividad.

(521) Sobre la relevancia de criterios empíricamente verificables para la racionalización y control de la arbitrariedad en el Derecho penal, cfr. BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, pp. 206 y ss., 263; LÜDERSSEN, *ZStW* 107 (1995), pp. 893 y ss.

(522) Sobre lo siguiente, cfr. JAKOBS, *AT* 17/18 y ss. (concepto funcional de la culpabilidad y fines de la imputación subjetiva), 17/29 y ss. [fundamento y (negación de función de límite) de la culpabilidad], 18/1 (imputabilidad). Cfr. también la exposición de PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 160 y ss.

imposición de pena. Pero lo relevante no es, en sí, la condición de inimputabilidad del sujeto, ni, por tanto, su capacidad para motivarse frente a la norma, sino la forma en que la colectividad asume el conflicto; en otras palabras, si la acción de un inimputable es idónea para desestabilizar la conciencia jurídica social, si, en otras palabras, surge de dicha acción una necesidad colectiva de venganza o de seguridad —la cual es, por otra parte, imposible de verificar empíricamente, por lo que, en la praxis, la decisión se abandona totalmente al criterio del juez de turno—, el conflicto deberá solucionarse atribuyendo al autor inimputable la frustración de la expectativa: imponiéndose, por ello, la pena para estabilizar la vigencia de la norma (523). En suma, desde la versión de la prevención general positiva que pretende *fundamentar* sus propios límites toda garantía para el individuo desaparece en aras de la maximización funcional del fin de estabilización.

No obstante, es indudable que el sistema del Derecho penal, a la hora de tomar decisiones tanto legislativas como judiciales, no puede desvincularse de las representaciones de justicia asumidas por la sociedad. Y ello atendiendo tanto a razones pragmáticas como de legitimación: desde éstas, porque ya vimos que en un Estado democrático y liberal ha de partirse de que el Derecho —y con él el Estado— es un instrumento establecido por los ciudadanos para la satisfacción y protección de sus intereses; desde aquéllas, porque todo sistema normativo persigue el reconocimiento de sus normas y de sus consecuencias jurídicas como prescripciones y acciones racionales y razonables, y sólo cuando la actividad del Derecho penal armonice con las convicciones mantenidas sobre sus criterios rectores por la sociedad podrá consolidarse su aceptación y, por tanto, servir fructíferamente a los fines a los que está llamado. En este sentido, como se afirmó desde una perspectiva liberal, la estabilidad del Derecho penal, el respeto a sus normas, depende en gran medida de que responda al acuerdo hipotético que realizarían ciudadanos racionales autointeresados; en otras palabras: *la estabilidad dependerá de su legitimidad*. Tales son, en esencia, los fundamentos en los que se sostiene el criterio de la *compatibilidad* del principio de la culpabilidad con la finalidad preventiva, el cual parece corresponderse, como ya se mencionó, con la faceta limitadora de la prevención general posi-

---

(523) Críticas respecto a la postura de Jakobs en materia de culpabilidad se encuentran en STRATENWERTH, *El futuro*, pp. 112 y ss.; KIM, *Fragwürdigkeit*, pp. 96 y ss.; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 168 y ss., pp. 174 y ss.; SCHÜNEMANN, *La función del principio de culpabilidad*, p. 160; ROXIN, AT 19/31 y ss.; HIRSCH, NDP 1996, pp. 31 y ss.



tiva resaltada por algunos autores (524). Desde esta posición se rechaza que la culpabilidad se fundamente únicamente en las necesidades de prevención, sino que se parte de que la culpabilidad, así como los criterios garantísticos implícitos o adyacentes a ésta, no son incompatibles con las necesidades de prevención, por el hecho de que dichos criterios limitativos –proporcionalidad, principio de responsabilidad subjetiva, principio de humanidad, etc.– se corresponden con las valoraciones de justicia mantenidas en la sociedad (525). En este sentido, no parece mantenerse, como la anterior versión de la prevención general positiva, que la pena haya de imponerse siempre que sea preciso y en el grado necesario para satisfacer los sentimientos de justicia (venganza), sino que se sostiene, por un lado, que las penas que sobrepasen las convicciones de justicia no podrán ser asumidas por la sociedad, fomentándose por tanto el no reconocimiento del Derecho –así Roxin (526)– o, por otro, que si el efecto preventivo no sólo ha de realizarse a través de la intimidación, sino también por medio de una «razonable afirmación del Derecho», la prevención habrá de limitarse por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal en un Estado democrático de Derecho –así Mir Puig (527)–. A pesar de la semejanza terminológica con la versión fundadora de la prevención general positiva, lo cierto es que –al menos en la posición de Mir– esta comprensión parece acercarse más a las soluciones de conflicto que a las de síntesis. Aquí, en principio, ya no se sacrifican exigencias de justicia en aras de la sublimación, vía chivo expiatorio, de los impulsos agresivos de la colectividad, sino que se parte de la tesis de que los principios garantísticos –no funcionalizados– obtenidos de la tradición filosófica liberal y explícita o implícitamente plasmados en los textos constitucionales, son los

---

(524) Además de Mir Puig, pueden citarse –según el primero (las referencias bibliográficas son, en cambio, otras)– a ZIPF, Pallin-FS, pp. 479 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, pp. 297 y ss.; el mismo, *Fines de la pena*, pp. 117 y ss. (pp. 132 y ss.); ROXIN, *Wiedergutmachung*, pp. 37 y ss. (p. 48); el mismo, AT 2/27, 3/36 y ss. No obstante, cabe dudarse de que estos autores asuman sólo una función limitadora de la prevención general positiva. Por un lado, prácticamente los tres admiten como fin legítimo la función ético-social, consistente en la internalización de los valores plasmados en las normas, fin que Mir Puig identifica con una concepción fundadora de la prevención general positiva (cfr. MIR PUIG, *Función fundadora*, pp. 132 y ss.). Por otro lado, en ocasiones oscilan entre el principio de culpabilidad como límite a la prevención y como correlato de la necesidad psico-social de estabilización.

(525) ROXIN, AT 3/47; MIR PUIG, PG 3/21.

(526) *Vid.* ROXIN AT 3/47; *Wiedergutmachung*, p. 48. Similar, MÜLLER-DIETZ, Jescheck-FS, p. 818.

(527) MIR PUIG PG 3/21. Similar, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, pp. 288 y ss.

mantenidos por la sociedad en sus expectativas respecto a la actuación del poder punitivo estatal; y sólo a partir de esa tesis puede afirmarse el efecto preventivo de aceptación del ordenamiento. Lo acabado de afirmar se hace patente, por ejemplo, en la postura de Pérez Manzano, cercana a la de Mir en este punto, cuando pone de manifiesto que la puesta en práctica de criterios de prevención especial en la ejecución de la pena vendrá justificada en orden a la satisfacción de las exigencias sociales de justicia, ya que el hecho de que dicha función de la pena venga acogida por la Constitución española «puede ser interpretado como el resultado de un consenso sobre la necesidad de tener en cuenta la resocialización del delincuente» (528). Como puede apreciarse, poco tiene que ver la noción de justicia mantenida por estos autores con el basado en la estabilización social a partir de la satisfacción de necesidades irracionales de venganza. La referencia a la idea del *consenso* puede permitirnos profundizar en esa diferencia. Así, mientras la funcionalización de las garantías individuales sirve a la *producción* coyuntural de consenso social, esta última posición, de talante liberal, parece asumir principios *obtenidos* en un consenso previo, y es esta premisa la que permite afirmar a estos autores que la atención a dichos principios operará en consonancia con las valoraciones mantenidas por la sociedad, motivando, en consecuencia, a un reconocimiento a largo plazo del Derecho y sus instrumentos. Respecto de ello, debe resaltarse, no obstante, que, como ya vimos, los modelos de contrato social como el rawlsiano operan como un procedimiento de *legitimación* de instituciones públicas; por ello, es de carácter ficticio, basado en lo que los ciudadanos, empleando su capacidad reflexiva mutuamente atribuida, hipotéticamente acordarían; no responde, entonces, a la idea de un consenso fáctico producido en un momento concreto. Ello es lo que otorga el carácter deontológico de validez normativa a los principios y normas acordados, los cuales no verán su validez comprometida en función del «estado cognitivo de justicia», por llamarlo de alguna forma, existente en la sociedad en un momento dado, perteneciente al ámbito fáctico. Así, ese tipo de consenso hipotético no debe confundirse con el consenso fáctico y efectivo a corto o a largo plazo; es decir, como resaltaba Rawls, el ámbito de la legitimidad no debe confundirse con el de la estabilidad. Es indudable, como vimos, que la legitimación basada en principios de justicia había de tener su relevancia en relación a la estabilidad (529); según Rawls, un orden justo

---

(528) PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 273-274.

(529) Así también, WITTIG, *ZStW* 107 (1995), pp. 256-257.

tendería a la autorreproducción de su propia estabilidad. Ello podría llevar a asumir, con cierto grado de plausibilidad, que un orden justo será, en general y a más largo plazo, más estable que uno injusto, por lo que en la justicia —en los principios garantísticos— cabría hallarse una vertiente pragmática (530). Así, cabría mantenerse que, si bien la punición sometida a las exigencias irracionales de venganza fomentaría a corto plazo una estabilidad coyuntural, a largo plazo degeneraría en inestabilidad, puesto que la imagen que la colectividad se formaría del *ius puniendi* sería la de un instrumento opresor y coactivo (531). Por el contrario, es sólo en el sentido de justicia como presunción de estabilidad a largo plazo, como sería aceptable la tesis de la prevención general positiva de que la justicia ejerce un efecto preventivo, tesis más plausible quizá en su vertiente negativa —que viene a ser la mantenida por la faceta limitadora de la prevención general positiva—, la cual afirma que una pena que resulte a todas luces injusta resultaría ser preventivamente contraproducente, puesto que minaría la confianza en el Derecho como un orden legítimo y sometido a principios de justicia (532). Pero lo que debe destacarse es que el establecimiento de principios garantísticos bajo ese acuerdo hipotético responde al ámbito de la legitimación, y no al de la estabilidad. Expresado de otra forma: el respeto a las garantías individuales, si bien es factible afirmar su *compatibilidad* con una estabilidad pro futuro, no puede *fundamentarse* en consideraciones preventivas, sino en un razonamiento basado en la justicia; sólo así cabría atribuirle carácter deontológico —independiente de la satisfacción de resultados— y proscribir que su contenido pudiera verse funcionalizado en aras de obtener una estabilidad inmediata, lo que ocurriría si el fundamento de dichas garantías fuera teleológico. Así, por ejemplo, afirma Antón Oneca que la pena justa es la pena ejemplar (533). Pero hay una gran diferencia entre sostener que la pena es ejemplar porque es justa, a sostener que la pena es justa porque es ejemplar. Siguiendo su terminología, lo que quiere afirmarse es que la pena

---

(530) En este sentido afirma NAGEL, *Conflicto moral*, p. 91: «“Justificación” no quiere decir aquí “persuasión”. Es un concepto normativo: los argumentos que justifican pueden no persuadir si se dirigen a una audiencia poco razonable, y los argumentos que persuaden pueden fracasar como justificaciones. Sin embargo, las justificaciones confían en persuadir a los razonables y, por lo tanto, esos intentos tienen un objetivo práctico: el acuerdo amplio en torno a los principios que subyacen a un orden político favorece la estabilidad política.»

(531) Así, entre otros, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 134.

(532) Así, por ejemplo, KUNZ, *ZStW* 98 (1986), p. 832.

(533) ANTÓN ONECA, *La prevención general*, p. 93.

justa podrá ser ejemplar, y conllevar así un efecto preventivo, pero, dada su naturaleza deontológica, la pena habrá de ser justa aunque no sea, en el caso concreto, ejemplar; a diferencia de la concepciones que parten de la premisa opuesta, teleológica, para las que la pena ejemplar será la pena justa, por el mero y pragmático hecho de ser ejemplar. Como se dijo, en el liberalismo la estabilidad no puede obtenerse a cualquier precio, por lo que la prioridad a los derechos individuales ha de mantenerse aun a costa de la inestabilidad a corto plazo. Ello no obstaría, en cualquier caso, a sostener que, bajo ciertas condiciones, el respeto a los derechos individuales, a dichas garantías, revirtiera en una mayor estabilidad, en un mayor respeto a las normas. Pero, a diferencia de esta línea de pensamiento, toda solución de síntesis, desde la cual las garantías individuales parecen venir directamente *fundadas* en criterios consecuencialistas, se enfrenta al dilema de que la opción por una estabilización inmediata o por un efecto de desestabilización a corto plazo en aras a conseguir un hipotético reconocimiento del Derecho a largo plazo se presenta como una decisión prácticamente irresoluble. Ante tal dilema, podría hablarse de un conflicto dentro de la misma lógica utilitarista. Así, desde el principio de la *economía* de las sanciones, cabría optar por la segunda solución, siempre que la primera implicara un mayor grado de punición, hecho que la práctica suele corroborar. En cambio, los criterios de *efectividad* y *necesidad* obligarían a optar por la primera posibilidad, dado que el efecto de reconocimiento a largo plazo es, frente al realizable a corto plazo, ciertamente menos plausible empíricamente (534). En cualquier caso, podría dudarse de que la concepción limitadora de la prevención general responda en realidad a una lógica consecuencialista, al menos según algunas afirmaciones de sus partidarios (535), pero lo que debe quedar claro es que dichas garantías, si no quieren verse sometidas a la amenaza de su funciona-

---

(534) Como resalta, por ejemplo, WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, p. 40, la racionalidad utilitarista es dependiente de los datos arrojados por la verificación empírica.

(535) Ello es patente, por ejemplo, en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 213: «El argumento conforme al cual la culpabilidad debe ser mantenida porque tiene efectos general integradores, no puede ser esgrimido como fundamental, pues entonces la culpabilidad carece de valor en sí y el criterio determinante son las mudables exigencias sociales. *La necesidad de mantener la culpabilidad es consecuencia de un argumento valorativo derivado de los principios del Estado de Derecho*»; también en MIR PUIG, *Función*, p. 85. Sin embargo, no puede decirse lo mismo, como ya fue resaltado, de otros autores supuestamente vinculados a esta versión limitadora de la prevención general positiva. Como ejemplo, baste confrontar la crítica de la primera autora citada a las tesis de Hassemer (PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 207).

lización, no pueden derivarse de la mera prevención, del mero utilitarismo.

Debe quedar claro, en resumen, que las soluciones de síntesis no son viables, si se pretende una fundamentación sólida y vinculante del respeto a las garantías del individuo y no sólo a los intereses de la colectividad. Respecto de si esas garantías de naturaleza deontológica son *compatibles* con los fines preventivos, a mi juicio es obligado reconocer que en muchos casos ello no será así, que la pena justa no será «ejemplar», al menos en relación a la estabilidad a corto plazo. Es decir, que debe asumirse el conflicto entre prevención y garantías (536).

Como modelo basado en dicha *solución de conflicto*, merece destacarse una interesante alternativa, surgida especialmente en el ámbito anglosajón, que intenta compatibilizar la justificación utilitarista de la pena con los principios de justicia inherentes a la retribución. Para ello optan por establecer una nítida diferenciación entre la pena como institución social y los actos concretos de imposición de pena. Así, mientras que en la primera cuestión debe dominar una justificación utilitarista, que mira a los efectos positivos a producir en el futuro, el aspecto de la distribución debe estar precedido por los principios propios de la retribución, los cuales miran al pasado, de forma que la pena sólo podrá imponerse legítimamente a personas jurídico-penalmente responsables (537). «Sólo si cada uno de los dos principios esenciales en conflicto domina un ámbito diferente –se afirma– puede llegarse a una alianza entre ellos» (538).

Como se puso de manifiesto en páginas anteriores, la legitimación utilitarista (preventiva) de la pena debía establecerse tanto respecto a su justificación genérica como en cada caso concreto. Expresado según la teoría utilitarista, ello quiere decir que la pena debe legitimarse tanto desde un utilitarismo de la regla como desde un utilitarismo de la acción: la necesidad y los efectos preventivos deben darse también en la aplicación concreta de la pena para que ella pueda justificarse; si no es así, se estaría causando un mal inne-

---

(536) Así, entre otros, BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 112; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 250: «Su relación es, por el contrario... dinámica, de confrontación permanente.»

(537) Así, RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pp. 96 a 103, en un artículo anterior a su concepción actual de la *Teoría de la justicia*, cuando aún partía del utilitarismo. Similar, HART, *Prolegomenon*, pp. 3 y ss; siguen a Rawls, VANBERG, *Verbrechen*, pp. 8 y ss; FLETCHER, ZStW 101(1989), pp. 813 y ss.

(538) FLETCHER, ZStW 101 (1989), pp. 814 y ss.

cesario y, por ello, ilegítimo (539). Sin embargo, este sector doctrinal, para separar el momento de justificación genérica –óptica del legislador– de la utilización concreta de la pena –óptica del aplicador del Derecho–, se acoge exclusivamente a un utilitarismo de la regla (540). Así, la justificación de un principio de responsabilidad subjetiva se funda en que un Derecho penal que prescindiera del mismo produciría mayores daños que satisfacciones: una institución que partiera de la punición de inocentes implicaría la imposibilidad de adecuar una planificación de las acciones respecto de una pauta regulativa racional y previsible, puesto que la punición no dependería de las posibilidades de acceder a la norma, sino que se presentaría como una cuestión puramente azarosa, creando una situación general de *inseguridad* y terror que a la postre produciría más daños sociales que un Derecho basado en el principio de responsabilidad (541). Partiendo de esa premisa utilitarista, se establece una *regla* genérica desde la cual ha de regirse la actividad de los jueces en la aplicación de la sanción, de forma que, aunque en el caso concreto la punición de un inocente pudiera producir un beneficio al mayor número, ello queda vedado a partir de dicha regla. Así, en el momento de aplicación de pena no deberá atenderse a criterios utilitaristas derivados del caso concreto, sino que habrá de regirse por pautas cercanas a criterios retributivos, dada la presunción de sus efectos utilitaristas inferidos de dicha regla de experiencia (542).

A pesar de la aparente claridad y coherencia de esta opción, lo cierto es que no está exenta de problemas, debidos en parte a la

---

(539) La diferencia esencial entre ambas formas de utilitarismo es que el utilitarismo del acto exige, para considerar correcta éticamente la acción, que ésta reporte un mayor bien –felicidad, placer, etc.– para el mayor número en el caso y con las circunstancias concretas; mientras que el utilitarismo de la regla establece que una acción es correcta si se atiene a una regla de experiencia que afirma que generalmente ese tipo de acciones generan esos efectos positivos (ejemplo: «mantener las promesas suele implicar un mayor bien»), de forma que, aunque en el caso concreto no fuera así, la acción sería éticamente correcta si satisface la regla. Sobre la división entre ambas clases de utilitarismo, cfr. FRANKENA, *Ethik*, pp. 55 a 60; desde una perspectiva crítica a la posibilidad de diferenciación, WILLIAMS, *Begriff der Moral*, pp. 93 y ss. (p. 103).

(540) El primero en recurrir al utilitarismo de la regla para justificar la pena es RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pp. 96 y ss. (pp. 102-103).

(541) Así RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, p. 103; HART, *Prolegomenon*, p. 23; HOERSTER, GA 1970, pp. 276-277.; WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, pp. 109 y ss.

(542) Además de los autores citados en la nota anterior, se acogen, con algunas matizaciones, a esta postura VANBERG, *Verbrechen*, pp. 8 y ss.; FLETCHER, ZStW 191 (1989), p. 813; NIÑO, *Introducción*, pp. 430-431.

propia distinción que se pretende establecer entre utilitarismo de la regla y de la acción, distinción que desde un punto de vista teórico es ficticia, y desde un punto de vista práctico conlleva soluciones insostenibles. En lo tocante al plano teórico, en la relación de la regla y el acto al utilitarista se le presentan dos opciones (543). En primer lugar, la regla puede entenderse como un mero instrumento analítico que facilita las decisiones sobre la acción: en base a la experiencia se determina que una serie de conductas –mantener las promesas, pagar las deudas, aplicar la pena sólo a responsables, etc.– producen por regla general mayor satisfacción; no es, en otras palabras, más que un criterio estandarizado que sirve para facilitar la decisión. Ello implica que la regla no conlleva una relevancia autónoma, no impone al utilitarista un criterio vinculante de decisión, sino que, como mero instrumento de orientación, puede renunciarse a su aplicación si en el caso concreto la regla se demuestra errónea: si de la vulneración de la regla en el caso concreto se produce un mayor beneficio que daño. Desde esta comprensión, apenas habría, en realidad, diferencias entre un utilitarismo de la regla y uno del acto (544). No parece ser ésta, sin embargo, la forma del utilitarismo de la regla seguida por estos autores, sino que más bien se muestran partidarios de la segunda opción. Desde ésta, la regla se erige como un principio vinculante: deontológico, el cual ha de ser seguido para poder adscribir corrección ética a la acción, independientemente de si las consecuencias en el caso concreto contradicen la expectativa plasmada la regla. Pero el problema de esta comprensión de la regla en forma prescriptiva, casi como un imperativo categórico, es que ya no puede justificarse desde un razonamiento utilitarista: si el quebrantamiento de la regla produce más beneficios que daños, ya no puede haber una razón utilitarista para seguir la misma; y si hay una razón para acatar la regla, a pesar de que ello produzca en el caso concreto más daño que satisfacción, esa razón ya no podrá ser utilitarista (545), sino que, como afirma Hoerster, más que ante un utilitarismo consecuente, estaríamos ante un mero «fetichismo de

---

(543) Cfr., sobre las siguientes consideraciones, SMART, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, pp. 121-122; HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, pp. 57 y ss.; PAPAGEORGIOU, *Schaden und Strafe*, pp. 66-68.

(544) SMART, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, pp. 124-125.

(545) En este sentido, PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 67. Similares críticas al utilitarismo de la regla en WILLIAMS, *Begriff der Moral*, p. 103; FRANKENA, *Ethik*, p. 59.

la regla» (546). No es de extrañar que la concepción de estos autores haya sido descalificada afirmando que se trata de una construcción *ad hoc*, que no es en el fondo ni utilitarista ni prevencionista ni, por ello, puede servir a la justificación de la pena (547). Como puede apreciarse, este sector doctrinal se enfrenta a similares problemas que la versión limitadora de la prevención general positiva, respecto a la elección bajo criterios consecuencialistas en relación a la estabilidad a largo y a corto plazo: desde dicha racionalidad teleológica, conminada a la satisfacción efectiva de los fines y a la constatación empírica de dichos resultados, la opción consecuente debería tender a acoger los beneficios a corto plazo, y por ello efectivos y constatables, relegando supuestos e hipotéticos beneficios a largo plazo dispuestos en la regla genérica. En este sentido, y ello es aplicable a toda pretensión de derivar garantías de la lógica preventiva, afirma Baurmann que el fundamento del principio de responsabilidad desde criterios utilitaristas adolece de una base «débil», ya que su legitimidad se hará siempre depender de la certidumbre fáctica de dicha pretendida consecución de beneficios plasmados en la regla (548).

Por otra parte, conviene resaltar que este sector doctrinal no parte en realidad de la prevención de acciones lesivas como el único «bien» perseguido por la ética del resultado utilitarista, sino que la relación satisfacción/daño se establece a partir de criterios de seguridad o bienestar general de la colectividad, los cuales no tienen por qué conducir a los mismos resultados que la prevención a la hora de ponderar las dos variables, por lo que la argumentación no debería, en rigor,

---

(546) HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, p. 56, quien añade que la única opción que le queda a un utilitarista consecuente es «admitir, junto con sus reglas, el principio de utilidad para la solución de sus casos y darle prioridad frente a sus reglas específicas, cuando sea violado en forma manifiesta por la observancia de las reglas relevantes» (p. 54). En igual sentido, SMART, *Extremer und eingeschränkter Utilitarismus*, p. 126: «¿No es absurda la pretensión de que tenemos que respetar la regla... si sabemos que en este caso el quebrantamiento de R conllevará mejores resultados que su mantenimiento? ¿No se convierte R en una especie de fetiche si la respetamos a pesar de que su quebrantamiento impediría, por ejemplo, una desgracia evitable? ¿No estamos ante algo así como un culto supersticioso de la regla... y no ante el pensamiento racional de un filósofo?»

(547) HOERSTER, Weinberger-FS, p. 231. Conviene resaltar el sintomático hecho de que tanto este autor en el ámbito de la justificación de la pena, como Rawls desde la filosofía moral general, han renunciado a dichos planteamientos utilitaristas y han asumido criterios deontológicos; el segundo elaborando su *Teoría de la justicia* sustentado en premisas kantianas, y el primero, aplicando las bases de la misma al Derecho penal (*vid.* la obra citada de Hoerster, pp. 235 y ss.)

(548) BAURMANN, *Folgerorientierung*, p. 37.



mezclar ambos criterios sobre la corrección valorativa de la sanción penal. Así, por ejemplo, cuando Hoerster afirma que «la intimidación de actos culpables puede, bajo determinadas circunstancias, aumentarse por medio de la punición de acciones inocentes... pero este efecto positivo se vería probablemente más que descompensado frente a la *inseguridad* general» que produciría (549). Se pretende con ello justificar el fin de prevención de delitos identificándolo con el utilitarismo penal en general (550). En realidad, lo que se da es un conflicto entre dos criterios de maximización (dos fines de la pena o del Derecho penal). Ello es puesto de manifiesto, por ejemplo, por Wolf, quien manifiesta expresamente que «para el utilitarista no sólo se trata de evitar los peligros que procedan de los ciudadanos, sino asimismo de los que procedan del Estado» (551). Pero ello, lejos de servir a la justificación de su tesis, pone de manifiesto sus imperfecciones. Si estamos ante dos fines del Derecho enfrentados, ya en la justificación abstracta de la institución habría que establecer dos reglas diferentes: «la punición de inimputables produce generalmente un mayor efecto intimidatorio» (R1), y «la punición de inimputables produce generalmente una menor seguridad» (R2); reglas que, por ser la primera positiva y la segunda negativa, se oponen mutuamente, por lo que la decisión del caso concreto deberá ser fruto de la ponderación de ambas, habiendo de establecerse una hipotética tercera regla (R3) que sirviera para decidir en dichas situaciones de conflicto, regla que la racionalidad utilitarista no está en disposición de aportar (552). Dicho de otra forma, el conflicto no puede solventarse, como parecen creer estos autores, separando ficticiamente entre justificación de la institución y utilización concreta de la pena, ya que en ambos momentos habrán de tenerse en cuenta *ambas* finalidades teleológicas, por lo que el conflicto se reproducirá tanto en la justificación abstracta como en la imposición concreta (553). La crítica anterior permite, además, que lleguemos a una conclusión inter-

---

(549) HOERSTER, GA 1970, p. 277.

(550) Ello es claro en Hoerster, si bien no tanto en otros autores como Rawls o Wolf, quienes parten, en la discusión, de la oposición general entre utilitarismo y retribucionismo.

(551) WOLF, *Verhütung oder Vergeltung?*, p. 110.

(552) Sobre los problemas a los que esta versión del utilitarismo se enfrenta a la hora de la aplicación conjunta de dos reglas en conflicto, *vid.* HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, p. 55.

(553) *Vid.* la crítica de NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 37 a Hoerster, respecto de la incongruencia, desde una perspectiva *utilitarista*, relativa a la disociación entre justificación abstracta de la pena desde criterios utilitaristas y la aplicación concreta de la misma desde criterios retributivos de justicia.

media: la mera idea de la prevención de delitos como *telos* del Derecho penal no está capacitada para proteger otro tipo de intereses que también pueden ser legítimamente perseguidos por el mismo, que son los de los potenciales delincuentes frente el Poder estatal.

En tercer y último lugar, y por lo que respecta a las consecuencias de su aplicación práctica, esa disociación entre la pena como institución y pena como aplicación, separando entre criterios utilitaristas y retribucionistas, respectivamente, corre el riesgo de recuperar no sólo lo positivo, sino también lo negativo del pensamiento retributivo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando Fletcher o Hoerster pretenden justificar la punición actual de criminales nazis invocando un principio de igualdad, según el cual la impunidad, basada en la ausencia de necesidad preventiva, no sería una solución justa, ya que «un autor concreto sería tratado de forma diferente que otros, no porque él ha actuado de manera distinta, sino sólo porque la sociedad no quiere hacer uso de su condena» (554). Ante dichas afirmaciones hay que decir que estos autores parecen confundir lo que son criterios de justicia en la distribución de bienes con lo que son criterios de justicia en la distribución de *males* (pena): los bienes deben repartirse siempre bajo el principio de igualdad, pero no tiene sentido aplicar esa igualdad en la decisión sobre la distribución de males, distribución que sólo puede estar presidida por el requisito de la necesidad, es decir, partiendo del axioma antes citado de que «sólo la pena útil es la pena justa». En otras palabras, en la aplicación concreta de la sanción no puede abandonarse la base utilitarista de la mínima prevención necesaria, por lo que la culpabilidad —o el principio de proporcionalidad, si se quiere— operaría como un *límite máximo*, y no mínimo, a la prevención, el cual, por tanto, no podría sobrepasarse hacia arriba, aunque fuera preventivamente necesario, pero sí hacia abajo, renunciándose a la aplicación de la pena o imponiéndose una cuantía menor cuando no fuera necesario según dichos intereses preventivos (555).

---

(554) FLETCHER, ZStW 101 (1989), p. 813; en similar sentido, argumentando también a partir del ejemplo de los crímenes del nazismo, HOERSTER, GA 1970, pp. 274-275.

(555) En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 259. Respecto a lo dicho en el texto, la idea de que la culpabilidad es un criterio limitador es, obviamente, una simplificación. La culpabilidad o responsabilidad subjetiva no encuentra su razón de ser únicamente en dicha función limitadora, sino que se conforma a partir de un complejo de intereses preventivos, por un lado, y de principios garantísticos, por otro, dándose entre ellos un permanente conflicto, que es el manifestado en el texto. Se quiere destacar, en otras palabras, dicho componente garantístico, pero ello no implica que la culpabilidad —ni como categoría, ni como «idea»— esté formada exclusivamente por ese componente: si la culpabilidad no es un estado

Como se dijo al comienzo de esta digresión sobre la tensión entre la prevención y las garantías individuales, no es intención de estas consideraciones adoptar una postura personal respecto de la culpabilidad y su contenido. Lo único que pretendía resaltarse es que los límites a la aplicación del poder punitivo no pueden extraerse de la propia lógica utilitarista, ya que, dada su racionalidad teleológica, impide establecer cualquier criterio de carácter deontológico, es decir, no instrumentalizable en atención a la maximización de dichos fines preventivos (556). En suma, que ninguna teoría de la prevención general está capacitada para limitarse a sí misma, por lo que todas precisan de límites externos a las mismas, si no se quiere renunciar a la protección del individuo frente a la colectividad y al poder estatal (557). El dilema del Derecho penal es que es un arma de doble filo: toda protección de la libertad conlleva asimismo una recíproca limitación de la libertad, por lo que a mayor protección preventiva mayor detrimento de aquélla. Por ello, frente a la lógica consecuencialista del comunitarismo, el cual, dada su prioridad por

---

ontológico, sino una *atribución social* –basada en el reconocimiento mutuo de libertad y autonomía que mencionamos con ocasión de la exposición del concepto de persona, que definía la noción de «persona de Derecho» y donde radicaba el ámbito de la imputación intersubjetiva de responsabilidad, en función de una serie de *deberes* mutuamente asumidos, y de un ámbito de *derechos* individuales que protegían de los excesos coactivos del Estado–, la *adscripción* de responsabilidad sólo tiene sentido, en suma, si existe una necesidad de pena, por lo que sin dicha necesidad preventiva, la imputación de responsabilidad carece de razón de ser. Pero ello no quiere decir que su grado haya de establecerse sólo *a partir* de dichas necesidades preventivas, sino que ese marco de «derechos de defensa» determinará los límites en los que legítimamente puede imponerse la sanción. Cfr. sobre la doble naturaleza de la culpabilidad, entre otros, BURKHARDT, GA 1976, p. 322; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 293 y ss.; sobre la adscripción de responsabilidad fundada en fines, además de la obra citada de Burkhardt, PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, pp. 74-75.

(556) Claramente, STRATENWERTH, *El futuro*, p. 112: «si el principio de culpabilidad debe tener por lo menos la significación de un correctivo de las exigencias preventivas, no podrá fundamentarse en las exigencias de la prevención, sino que deberá basarse en otras consideraciones.»

(557) Así, entre otros, y además del autor citado en la nota anterior, ROXIN, *Sinn und Grenzen*, p. 21: un «derecho de protección frente al Estado»; el mismo, AT 3/31; BURKHARDT, GA 1976, p. 322; BAURMANN, *Folgenorientierung*, p. 50; el mismo, *Schuldlose dogmatik?*, p. 211; HOERSTER, Weinberger-FS, p. 231; KUNZ, ZStW 98 (1986), p. 828, quien afirma que ese es *el* tema central de la actual discusión sobre las teorías de la pena: «la búsqueda de reglas normativas que puedan domesticar un Derecho penal preventivo desde un Estado de Derecho»; KIM, *Zur Fragwürdigkeit*, p. 122; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 159; BOCK, ZStW 103 (1991), p. 656; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 210 y 240: «La prevención... sea positiva o negativa “no se limita a sí misma”»; PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 15.

la colectividad frente al individuo, siempre optará por dar preferencia a la prevención, considero que sólo desde los presupuestos de un Derecho penal liberal, el cual parte de la prioridad de la libertad individual, elevándola al rango de un «derecho de defensa» frente a toda pretensión colectivista o de mayorías, puede establecerse un equilibrio en el conflicto entre prevención y garantías (558). Desde estos presupuestos ideológicos, la prevención no puede ser el único criterio legitimador del *ius puniendi*, sino que junto a la misma debe concurrir un fundamento de legitimidad basado en la protección de los derechos del delincuente (559), el cual operará como límite en el ámbito de la teoría del fin de la pena y, por tanto, en relación de conflicto, pero que habrá de considerarse como un fin propio del Derecho penal, junto a la protección de bienes jurídicos, tal y como, por ejemplo, ha sido sugerido en nuestro país por Silva Sánchez (560).

---

(558) Como afirma WOLF, *Verhütung*, p. 129, la preferencia por el liberalismo en Derecho penal viene dada por el hecho de que éste es un arma de doble filo.

(559) En este sentido, también BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 210: «La única y exclusiva persecución de fines preventivos a través de las instituciones jurídicas llevaría inevitablemente a la intolerable vulneración de otros fines sociales: el daño que causaría el criterio de instrumentalización de los medios dirigidos a la efectividad político-criminal, sería mucho más gravoso que su beneficio. El bien jurídico precisa, desde esta perspectiva, de una doble protección: “a través del Derecho penal y frente al Derecho penal, cuya aplicación excesiva llevaría a la situación que pretende evitar”», citando a Roxin. En sentido similar, KUNZ 98 (1986), p. 829, quien resalta que el único criterio para encontrar límites firmes a la prevención es partir del hecho de que la prevención no puede ser el único fundamento normativo de la pena. Críticos también con un Derecho penal orientado únicamente a la efectividad preventiva, dada la supeditación a la misma de garantías individuales, CALLIES, *NWJ* 1989, p. 1339; PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 15; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 137; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 135; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 241; HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 183 y ss., *passim*.

(560) SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 241 y ss., quien atribuye al Derecho penal el «fin de reducción de la propia violencia estatal». Partidarios de un fin similar del Derecho penal son también, entre otros, BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 255; CALLIES, *NWJ* 1989, pp. 1338 y ss.; HASSEMER, *Einführung*, p. 326; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 137; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad*, p. 292; FROMMEL, *Schüler-Springorum-FS*, p. 274, siguiendo a Hassemer. Cfr. asimismo ROXIN, *AT* 7/69, quien afirma que «la limitación jurídica de la violencia estatal es, por sí mismo, un fin de una política criminal propia de un Estado de Derecho»; o MIR PUIG, *Sobre el principio de intervención mínima*, p. 151: «Ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la humanización del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria –inevitable– para la protección del mismo ciudadano. (Tras ello se halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado.)»

La posible coexistencia de dos fines contrapuestos del Derecho penal parece responder, en realidad, a una plausible reconstrucción de lo que se acordaría por la sociedad, como grupo de individuos racionales autointeresados (561); es decir, lo que habría de considerarse legítimo desde presupuestos liberales y democráticos. Indudablemente, la tensión entre prevención y garantías viene debida a que cada opción representa los intereses contrapuestos que diferentes grupos sociales tendrían respecto de la labor del Derecho penal. Por un lado, para un grupo de víctimas potenciales, generalmente respetuosos del Derecho, lo *racional* sería un Derecho penal orientado hacia una prevención lo más eficaz posible, que protegiera, al precio que fuera, sus intereses de los ataques de terceras personas. Por el contrario, para el grupo representado por potenciales delincuentes, lo más *racional* sería en realidad la inexistencia de un Derecho penal, para evitar la limitación de sus intereses por parte del Estado; o, dado el presupuesto de la existencia de un *ius puniendi*, lo racional será en todo caso, la reducción al mínimo de su aspecto coactivo. Pero, como vimos, presupuesto para la posibilidad de un diálogo y de arribar a un acuerdo sobre las instituciones que han de regir la convivencia pública es la facultad de lo *razonable*, la cual implica la tendencia a la cooperación basada en acuerdos que representaran los intereses de todos los implicados, cooperación que sólo puede realizarse por medio de sacrificar un ámbito de la libertad y los intereses propios en aras de un orden estable que garantice la libertad de todos. Y para establecer el marco de imparcialidad en la decisión, también vimos que en la posición original rawlsiana los coasociados debían decidir tras un velo de ignorancia, que ocultaba a los individuos la situación que *de facto* ocupaban en la sociedad. Respecto al acuerdo sobre los fines y garantías en Derecho penal, ello conllevará que quienes toman parte en la decisión desconocerán si, una vez levantado el velo de ignorancia, serán potenciales delincuentes o ciudadanos respetuosos del Derecho. Por ello, todo participante en el pacto habrá de ponderar su decisión asumiendo que podría ser tanto víctima de acciones delictivas como verse sumido en el mecanismo coactivo del Derecho

---

(561) Sobre las consideraciones siguientes, además del ya expuesto método de decisión del contrato social rawlsiano, puede cfr. HOERSTER, Weinberger-Fs, pp. 233 y ss., y especialmente BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, p. 111, quienes, en términos similares a los aquí empleados, desarrollan esa perspectiva intersubjetiva en relación al tema que nos ocupa. Por otra parte, la concepción de Silva Sánchez, si bien es planteada desde otros términos, coincide sustancialmente, en este punto, con los presupuestos de un contrato social, tal y como él mismo destaca (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 186).

penal, por lo que lo racional de su decisión individual, es decir, la forma en que haya de obtener el mayor interés, habrá de estar regida por una ponderación de la racionalidad de ambos roles: el interés por una máxima prevención y el interés por un máximo de garantías (562). De esta forma, lo *razonable* sería el establecimiento de un Derecho penal que sirviera tanto al fin de prevención de acciones lesivas por parte de terceras personas como al fin de protección de la libertad del ciudadano frente al poder coactivo del Estado. Dado el fin de protección preventiva, los ciudadanos acordarían el establecimiento de sanciones útiles en aras de ese fin, así como el sometimiento a la imposición de la sanción en caso de vulneración de las normas por todos consensuadas (563). No obstante, para llevar a cabo este fin, los ciudadanos acordarían entonces el establecimiento de unos principios garantísticos –culpabilidad, proporcionalidad, lesividad, etc.– a los cuales habría de acomodarse la labor del aparato coactivo para ser reconocido como un orden legítimo, y que no podrían ser instrumentalizados en aras de fines preventivos, puesto que ello vulneraría las condiciones de razonabilidad y ponderación de intereses contrapuestos en que se basa el acuerdo (564). Tal y

---

(562) En similar sentido, HOERSTER, Weinberger-Fs, p. 235; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 115 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 186.

(563) A estos presupuestos liberales responde, por ejemplo, la «teoría consensual de la pena» desarrollada por Nino, con el fin de compatibilizar la fundamentación utilitarista con el respeto a los límites en la distribución de la pena propio de la retribución. Cfr. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, pp. 431 y ss; el mismo, *Los límites de la responsabilidad penal*, pp. 218 y ss., cuyas premisas ya estaban, en cualquier caso, presentes en Feuerbach, influenciado por las concepciones kantianas (cfr. NEUMANN/SCHROTH, *Neuere Theorien*, p. 35).

(564) En relación a los criterios de autointerés racional bajo los que se llegaría a la fundamentación de dichos principios –sobre lo que no entraremos– puede cfr. BAURMANN, *Folgenorientierung*, pp. 53 y ss. (especialmente p. 62), quien viene a servirse de la regla *maximin* empleada por Rawls en su «principio de la diferencia» (cfr. RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 97 y ss. y 181 y ss.) –consistente, por decirlo así, en *maximizar* desde el *mínimo*: en optar por la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las otras alternativas–, para fundamentar el principio de responsabilidad, entendiendo que «un Derecho penal sin principio de responsabilidad sólo sería legítimo cuando los más perjudicados por ese Derecho penal pudieran mejorar la suma de beneficio individual con la introducción de ese Derecho penal» (p. 62), llegando, tras numerosas y complejas operaciones, a la conclusión de que los más perjudicados por ese Derecho penal –que serían los no responsables sometidos a castigo– verían de hecho disminuido su beneficio personal, por lo que sólo un Derecho penal con un principio de responsabilidad sería aceptado por todos. También, con menor complejidad y detalle, BAURMANN, *Schuldlose Dogmatik?*, p. 255; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 432; HOERSTER, Weinberger-FS, pp. 236 y ss.; KINDHÄUSER, GA 1989, p. 498; BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 131 y ss.

como se dijo respecto de la relación entre la racionalidad instrumental y la racionalidad valorativa, ello implica que la prevención sólo podrá maximizarse dentro del ámbito de respeto a esos principios vinculantes para el Estado, en aras del fin que compete al mismo de satisfacción de ambas líneas de intereses, que en realidad no son otros que las que todo ciudadano racional interesado en su propia libertad tendría. En suma, «la misión del Derecho penal no consiste sólo en proteger bienes jurídicos... sino también en limitar el poder punitivo del Estado... trazando, a partir de principios generales de rango incluido constitucional, unas “reglas de juego” a las que todos, incluido el Estado, tienen que atenerse» (565).

### C. LOS FINES DEL DERECHO PENAL. TOMA DE POSTURA

#### a) *Fundamentación de las normas penales*

Principio esencial de la teoría liberal es el fundamento intersubjetivo del Derecho, basado en la autonomía política de los ciudadanos; así, Derecho legítimo lo sería sólo aquél que pudiera ser libremente reconocido por la razón de todos los participantes en el tráfico jurídico, en base a su interés de prioridad por su propia libertad. Y ese criterio de legitimación debe servir, entonces, también para el Derecho penal, tanto para fundamentar la legitimidad de la pena y sus fines como para fundamentar los principios garantísticos que limitarían necesidades colectivas de prevención; así como también para fundamentar las propias normas de conducta penales. En este ámbito, puede asumirse, entonces, el principio de legitimidad de un Derecho democrático establecido por Habermas: «Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales» (566).

No le falta razón a Morales Prats cuando afirma que «el problema central del Derecho penal no es tanto de penas y su sentido... sino de selección de bienes jurídicos a proteger» (567). En efecto, ya antes que la sanción, todo establecimiento de una norma penal implica una limitación de la libertad de los ciudadanos, por lo que la legitimidad

---

(565) HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 137.

(566) HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 172. Similar, HASSEMER, *Theorie*, p. 32, en relación a la fundamentación de normas desde el contrato social.

(567) En QUINTERO/MORALES/PRATS, PG, p. 91.

de las normas no puede supeditarse a un rango inferior de argumentación en lo relativo a la fundamentación general del Derecho penal como orden jurídico, como, de hecho, es habitual en la discusión doctrinal, ocupada fundamentalmente en la legitimación de la pena. Y ello, además, porque si requisito previo de la imposición de la sanción es la vulneración de la norma de conducta, la misma legitimidad de la sanción habrá de hacerse depender de la legitimidad de la prohibición (568).

En cualquier caso, respecto del tema de la criminalización de conductas, tampoco les falta razón a quienes objetan al clásico criterio de la «exclusiva protección de bienes jurídicos» incapacidad para servir de instrumento útil –y limitador– a la labor del Legislador (569). Es de sobra sabido que el concepto de «bien jurídico», tomado en sí mismo, aparece, a lo largo de su discusión dogmática, como una mera fórmula vacía y susceptible de ser rellena de cualquier contenido, tanto liberal como moralizante o autoritario. Por ello, lo que haya de entenderse como tal no podrá venir dado desde su propia «naturaleza», sino que deberá inferirse de consideraciones diversas y externas al mismo, relativas tanto al merecimiento y la necesidad y posibilidad de protección, como a los límites garantísticos, así como, en última instancia, a presupuestos filosófico-políticos que delimiten los contornos de lo que ha de ser merecedor de prohibición y bajo qué límites. En este sentido, de los presupuestos establecidos a la hora de presentar la concepción liberal del Derecho, si bien no podría, desde luego –y dada la brevedad con que han sido presentados–, establecerse un programa completo respecto del marco de legitimidad en el que debe discurrir la creación de normas (570), sí podrían trazarse unas líneas esenciales con las que conformar los márgenes que deben definir lo penalmente protegible. Respecto de las mismas, baste decir que responderían, en esencia, a la llamada

---

(568) Así, KINDHÄUSER, GA 1989, p. 494; LESCH, JA, 1994, p. 599; JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, p. 386; CUELLO CONTRERAS, PG, p. 79: «Habrá mayor legitimación para sancionar la violación consciente de la norma o culpabilidad mientras más democrática haya sido su institución». En el mismo sentido, HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 95: «... la permisón de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse derivar de una expectativa de legitimidad asociada a la decisión que toma el legislador».

(569) Críticas recientes pueden verse, entre otros, en FRISCH, *Stree-Wessels-FS*, pp. 73 ss.; KUHLEN, *Strafrechtsbegrenzung*, pp. 77 ss. También, JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), p. 847, nota 10, contestando a las críticas que le acusan de formalización.

(570) Un desarrollo completo de lo que sería una teoría liberal de la criminalización puede verse en PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, p. 89.



concepción «personalista» del bien jurídico (571), derivada de la premisa liberal de legitimar «la acción del Estado desde el punto de vista de la persona» (572) y caracterizada por situar a la misma –bienes personales–, o en todo caso a un conjunto de personas –bienes interpersonales–, como único sujeto de los intereses representados en los bienes jurídicos. Por otra parte, el bien jurídico habría de concebirse bajo un substrato fáctico (573), entendido, en términos ciertamente genéricos, como un estado u objeto positivamente valorado por su funcionalidad respecto al desarrollo de la libertad del individuo (574) y, en todo caso los bienes personales, de carácter disponi-

---

(571) En este sentido, KINDHÄUSER, GA 1989, p. 496: «El concepto del bien jurídico puede derivarse sin tensiones de una teoría de la justicia contractualista. Según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad». Como destacado defensor de dicha teoría personalista puede citarse a Hassemer. Cfr. HASSEMER, *Theorie*, p. 65 y pp. 68 ss.; el mismo, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, pp. 85 ss. En la misma dirección, MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, p. 164; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 270, citando ulteriores referencias; LÜDERSEN, ZStW 107 (1995), pp. 898-899.

(572) HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 109.

(573) Y no al modo de determinadas concepciones «espiritualizadas» del mismo, para las que el bien jurídico es concebido como un «valor abstracto» (JESCHECK, PG, p. 232) como un «valor ideal espiritualizado» (BAUMANN/WEBER/MITSCH, AT 3/18), un «valor ideal del orden social» [CEREZO MIR, PG (1994), p. 18] o una «pretensión de respeto» (SCHMIDHÄUSER, AT, 5/26), con lo que, en realidad, el bien jurídico termina por identificarse con los «valores ético-jurídicos» de Welzel, dado que, al igual que éstos, esos «valores» no pueden ser lesionados materialmente por las acciones, sino que sólo pueden ser puestos en duda, vulnerados, quebrantada su vigencia. Es por ello que, por ejemplo, para Schmidhäuser, más coherentemente que otros, la «lesión del bien jurídico» es lo mismo que la «lesión del deber», y ese bien jurídico es lesionado ya con la tentativa (en este sentido, SCHMIDHÄUSER, AT, 5/33). Y por lo que respecta a la teoría de la criminalización, esa consideración del bien jurídico como valor ideal permitirá incluir como susceptible de protección cualquier valoración moral mantenida mayoritariamente por la sociedad, dado que no es precisa la vinculación a intereses materiales de la persona. No en vano, esta concepción del bien jurídico apenas se diferencia del concepto teleológico del bien jurídico de Honig.

(574) La naturaleza funcional del bien jurídico fue puesta de manifiesto ya por WELZEL, *Studien*, p. 140; así como, entre otros, por RUDOLPHI, Honig-FS, pp. 163 ss.; LESCH, *Beihilfe*, p. 239; MÜSSIG, *Rechtsgüterschutz*, p. 175; JAKOBS, AT 2/14; STRATENWERTH, Lenckner-FS, p. 383. La vinculación al desarrollo del individuo es lo que, por ejemplo, Callies manifiesta con su concepción de bien jurídico como «posibilidades de participación de los individuos», tesis seguida por MIR PUIG, *Introducción*, pp. 139 ss.. Dicha vinculación a la persona también es resaltada, entre otros, por KINDHÄUSER, *Strafe*, p. 35; JAKOBS, AT 2/14.

ble por su titular. Ello no excluiría, por ejemplo, la criminalización de determinados delitos de peligro, si bien la interpretación de los mismos, a la hora de establecer el merecimiento de pena de las conductas (por ejemplo, a la hora de determinar el grado de peligro de la acción), habría de establecerse en función de los intereses de los individuos, y no de bienes supraindividuales no reconducibles en forma directa a dichos intereses (575); en este sentido, sí carecerían de legitimidad los delitos de peligro –en especial, algunos de peligro abstracto– cuyo bien jurídico no encontrara un substrato personal o interpersonal, es decir, no susceptible de derivar el peligro directamente a intereses individuales (576). Como criterios de criminalización negativos, esto es, limitadores, desde el principio de neutralidad se deriva tanto la proscripción de penalizar conductas exclusivamente inmorales, sin relevancia para los intereses de terceros, como, con carácter general, la criminalización basada en motivos paternalistas (577). Por último, y con un carácter más genérico, el principio liberal del «*harm to others*» conllevaría la tendencia hacia un Dere-

---

(575) Cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción*, p. 110: los tipos delictivos que establecen bienes universales, no disponibles por el individuo, habrán entonces de interpretarse en función de su repercusión para los intereses de la persona. *Vid.* asimismo, MIR PUIG, *Bien jurídico*, p. 164: hay dos enfoques posibles para valorar los bienes colectivos: desde su importancia para el sistema social y desde su importancia para la persona. «El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos... Se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema».

(576) Obviamente, la cuestión es demasiado compleja para ser desarrollada aquí. Sobre la reconducción de los delitos de peligro a intereses individuales puede cfr., recientemente, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, pp. 12 ss. y *passim*.

(577) Por paternalismo, según la definición de DWORKIN, G., *El paternalismo*, p. 148, puede entenderse «en un sentido amplio, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses, o a los valores de la persona coaccionada». En cualquier caso, no puede establecerse a priori una limitación absoluta a cualquier norma motivada por razones paternalistas, y ello dada la propia vaguedad del término. Así, por ejemplo, conductas paternalistas serían, según este mismo autor, tanto la obligación de llevar casco como la prohibición de la homosexualidad o de las drogas. Además, en la práctica es difícil encontrar disposiciones que sólo respondan a dicho presupuesto. Por ejemplo, en la obligación de llevar casco concurren también consideraciones relativas a la carga económica de los accidentados y en la prohibición de la homosexualidad o las drogas concurren también –o exclusivamente– motivaciones moralizantes. Sobre el paternalismo puede cfr., además, GARZÓN VALDÉS, *Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?*, pp. 161 ss.; PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, pp. 216 ss.

cho penal mínimo –opuesta, en realidad, a la tendencia expansiva actual–, conformado en torno a los intereses más esenciales de la persona. Todo ello parece plausible a resultas del procedimiento intersubjetivo de racionalidad en que ha de legitimarse el Derecho penal desde una perspectiva liberal. Así, el conjunto de individuos racionales e interesados prioritariamente en su propia libertad, desconocedores de la posición que ocuparían en la sociedad –o bien delincuentes, tendentes a una mayor libertad, o bien víctimas, tendentes a una mayor seguridad–, sólo estarían dispuestos a limitar su libertad mediante el establecimiento de normas penales, en la medida en que ello revirtiera en una mayor libertad, por lo que un Derecho penal máximo, centrado en una maximización de orden y seguridad y cuyo ámbito de intervención, realizado por medios tan coactivos como la sanción punitiva, excediera de la protección de esas condiciones esenciales para el libre desarrollo de la libertad, no sería racionalmente aceptado. Como vimos que afirmaba Rawls: la libertad puede ser solamente restringida en favor de la libertad en sí misma.

Conviene tener presente que dicho acuerdo de decisión intersubjetivo representa un criterio de legitimación basado en presupuestos hipotéticos. Es evidente que en la realidad fáctica los acuerdos no se realizan en condiciones de plena imparcialidad e igualdad, sino a través de relaciones de poder; ni el consenso es alcanzado por unanimidad, sino bajo la regla de mayorías (578). Y que el Derecho penal actual no representa ese Derecho penal mínimo, sino que su génesis está sometida a la influencia de grupos de poder, a criterios electoralistas y tecnocráticos, etc., así como, en general, a una concepción máxima del mismo, que recaba para sí ámbitos que deberían ser propios de otras ramas, menos contundentes, del Derecho (579). En este sentido, tanto las condiciones que regulan el procedimiento del contrato social rawlsiano, como los principios a que llega, si bien repre-

---

(578) En relación a este tránsito de la validez a la facticidad, RAWLS, *Réplica*, pp. 102 ss., habla de una «progresivo levantamiento del velo de ignorancia». Sobre ese tránsito, cfr. también RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 263 ss.; HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 230 ss.

(579) Cfr., por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad y validez*, pp. 102 ss. También HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, pp. 184 ss., en relación a las respuestas del Legislador a las exigencias coyunturales de seguridad y orden por parte de la opinión pública, así como a la manipulación de las mismas por los medios de comunicación. Vid. MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal*, p. 165, quien advierte contra la «peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una administrativización de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del orden colectivo».

sentan *el ideal* del principio democrático, no deben entenderse como la expresión o exposición de la realidad democrática, sino como criterios contrafácticos de *validez*, susceptibles de someter a permanente valoración crítica la *facticidad* del Derecho, por representar, al igual que la propia noción de democracia (580) o de derechos humanos, un *deber ser*, un canon u horizonte normativo al cual debe orientarse el desarrollo de la política democrática. Por todo ello, no puede ni debe buscarse una plasmación exacta en la realidad de lo que es un criterio ideal de legitimación; por emplear de nuevo los términos habermasianos, existe una inevitable e irrebalsable barrera de separación entre la validez y la facticidad, si bien, como a continuación insistiremos, el criterio de validez liberal, al estar basado en la razón práctica y el autointerés individual, puede suponer una alternativa viable respecto de la estabilidad fáctica. En todo caso, baste resaltar que, en el ámbito del Derecho penal, los criterios de criminalización, tanto positivos como negativos, que imponen los principios liberales, responden entonces a una argumentación *de lege ferenda*, que enmarca una orientación mínima a la que debería acomodarse la labor del Legislador penal de un Estado liberal y democrático (581). Así, resultaría osado afirmar radicalmente la ilegitimidad de toda norma que no se correspondiera con el núcleo de dichos principios; no obstante, sí cabría hablar de una legitimidad gradual, de forma que todo alejamiento de ese núcleo de legitimidad supondrá un progresivo déficit de corrección normativa de la norma en cuestión, por cuanto, al conllevar una limitación de libertad no fundada en la protección de las condiciones inmediatas de la misma libertad, su aceptación por los ciudadanos resultaría más precaria.

A pesar de lo dicho, las presentes consideraciones sobre la fundamentación legítima de las normas penales no van dirigidas a discutir

---

(580) Así, por ejemplo, CORTINA, *Ética sin moral*, pp. 266 ss.

(581) En este sentido, afirma SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 183, que el Derecho penal, «para encontrarse legitimado, se ve abocado a autoanalizarse de modo continuo con el fin de determinar si responde a esa regla de “mínimo daño social”, lo que obliga “a enfrentar al Derecho penal vigente y sus instituciones con otro eventual Derecho penal, surgido de una reforma, que pudiera ser igualmente eficaz con menos daño social, con menos violencia”» (cursivas en el original). Una idea similar, desde un plano más genérico aporta HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 103, respecto de la citada tensión entre la validez y la facticidad en la creación del Derecho: «Ciertamente, un Derecho al que en las sociedades modernas le compete la carga principal en lo tocante a la integración social, no tiene más remedio que verse sometido a la presión *profana* de los imperativos sistémicos de la reproducción de la sociedad; pero simultáneamente se ve sometido a una coerción, por decir así, *idealista*, que le obliga al legitimar esos imperativos» (cursivas en el original).

la legitimidad del Derecho vigente, ni a desarrollar una teoría de la incriminación, sino sobre todo por lo que la legitimidad puede tener de relevancia respecto de la motivación al acatamiento de las normas. Como fue planteado tanto en la exposición teórica de la postura liberal del contrato social, como con ocasión de la relación entre la estabilidad y la justicia en la aplicación de la pena, en la teoría liberal puede afirmarse una línea de coherencia entre el ámbito de legitimación y el ámbito de la estabilidad, pudiéndose dotar de un considerable grado de viabilidad fáctica en lo relativo al respeto de las normas a los principios de validez normativa por ella establecidos. Dichos principios, como vimos, no son inferidos de instancias metafísicas o supraindividuales como el espíritu de la comunidad, ni tampoco de un a priori ontológico y objetivo, sino que su origen radica en la propia razón individual, en los intereses esenciales que todo individuo tiene, estableciéndose, bajo un procedimiento imparcial, al que todos accederían para ver representados equitativamente sus intereses, un acuerdo intersubjetivo que responda a dichos intereses. Los principios de validez normativa son obtenidos, entonces, y por decirlo así, «desde abajo», desde lo que todo ciudadano medio podría querer para sí mismo y para la convivencia con los demás, y es en esa premisa de racionalidad intersubjetiva donde el liberalismo obtiene su plausibilidad respecto a la aceptación fáctica y el reconocimiento a largo plazo de lo acordado por los ciudadanos. Era en este sentido en el que Rawls, como vimos, podía afirmar que una sociedad y unas instituciones públicas construidas, en un grado relativo, en torno a los principios de justicia generarían continuidad en la estabilidad de las mismas, puesto que los intereses esenciales de los ciudadanos se verían garantizados y amparados. Respecto del Derecho penal, este hecho puede expresarse con la tesis ya formulada con ocasión de la exposición de la teoría de la protección de la vigencia de la norma: *el pacto social creador de las normas, que es un criterio de legitimación de las mismas, es asimismo un criterio de racionalidad y, por tanto, un motivo para el acatamiento de las normas*; es decir, un criterio de estabilidad del ordenamiento jurídico. Recordemos que la crítica externa a dicha concepción se refería a que, si bien era *prima facie* correcta la idea de que las normas susceptibles de ser reconocidas por los ciudadanos obtendrían un respeto por los mismos sin necesidad de medios coactivos contundentes, se hacía preciso, para fundamentar dicha idea, el establecimiento de las condiciones del reconocimiento. En este sentido, podemos, con el bagaje de la teoría liberal, abundar ahora en dicho presupuesto, afirmando que las normas que respondan al autointerés racional de los sujetos, que serían

las que limitarían la libertad de los mismos sólo en aras de la protección de las condiciones esenciales de esa misma libertad, obtendrían un mayor grado de aceptación voluntaria; lo cual, a su vez, conllevaría un grado considerable de confianza en la vigencia de la norma, dado que Ego podría esperar *razonablemente* que Alter respetaría las normas. «De esta manera, los ciudadanos mantienen la confianza depositada en las normas debido a que éstas son fruto de decisiones racionales» (582). En efecto, en el contrato social, las normas han de responder a los intereses esenciales de los ciudadanos (lo racional), y sólo cuando así fuera podría darse la tendencia a una cooperación voluntaria (lo razonable), que era presupuesto y al mismo tiempo criterio de estabilidad del pacto, al implicar tanto la atribución mutua de las facultades de diálogo como el compromiso al respeto mutuo de los principios emanados del pacto, es decir, el reconocimiento al derecho de todo ciudadano al ámbito de libertad negativa protegido por las normas jurídicas. Una idea semejante podría ser la expresada también por numerosos penalistas cuando afirman que la reducción del ordenamiento a un Derecho penal mínimo, al representar lo intersubjetivamente racional, el ámbito esencial de libertad necesaria para el desarrollo social, conllevaría a otorgar a éste una mayor fuerza vinculante y un mayor grado de aceptabilidad (583). Expresado de

---

(582) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 66, quien, de forma muy distinta que Jakobs y sus discípulos –quienes, como vimos, consideran la prevención general positiva como una teoría formal, basada en el Derecho positivo vigente–, entiende dicha teoría también como un criterio de criminalización: «La prevención general positiva dificulta que se pueda definir como injusto una modalidad de conducta carente de lesividad social. Tal definición socaba la confianza de los ciudadanos en el Derecho penal»; concibiendo así el término «confianza» de forma distinta a como lo hace el autor alemán, quien la limita a la confianza en la vigencia fáctica de la norma, y no a la confianza genérica que debe existir entre los ciudadanos y la labor de los poderes públicos, tanto en su ámbito legislativo como judicial. Y ello, a mi juicio, correctamente, ya que, como se dijo, los presupuestos de la concepción de Jakobs sólo pueden ser válidos –fáctica y normativamente– desde el principio democrático del consenso intersubjetivo como génesis del Derecho (en este sentido, BAURMANN, GA 1994, p. 379). Por ello criticábamos que ignorara el tema de la fundamentación de las normas. Cfr., por otra parte, NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, p. 30, quien pone de relevancia la importancia de la creencia en que las normas y principios a los que se espera que se atengan los demás sean *correctos* y *justos* como un factor generador de confianza en esa expectativa: resulta más razonable confiar en que los demás respetarán normas intersubjetivamente consideradas correctas que normas arbitrarias y parciales, por el hecho de que yo tenderé a respetar las normas que considero correctas y no las arbitrarias.

(583) Así, por ejemplo, ROXIN, *Grund und Grenzen*, p. 14; LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, p. 142; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 126; HASSEMER, *El destino de los derechos del ciudadano*, p. 198; el mismo, ZRP 1997, p. 320.

otra forma, que la atención al principio de *ultima ratio* tendría efectos preventivos. En suma, lo que se quiere expresar es la, al menos teóricamente, obvia presunción de que la aceptabilidad racional de una norma jurídica conllevará, o al menos favorecerá, la aceptación fáctica de la misma, su acatamiento y, recíprocamente, la confianza en el acatamiento por parte de los demás. O, expresado desde la perspectiva del Legislador, que el sometimiento del mismo a la razón de los ciudadanos aportará razones para el respeto de las normas por parte de éstos (584). Por ello, la idea citada con anterioridad de una legitimidad gradual de las normas jurídicas habrá de tener consecuencias respecto de un acatamiento gradual –y, por ende, respecto de una confianza gradual en el respeto de las mismas por parte de *Alter*–. Así, cuanto más se acerque lo protegido a las condiciones esenciales de la libertad de los individuos mayor será su obediencia. Por poner un ejemplo obvio, la norma que prohíbe la lesión de la integridad física conlleva más razones para su acatamiento que la norma que prohíbe el tráfico y tenencia de estupefacientes, la cual no adquiere su razón de ser en la atribución mutua de un derecho de libertad y autonomía, sino, por el contrario, en presupuestos paternalistas o incluso moralizantes.

Comenzamos esta sección afirmando que la cuestión central del Derecho penal no es tanto, o no es sólo, la de los fines de la pena, sino la relativa a cuáles han de ser los bienes jurídicos merecedores de protección bajo pena. Para concluir, conviene resaltar una razón más de esa afirmación, poniendo de manifiesto, a resultas de lo visto, que la efectividad del Derecho penal no depende tan sólo de los fines o de la intensidad de la pena, sino también del reconocimiento racional de las normas por los ciudadanos. En este sentido, es plausible afirmar que un Derecho penal mínimo conllevaría efectos preventivos. En lo tocante a las relaciones entre el reconocimiento del Derecho por los ciudadanos y la pena, conviene, por último, incidir de nuevo en las dudas que se opusieron a la teoría de la protección de la vigencia del ordenamiento, reiterando que la pena no está capacitada para ejercitar en el reconocimiento de las normas, para *convencer* de la corrección normativa de las mismas, ya que el reconocimiento no

---

(584) Como afirma WOLFF, ZStW 97 (1985), p. 800, «nada genera tanto la vigencia real de las leyes como el convencimiento de los ciudadanos de la justicia de las mismas». La misma idea es expresada por WITTIG, ZStW 107 (1995), p. 268, desde un análisis de la concepción rawlsiana en relación al Derecho penal: «Si en una sociedad aparecen realizados los principios de justicia, los hombres acatarán las reglas de las instituciones justas no por verse coaccionados a ello, sino porque desde su sentido de la justicia reconocen esas reglas y las apoyan lealmente».

puede provenir de una imposición coactiva, sino que ha de estar basado en un diálogo racional y voluntario (585). Por ello, dicho reconocimiento habrá de venir previamente dado y, todo lo más, la imposición de la pena podrá ser una mera manifestación simbólica del mismo, como ya se expuso. La pena, en rigor, sólo puede imponer el acatamiento fáctico de las mismas. En conclusión, la pena no puede legitimarse por ser causa del reconocimiento del Derecho, sino que, por el contrario, su legitimación vendrá dada en la medida en que su aplicación sea consecuencia de dicho reconocimiento.

b) *El concepto de persona como destinatario de las normas*

Ciertamente, toda teoría ético-política está sostenida, con mayor o menor evidencia, en una concepción antropológica, la cual normalmente viene conformada por una mezcla de criterios normativos y fácticos (586). Así ocurre, como hemos visto, con el comunitarismo y el liberalismo, cuyas diferencias en este punto son ciertamente notables. En el comunitarismo se concibe a la persona como un *homo sociologicus* puro, radicalmente integrado en su entorno y constituida su conciencia moral a partir de los valores vigentes en la comunidad a la que pertenece, hasta el punto, en algunas concepciones, de negarle toda facultad cognitiva de tomar distancia respecto de lo dado, toda capacidad reflexiva y crítica. El liberalismo, por el contrario, asume un individuo racional, capaz de determinar, perseguir y modificar críticamente sus concepciones de lo bueno, e interesado primordialmente en su propia libertad. Si bien, contra las críticas que pretenden reducir ese concepto de persona a un *homo oeconomicus*, egoísta y tendente a servirse de los intereses de los demás para subvenir a la maximización de los suyos, el liberalismo actual insiste, además, en el carácter social de su modelo de persona, como un individuo no sólo «racional» sino también «razonable», capaz de comprometerse al respeto de unos principios de cooperación y justicia, siempre que él mismo –puesto que lo «razonable» no deja de sostenerse en lo «racional»– haya participado en condiciones de igualdad e imparcialidad en el establecimiento de dichos principios y se vean, por ello, suficientemente representados y amparados sus intereses. Este

---

(585) Vid. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 91: «Una acción por deber, es decir, la obediencia al Derecho moralmente motivada, es algo que por razones analíticas no puede imponerse mediante coerción».

(586) Así, CAMPS, *Introducción*, p. 22.



sería el modelo, si así se quiere llamarle, de un *homo politicus* (587). Merece destacarse el grado de ascendencia fáctica o normativa de estos modelos, por cuanto ya vimos que era preciso distinguir un concepto empírico o sociológico de individuo de un concepto normativo de persona, diferencia que se revelaba fundamental para entender el debate entre comunitaristas y liberales. Así, mientras los comunitaristas partían de un concepto fáctico de persona para llegar a conclusiones normativas, incurriendo en una «falacia comunitarista», los liberales no negaban el hecho de que los individuos no pueden entenderse en forma atomista y asocial, pero ello no era obstáculo, dado además el hecho fáctico de la capacidad reflexiva propia de la actual situación posconvencional de la conciencia moral (Kohlberg), para construir su concepción de la política y los términos públicos de la convivencia sobre un concepto normativo de persona, restando interés a la esfera privada propia del sujeto moral, por cuanto, como liberalismo político, sólo está interesado en determinar los principios de justicia a que deben atenerse las instituciones públicas, bajo un respeto estricto del principio de neutralidad.

La concepción de la persona posee asimismo notable relevancia en Derecho penal (588). Como ordenamiento jurídico, como instancia política reguladora de las relaciones externas entre los ciudadanos, el concepto de persona en Derecho penal ha de ser un concepto normativo, el de «persona de Derecho», desde el cual establecer el ámbito de derechos y obligaciones de los individuos, así como los límites de la responsabilidad en caso de vulnerar los deberes que le competen; desde el cual determinar, en suma, el trato legítimo que el Derecho puede dispensar al ciudadano. Así, según se conciba esa persona de Derecho, distintos serán los medios por los que el Derecho penal pueda motivar a los ciudadanos al acatamiento de la norma. Respecto de las teorías de la pena vistas hasta ahora, podrían, así, establecerse hasta cuatro modelos distintos.

En primer lugar, la teoría del fin ético-social de ascendencia filosófica hegeliana, parte de un «*hombre moral*», previamente constituido, como miembro de la comunidad ética, en los valores que dan identidad a la misma, valores que son, por ello, verdaderos, legítimos

---

(587) No obstante, entendido ese término en un sentido diferente al dado por Aristóteles a su *zoon politikon* o al hombre político de Max Weber (Vid. sobre éste, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 69 y ss. )

(588) Cfr., por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, RFDUC 11(1983), pp. 667 y ss.; JAKOBS, ZStW 107 (1995), pp. 849 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 28. También BAURMANN, GA 1994, pp. 370-371, respecto del modelo de conducta establecido por las teorías de la pena para el acatamiento de la norma.

en sí y por sí. En esta concepción subyace una identificación lineal y uniforme entre el Estado ético y el sujeto moral, por lo que la noción de la autonomía moral individual carece de razón de ser: sólo se es miembro de la comunidad en tanto en cuanto se comparten los valores éticos que la conforman; por ello, se exige una obediencia apriorística del Derecho (589) y, por ello, la internalización de los valores ético-sociales inscritos en las normas viene legitimada a tenor de ese suelo cuasimetafísico en que se apoya, según el cual el Espíritu objetivo es lo que aúna lo individual y lo colectivo en una totalidad ética. Idénticas consecuencias, respecto a la vulneración del principio liberal de la autonomía moral, pero un diverso origen, tiene la concepción de persona propia del fin de integración y de la prevención de intimidación psicoanalítica, que podemos llamar «*hombre pulsional*». La persona es aquí contemplada no desde presupuestos filosóficos, sino meramente psicológicos, desde una perspectiva funcional: la prevención de integración orientada a la estabilidad de la conciencia colectiva durkheimiana y, por tanto, a la integración social por medio de la identificación de las conciencias morales individuales; la prevención negativa psicoanalítica orientada a la evitación de conductas lesivas, la cual, como dijimos, si bien no sería reconducible al comunitarismo en cuanto a los fines, desde luego sería antiliberal en cuanto a los medios. A diferencia del «hombre moral» del fin ético-social, el cual se presupone ya constituido por los valores de la comunidad, el «hombre pulsional» característico de estas teorías es concebido como un ser asocial por naturaleza, dirigido por sus instintos irracionales, al cual es preciso, de igual forma que a los niños (590), educar, socializar coactivamente desde un nivel inconsciente y someter a control por medio de la sublimación de dichos instintos (591). En tercer lugar, el modelo de persona en la prevención de intimidación clásica respondería a la noción ilustrada de un «*hombre racional*», capaz de tomar una decisión consciente respecto del acatamiento de las normas según el balance de satisfacción para sus intereses. Esta concepción, a diferencia de las anteriores, respeta la autonomía moral del ciudadano, al establecer una separación entre los medios del Derecho y los de la moral, y exigir, así, únicamente una obediencia externa a las normas, basada en la decisión racional.

---

(589) Cfr. RUBIO CARRACEDO, *Paradigmas de la política*, p. 59; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 276.

(590) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro...?*, pp. 146-147, quien se sirve del ejemplo del proceso educacional del niño para trasladarlo al mecanismo motivatorio de la pena.

(591) Vid. MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, p. 42.

No obstante, acentúa en demasía el carácter egoísta de la persona, lo que le lleva a concebirla exclusivamente como un enemigo del Derecho, desconociendo el principio de la autonomía política, al partir del presupuesto de que la tendencia natural del individuo será la de vulnerar el pacto y usurpar el ámbito de libertad de los demás para satisfacer sus intereses. Por último, la teoría de la protección de la vigencia de la expectativa normativa respondería al modelo del «*hombre razonable*». Como vimos, en dicha teoría –según la interpretación aquí sugerida–, de acuerdo a una imagen democrática del Derecho, se parte del hecho de una relativa estabilidad del mismo, dada por el presupuesto de que las normas son reconocidas por los ciudadanos, al ser consecuencia de un consenso; consenso que aquí se ha interpretado desde el contrato social liberal, como expresión normativa del principio democrático. Desde esta premisa, el Derecho, según estos autores, no precisa establecer medios coactivos demasiado contundentes, sino más bien limitarse a un fin de confirmación de la vigencia de las normas previamente aceptadas. El problema de esta concepción, la cual, desde un punto de vista valorativo aparecía como la más legítima de las opciones, es precisamente que argumenta desde un plano excesivamente normativo o idealista, desatendiendo el hecho fáctico de que no todas las normas poseen, actualmente, dicho grado de consenso y de que, en cualquier caso, siempre habrá ciudadanos que pondrán por encima sus intereses personales a la cooperación social. Expresado de otra forma, mientras el modelo del «*hombre racional*» de la prevención de intimidación liberal desatiende el componente de lo «razonable», basado la cooperación intersubjetiva, el modelo del «*hombre razonable*» de la protección de expectativas normativas desatiende el componente de lo «racional», basado en el interés personal inmediato.

Desde una concepción liberal, entonces, el Derecho penal debería asumir un modelo de persona que respondiera a ambas facultades. En este sentido, parece evidente que el Derecho penal, enfrentado a una permanente tensión dialéctica entre la facticidad y la validez, entre una protección efectiva *frente* a potenciales delincuentes y el respeto a unos principios garantísticos no instrumentalizables en aras de dicha protección, debe operar con un concepto de «persona de Derecho» acorde tanto a la realidad fáctica como a presupuestos valorativos (592), ya que un modelo exclusivamente valorativo y

---

(592) Vid. de nuevo TORIO LÓPEZ, RFDUC 11 (1983), p. 669: «la imagen del hombre ha de nutrirse de las ciencias empíricas y de los presupuestos normativos de un Estado social de Derecho».

excesivamente idealizado contradiría la realidad, por lo que resultaría inviable respecto del fin de protección efectiva de la libertad de los ciudadanos, mientras que un modelo que sólo atendiera a lo empírico abandonaría la atención a las garantías individuales, orientándose exclusivamente hacia una maximización estratégica de la efectividad punitiva, y vulnerando, de igual forma, la libertad de los ciudadanos.

En este sentido, considero que una imagen que diera prioridad a lo «razonable», pero que no abandonara lo «racional», podría responder a esa necesidad de ponderar la prevención y las garantías. Conviene, por ello, antes de continuar, enunciar brevemente las características generales que definirían ese modelo de persona, que llamaré *homo politicus*, detallando algunos extremos ya mencionados con anterioridad.

Como algún autor ha afirmado, la concepción del hombre como ser racional y autónomo, interesado en la prioridad de su libertad, es la que ha de presidir la labor de un Estado de Derecho (593). Dicha racionalidad —entendida en sentido genérico—, va dirigida, así, respecto a las *razones para la acción* que orienta la actuación del individuo, hacia la persecución de la máxima libertad, del máximo interés individual. Y, como hemos venido expresando, caben dos formas esenciales de racionalidad: la primera sería la propia de lo «racional» —en un sentido sólo similar al rawlsiano—, característica del modelo clásico del «*hombre económico*»; la segunda sería la inherente a la facultad de lo «razonable», que podemos denominar como la racionalidad propia de un «*hombre cooperador*» (594). Así, partiendo de que ambos modelos están orientados hacia la consecución de la máxima satisfacción personal, para obtener ésta, dichos modelos operarían según un diferente *criterio de decisión*: mientras el hombre económico partiría siempre de un criterio *consecuencialista*, es decir, de la ponderación a corto plazo de costes y beneficios, estando compelido a elegir siempre la acción que represente, en la situación concreta, la mayor utilidad —sería lo que puede llamarse un «maximizador *situacional* de utilidad», en la terminología de Baurmann (595)—; el hombre cooperador está facultado para motivar su acción de acuerdo con un criterio de decisión basado en una disposición al *respeto a las normas*, sacrificando lo que podría aparecer como más

---

(593) BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat*, pp. 116-117.

(594) Sobre ambas formas de racionalidad, puede cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 75 ss.; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 104 ss.

(595) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 75.

útil a corto plazo mediante el quebrantamiento de la norma en aras de un mayor beneficio para su libertad a más largo plazo, basado en la cooperación intersubjetiva –sería, según los términos del autor citado, un «maximizador *disposicional* de utilidad»–.

Reiteremos una vez más la tesis de que un Estado democrático no podría fundarse bajo el modelo del hombre económico hobbesiano, sino que en la propia noción de democracia radica la idea, por el hecho de que las normas y principios que lo constituyen son fruto del acuerdo intersubjetivo, de un cierto compromiso de los ciudadanos a someterse a las condiciones pactadas y de una cierta tendencia a la cooperación y al respeto a las normas que regulan la convivencia. Por ello, el modelo que ha de presidir el trato que el Derecho penal debe dispensar a los individuos es el del hombre cooperador. Este modelo implica, como digo, la imagen de un individuo capaz de vincularse al respeto de las normas, y de limitar su libertad en la situación concreta en la expectativa de que ello le reportará una mayor libertad. Frente a la racionalidad económica, la racionalidad del hombre cooperador conlleva un aumento de su autonomía, de su capacidad de optar en relación a sus acciones. A diferencia de aquél, éste no se ve compelido a la constante persecución hedonista de utilidad, sino que es capaz de adoptar una perspectiva de futuro, ponderando costes y beneficios a más largo plazo. En palabras de Baumann, puede escapar a la «paradoja del hedonismo», «según la cual justamente la renuncia a la persecución incesante de ventajas personales puede ser personalmente ventajosa» (596). La orientación del Derecho penal a esa imagen de la persona está sostenida en los propios presupuestos de la sociedad democrática como empresa de cooperación para el beneficio mutuo. Así, en una sociedad en la que las normas que regulan la convivencia se crean por los propios destinatarios de las mismas a partir de la satisfacción de los intereses de cada uno de ellos, puede partirse de un *principio de confianza* en las expectativas respecto de las acciones de los demás, pudiendo esperar *Ego* que *Alter* actúe también como cooperador.

Dicha tendencia a la cooperación, presentada aquí de forma analítica, no implica la suposición de que toda persona, a la hora de situarse frente a la decisión del acatamiento o no acatamiento de una norma penal, efectúe ese complejo proceso cognitivo, y pondere todas las expectativas de actuación de los terceros de su entorno y el saldo global de beneficios en un plazo prolongado de tiempo. Tal

---

(596) BAUMANN, *El mercado de la virtud*, p. 79; en el mismo sentido, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 107.

modelo de conducta, indudablemente, no se da en la realidad. Por el contrario, la idea del hombre cooperador sólo pretende venir a reflejar el hecho de que en sociedades estables y democráticas, sostenidas bajo unos principios de justicia relativamente aceptables, y en las que el Legislador es considerado legítimo y actúa en consecuencia, la generalidad de los ciudadanos desarrollarán una tendencia a la cooperación y al acatamiento de las normas, mediante un proceso de «socialización jurídica», si se quiere llamar así, que lleva a generar en los ciudadanos el convencimiento racional de que el respeto a las normas es tanto lo correcto como lo más beneficioso para todos, por cuanto la cooperación continuada supondrá mayores beneficios generales para la convivencia social. Entendido de esta forma, dicho modelo de hombre cooperador puede representar la imagen de persona en la que habría de sostenerse un orden jurídico no sólo liberal, sino también democrático (597). Consecuentemente, con ese modelo de conducta tendríamos, así, una forma de acatamiento a las normas no motivada en razones estratégicas a corto plazo, sino, en gran medida, dada por presupuestos valorativos —a partir de esas «virtudes públicas» de tendencia a la cooperación (598)—, de respeto a las normas y, por extensión, de respeto al ámbito de libertad de los demás integrantes en sociedad.

Pero, reiterando conclusiones anteriores, ha de decirse que la regla de decisión basada en el respeto a las normas en que el hombre cooperador orienta sus acciones no viene motivada por razones altruistas o deontológicas —según un imperativo categórico, incondicionado—, sino que la cooperación no deja de sostenerse en el substrato del autointerés racional, es decir, que está condicionada a la satisfacción general de los intereses personales —pudiendo hablarse, entonces, de un imperativo hipotético—. Ello es lo que pretendía destacarse cuando se afirmó que lo «razonable» dependía en todo caso de lo «racional». Así, el ciudadano ha desarrollado

---

(597) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 245: «mientras que, sobre la base del modelo económico del comportamiento, en vista de las condiciones de vida en una sociedad de masas, el abismo entre la racionalidad individual y la racionalidad colectiva parece ser insuperable, sobre el modelo del maximizador disposicional de utilidad puede ser plausible que también bajo esas condiciones pueda responder al autointerés a largo plazo de un individuo el adquirir disposiciones y virtudes morales y, con ello, también la disposición a contribuir y a asegurar la producción de bienes públicos».

(598) Cfr. el concepto de «virtud» empleado por BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 96; así como la noción de «moral» de GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p.112.

una disposición al respeto de las normas porque en la convivencia democrática ha podido comprobar que el diálogo y la cooperación son instrumentos más eficaces para maximizar su libertad, al crear condiciones estables de seguridad y paz social necesarias para su desarrollo, que el servirse de las libertades ajenas, conducta que, generalizada, conllevaría la inestabilidad de dichas condiciones (599). En este sentido, la cooperación sólo es racional para el individuo si ello reporta una mayor maximización de su libertad. Como lo expresa Baurmann, «el maximizador disposicional de utilidad no está irrevocablemente sujeto a una norma sino que lo está sólo mientras las estructuras relevantes de incentivos se mantengan constantes y el mantenimiento de su disposición responda a sus intereses» (600). Y ello, desde nuestra perspectiva del contrato social, sólo podría darse cuando todas las partes cumplieran, en un grado suficiente, lo pactado. Es decir, precisa de, al menos, tres condiciones genéricas:

a) Que la labor del Legislador se ajuste a los principios de justicia, lo que, como hemos visto, implicaría el establecimiento de un Derecho penal mínimo, protector de las condiciones *esenciales* de la libertad intersubjetiva.

b) Que la labor de los jueces se realice bajo el respeto a los principios garantísticos de justicia que protegen al ciudadano como potencial delincuente.

c) Que los demás ciudadanos orienten sus acciones también según el respeto de las normas; o, en todo caso, que *Ego* pueda razonablemente confiar en ese respeto por parte de *Alter*.

En relación con la presentación del modelo de persona que habrá de determinar el trato del Derecho penal al ciudadano, puede resumirse afirmando que el *homo politicus*, como sujeto racional e interesado prioritariamente en su propia libertad, orienta su actuación bajo una sola *razón para la acción*: la maximización de su libertad; si bien, para ello posee dos *criterios de decisión*: uno consecuencialista, como «hombre económico», y otro basado en el *respeto a las normas*, como «hombre cooperador». Como participe en una sociedad democrática, habrá generado una disposición al respeto a las normas esenciales que regulan la convivencia; pero como

---

(599) LUHMANN, *Confianza*, p. 125, afirma, por ejemplo, que la confianza es, generalmente, «la opción más fácil y por esta razón hay un fuerte incentivo para comenzar una relación con confianza».

(600) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 83.

esa disposición viene siempre sometida a la satisfacción de sus intereses, la perspectiva del hombre cooperador estará siempre subordinada a la estabilidad –entendida como el respeto generalizado a las condiciones del acuerdo–, de cuyo grado dependerá la entrada en acción de la perspectiva de su faceta como hombre económico, pues si la cooperación, si el respeto a las normas no le reporta la máxima utilidad, lo más racional será la desconfianza (601) y, consecuentemente, la tendencia al quebrantamiento de las mismas (602).

Esta imagen del hombre puede resultar demasiado optimista para quienes asuman una concepción antropológica pesimista; y viceversa, resultará demasiado negativa para quienes partan de una noción más optimista del hombre. En este sentido, debe tenerse en cuenta la relevancia que los excesos tanto optimistas como pesimistas de la imagen del hombre pueden conllevar para la comprensión del *ius puniendi*. Así, en una sociedad de demonios sería preciso un Derecho penal draconiano y contundente, carente de límites, pero en una sociedad de ángeles no sería necesario un Derecho penal. A mi juicio, la imagen del hombre como *homo politicus* supone una comprensión intermedia entre el «ángel» –sujeto incondicionalmente fiel al Derecho– y el «demonio» –sujeto incondicionalmente vulnerador del Derecho–, por lo que puede representar una imagen realista en

---

(601) En este sentido, LUHMANN, *Confianza*, pp.123-124, afirma que la desconfianza no sólo es el reverso de la confianza, sino que es, asimismo, una *equivalente funcional* a ésta: la desconfianza conlleva también una reducción de complejidad, puesto que *Ego* orientará sus acciones bajo la previsión de posibles ataques por parte del entorno. Si bien, en cualquier caso, la desconfianza siempre será una opción más costosa que la confianza, puesto que el precio de la seguridad será mayor, ya que será precisa la articulación de más medios de evitación de lesiones de intereses personales.

(602) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 80-81, expresa similares ideas de la siguiente forma:

«*Primero*, ambas reglas de decisión, la orientación consecuencialista y la sujeción a normas, son instrumentos para la persecución de intereses, es decir, ambas pueden ser vinculadas con la obtención de utilidad subjetiva en tanto razón para la acción.

*Segundo*, estas reglas de decisión no se encuentran separadas entre sí, sino que también la elección entre ellas puede ser explicada como un proceso basado en intereses.

*Tercero*, se mantiene una única pauta de racionalidad, pues, de acuerdo con dicho modelo, actúa racionalmente no ya el actor que se comporta consistentemente de acuerdo con una de ambas reglas de decisión sino sólo el actor que se comporta consistentemente de acuerdo con aquella regla que, en última instancia, maximiza su utilidad subjetiva.»



relación a nuestra propia concepción como ciudadanos en la actualidad (603).

c) *Razones para el respeto a las normas y el problema de la estabilidad*

Como acabamos de ver, condición para la tendencia a la cooperación, para que *Ego* mantenga una tendencia al acatamiento voluntario de las normas, es la estabilidad, entendida en el sentido de que los demás participantes en el tráfico jurídico (*Alter* y Estado) orienten su actuación bajo el respeto a los criterios, racional e intersubjetivamente emitidos, de justicia. En este sentido, ya vimos que el sometimiento por parte del Legislador a lo que sería un Derecho penal mínimo –el más «racional» en tanto en cuanto el balance entre la limitación de libertad y la maximización de libertad sería positivo para los ciudadanos– no sólo vendría impuesto por una exigencia liberal de legitimidad, sino también dada su mayor presunción de efectividad, en lo tocante al respeto de las normas. De igual forma, el respeto de los principios garantísticos de justicia en la aplicación del Derecho, fundamentado en criterios deontológicos, podría, al menos a largo plazo, ser además teleológicamente adecuado, ya que un sistema injusto, si bien susceptible de generar coyunturalmente consenso, sería a la larga desestabilizador. Planteados brevemente estos dos extremos de la estabilidad, las consideraciones siguientes harán hincapié en el tercero de ellos: la actuación de los ciudadanos. La tesis de partida será, entonces, que la actuación de los demás ciudadanos aportará razones a *Ego* para la decisión sobre el acatamiento de las normas.

Sabido es ya que el presupuesto de la cooperación en que se basa el orden social de una sociedad democrática exige que los participantes, posponiendo sus intereses a corto plazo, susceptibles de obtención a costa de la vulneración de las normas, desarro-

---

(603 ) En este sentido, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 220-221 y 245 ss. Cfr. también, LUHMANN, *Confianza*, pp.125-126: «Una invocación generalizada de la confianza o de la desconfianza con referencia a todo posible sentido, es muy poco factible. Nadie puede esperar sólo lo bueno o sólo lo malo de cada uno, y en todo aspecto»; DÖLLING, *ZStW* 102 (1990), p. 18: «El hombre no es sólo una esencia moral, sino también un “homo oeconomicus”. Y éste impone determinados límites a la confianza en la moralidad del hombre»; SEN, *Sobre ética y economía*, pp. 36-37: «Negar que las personas se comportan siempre de modo exclusivamente egoísta no es lo mismo que afirmar que actúan siempre de modo desinteresado... La cuestión real se encuentra en saber si es una pluralidad de motivaciones o exclusivamente el egoísmo lo que mueve a los seres humanos».

llen una tendencia en el respeto a las condiciones que hacen posible la cooperación. La generalización de esa actuación, dado el estado de estabilidad que generaría, permitiría que cada cual persiguiera y desarrollara los medios necesarios para satisfacer sus intereses sin temor a que éstos se vieran vulnerados por intromisiones ilegítimas por parte de terceros. En otras palabras, *la cooperación generaría un estado de confianza en las expectativas de conducta de los miembros de la sociedad*, estado de confianza que es condición del libre disfrute de los intereses individuales. La cooperación es, así, factor esencial de la confianza (604). Pero la confianza no es sólo consecuencia de dicha disposición generalizada a la cooperación (605), inherente al acuerdo democrático, sino que es también requisito de la misma. La confianza es, así, factor esencial de la cooperación. En otras palabras, sólo cuando la confianza originada en el acuerdo pueda reproducirse se reproducirá la tendencia cooperadora. Cooperación y confianza se implican mutuamente.

El hombre cooperador, con su interés por establecer márgenes pacíficos de cooperación que posibiliten el beneficio mutuo y con el consiguiente sometimiento a las normas establecidas para ello, lo que busca en última instancia es la optimización de sus propios intereses. Así, la renuncia a perseguir el beneficio inmediato que una acción que vulnerara dichas normas pudiera reportarle, viene motivada por el hecho de que cabe confiarse en que la tendencia a la cooperación resultará, a la larga, más satisfactoria para sus intereses, por estar excluido el factor de riesgo y de permanente temor a ver sus bienes arrebatados por terceras personas, por un lado, y al poder construir instrumentos de actuación colectiva, más eficaces en relación a la consecución de fines que la acción individual (606). Pero la cooperación, el respeto a las normas, sólo resultará beneficiosa para el sujeto en la medida en que los demás acaten también las condiciones del pacto, es decir, que actúen asimismo como hombres cooperadores, y no como hombres económicos. «Es racional cumplir con lo racionalmente acordado siempre que se tenga la garantía de que tam-

---

(604) Sobre ello, LUHMANN, *Confianza*, pp. 39 ss.

(605) LUHMANN, *Confianza*, p. 72: la confianza tiene su origen en un *compromiso mutuo* entre las partes.

(606) Sobre esto, cfr. las consideraciones que realiza BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 105 ss. sobre las «empresas cooperativas». Vid. también LUHMANN, *Confianza*, p. 154; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 122-123, argumentando con el clásico ejemplo de la cosecha dado por Hume.

bién las otras partes contratantes lo cumplirán» (607). Así, un hombre cooperador tenderá al respeto de las normas sólo *cuando pueda esperar* que los demás respetarán las normas (608): la *confianza* en el respeto de las normas por parte de *Alter* ofrecerá a *Ego* una razón para reafirmarse en su disposición a la cooperación. Ello aparece ya en Rawls, quien resalta que «aun cuando con un sentido de la justicia los hombres se unen en una aventura cooperativa, ello se basa en la *creencia* de que los demás cumplirán su parte, los ciudadanos pueden sufrir la tentación de evitar contribuir, cuando creen, o *sospechan* con razón, que los demás también lo evitan» (609). En este sentido, dado el entramado interpersonal en que se organiza toda cooperación, debe partirse de que las acciones individuales ejercerán influencia en el entorno (610): una actitud cooperadora por parte de *Ego* fomentará actitudes cooperadoras en *Alter* (611); y una actitud egoísta generará actitudes egoístas en el entorno.

En suma, la confianza, la seguridad en las expectativas de que se cumplirán las normas, conlleva un criterio de estabilidad: fomenta la cooperación, y viceversa, la sospecha de que *Alter* vulnerará las condiciones de cooperación y hará predominar su componente económico frente al cooperador, generará, a su vez, desconfianza, y llevará

---

(607) ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), p. 50; en igual sentido, GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung*, p. 207; AXELROD, *La evolución de la cooperación*, p. 69. La misma idea, respecto del acatamiento de las normas penales, expresan KINDHÄUSER, *GA* 1989, p. 502, y DÖLLING, *ZStW* 102 (1990), p. 17.

(608) Así, SCHUMANN, *Positive Generalprävention*, p. 4; BAURMANN, *GA* 1994, p. 380; KUHLEN, *GA* 1994, p. 365, siguiendo al anterior. También GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 69: «En un tipo de interacción... cooperativa, un agente racional basaría en un principio moral su elección entre acciones posibles, siempre que esperara que los demás hicieran lo mismo».

(609) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376 (cursivas añadidas).

(610) Cfr. GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 70, y la distinción que hace entre relaciones paramétricas –en las que la configuración del entorno es independiente de la decisión– y estratégicas –en las que la decisión condiciona el entorno, por lo que la propia decisión se hará depender de las modificaciones esperadas en el entorno–, propias de la cooperación. En similar sentido, AXELROD, *La evolución de la cooperación*, p. 23.

(611) Cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 94 ss., especialmente, p. 96: «También desde este punto de vista es plausible considerar la capacidad de sujeción normativa como un *aumento* de las capacidades de un maximizador racional de utilidad. Ella abre una posibilidad *adicional* de influir en las expectativas y, con ello, en las acciones de otras personas» (cursivas en el original). Asimismo, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106: «El cooperador se abstiene de perseguir la maximización del valor dadas sus expectativas sobre las estrategias de otros. Puede así influir en las decisiones ajenas y, por ende, en sus expectativas propias: otros cooperadores, anticipando su decisión, responden con una actitud cooperativa».

la inestabilidad, ya que *Ego* dejará de tener razones para la cooperación (612). Tenemos así un primer factor de inestabilidad: *la desconfianza*. Ante ello, el problema en relación con el mantenimiento del orden social es que aquel principio de confianza inferido del acuerdo intersubjetivo, que podrá darse fluidamente en empresas cooperativas de miembros reducidos, adolece de un considerable grado de precariedad en las sociedades actuales, dado su complejidad y pluralismo. Como vimos, una paradoja del liberalismo era que, si bien se configuraba como la respuesta más adecuada ante el hecho del pluralismo actual, ya que alternativas comunitaristas conllevarían actitudes conservadoras y opresivas, tendentes a la imposición coercitiva de las convicciones morales de la mayoría, ese mismo pluralismo y complejidad se revelaba asimismo como un factor importante de inestabilidad. En estas sociedades, entonces, el hombre cooperador está sometido a la ponderación de la satisfacción de sus intereses bajo condiciones de *incertidumbre* y opacidad, ya que el anonimato propio de las mismas impide formar una expectativa definida respecto de la confianza en la actuación de los demás (613); en consecuencia, el principio de confianza interpersonal, pilar de la cooperación, se torna, en las sociedades complejas, en desconfianza. Dado este hecho, aun cuando las normas respondan a los intereses de todos los intervinientes –lo que permitía establecer una confianza *prima facie*–, la desconfianza propia de las sociedades complejas aportaría razones a *Ego* para no acatar las normas, ya que, dada la permanente sospecha respecto del compromiso de *Alter*, no podría asumirse por el primero que la cooperación satisfaría dichos intereses (614).

Pero junto a ese primer factor de inestabilidad, el de la desconfianza, existe un segundo elemento, que opera también como causa de dicha desconfianza, y que amenaza por ello con socavar las bases de la cooperación (615); éste no es otro que la inercia hacia tenden-

---

(612) Así, LUHMANN, *Confianza*, p. 129. Siguiendo a Merton, afirma que los procesos de confianza y desconfianza están sometidos a patrones de retroalimentación positiva, al modo de profecías de autocumplimiento.

(613) Cfr., sobre ello, BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 98 y 99.

(614) En este sentido, destaca HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 87, la tendencia al incremento de las interacciones de tipo estratégico –basadas en la racionalidad de nuestro «hombre económico»– en las sociedades complejas de la actualidad, frente a una menor motivación a acciones comunicativas –propias de lo que venimos llamando «hombre cooperador»–.

(615) Ambos elementos de inestabilidad están expuestos en RAWLS, *Teoría de la justicia*, pp. 376-377. En un sentido similar, también BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 99; WITTIG, *ZStW* 107 (1995), p. 264.

cias no cooperativas. Con ello entra en escena la faceta del «hombre económico» que también posee nuestro *homo politicus*. Dicha inercia viene motivada por una realidad inherente a la racionalidad de la maximización del interés: en una organización basada en la cooperación existirá siempre una alternativa más racional que la cooperación para maximizar el interés personal: la del *free rider*, consistente en maximizar su interés inmediato a expensas de la cooperación de los demás (616). *Ego* sabe que el respeto de las normas por parte de *Alter* depende de que éste espere que aquél respeta las normas; por ello, lo más racional para *Ego* será una *estrategia de simulación* (617): crear la expectativa en *Alter* de que respetará las normas y al mismo tiempo aprovecharse de dicha confianza para vulnerarlas y beneficiarse de la cooperación de los demás. Pero esa estrategia conlleva una paradoja, ya que, como se dijo, la no cooperación generará antes o después situaciones de desconfianza (618): como todos los participantes, como *homo politicus* poseedores de dos reglas de decisión: cooperativa y económica, conocen el hecho de que lo más racional será la simulación y la no sujeción a normas, todos partirán de la desconfianza mutua, y tenderán a actuar de la misma forma, reproduciéndose la inestabilidad, la no cooperación. Dado este hecho, esa estrategia egoísta, aparentemente la más racional, conlleva en sí misma su propia refutación, que la hace en realidad menos racional a largo plazo. Reiteremos esta conclusión: la paradoja a que se enfrenta la regla de decisión del hombre económico es que, si bien lo más racional para *Ego* es, a corto plazo, quebrantar la norma y servirse del respeto de las normas por los demás, la disposición por parte de *Ego* al quebrantamiento de las normas abocaría a la desconfianza y, por tanto, al quebrantamiento generalizado de las normas por parte de *Alter*; lo que conllevaría, a la larga, un detrimento de los intereses de todos los participantes, incluido el del mismo *Ego*. La actuación bajo parámetros económicos vendría a reducir la libertad del propio

---

(616) Así, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 154; el mismo, GA 1989, p. 496. También RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 376: «Desde el punto de vista del propio interés, cada persona tiende a eludir el cumplir su parte».

(617) Cfr. BAURMANN, *El mercado de la virtud*, pp. 99 y 116 ss.; NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, p. 30.

(618) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 99: «... la utilidad posible de la simulación exitosa de una sujeción normativa puede ser grande (y)... la simulación misma puede ser fácil... Como consecuencia de ello, existe la amenaza de un ambiente de permanente *desconfianza* recíproca que puede convertirse en un gran obstáculo para poder realizar efectivamente las ventajas potenciales de la sujeción normativa disposicional».

actor. Es dado este hecho por lo que se afirmó que una sociedad de hombres económicos, al estilo hobbesiano, no sería viable; y por lo que puede reafirmarse la racionalidad de orden superior que conlleva la cooperación en lo tocante a la maximización de la propia libertad. En suma, sólo la cooperación permitirá la satisfacción de los intereses de todos y de cada uno de los intervinientes en el entramado social; es decir, sólo la cooperación posibilita la continuidad de un orden social liberal y democrático.

Las consideraciones anteriores sobre la racionalidad de la cooperación, sobre la racionalidad del acatamiento de las normas, pueden representarse a modo de esquema por medio del dilema del prisionero (619), el cual ilustra, precisamente, lo que se ha querido expresar con anterioridad: una situación basada en la incertidumbre en la que la racionalidad económica de las partes, que se presenta a priori como la más racional de las opciones, viene a conllevar un resultado peor que el que arrojaría una actividad cooperadora, dado el hecho de que una actitud no cooperadora generaría la desconfianza y, con ello, actitudes no cooperadoras en el entorno. Imaginemos que dos presos, A y B, están acusados de un delito grave cuya pena es de 10 años de cárcel y a ambos, separados en diferentes celdas e incomunicados entre sí (situación de incertidumbre), se les presentan dos posibilidades de actuación: confesar o no confesar, las cuales conllevarán diferentes consecuencias respecto de la condena de ambos. Así, si sólo uno confiesa, el Estado le premia con la libertad y el otro es condenado a la pena máxima de 10 años; si, en cambio, los dos confiesan, reciben ambos una pena de 5 años; y si, por último, ninguno confiesa, se les impondrá a ambos una pena de 1 año de cárcel.

De ello resulta que para A la opción óptima es confesar, pero siempre que B no confiese; es decir, la actuación egoísta (confesar) sólo maximizará el interés de A cuando B mantenga una actitud cooperadora (no confesar); pero A sabe que B razonará de igual forma, es decir, que se decidirá a confesar sólo cuando tenga la expectativa de que A no confiese. La no confesión de uno y la confesión del otro supondrá para el primero la máxima pena, por lo que, sabiendo A

---

(619) El dilema del prisionero, en similares versiones, aparece, por ejemplo, en RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 306 y nota 9; KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 154; el mismo, GA 1989, p. 496; GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, pp. 77-78 y 94-95. Un tratamiento más extenso del mismo puede verse en NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, pp. 80-91; AXELROD, *La evolución de la cooperación*, pp. 19 ss. y *passim*. Cfr. asimismo, VALLESPÍN, *Historia de la teoría política*, pp. 289-290, quien, citando a Gauthier, pone en relación el dilema del prisionero con el problema del orden social en Hobbes.

que la opción óptima de B será confesar, A optará también por la confesión, ya que, dada la desconfianza en la cooperación de B, no se arriesgará a mantener una actitud cooperadora y a cumplir la máxima pena. Así, haga lo que haga B, lo más racional para A es confesar, y viceversa, ya que si uno no confiesa el otro obtiene con la confesión la libertad, y si ambos confiesan obtendrán una pena intermedia de 5 años (620). Como vemos, ante situaciones de incertidumbre y de desconfianza, lo que aparece más racional sería una acción no cooperadora (confesar), pero esa maximización inmediata del interés por parte de ambos conllevará para los dos una situación peor –5 años de cárcel– que la que hubiera supuesto una actitud cooperadora por parte de ambos (no confesar), la cual supondría una pena de sólo 1 año de privación de libertad. Indudablemente, el máximo beneficio posible desde la perspectiva individual sería confesar sin que el otro lo haga (actitud del *free rider*), por lo que puede presumirse que una persona tenderá a actuar egoístamente siempre que espere una tendencia cooperadora en la otra, pero esa situación no podría darse ya que el otro, al saber que para aquél lo más racional es confesar, desconfiaría de su tendencia a la cooperación, por lo que tampoco cooperaría y también, por tanto, confesaría. En suma, el egoísmo sería contraproducente y sólo una actitud cooperadora podría maximizar el interés de cada uno (621), pero la desconfianza en la cooperación del otro motivaría a la no cooperación.

Por todo ello, y dado que, en dicha situación interpersonal de opacidad e incertidumbre, la confianza en las sociedades actuales no podrá generarse espontáneamente, al modo de una «mano invisible» reguladora de un libre mercado, es precisa la intervención mediadora del Estado, que reafirme la confianza en la estabilidad y aporte, con ello, razones suficientes para creer en los beneficios de la cooperación. En este sentido, el Derecho, y el Derecho penal, en lo que a nosotros concierne, podría entenderse, así, como un mecanismo regulador de la estabilidad.

---

(620) Ello puede expresarse también de la siguiente forma (NOZICK, *La naturaleza de la racionalidad*, p. 81): cada prisionero razona como sigue: «Si la otra persona confiesa y yo no, a mi me caerán 10 años de cárcel; mientras que si yo confieso me caerán 5 años. Si la otra persona no confiesa y yo no confieso, me caerá 1 año de cárcel, mientras que si yo confieso, me dejarán libre. En cualquier caso, haga lo que haga la otra persona, a mi me irá mejor confesando que no confesando. Por lo tanto, confesaré».

(621) Así, GAUTHIER, *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*, p. 106 y *passim*.

d) *El fin del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas*

Resumiendo las consideraciones anteriores en una tesis genérica, puede afirmarse que el mantenimiento y reproducción de la estabilidad del orden jurídico —es decir, del respeto a las normas— y, por extensión, del orden social, depende del grado de confianza en dicha estabilidad. Y que, en las sociedades actuales, dicha confianza no podrá autorreproducirse por vías espontáneas de cooperación social, sino que será preciso el establecimiento de un orden coercitivo que mantenga dicha confianza en los coasociados. A partir de esta tesis, y sirviéndome de algunas conclusiones a que llegamos en páginas anteriores, pueden ahora reconstruirse las líneas generales del fin que debe perseguir el Derecho penal.

*(Primer nivel de estabilidad)*

En una concepción liberal, la misma génesis del orden social está sostenida en la cooperación basada en el beneficio mutuo. Para establecer los márgenes de libertad con los cuales cada individuo pueda desarrollar su libertad personal sin temor a verla quebrantada por terceras personas, los coasociados, personas racionales interesadas prioritariamente en su propia libertad, acordarían el establecimiento de un orden normativo que respondiera con igualdad a los intereses de todos los participantes. Dado este hecho, puede establecerse que dichas normas, por todos acordadas, serían voluntariamente respetadas por los mismos. Expresado de otra forma, ha de partirse de una confianza *prima facie* en el respeto por parte de los ciudadanos al principio *pacta sunt servanda*, es decir, en que tenderán al respeto de las normas democráticamente elegidas. Tendríamos, así, un primer factor de confianza.

Desde este presupuesto, el criterio de motivación de la norma vendría dado por la vinculación valorativa del destinatario a la misma, dado el hecho de su autolegislación. Dada la tendencia a la cooperación que en un orden social de esas características mantendrían los ciudadanos, no sería preciso interponer medios directivos de conducta de carácter vinculante, sino que la misma pretensión legítima de respeto derivada del acuerdo motivaría en el respeto a las reglas de cooperación. La validez de las normas, originada en la cooperación intersubjetiva, generaría entonces confianza en el respeto a las mismas, fomentando la tendencia a la cooperación.

Pero el mero reconocimiento de las normas por los ciudadanos, si bien necesario, no es razón suficiente para su acatamiento y, por



tanto, tampoco es razón suficiente para una confianza razonable en el respeto al pacto. Más allá de que en la realidad democrática las normas no responden a ese procedimiento ideal de producción, y que, por tanto, existirán grados de reconocimiento entre las diversas normas que conforman el ordenamiento jurídico-penal, el hecho es que incluso las normas que responden al interés en la libertad de todos los destinatarios adolecerían de un considerable grado de inestabilidad (622). Como se ha resaltado, son varios los factores de inestabilidad que vendrán a poner en tela de juicio la presunción de confianza *prima facie* en la tendencia a la cooperación.

*(Segundo nivel de estabilidad)*

Un primer factor de inestabilidad radicaba en el inevitable grado de desconfianza mutua presente en las sociedades complejas. Así, mientras en una pequeña organización cooperativa o, en general, en comunidades simples y cerradas, la presencia de intensos vínculos personales basados en la familiaridad bastaría para mantener la confianza en la vinculación a las normas por todos acordadas, en grandes sociedades complejas, donde predomina el pluralismo moral y político y en las que las relaciones interpersonales se diluyen en el anonimato, la confianza es un bien escaso y tiende a ser sustituida por la incertidumbre y la desconfianza mutua. En estas sociedades, aun cuando exista una disposición a la cooperación, dicha permanente incertidumbre e inseguridad respecto a las expectativas normativas generaría una rápida inestabilidad y los ciudadanos no encontrarían razones para el respeto de las normas, puesto que, como es sabido, para el ciudadano no será racional la cooperación si no existe un grado razonable de garantía en el acatamiento de las normas por parte de *Alter*. Se hace entonces preciso el establecimiento de un sistema institucionalizado y centralizado de organización social, capaz de generar coercitivamente dicha confianza. En palabras de Luhmann, en sociedades complejas la confianza interpersonal se torna en desconfianza, por lo que ha de ser sustituida por la confianza institucional (623). Así, los ciudadanos, conscientes de esa incertidumbre y opacidad en las relaciones –las cuales podrían venir paradigmáticamente representadas por el velo de ignorancia rawlsiano–, encontrarían racional la creación de un mecanismo formalizado de sanciones, que, dentro de unos márgenes estrictos de justicia,

---

(622) KINDHÄUSER, GA 1989, pp. 496 y 497; similar, en *Gefährdung*, p. 154.

(623) LUHMANN, *Confianza*, p. 65: la ley sería «sustituto» de la confianza interpersonal; *vid.* también pp. 81 ss.

mantuviera vigente la seguridad de las expectativas normativas y ratificara que la cooperación continúa siendo el medio más racional para maximizar su libertad.

El fin del Derecho penal sería, según este segundo nivel de estabilidad, esencialmente el de *reafirmar* la vigencia de las expectativas normativas. Con la institucionalización de las normas de convivencia en un orden vinculante, viene a manifestarse simbólicamente la disposición a la cooperación de los ciudadanos. Como afirma Rawls, «Imponiendo un sistema público de sanciones, el gobierno excluye las bases para pensar que los demás no cumplen las normas. Únicamente por esa razón un soberano coercitivo es siempre necesario» (624). El criterio de motivación al acatamiento de las normas viene dado asimismo desde el origen consensuado de las normas jurídicas, si bien esa confianza *prima facie* del primer nivel de estabilidad se ve apoyada por la institucionalización y por su manifestación simbólica a través del revestimiento de autoridad del legislador legítimo. Dada la presunción, entonces, de que los ciudadanos son hombres cooperadores, respetuosos del Derecho, la sanción no habría de ejercer una motivación coactiva y directa al respeto de las normas; como vimos que afirmaban los defensores de esta concepción del Derecho penal, «las normas que tienen una base legítima no necesitan de la amenaza como medio de motivación» (625), sino que el respeto a las normas vendrá generado en la corrección valorativa de las mismas (626). La conminación penal abstracta, todo lo más, vendría a reforzar simbólicamente la pretensión de respeto del interés personal protegido por la norma (627). No obstante, según mi concepción ello no tiene por qué llevar a asumir, frente a la tendencia generalizada de la preven-

---

(624) RAWLS, *Teoría de la justicia*, p. 276.

(625) FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 90.

(626) En similar sentido, KUHLEN, GA 1994, p. 364; BAURMANN, GA 1994, pp. 376-378, quien expresa dicho presupuesto bajo la concepción de Weber de la «legitimidad por vía de legalidad», según la cual los destinatarios atribuirían corrección normativa a las normas en base a la creencia en la legitimidad del Legislador (sobre ello, *vid.* también WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, pp. 62-63). No obstante, merece destacarse una diferencia entre esta concepción y la del texto: según el criterio liberal del contrato social aquí empleado, las normas serían legítimas no sólo en función de la legitimidad de la autoridad de la que emanan, sino en función del propio contenido de las normas (podría hablarse, así, de una diferencia entre la validez formal de la norma, basada en el procedimiento de creación, y una validez material, basada en el propio contenido de la norma). Para una crítica a la noción weberiana, cfr. HABERMAS, *Facticidad y validez*, p. 536, oponiéndole una validez material como criterio de legitimación —y, por tanto, de estabilidad— de las normas.

(627) Así también, por ejemplo, BUSTOS/HORMAZÁBAL, *Lecciones*, p. 50.

ción general positiva, que haya de prescindirse o relativizarse el momento de *prevención* de conductas como *telos* del Derecho penal, sino que, si bien, dada la disposición a la cooperación de los ciudadanos, la conminación abstracta de pena, carente de funciones instrumentales de coacción directa (628), poseería una función residual, esa función preventiva, tendente a la evitación de acciones desde el momento en que vaya a comenzarse su realización, sería realizada por el mensaje valorativo de la norma. Es decir, sería la propia norma y no la amenaza de pena la que, a través de su mensaje prescriptivo legítimo, ejercería una función directiva de conductas. Por su parte, respecto al fin de la pena, sería la imposición concreta la que adquiriría protagonismo frente a la amenaza. El fin de la misma sería, por un lado, el de ratificar la validez de las normas, por medio de la expresión simbólica de la corrección valorativa de las normas acordadas a expensas del que con su acción las ha puesto en duda –para lo que será preciso que la pena se ajuste a los límites garantísticos acordados por todos los ciudadanos, puesto que, como parte de los principios consensuados en el contrato social, el quebrantamiento de los mismos pondría en tela de juicio el acuerdo en su conjunto y, por tanto, también la corrección de las normas de conducta (629)–; y, por otro lado, la reafirmación de la vigencia fáctica de las normas, ratificando a los ciudadanos respetuosos del Derecho que merece la pena mantener una disposición a la cooperación, dada la seguridad de que los demás mantendrán el respeto a las normas (630).

Con ello, el Derecho penal sirve al fin de mantener vigente la confianza de *Ego* en el respeto de las normas por parte de *Alter*, fin que, a su vez, se desplegará en dos objetivos distintos. Como vimos, la protección de la seguridad en las expectativas normativas de conducta conlleva una finalidad deseable para el ciudadano, por cuanto le permite mantener el trato con sus bienes y desarrollar sus intereses de forma pacífica y segura, con la garantía de que el ámbito de su

---

(628) Así, por ejemplo, BAURMANN, GA 1994, pp. 378-379; KARGL, *Rechtsgüterschutz*, pp. 60 y ss.

(629) En similar sentido KINDHÄUSER, GA 1989, p. 505; el mismo, *Strafe, Strafrechtsgut*, p. 35. Similar, KUNZ, ZStW 98 (1986), pp. 832 ss.; BAURMANN, GA 1994, pp. 378. En este sentido, es correcta la afirmación de MIR PUIG, PG 3/21 de que «exigir que la prevención general *no sólo* se intente por el miedo a la pena, sino también por una razonable afirmación del Derecho en un Estado social y democrático de Derecho, supondrá tener que limitar la prevención general por una serie de principios que deben restringir el Derecho penal».

(630) Sobre algunas relaciones entre la concepción de Rawls y la prevención general positiva, puede verse WITTIG, ZStW 107 (1995), p. 270.

libertad no será invadida. Por ello, la protección de ese estado de seguridad cognitiva es un bien en sí mismo para el ciudadano, y un fin legítimo, por tanto, en un Derecho penal liberal. Pero, como hemos visto posteriormente, la protección de la vigencia fáctica de las normas, es decir, el ejercicio en la confianza de que los demás mantendrán una disposición cooperadora, se configura también como una razón para la acción del hombre cooperador, como una motivación para el respeto de las normas. Un ciudadano respetuoso del Derecho interesado en la maximización de su libertad no respetará las normas a cualquier precio, sino que sólo encontrará racional el mantenimiento de dicho respeto cuando gran parte de los demás intervinientes en la interacción social adoptan asimismo una actitud respetuosa del Derecho. En palabras de Kuhlen, «la disposición *general* al acatamiento de las normas está ya en peligro, cuando los individuos toman conciencia de que otros quebrantan las normas, obteniendo ventajas de ello» (631). Por ello, la protección por parte del Derecho de la confianza en el respeto a las normas, ratificando simbólicamente al que confía que puede seguir confiando en el respeto de las normas por parte de esos «otros» anónimos y generalizados, no sólo operará como un fin en sí mismo, sino asimismo como un *medio* para la motivación de conductas acordes a Derecho, es decir, como un medio dirigido a la reproducción de la estabilidad. Con ocasión de la exposición de la versión de la prevención general positiva dirigida a la protección de la vigencia de la norma emitimos algunas objeciones críticas que venían a afirmar que dicho fin, tal como era presentado por algunos de sus partidarios, aparecía como una teoría incompleta, puesto que el fin del aseguramiento de expectativas sólo podía realizarse si a su vez el Derecho perseguía un fin dirigido a la dirección de conductas. Ello era expresado con la siguiente tesis: *El Derecho sólo puede pretender garantizar a Ego que los demás respetarán la expectativa que la norma expresa si a su vez Ego es consciente de que esa norma ejerce cierta motivación sobre los demás dirigida a la evitación de conductas que vulnerarían esa expectativa*. Pues bien, con el bagaje de las consideraciones anteriores esa objeción podría relativizarse, afirmando que el fin de protección de la confianza de la norma es realizado a través de la motivación simbólica ejercida por la pena: por un lado, con su imposición, la pena ratifica la pretensión legítima de respeto de la norma; por otro, la pena, al confirmar simbólicamente a los respetuosos a

---

(631) KUHLEN, GA 1994, p. 365.

Derecho que pueden seguir confiando en que los demás mantendrán una disposición a la cooperación, ejercerá a su vez sobre aquéllos una motivación para el mantenimiento en el respeto a las normas, ya que la cooperación seguirá siendo la alternativa más racional para la maximización de su libertad.

*(Tercer nivel de estabilidad)*

Con esa labor del Derecho penal quedaría anulado el primer factor de inestabilidad, viniendo la confianza institucional a sustituir a la confianza interpersonal, ausente en las sociedades complejas. Pero ya sabemos que existe aún un segundo factor de inestabilidad: en toda organización basada en la cooperación es inevitable que surjan tendencias egoístas, tendentes a la maximización del interés personal a expensas de los intereses ajenos, puesto que a primera vista lo más racional será servirse de las ventajas de la cooperación, del respeto de las normas por parte de los demás, y actuar como un hombre económico, vulnerando las normas. Dichas tendencias egoístas amenazan con erosionar la base de confianza mutua lograda con el ejercicio de la confianza institucional llevado a cabo por el Derecho penal a través de mecanismos simbólicos de reproducción de estabilidad, ya que, *Ego*, consciente de que *Alter* quebrantará las normas, no encontrará en la cooperación un instrumento adecuado para maximizar sus intereses. En palabras de Dölling, «el ordenamiento jurídico no podrá contar con un respeto generalizado de las normas cuando tolera que los que quebrantan el Derecho alcancen mejores posiciones socio-económicas que los respetuosos del Derecho» (632). Por ello, en un tercer nivel de estabilidad, el Derecho penal debe estar capacitado para oponer medios tendentes a contrarrestar la potencialidad lesiva de la confianza que conlleva la racionalidad del hombre económico. Recuérdese que la crítica fundamental contra la teoría de la protección de la vigencia de la norma era la de su ausencia de efectividad para el propio fin que perseguía, por cuanto, al partir *exclusivamente* de la presunción de que los ciudadanos eran respetuosos del Derecho, no dirigía sus medios preventivos hacia los potenciales delincuentes, sino que su labor se desarrollaba únicamente a través de medios simbólicos tendentes a la demostración y confirmación simbólica de dicho estado previo de confianza. Expresado de otra forma, su fin iba dirigido únicamente a reafirmar y mantener ese status quo de estabilidad. Pero se ha expuesto ya

---

(632) DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 18.

que, dado su componente de racionalidad individual, la existencia de tendencias egoístas apenas puede ponerse en duda incluso en sociedades con un grado de cooperación relativamente estable. Por ello, el Derecho penal no puede sostener la persecución de sus fines únicamente con medios simbólicos, sino que condición para el mismo mantenimiento de la confianza en las expectativas normativas es el empleo de medios instrumentales dirigidos no sólo a *manifestar* la vigencia del acuerdo, sino a *imponer* coactivamente el acatamiento de conductas (633). Como el propio Luhmann afirma, «uno debe tener presente que con la confianza en los medios generalizados de comunicación (sc. en nuestro caso, en el Estado) como con la confianza en general, se requiere un mínimo de fundamento real. Los pilares de la confianza deben construirse en terreno sólido. En los casos que hemos discutido, los soportes de la confianza principalmente se encuentran... en la posibilidad de activar el medio de coerción que pertenece al Estado sobre la base de las reglas establecidas» (634). Ha de insistirse, entonces, en que la confianza en el Derecho por parte de los ciudadanos no puede estar basada sino en la *eficacia* del propio Derecho respecto de su poder de imponerse frente a quienes no han desarrollado voluntariamente una disposición a la cooperación. Reiterando la afirmación de von Gemmingen: «La vigencia social del Derecho se basa en una relación de intercambio entre *poder* y *confianza*» (635).

Ciertamente, la confirmación simbólica de la vigencia de la norma aporta un motivo para el respeto de las normas por parte de los ciudadanos cooperadores, pero el problema es que esa motivación no es una razón *suficiente* para el acatamiento de las normas. El ciudadano, poseedor tanto de la racionalidad del hombre cooperador como de la del hombre económico, aunque haya desarrollado una tendencia voluntaria a la cooperación, *conoce* el hecho de que lo más racional a corto plazo para maximizar sus intereses es la no cooperación, por lo que, si bien *prima facie* su actuación social no se dirigirá por esa racionalidad, albergará una *sospecha* razonable sobre la actividad no cooperadora por parte de terceras personas, sospecha que, si no es refutada, generalizará la desconfianza, con lo que el ciudadano ya no encontrará razonable la cooperación y optará por la racionalidad económica como pauta de su actividad social. Por ello, el Derecho ha de motivar a la no realización de conductas lesivas

---

(633) En este sentido, especialmente, BAURMANN, GA 1994, pp. 380-381.

(634) LUHMANN, *Confianza*, pp. 96-97.

(635) VON GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit*, p. 162 (cursiva añadida).

*también* al ciudadano no respetuoso del Derecho; de otra forma: el Derecho no puede concebir al ciudadano únicamente como potencial víctima o como respetuoso del Derecho, sino que, para fomentar el respeto al Derecho y, con ello, la confianza, ha de tratar al ciudadano también como potencial delincuente.

Como afirma Baurmann, «el incentivo de una estrategia no cooperativa depende decisivamente de cuán grande sea el *riesgo* vinculado con una estrategia tal»; y «el grado de ese riesgo depende de los controles sociales existentes en una sociedad, es decir, depende de los esfuerzos que se emprendan para prevenir las violaciones de normas» (636). A los ciudadanos no cooperadores, la confirmación simbólica de la pretensión de respeto de la norma en nada motivará hacia ese respeto, ya que, condición para ello es que previamente existiera esa disposición a la cooperación; y la confirmación de la vigencia fáctica de las normas no sólo no generará en él razones para el acatamiento, sino, por el contrario, le ofrecerá una razón para su quebrantamiento, puesto que le asegurará en la cooperación de los demás, requisito para que la vulneración de las normas suponga una satisfacción de sus intereses. Por ello, el Derecho penal debe establecer un mecanismo de disuasión preventivo dotado del grado de coactividad suficiente para generar en los ciudadanos no respetuosos de las normas la seguridad de que el quebrantamiento de las mismas supondrá un detrimento de sus intereses, de que los costes de la no cooperación serán, a corto plazo, superiores a los beneficios. Por ello, para los no cooperadores sólo un fin de intimidación directo estará en disposición de imponerles que la no cooperación no merece la pena. Así, dado que los cooperadores conocen el hecho de que existirán conductas no cooperadoras, encontrarán razonable acordar intersubjetivamente la instauración de una pena preventiva que sirviera a la protección efectiva de sus intereses frente a este tipo de conductas. En suma, el fin de protección de la vigencia de la norma sólo puede realizarse efectivamente si viene acompañado de un fin de intimidación, puesto que *Ego, que alberga una sospecha razonable sobre la posibilidad de acciones no cooperativas de Alter, sólo podrá confiar en que éste no quebrantará las normas si el Derecho penal posee un grado de coerción suficiente para que el propio Ego, consciente de la racionalidad de la no cooperación, encontrara irracional para sus intereses, dado el riesgo de sanción, la vulne-*

---

(636) BAURMANN, *El mercado de la virtud*, p. 201.

*ración de las normas.* Así, el ciudadano que ha desarrollado una disposición a la cooperación no vería dirigida hacia él la amenaza de pena, por lo que ésta no ejercería sobre él una motivación *directa* –la cual vendría dada por el componente valorativo de la propia norma–, sino *indirecta*, en tanto en cuanto con su interposición podría confiar razonablemente en que los demás, los no cooperadores, encontrarán razones suficientes para el no quebrantamiento de las normas, lo que a su vez le ofrecerá a él razones para mantener dicha disposición cooperadora (637). La norma penal, acompañada de la amenaza de pena, operaría, entonces, de forma distinta según que el destinatario actúe como hombre cooperador o como hombre económico: en palabras de Habermas, «para quien actúa estratégicamente [nuestro hombre económico] esa norma se sitúa en el plano de los hechos sociales que restringen externamente el espacio de opciones del actor, para quien actúa comunicativamente [hombre cooperador] la norma jurídica se sitúa en el plano de las expectativas de comportamiento dotadas de carácter obligatorio, en relación con las cuales se presupone entre los miembros de la comunidad jurídica un acuerdo racionalmente motivado... Ahora bien, la validez jurídica de una norma –y en esto consiste su gracia– significa que vienen garantizadas *ambas cosas a la vez*: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respeto a la ley» (638). En suma, el fin de intimidación quedaría, como por algún autor se ha postulado, como una «segunda línea de defensa» (639), como un fin subsidiario –y no obstante imprescindible– que, al ejercer una motivación directa en los potenciales delincuentes, eliminaría esa sospecha razonable y garantizaría en grado suficiente la seguridad de la vigencia de las normas en la mayoría de los ciudadanos, respetuosos del Derecho, lo que reproduciría, a su vez, la disposición generalizada a la cooperación. En este sentido, debe concluirse que,

---

(637) Una idea similar se encuentra, por ejemplo, en DÖLLING, ZStW 102 (1990), p. 15: «Por medio de la pena el Derecho expresa que está dispuesto y que tiene medios para imponerse. Esto podría mejorar las perspectivas de acatamiento de las normas, puesto que los destinatarios se someterán con más motivo a las normas cuando reconocen que el Legislador pretende seriamente el respeto a las normas y que fácticamente está también en disposición de imponerse frente al delincuente».

(638) HABERMAS, *Facticidad*, p. 93 (cursivas en el original).

(639) Así, ZIPF, Pallin-FS, p. 485, citando a Nowakowski.



contra lo afirmado por algún autor, *también* las normas que poseen una base legítima necesitan la amenaza como medio de motivación, tanto directa para potenciales delincuentes como, en consecuencia, indirecta para ciudadanos respetuosos de las normas, por lo que un Derecho penal legítimo no podrá prescindir del fin de intimidación.

e) *Los fines preventivos del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de las normas*

La concepción del Derecho penal que hemos establecido hasta ahora se configura como un instrumento establecido por los individuos dirigido a la regulación y reproducción de estabilidad, a través del fortalecimiento de la confianza en el respeto generalizado de las normas. Así, por ejemplo, la razón de ser de la intimidación, uno de los fines de la pena que un Derecho penal democrático debe, secundariamente, perseguir, ha venido justificada no tanto en su faceta de prevención directa de conductas lesivas, sino sobre todo como un mecanismo fortalecedor de la confianza de los ciudadanos ya respetuosos del Derecho (640). En otras palabras, el mismo fin de intimidación se entendería como un medio dirigido al fin último de la «protección de la vigencia del ordenamiento jurídico». La cuestión que debemos plantearnos ahora es si esa ha de ser la misión de último orden a que haya de servir el Derecho penal, o si, por el contrario, habrá de encuadrarse, a su vez, dentro del fin clásico de «protección de bienes jurídicos».

El ejercicio en la vigencia del Derecho puede entenderse, estructuralmente, como un mecanismo «autorreferencial», mediante el cual el Derecho, por decirlo así, se afirma a sí mismo, restableciendo el estado de confianza existente antes de la realización de un delito. Pero ello, frente a algunas posiciones críticas, no debe entenderse como un ejercicio vacío, desprovisto de fines «externos» al Derecho mismo; por el contrario, ha de reiterarse que el mantenimiento de la seguridad de que en las relaciones sociales los ciudadanos no verán vulnerados sus intereses supone para los mismos un importante bien: la seguridad de las expectativas normativas justificadas se erige en condición relevante de la libertad individual, puesto que permite un desarrollo de sus intereses perso-

---

(640) Críticas a la exclusión en la prevención general positiva de la prevención de intimidación se encuentran también en SCHÜNEMANN, *Sobre la crítica*, p. 96, si bien por otros motivos.

nales en condiciones de paz y tranquilidad. Por ello, como se afirmó, la protección de la vigencia del ordenamiento –entendido como conjunto de expectativas generalizadas de confianza– ha de ser un *fin* legítimamente perseguido por un Derecho penal liberal y democrático.

No obstante, ya fue expuesto que la protección de la seguridad cognitiva debía verse sostenida en la protección efectiva de la seguridad de esas condiciones materiales de libertad: la vida, la integridad física, la propiedad, etc.; es decir, lo que en Derecho penal viene a denominarse bienes jurídicos. Un Derecho penal liberal se fundamenta y legitima en torno a la protección y el respeto de los intereses del individuo. Ya hemos visto que, para un ciudadano racional interesado prioritariamente en su propia libertad, la cooperación, así como en general la estabilidad –entendida como el respeto generalizado de la normas–, eran, en última instancia, un instrumento adecuado para la maximización de su libertad. Y también la confianza, si bien condición de la misma, no es más que el medio en que poder desarrollarla, para lo cual son necesarios, en orden preferente a esa seguridad, los intereses esenciales que hacen posible la participación del individuo en sociedad. Por ello, considero que labor del mismo ha de ser no sólo la protección de esa seguridad cognitiva, sino antes, la protección del objeto de esas expectativas, que son los intereses esenciales del ciudadano: la vida, la integridad corporal, la propiedad, etc. Así, entiendo que el fin primordial que los ciudadanos racionalmente persiguen con el establecimiento de normas de conducta vinculantes es el de proteger las condiciones materiales de su libertad, por medio de la coerción de acciones tendentes a la lesión de esos intereses, y sólo secundariamente el de generar estados sociales de confianza. En suma, si, como vimos, el núcleo axiológico y valorativo del liberalismo político eran los intereses del individuo, un Derecho penal liberal deberá optar por el fin de protección material de dichos intereses, de los bienes jurídicos.

Indudablemente, entre el fin de aseguramiento de expectativas y el fin directivo de conductas existe, en principio, una relación de reciprocidad funcional, configurándose uno como medio para el otro, y viceversa: el ejercicio en la vigencia de la norma conlleva en sí una motivación para el respeto de las normas –al menos a los ciudadanos ya respetuosos del Derecho–; y a su vez, el ejercicio en el respeto de las normas –tanto a través de la expresión simbólica de la validez normativa de la norma como a través de la conminación por la amenaza de pena– conllevaría la consecución del fin de mantenimiento

de la confianza (641). Por ello, del propio fin de protección de la vigencia se derivaría el de la evitación de conductas lesivas. Pero debe tenerse en cuenta que, en rigor, el fin de protección de la vigencia de las normas sólo persigue el mantenimiento de una cierta expectativa social de confianza, de seguridad, en que las normas no serán lesionadas, lo que no tiene por qué implicar que esas normas no sean, de facto, lesionadas. Lo fundamental para mantener la vigencia de las normas no es, dicho en otros términos, que no se lesionen intereses ajenos, sino que los ciudadanos *crean* que no son lesionados. De ahí el riesgo de este cometido del Derecho penal de convertirse en tecnocrático, mediante una eventual estrategia de *desinformación* por parte de los poderes públicos, creando falsamente el espejismo de que rige en la sociedad una seguridad materialmente inexistente. Ello viene a relativizar en gran medida la reciprocidad funcional entre ambos fines: mientras la efectiva protección de bienes jurídicos llevará siempre a la protección de la vigencia de las normas, porque el fin es que éstas sean de facto respetadas, el cometido de la protección de la vigencia, si bien puede llevar a quienes ya parten de un respeto previo a mantenerse en el mismo, no implicará *per se* la efectiva protección de los bienes jurídicos, sino sólo la creencia en que ello se produce. Materialmente, entonces, la satisfacción de *ambos* cometidos sólo podrá realizarse cuando se erija en fin primordial el de protección de bienes jurídicos. Por ello, el orden de reciprocidad corre en una sola dirección: en un Estado democrático, en el cual la relación entre la sociedad y los poderes públicos debe ser consensual y transparente, y no basada en la creación estratégica de ficciones de seguridad, el fin de aseguramiento de expectativas sólo *debe* realizarse si el Derecho penal protege efectivamente los bienes jurídicos. Expresado gráficamente, y como tantas veces se ha reiterado: el Derecho penal sólo puede asegurar al ciudadano que sus bienes no serán atacados en la medida en que articule medios para proteger esos bienes. En este sentido, consi-

---

(641) Esta relación de reciprocidad aparece también en AMELUNG cuando pone en relación el modelo de protección del bien jurídico en el sentido welzeliano (protección por la norma de conducta) y el modelo de protección del «bien jurídico institucional» (protección por la sanción). Afirma, así, este autor (*Rechtsgüterschutz*, p. 203): «No se trataría únicamente de asegurar la vigencia de determinadas normas institucionales, en aras de proteger los bienes jurídicos en sentido welzeliano; sino que asimismo, y recíprocamente, la vigencia de esas normas y con ello la estabilidad de la institución dependería de que los bienes jurídicos en sentido welzeliano protegidos por esas normas no sufrieran daño por acciones antinormativas».

dero que la opción por un fin u otro como *telos* del Derecho penal ha de atender especialmente a criterios de legitimación valorativa, según los cuales, desde una concepción liberal, fin primordial habrá de ser la protección los intereses individuales inmediatos –seguridad material de bienes jurídicos–, y sólo complementariamente la protección de la seguridad cognitiva, que puede entenderse como un bien mediato para los ciudadanos.

En conclusión, el fin *preventivo* del Derecho penal –además del fin *garantístico* de protección del ciudadano frente a la violencia estatal– radica primordialmente en la protección de bienes jurídicos y sólo secundariamente en la protección de la vigencia de la norma; fines, como se ha expresado, íntimamente vinculados funcionalmente, si bien no completamente recíprocos. Así, el fin de aseguramiento de expectativas operaría como un fin en sí mismo, si bien de segundo orden, pero también como un medio –dado su fomento del respeto de las normas– para la consecución del fin prioritario de la protección de bienes jurídicos. Por lo demás, dado que la finalidad prioritaria es la evitación de acciones lesivas, ello implica que el peso teleológico vendrá dado por el primer momento *preventivo*, realizado a través de la norma de conducta, cuyo fin radica, por un lado, en la prevención de conductas lesivas para los intereses de los ciudadanos a través de la motivación basada en el reconocimiento de la validez valorativa de la misma, motivación que vendrá apoyada, además, en la conminación disuasoria producida por la amenaza de pena (642); y, por otro, y *como consecuencia de dicha motivación*, en el aseguramiento de la expectativa normativa. Por su parte, el momento represivo de la sanción impuesta tenderá al fin secundario –si bien imprescindible– de ratificar la pretensión de respeto de la norma, reafirmando simbólicamente la corrección normativa de la misma, y al fin de confirmar la seriedad de la amenaza; *sólo con los cuales podrá realizar el otro fin* que persigue, el de la confirmación de la vigencia de la norma.

---

(642) Siguiendo a HABERMAS, *Facticidad*, p. 89, quien destaca asimismo los factores de inestabilidad característicos de las sociedades actuales, podríamos decir que «el tipo de normas buscado [sc. que pudiera ser aceptado por todos los participantes] tendría, según esto, que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada *simultáneamente* en la coerción fáctica y en la validez legítima» (cursiva en el original).

## ABREVIATURAS BIBLIOGRÁFICAS:

ADPCP:	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.</i>
AFD:	<i>Anuario de Filosofía del Derecho.</i>
ARSP:	<i>Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie.</i>
AT:	Allgemeiner Teil (Parte General).
CPC:	<i>Cuadernos de política criminal.</i>
Doxa:	<i>Doxa. Revista de Filosofía.</i>
Dstr:	<i>Deutsches Strafrecht, Neue Folge.</i>
FS:	Festschrift
GA:	<i>Goldtdammer's Archiv für Strafrecht.</i>
GS:	<i>Der Gerichtssaal.</i>
JA:	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR:	<i>Juristische Rundschau.</i>
Jura:	<i>Juristische Ausbildung.</i>
JuS:	<i>Juristische Schulung.</i>
JZ:	<i>Juristenzeitung.</i>
KrimJ:	<i>Kriminologisches Journal.</i>
LK:	<i>Leipziger Kommentar.</i>
LL:	<i>La Ley.</i>
MDR:	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht.</i>
MschrKrim:	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.</i>
NDP:	<i>Nueva Doctrina Penal.</i>
NJW:	<i>Neue juristische Wochenschrift.</i>
NStZ:	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht.</i>
PJ:	<i>Poder Judicial.</i>
RFDUC:	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.</i>
SK:	<i>Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch.</i>
StGB:	<i>Strafgesetzbuch.</i>
ZRP:	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik.</i>
ZStW:	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H., «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en Schönemann (Comp.), *El Sistema moderno del Derecho penal*, pp. 134 ss.
- ADAMS, M. / SHAVELL, S. *Zur Strafbarkeit der Versuchs*, GA 1990, pp. 337 ss.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *Facticidad y normatividad en Derecho penal. Racionalidad instrumental, racionalidad valorativa y racionalidad sistémica*, NDP 1998, B, pp. 389 ss.
- AMELUNG, K., «Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit», en Jung/Müller-Dietz/Neumann, *Recht und Moral*, pp. 269 ss.
- *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972.
- ANDENAE, J., *Punishment and Deterrence*, 1974.

- ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944.
- AXELROD, R., *La evolución de la cooperación*, 1996.
- BAIER, K., «El egoísmo», en Singer, *Compendio de ética*, pp. 281 ss.
- BARATTA, A., *Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft*, Arthur Kaufmann-Festschrift zum 70 Geburtstag, 1993, pp. 393 ss.
- *Integración-prevención. Una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, CPC 1984, pp. 533 ss.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (10.<sup>a</sup> ed.), 1995.
- BAURMANN, M., *El mercado de la virtud*. 1998.
- *Der Markt der Tugend*, 1996.
- *Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention*, GA 1994, pp. 368 ss.
- «Strafe im Rechtsstaat», en Baurmann/Kliemt (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, pp. 109 ss.
- «Schuldlose Dogmatik?», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten*, IV, pp. 196 ss.
- *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, 1981.
- BAURMANN, M./KLIEMT, H. (editores), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*. 1991.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*. 1984.
- BERLIN, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*. 1996 (2.<sup>a</sup> ed.).
- BETEGÓN, J., *La justificación del castigo*. 1992.
- BETEGÓN, J./DE PÁRAMO, J. R., *Derecho y moral. Ensayos analíticos*. 1990.
- BICKEL, C., *Ferdinand Tönnies*, en Pipers Handbuch der politischen Ideen. Band V. Fetscher/Münkler 1 (edit.), 1987, pp. 138 ss.
- BILBENY, NORBERT, *Política sin Estado*, 1998.
- BOBBIO, N., «Prólogo» a Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*.
- *Hegel und die Naturrechtslehre*, en *Materialien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Band 2. Riedel, M. (edit.), pp. 81 ss.
- BOCK, M., *Prävention und Empirie-Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen*, JuS 1994, pp. 89 ss.
- *Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention*, ZStW 103 (1991), pp. 636 ss.
- BÖLLINGER, L., *Generalprävention als sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftliche Begriffe*, KrimJ, 1, 1987, pp. 33 ss.
- BULLASCH, U., *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheims*, 1987
- BURKHARDT, B., *Das Zweckmomento im Schuldbegriff*, GA 1976, pp. 321 ss.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. 1994, 4.<sup>a</sup> ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, H.
- BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal*, I, 1997.
- CALLIES, *Strafzwecke und Strafrecht*, NJW 1989, pp. 1338 ss.

- CAMPS, V., *Introducción a Rawls, Sobre las libertades*, pp. 9 ss.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción*, (5.ª ed.), 1997
- *Curso de Derecho penal español. Parte General I. Introducción. Teoría jurídica del delito, 1*, (4.ª ed.), 1994.
- CORTINA, A., *Ética sin moral*. 1995 (3.ª ed.).
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Teoría del delito 1* (2.ª ed.), 1996.
- DAHM, G., *Gemeinschaft und Strafrecht*, 1938
- DAHM, G./SCHAFFSTEIN, F., *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933.
- DAHRENDORF, R., *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*. 1965.
- DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1972 (4.ª ed.).
- DÖLLING, D., *Generalprävention: Realität oder Illusion?*, ZStW 102 (1990), pp. 1 ss.
- DURKHEIM, *La división del trabajo social*, 1991.
- DWORKIN, G., El paternalismo, en Betegón/De Páramo, *Derecho y moral*, pp. 147 ss.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, 1997.
- ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, 1983.
- FAUCONNET, P., Warum es die Institution «Verantwortlichkeit» gibt?, en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten*, II, 1, pp. 293 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, 1997.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. 1995.
- FEUERBACH, J.A. *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (14.ª ed.), 1847, anotado por Mittermaier, C. J. A.
- FLETCHER, G. P., *Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht*, ZStW 101 (1989), pp. 803 ss.
- FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1996.
- «Kommunitarismus und Liberalismus-Stationen eine Debatte», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 181 ss.
- FRANKENA, W. K., *Analytische Ethik. Eine Einführung*, 1994 (5.ª ed.).
- FREUND, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998.
- FRISCH, W., *An den Grenzen des Strafrechts*, Stree, W./Wessels, J.-Festschrift, 1993, pp. 69 ss.
- FROMMEL, M., *Umriss einer liberal-rechtsstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht*, Schüler-Springorum-Festschrift, 1993, pp. 257 ss.
- *Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*, ADPCP 1989, pp. 621 ss.
- GACTO FERNÁNDEZ, E./ALEJANDRE GARCÍA, J.A./GARCÍA MARÍN, J. M., *Manual básico de Historia del Derecho*, 1997.
- GALLAS, W., *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955), pp. 1 ss.
- *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 50 ss.

- GARCÍA AMADO, J. A., *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, AFD 1986, pp. 151 ss.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, 1995.
- GARZÓN VALDÉS, E., *Weitere Überlegungen zur Beziehung zwischen Recht und Moral*, en Krawietz-Festschrift, 1993, pp. 477 ss.
- «Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?», en Baurmann/Kliemt, *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, pp. 161 ss.
- GAUTHIER, D., *Egoísmo, moralidad y sociedad liberal*. 1998.
- GEMMINGEN, H. D. T., *Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbestrafung*, ZStW 52 (1932), pp. 153 ss.
- GEPHART, W., *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 1990 (3.ª ed.).
- «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios*, pp. 140 ss.
- «El sistema de Derecho penal en la actualidad», en *Estudios*, pp. 162 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, E./SCHÜNEMANN, B./WOLTER, J. (edit.) *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, 1994.
- GÜNTHER, K., «Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en Jung/Müller-Dietz/Neumann, *Recht und Moral*, pp. 205 ss.
- GUTMANN, A., «Die kommunitaristischen Kritikern des Liberalismus», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 68 ss.
- GUTMANN, T., «Keepin 'em down on the farm after they've seen Paree»: *Aporien des Kommunitaristischen Rechtsbegriffs*, ARSP 1997, pp. 37 ss.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho, términos de teoría del discurso*, 1998.
- «Reconciliación mediante el uso público de la razón», en Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, pp. 41 ss.
- «“Razonable” versus “verdadero” o la moral de las concepciones del mundo», en Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, pp. 147 ss.
- HABERMAS/RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*. 1998.
- HAFFKE, B., *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976
- HARDWIG, W., *Personales Unrecht und Schuld*, MschrKrim 1961, pp. 194 ss.
- *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, ZStW 68 (1953), pp. 15 ss.
- HARE, R.M., «El prescriptivismo universal», en Singer, *Compendio de ética*, pp. 605 ss.
- HART, H. L. A., «Prolegomenon to the principles of punishment», en *Punishment and Responsibility*. 1968, pp. 1 ss.
- «Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral», en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*. Compilación de artículos de Hart editada por N. Hoerster, 1971, pp. 87 ss.
- «The Enforcement of Morality», en *The morality of the criminal law, Two lectures*, 1964.
- *Law, Liberty and Morality*. 1963.



- HASSEMER, W., *Warum und zu welchem Ende strafen wir?*, ZRP 1997, pp. 316 ss.
- *El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal «eficaz»*, Estudios penales y criminológicos, 1991, pp. 181 ss.
- *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1990 (2.<sup>a</sup> ed.).
- *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NSTZ 1989, pp. 553 ss.
- «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en *Jenseits der Funktionalismus*, Arthur Kaufmann-Festschrift, 1989, pp. 85 ss.
- «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en Mir Puig, S. (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, 1982, pp. 117 ss.
- *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1972.
- HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979.
- HASSEMER/MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, 1989.
- HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, 1998, Traducción y Prólogo de J. L. Vermal.
- HERZOG, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts*, 1987.
- HINSCH, W., «Einleitung», en Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 9 ss.
- HIRSCH, H. J., *El principio de culpabilidad y su función en Derecho penal*, NDP, A, 1996, pp. 25 ss.
- HÖFFE, O., (editor), *Einführung in die utilitaristische Ethik*. 1975.
- HÖRNLE, T./V. HIRSCH, A., *Positive Generalprävention und Tadel*, GA 1995, pp. 261 ss.
- HOERSTER, N., *Problemas de ética normativa*, 1992.
- (editor), *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie*. 1990.
- *Das Adressatenproblem im Strafrecht und die Sozialmoral*, JZ 1989, pp. 10 ss.
- *Zur Begründung staatlichen Strafens*, Otta Weinberger-Festschrift. 1984, pp. 233 ss.
- *Rechtsethik ohne Metaphysik*, JZ 1982, pp. 265 ss.
- *Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens*, GA 1970, pp. 272 ss.
- HONETH, A., (editor), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. Frankfurt, 1993.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, 1991.
- HUMBOLDT, W., *Los límites de la acción del Estado*, 1988.
- JÄGER, H., «Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten II*, pp. 107 ss.
- JAKOBS, G., *Sobre el fin de la pena*, PJ 1997, pp. 151 ss.
- *Estudios de Derecho penal*, 1997.
- «Culpabilidad y prevención», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 73 ss.

- «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 293 ss.
- «El principio de culpabilidad», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 365 ss.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996.
- *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien*, ZStW 107 (1995), pp. 842 ss.
- *Die Strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen der Zurechnungslehre, 1991 (2.<sup>a</sup> ed.).
- JELLINEK, G., *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1967 (Reed. del original de 1878).
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (4.<sup>a</sup> ed.), 1993.
- JUNG, H./MÜLLER-DIETZ, H./NEUMANN, U. (edit.), *Recht und Moral. Versuch eine Standortbestimmung*. 1991.
- KARGL, W., «Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz», en *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, pp. 53 ss.
- KARSTEDT-HENKE, S., *Die Einschätzung der generalpräventiven Faktoren und ihrer Wirksamkeit durch die Bevölkerung-Ergebnisse einer empirischen Untersuchung*, KrimJ 1987, pp. 66 ss.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie*, 1954
- KAUFMANN, Arthur, *Über die gerechte Strafe*, Hilde Kaufmann-Festschrift, 1987, pp. 425 ss.
- KIM, Y. W., *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zu «Schuld und Prävention»*, 1987.
- KINDHÄUSER, U., *Rechtstreue als Schuld-kategorie*, ZStW 107 (1995), pp. 701 ss.
- «Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz», en *Modernes Strafrecht und ultima ratio*, Prinzip Lüderssen/Nestler-tremer/Weigend (ed.), 1990.
- *Gefährdung als Straftat*, 1989.
- *Personalität, Schuld und Vergeltung*, GA 1989, pp. 493 ss.
- KÖHLER, M., *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, 1983
- KOHLER, J., *Studien aus dem Strafrecht*, 1890.
- KOLLER, P., *Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen*, en O. Weinberger-Festschrift. 1984, pp. 241 ss.
- KÖSTLIN, R., *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845.
- KUHNEN, L., «Strafrechtsbegrenzung durch einen materiellen Straftatbegriff?», Wolter/Freund (edit.) *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess*, pp. 77 ss.
- *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA 1994, pp. 349 ss.
- KUNZ, K. L., *Prävention und gerechte Zurechnung*, ZStW 98 (1986), pp. 823 ss.
- LARMORE, C., «Politischer Liberalismus», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 131 ss.

- LAPORTA, F., *Entre el Derecho y la Moral*, 1993.
- LESCH, H. H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ADPCP 1995, pp. 911 ss.
- *Zur Einführung in das Strafrecht. Über den Sinn und Zweck Staatlichen Strafens*, JA 1994, pp. 510 ss. y 590 ss.
- *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1991.
- LÓPEZ CALERA, N., «Funciones del Derecho», en Garzón Valdés/Laporta, *El Derecho y la justicia*, 1996, pp. 457 ss.
- LÜDERSSEN, K., *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und Alteuropäischen Prinzipien*, ZStW 107 (1995), pp. 877 ss.
- *Abschaffen des Strafens?*, 1995.
- «Strafrecht und “Dunkelziffer”», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten*, I, pp. 244 ss.
- «Die generalpräventive Funktion des Deliktssystems», en Hassemer/Lüderssen/Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, pp. 54 ss.
- LÜDERSSEN/SACK, *Seminar: Abweichendes Verhalten*, I, 1982 (2.ª ed.), III-1, 1975, IV, 1980
- LUHMANN, N., *Confianza*, 1996.
- *Rechtssoziologie*, 1983 (2.ª ed.).
- «Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?», en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, pp. 73 ss.
- *Soziale Systeme*, 1984.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Alcance y función del Derecho penal*, ADPCP 1989, pp. 3 ss.
- «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho penal y Ciencias Sociales*, Mir Puig, S. (ed.), 1982, pp. 141 ss.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979.
- MACORMICK, N., «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en Betegón/Páramo, *Derecho y moral*, pp. 9 ss.
- MACINTYRE, A., «Ist Patriotismus eine Tugend?», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, pp. 84 ss.
- MAIHOFFER, W., *Die gesellschaftliche Funktion des Rechts*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, pp. 13 ss.
- «Hegels Prinzip des modernen Staates», en *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, tomo 2, Riedel, M. (Ed.), pp. 361 ss.
- MARXEN, K., *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, 1975.
- MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997.
- MAYER, H., *Der Verbrechensbegriff*, Deutsches Strafrecht, 1938, pp. 73 ss.
- *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, 1997.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 1996 (5.ª ed.).
- *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 1994.

- Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*, en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 159 ss.
- «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho», en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 29 ss.
- «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 129 ss.
- «Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal», en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 151 ss.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976.
- MITTERMAIER, C. J. A., *Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstand des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft*, GS 11 (1859), pp. 403 ss.
- MORESO, J. J., *La teoría del derecho en Bentham*, 1992.
- MULHALL, S./SWIFT, A., *El individuo frente a la comunidad*, 1996.
- MÜLLER-DIETZ, H., *Integrationsprävention und Strafrecht*, Jescheck-Festschrift, 1985, pp. 813 ss.
- *Vom intellektuellen Verbrechensschaden*, GA 1983, pp. 481 ss.
- MÜLLER-TUCKFELD, J. C., *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1997.
- MÜSSIG, B. J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, 1993.
- NAGEL, T., «Conflicto moral y legitimidad política», en Betegón/de Páramo, *Derecho y moral*, pp. 87 ss.
- NEUMANN/SCHROTH, U., *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, 1991 (4.ª ed.).
- *Ética y derechos humanos*, 1989.
- *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980.
- NOZICK, R., *La naturaleza de la racionalidad*, 1995.
- OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981.
- OLDENQUIST, A., «Retributive justice and community», en *Limits of legal Regulation. Grenzen rechtliche Steuerung*, Voigt, R. (ed.), 1989, pp. 129 ss.
- OPP, K. D., «Einige Bedingungen für die Befolgung von Gesetzen», en Lüderssen/Sack, *Abweichendes Verhalten I*, pp. 214 ss.
- OTTO, H., *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 87 (1975), pp. 539 ss.
- OTTO, H. J., *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle*, 1982.
- PAPAGEORGIOU, K. A., *Schaden und Strafe*, 1994.
- PEÑARANDA RAMOS, E./SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J./CANCIO MELIÁ, M., «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs», en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pp. 17 ss.

- PÉREZ MANZANO, M., «Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena», en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 73 ss.  
— *Culpabilidad y prevención*, 1990.
- POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en Derecho penal*, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho Penal. Parte General* (acorde con el nuevo Código Penal de 1995), 1996.
- RAWLS, J., «Réplica a Habermas», en Habermas/Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, pp. 75 ss.  
— *Sobre las libertades*, 1996.  
— *Teoría de la justicia*, 1995.  
— «Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch», en Honeth, *Kommunitarismus*, pp. 36 ss.  
— *Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978-1989*, Hinsch (editor), Frankfurt A. M., 1992.  
— «Der Bereich des Politischen und der Gedanke eines übergreifenden Konsens», en Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 333 ss.  
— «Der Vorrang des Rechten und die Ideen des Guten», en Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, pp. 364 ss.  
— «La idea de un consenso por superposición», en Betegón/de Páramo, *Derecho y moral*, pp. 63 ss.  
— «Zwei Regelbegriffe», en Höffe (editor), *Einführung in die utilitaristische Ethik*, pp. 96 ss.
- RIPPEL, P., «Emile Durkheim», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen*, 1987, pp. 126 ss.
- ROCHEL, G., *Introducción a la Sociología General*, 1987.
- ROXIN, C., «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en *Wiedergutmachung und Strafrecht*, Schöch, H. (ed.), 1987, pp. 37 ss.  
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 1994 (2.<sup>a</sup> ed.).  
— «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 1 ss.
- RUBIO CARRACEDO J., *Paradigmas de la política. Del Estado justo al Estado legítimo*, 1990
- RUDOLPHI, H. J., «Fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal», en *El sistema moderno del Derecho penal. Aspectos fundamentales*, Schönemann (comp.), 1991, pp. 81 ss.  
— *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, Honig-FS, pp. 151 ss.
- SABINE, G. H., *Historia de la Filosofía Política*, 1995.
- SALM, *Das versuchte Verbrechen*, 1957.
- SANDEL, M., «Die verfahrensrechtliche Republik und der ungebundene Selbst», en Honeth (comp.), *Kommunitarismus*, pp. 18 ss.
- SCHELSKY, H., *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, pp. 37 ss.

- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 1984. (2.<sup>a</sup> ed.)  
 — *Vom Sinn der Strafe*, 1971, (2.<sup>a</sup> ed.)
- SCHÖCH, H., *Empirische Grundlagen der Generalprävention*, Jescheck-FS, 1985, pp. 1081 ss.
- SCHUMANN K., *Positive Generalprävention: Ergebnisse und Chancen eine Forschung*, 1989.
- SCHÜNEMANN, B., «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 89 ss.  
 — *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, GA 1995, pp. 201 ss.  
 — (compilador), *El Sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991  
 — «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en Schünemann, *El Sistema moderno de Derecho penal*, pp.31 ss.  
 — *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars* (2.<sup>a</sup> parte), GA 1986, pp. 293 ss.
- SEELMANN, K., *Hegels Strafrechtstheorie in seinen «Grundlinien der Philosophie des Rechts»*, JuS 1979, pp. 687 ss.
- SEN, A., *Sobre ética y economía*, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (editor), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1997.  
 — «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 17 ss.  
 — *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992.
- SINGER, P., (editor), *Compendio de ética*, 1995.
- SMART, J. J. C., «Extremer und eingeschränkter Utilitarismus», en Höffe, *Einführung in die utilitaristische Ethik*, pp. 121 ss.
- SOZIOLOGIE-LEXIKON, Reinhold, G. (edit.), 1991.
- STAATSLEXIKON-Görres Gesellschaft (edit.), 1986 (7.<sup>a</sup> ed.).
- STRATENWERTH, G., *Zum Begriff des «Rechtsgutes»*, Lenckner-FS, 1998, pp. 377 ss.  
 — *El futuro del principio jurídico-penal de la culpabilidad*, 1980.
- STRENG, F., *Strafrechtliche Sanktionen- Grundlagen und Anwendung*, 1991.  
 — *Schuld, Vergeltung, Prävention*, ZStW 92 (1980), pp. 637 ss.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, C./CANCIO MELIÁ, M., «La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva», Estudio preliminar a Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 21 ss.
- SUÁREZ VILLEGAS, J. C., *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho?*, 1996.
- TAYLOR, C., «El Atomismo», en Betegón/de Páramo, *Derecho y moral*, pp. 107 ss.  
 — «Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus», en Honeth (edit.), *Kommunitarismus*, pp. 103.
- TEN, C. L., «Crimen y castigo», en Singer, *Compendio de ética*, pp. 499 ss.

- THIEBAUT, C., *Vindicación del ciudadano. Un sujeto reflexivo en una sociedad compleja*, 1988
- *Los límites de la comunidad*, 1992.
- TORIO LÓPEZ, A., *El sustrato antropológico de las teorías penales*, RFDUC, monográfico 11, Estudios de Derecho penal en Homenaje a Jiménez de Asúa, 1986, pp. 667 ss.
- VALLESPÍN, F., *Historia de la teoría política (2)*, 1990.
- VANBERG, V., *Verbrechen, Strafe und Abschreckung*, Tübingen, 1982.
- VEHLING, K.H., *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991.
- VERMAL, J. L., «Prólogo» a Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho*.
- VOSS, M., *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989
- WALZER, M., «Die kommunitaristische Kritik am Liberalismus», en Honeth (editor), *Kommunitarismus*, 1, pp. 157 ss.
- WEBER, M., *Soziologische Grundbegriffe*, 1984 (6.<sup>a</sup> ed.)
- WELZEL, H., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975.
- «Das Gesinnungsmoment im Recht», en *Abhandlungen*.
- «Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes», en Welzel, *Abhandlungen*, pp. 224 ss.
- «Studien zum System des Strafrechts», en Welzel, *Abhandlungen*, pp. 121 ss.
- *Das Deutsche Strafrecht*, 1969 (11.<sup>a</sup> ed.).
- WILLIAMS, B., *Der Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik*, 1994.
- WITTIG, P., *Die Aufrechterhaltung gesellschaftlicher Stabilität bei John Rawls. Zwischen Gerechtigkeit Sinn und Strafe*, ZStW 107 (1995), pp. 251 ss
- WOLF, J. C., *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Straftheorien*, Munich, 1992.
- WOLFF, E. A., *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, ZStW 97 (1985), pp. 786 ss.
- WÜRTEMBERGER T., *Rechtsfriede und Strafrecht*, K.Peters-Festschrift, 1974, pp. 209 ss.
- ZIESCHANG, *Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1995*, ZStW 107, (1995), pp. 907 ss.
- ZIMMERLING, R., *La pregunta del Tonto y la respuesta de Gauthier*, Doxa 5 (1989), pp. 49 ss.
- ZIPF, H., *Die Integrationsprävention (positive Generalprävention)*, Pallin-Festschrift, pp. 479 ss.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Fundamentos de Derecho penal*, 1993.





## La política criminal de la reforma penal en México (\*)

DR. IUR ENRIQUE DÍAZ-ARANDA (1)

### 1. FUNDAMENTOS Y ORIENTACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS SISTEMAS PENALES

El Derecho Penal es el instrumento legal más represivo con que cuenta el Estado para reaccionar frente a conductas consideradas como delitos. Por ello, en un Estado social y democrático de Derecho, dicha potestad punitiva obedece a una política criminal cuyos fundamentos y principios básicos expongo a continuación.

La libertad, después de la vida, es el bien jurídico tutelado más importante con que cuenta el individuo en una sociedad, de ahí que exista una protección especial de ella a través de su reconocimiento como garantía individual en la Constitución. Ello significa que la libertad del ciudadano sólo deberá ser restringida o suprimida por un acto de autoridad debidamente fundado y motivado.

La fundamentación para privar de la libertad al ciudadano se encuentra en diversos ordenamientos jurídicos desde la Constitución hasta los secundarios, como son civiles, administrativos y penales. Así por ejemplo, a través de un arresto administrativo se puede privar de la libertad a quien ha cometido una falta administrativa, por ejem-

---

(\*) Conferencia dictada en el seminario *Rising Violence and the Criminal Justice Response in Latin America* en la Universidad de Texas, Austin, el 8 de mayo de 1999.

(1) Investigador invitado en el Instituto de Ciencias Penales de la Universidad de Munich, Alemania, con el financiamiento de la fundación Alexander von Humboldt.

plo, orinarse en la vía pública. Empero, en casos como el anterior la privación de la libertad no excede de un par de días, sólo un acto gravísimo podría justificar una prolongada privación de la libertad, ese acto sólo puede ser la comisión de un delito.

Cometer un delito o imputar un delito al ciudadano significa que la autoridad ha investigado suficientemente para demostrarle su responsabilidad, es decir, la carga de la prueba (*onus probandi*) recae en los órganos competentes del Estado, quienes apoyados en la labor de investigación realizada y de las pruebas obtenidas puedan motivar debidamente por qué se justifica la detención del ciudadano. A la ley también corresponde regular, cuál es el órgano competente, cómo debe realizar la investigación, qué grado de prueba se requiere para motivar dicho acto de autoridad, cómo desarrollar el proceso, etc.

Hasta aquí me he referido a la detención del ciudadano, ocupémosnos ahora de la causa que motiva suficientemente su procedencia: el delito.

La vida ordenada en comunidad se sustenta en la interrelación de sus integrantes, los cuales fundan sus expectativas de desarrollo de su personalidad en finalidades materiales o abstractas para cuyo logro son indispensables ciertos bienes. De ahí que el Estado, en su función de vigilante de la vida ordenada en comunidad, garantice la protección de esos intereses a través de normas jurídicas y los eleva a rango de bienes jurídicos tutelados. Empero, no todos los bienes jurídicos tienen la misma valía, sólo algunos de ellos son de vital importancia: la vida, la integridad física, la libertad sexual o el patrimonio, son bienes jurídicos fundamentales y se protegen a través de distintas normas.

Así, por ejemplo, el patrimonio es un bien que se garantiza a través de normas civiles, administrativas e, incluso, penales. De esta suerte si dos sujetos celebran un contrato de compraventa y el vendedor entrega la cosa, pero el comprador no paga el precio, ese incumplimiento supone la lesión del patrimonio del vendedor, el cual debe contar con la protección jurídica necesaria para acudir a los órganos del Estado competentes y resarcir el daño a su patrimonio. No obstante, existen afectaciones al bien jurídico tutelado cuya gravedad es mayor y, por tanto, requieren ser prevenidas y, en su caso, sancionadas a través de la amenaza de una pena de prisión.

De esta guisa, en países con tradición romano-canónica-germánica, corresponde al legislador determinar cuáles son los bienes jurídicos fundamentales para la vida ordenada en sociedad (principio de bien jurídico) e identificar cuáles conductas les afectan gravemente (principio de fragmentariedad), dichas conductas son descritas lin-

güísticamente en tipos penales los cuales establecen las penas a imponer a quienes las realicen (principio de legalidad) lo cual se traduce en seguridad jurídica para el gobernado.

Por ello, aunque el incumplimiento de un contrato supone la afectación del patrimonio, la respuesta del Estado debe limitarse a emplear al Derecho Civil para restituir su integridad y sólo debe echar mano del Derecho Penal cuando la afectación al patrimonio es grave (principio de subsidiariedad). Pero la gravedad no sólo se mide en función de la afectación del bien sino también atendiendo a la gravedad de la conducta. Por ello, aunque la afectación del patrimonio es mayor por el incumplimiento de un contrato de quinientos mil dólares en comparación con el robo de los faros de un automóvil, no obstante, la conducta de no cumplir un contrato por insolvencia no es tan grave como la de robar y, por ello, en el primer supuesto se reacciona con sanciones civiles mientras que en el segundo con penas de prisión. Claro está que si el incumplimiento del contrato fue maquinado por el sujeto activo para obtener un lucro indebido a través del engaño, entonces, la lesión al patrimonio aunado a la energía criminal desplegada para defraudar a la víctima justifica la intervención del Derecho Penal y la imposición de una pena de prisión.

La determinación de las conductas prohibidas en tipos penales y las sanciones a imponer, no sólo obedecen al principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege penale*, sino también constituyen una llamada de atención al ciudadano para que se abstenga de realizar esas conductas consideradas como delitos, con la amenaza de que en caso de adecuarse a dicha descripción legal será sancionado con la privación de su libertad, a esto se le conoce como principio de prevención general negativa.

Es importante resaltar que la eficacia de esta prevención no sólo radica en la existencia de leyes penales que describen las conductas prohibidas y establezcan penas, sino también y, en mayor medida, en la aplicación efectiva de esas normas, ello implica la persecución y sanción efectiva de los delitos por los órganos competentes del Estado. En otras palabras, cuando el ciudadano tiene consciencia de que en la sociedad en la que vive «el que la hace la paga» evita cometer delitos por el miedo a llegar a ser perseguido, procesado y sancionado.

Por otra parte, la pena a imponer no sólo obedece al principio de legalidad, es decir, que ésta se encuentre ordenada como consecuencia de una conducta descrita como prohibida en una ley anterior a la realización del hecho, sino también se debe sustentar en el principio de proporcionalidad, el cual implica que la pena a imponer deberá ser

equivalente o proporcional a la lesión del bien jurídico tutelado. Para acudir a un ejemplo de la literatura, en la obra *Los miserables* de Víctor Hugo la pena de cadena perpetua no es proporcional al hecho de robar un mendrugo de pan.

Además, la pena debe obedecer a un fin. En antiguo el fin fue la retribución, cuyo lema «ojo por ojo, diente por diente» quedó plasmado desde el Código de Hammurabi. Hoy, se pretende dar a la pena la finalidad de prevención general negativa y el de prevención especial.

A la prevención general negativa ya me he referido como la disuasión del individuo de no cometer delitos por temor a la imposición de una pena penal. Mientras que la prevención especial tiene como fin evitar la recaída en el delito o reincidencia, al efecto se intenta resocializar al delincuente mediante el trabajo y la educación durante el tiempo de su reclusión en el centro penitenciario. Este proceso de inculcación implica una nueva oportunidad a quien ha cometido un delito para que, una vez compurgada su pena, pueda reintegrarse a la sociedad y comportarse conforme a las normas en ella vigente.

La orientación política criminal de cada Estado se puede establecer atendiendo a la vigencia formal y real de los principios antes esbozados. Por vigencia formal entiendo la existencia de normas jurídicas en las cuales de forma expresa o implícita se reconocen esos principios y su vigencia real se comprueba con las acciones de los órganos del Estado tendentes a su aplicación efectiva.

Como anticipé al inicio de mi intervención, en un Estado social y democrático de Derecho todos estos principios tienen vigencia formal y real, lo contrario nos coloca frente a un Estado autoritario y entre estos dos extremos están aquellos en vías de ser como los primeros o, por el contrario, como los segundos. Si esto es así, entonces, cabe preguntarse ¿a qué clase de Estado pertenece la política criminal y sistema penal en México? La respuesta la ofrezco a continuación.

## 2. REFORMA Y ORIENTACIÓN DEL DERECHO PENAL MEXICANO

A continuación haré referencia a algunos datos que nos pueden ilustrar sobre cuál es la orientación del Derecho Penal en México.

La Constitución mexicana de 1917 sustentó el procedimiento penal en dos figuras: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (arts. 16 y 19). Al efecto el Ministerio Público, dependiente del poder ejecutivo, es el órgano encargado de realizar todas las investigaciones necesarias para acreditar dichas figuras y, una vez comprobadas, solicitar al juez la orden de aprehensión del presunto responsable de la comisión de un delito. Una vez que el Ministerio

Público aprehende o detiene al sujeto cuenta con 48 horas para consignarlo ante el juez. Este término es el mismo en aquellos casos en los cuales el sujeto fue detenido en flagrancia, es decir, en el momento de cometer el delito. A esta etapa del procedimiento penal se le conoce como Averiguación Previa.

Al recibir el Juez a la persona consignada, radica la causa y contará con un término de 72 horas para determinar la situación jurídica del sujeto, al efecto puede dictar auto de formal prisión, auto de libertad con sujeción a proceso o auto de libertad por falta de elementos para procesar. En los dos primeros casos se abrirá un proceso penal que culminará, en primera instancia, con la sentencia.

Lo hasta aquí desarrollado supone que la privación de la libertad de los gobernados sólo podía proceder por un acto de autoridad debidamente fundado y motivado, según lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución.

No obstante, existían preceptos contradictorios con el espíritu de la Constitución. Así, por ejemplo, en el Código Penal de 1931, hoy todavía vigente con múltiples reformas, se presumía la intención de cometer un delito, salvo prueba en contrario (art. 9 del Código Penal), ello suponía presumir el dolo en la comisión de un delito y se dejaba a cargo del particular el *onus probandi*, es decir el indiciado debía demostrar que su acto había sido sin intención, sea porque lo cometió, por ejemplo, por imprudencia o bajo error. Pero no todas las pruebas eran válidas y el mismo artículo 9 establecía que esa presunción no se destruía aunque el sujeto demostrara, por ejemplo, «I. que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño... III. Que creía que la ley era injusta o moralmente lícito violarla... IV. Que creía que era legítimo el fin que se propuso... VI. que obró con el consentimiento del ofendido...»

La presunción antes descrita y la inversión de la carga de la prueba en contra del imputado son características del proceso inquisitorial y contrarios al de un Estado de Derecho, por ello era necesario suprimir dicha presunción y de igual forma reestructurar todo el Código Penal para hacerlo acorde a los principios del Estado de Derecho. Con esa orientación se propusieron nuevos proyectos de Código Penal en 1958, 1963, y, el más representativo, en 1980. Aunque este último no pudo convertirse en ley vigente sí fue la base de la reforma de 13 de enero de 1984, con la cual se dejó de presumir el dolo y se reformaron diversos preceptos del Código Penal.

La reforma anterior constituyó un significativo signo de una política criminal orientada hacia consecución de un Estado social y democrático de Derecho en México, tendencia que se confirmó con: la Ley

Federal para prevenir y sancionar la tortura de 27 de diciembre de 1991; la reforma al artículo 20 de la Constitución de 3 de septiembre de 1993 con la cual se dieron las bases de un proceso penal más humanitario.

De igual forma se crearon instituciones como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual se erige como un *ombudsman* o defensor de los derechos del pueblo.

Retomando el procedimiento penal, recordemos que éste se sustentaba en dos figuras procesales: el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. Sin embargo, no existían criterios unánimes sobre el contenido de esas figuras y ello creaba inseguridad jurídica sobre cuándo la detención del ciudadano estaba debidamente fundada y motivada. Así el legislador penal mexicano consideró necesario reformar los artículos 16 y 19 de la Constitución y establecer a nivel del Código de Procedimientos Penales cuáles eran los elementos de dichas figuras, aunque para ello sustituyó el término «cuerpo del delito» por el de «elementos del tipo penal». Así, con la reforma de 10 de enero de 1994 el Ministerio Público sólo podía solicitar la orden de aprehensión al juez cuando estuvieran acreditados todos los elementos del tipo penal, a saber: 1) la existencia del acto u omisión y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; 2) la forma de intervención de los sujetos; 3) el dolo o la culpa, y 4) los demás elementos requeridos por el tipo en particular. Además debía acreditar la probable responsabilidad, lo cual significaba constatar la ausencia de alguna causa de justificación o de alguna causa de exclusión de la culpabilidad.

Todos los antecedentes hasta aquí expuestos muestran una política criminal estatal encaminada hacia la consecución de un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, existen otros datos contrarios a esta aspiración y, la peor noticia, esta tendencia contraria se ha constatado con la reciente reforma a la Constitución de 8 de marzo de 1999, de ello me ocupo a continuación.

Como hemos visto el fin de la pena es la resocialización, ello está dispuesto en el artículo 18 de la Constitución al señalar que el sistema penitenciario se deberá organizar sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Según lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal de 1931 la pena de prisión mínima era de tres días y la máxima de treinta años, después se incrementó a cuarenta años y con la reforma de 3 de enero de 1989 puede ser hasta de cincuenta años y hoy en día existen propuestas para elevarla hasta sesenta años. Se debe tomar en cuenta que en México la mayoría de edad penal se

obtiene a los 18 años, ello significa que a quien le es impuesta la pena máxima, con todo y sustitutivos penales, al cumplir con su condena será propiamente un anciano ¿podrá éste reintegrarse a una sociedad de cuyo núcleo y evolución fue sustraído por tanto tiempo? Si las cárceles en México están sobrepobladas (3) y difícilmente se instruyen programas de capacitación para el trabajo y educación ¿se estará cumpliendo con el principio de prevención especial consagrado en la misma Constitución?

Así, por ejemplo, el secuestro de una persona se sancionaba con una pena máxima de veinte años y actualmente la pena puede ser hasta de cuarenta años de prisión. Dicho incremento de penas desmesurado y frecuente rompe también con el principio de proporcionalidad, pues mientras que el homicidio simple se sanciona con pena hasta de veinte años de prisión, el secuestro duplica la pena. Esto pone de manifiesto, además, una falta de técnica legislativa en la reforma penal, pues no se debe sancionar más severamente la lesión del bien jurídico libertad y con menos la privación de la vida.

El argumento más empleado por el poder Ejecutivo y asumido por el poder Legislativo para el continuo incremento de las penas en nuestras leyes penales es el de la lucha eficaz contra la delincuencia. Desgraciadamente el origen del incremento de la criminalidad en México se debe a: la falta de una policía debidamente capacitada para cumplir con su función de vigilancia y seguridad pública; la deficiente capacitación de los agentes del Ministerio Público para la investigación y persecución de delitos. En efecto, de cada 100 delitos denunciados, sólo se investigan 50 y sólo en ocho se llega a tener un probable responsable, de los cuales sólo tres son condenados al final del proceso. Por ello, aunque la estadística oficial refleja que la comisión de delitos a nivel nacional tiene un incremento anual de 24% desde 1993, en la realidad el número de delitos cometidos diariamente es mucho mayor a los denunciados, pues hoy la población considera como tiempo perdido dicha denuncia.

A todo lo anterior se debe sumar la ausencia de acciones reales para erradicar la corrupción, a lo cual se suma la falta de un programa de remuneración y estímulos decorosos para los servidores públicos que intervienen en la lucha contra la delincuencia ¿cómo esperar que un policía de la calle no se corrompa cuando no se le proporcionan los recursos necesarios para mantener a su familia y ni siquiera para realizar su función?

---

(3) Así, por ejemplo, a nivel nacional la población carcelaria se ha incrementado de 94 mil internos en 1995 a 130 mil en 1999.

Aunado a lo anterior, una política criminal verdaderamente encaminada a la lucha contra el crimen no sólo se dirige a la efectiva persecución de delincuentes, sino en mayor medida a los medios de prevención como son las campañas de educación de niños y jóvenes y el uso de medios masivos de comunicación para crear consciencia en la población de evitar la comisión de delitos. Empero, todo ello sólo es posible cuando se atiende a las necesidades económicas básicas de la población ¿cómo exigirle a un campesino que siga sembrando maíz cuando las ganancias obtenidas por este producto en muchas ocasiones no le alcanzan ni para comer? Entonces ¿cómo reprocharle el preferir sembrar amapola y no maíz? En un país donde los índices de desempleo son altísimos ¿cómo esperar que todas esas personas desempleadas cuyos accesos al bienestar social están cerrados no opten por cometer delitos como el de robo? Así, «estimaciones recientes elaboradas con base en los datos que arroja la Encuesta Nacional de Hogares, refieren un incremento notable de la pobreza entre 1994 y 1996 de modo que las cifras de pobres extremos, pobres moderados y no pobres habrían pasado de 41, 28 y 31 por 100 de la población, al 55, 23 y 22 por 100, respectivamente (además) en 1998 el Banco Mundial estimó que 40% de la población sobrevive con un ingreso menor a dos dólares diarios, mientras que otro 15% recibe menos de un dólar al día» (4).

Muchos son los discursos políticos en los cuales se reconocen estos problemas, elocuentes las promesas, sin embargo, las acciones emprendidas se reducen a reformar continuamente la ley.

Buen ejemplo de todo lo anterior lo constituye la reciente reforma a los artículos 16 y 19 de la Constitución. Recordemos que después de la reforma de 1993-94 a dichos artículos de la Constitución el Ministerio Público debía acreditar todos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad para obtener del juez una orden de aprehensión, es decir estaba garantizado al máximo que el acto de autoridad de privar de la libertad a un ciudadano estuviera debidamente fundado y motivado.

Mas, en la práctica diaria, los Ministerios Públicos no podían integrar debidamente dicha averiguación y, en consecuencia, el juez negaba las órdenes de aprehensión. Ante esta situación tanto el poder Ejecutivo como el Legislativo han considerado que la mejor manera de combatir a la criminalidad es reducir la «excesiva» carga probato-

---

(4) AZAOLA GARRIDO, Elena. «Notas sobre delincuencia de menores y violencia en México» dentro del seminario *Rising Violence and the Criminal Justice Response in Latin America* en la Universidad de Texas, Austin, el 7 de mayo de 1999.



ria que tenía el Ministerio Público durante la averiguación previa. Así, dicho Ministerio Público a partir del 8 de marzo de 1999 sólo deberá demostrar el cuerpo del delito para obtener la orden de aprehensión. Por cuerpo del delito se entienden los elementos objetivos del tipo penal, en otras palabras, aquellos elementos que se perciben a través de los sentidos. Por ejemplo, en un robo el hecho de apoderarse de un objeto mueble es un elemento objetivo, de ahí que el Ministerio Público sólo necesitará demostrar que alguien tiene un objeto mueble en su poder para poder solicitar al juez la orden de aprehensión y estar facultado para detenerlo. Todavía no está claro y, ello deberá ser objeto de otra reforma al Código de Procedimientos Penales, si deberá demostrar además si ese objeto es ajeno y así se establezca, pues sería contrario a toda lógica que el Ministerio Público me pudiera detener argumentando que me he apoderado de un objeto mueble, por el simple hecho de subirme a mi automóvil, arrancarlo y trasladarme a mi centro de trabajo. Es claro que un acto de autoridad como ése sólo podría estar suficientemente motivado cuando el auto era de un tercero, es decir era ajeno.

Lo que sí es seguro es que el Ministerio Público ya no necesitará investigar si al tomar el abrigo del perchero de un restaurante, lo hice creyendo que era mío, aunque se demuestre que en ese lugar estaba efectivamente mi abrigo de características muy similares, pues con acreditar el cuerpo del delito, es decir los elementos objetivos del tipo, podrá obtener del juez la orden de aprehensión.

Lo más grave de todo radica en las mismas estadísticas ofrecidas en el dictamen de las Comisiones de las Cámaras de Senadores para proceder a las referidas reformas de marzo de 1999, pues analizando lo sucedido en 1996 en el Distrito Federal tenemos que de las 23.282 personas consignadas ante el juez para ser sometidas a proceso, el cual tiene una duración mínima de cuatro meses, al final del mismo sólo un 3,8% concluyó con una sentencia condenatoria. Dicho en otras palabras, de cada 23 personas detenidas, consignadas y procesadas sólo una resultó culpable.

Como hemos visto, en un Estado de Derecho toda persona se presume inocente hasta que no se demuestre lo contrario, por tanto, si el Estado fue incapaz de demostrar la culpabilidad de esas personas se deben considerar como inocentes.

La estadística anterior sería suficiente para cuestionar la actuación del Ministerio Público tanto en su labor de investigar la comisión de delitos como en la de detener a los probables responsables. Esos eran los resultados con todo y la existencia de leyes garantistas que a partir de la reforma de 1994 restringían al máximo su facultad para solicitar

y obtener del juez una orden de aprehensión. ¿Qué podremos esperar ahora que con pruebas mínimas podrá solicitar al juez la orden de aprehensión y detener legalmente a cualquier ciudadano?

Lo anterior nos indica que hoy en día, contrario al discurso político de las autoridades mexicanas, la política criminal que guía a la reforma penal en México está dirigida a suplir la deficiente actuación de los órganos del Estado en contra de la delincuencia, mediante la restricción de las garantías de los ciudadanos. Si el Ministerio Público puede privar de la libertad a los ciudadanos probando lo mínimo, si las penas son desproporcionadas en relación con el bien jurídico tutelado, si el fin de dichas penas está alejado de la resocialización del individuo, si la impunidad de los verdaderos delincuentes prevalece y si indiscriminadamente se echa mano del Derecho Penal para resolver problemas que podrían solucionarse a través de medios menos nocivos, entonces la conclusión es que en la antesala del tercer milenio el Estado mexicano se encuentra en la vía rápida hacia un Estado autoritario.

# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

LEY ORGÁNICA 2/1998, DE 15 DE JUNIO, POR LA QUE SE MODIFICAN  
EL CÓDIGO PENAL Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(«BOE» núm.143, de 16 de junio)

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### I

La denominada violencia callejera se ha constituido en uno de los fenómenos más relevantes para la convivencia ciudadana a lo largo de los últimos años. Los medios de comunicación y los más diversos foros de reflexión y debate político y social han dejado constancia de la gravedad de esta nueva forma de terrorismo, dada su extraordinaria capacidad para alterar la paz social. Por otro lado, ese impacto social se ha visto acentuado por la sensación, ampliamente extendida, de la impunidad con la que han venido actuando sus responsables, en quienes concurría muchas veces la condición de ser jóvenes en proceso de formación.

La respuesta de las instituciones democráticas a este fenómeno ha de ser necesariamente multidireccional, serena y ajustada. Sólo de este modo resultará ampliamente compartida, compatible con el escrupuloso respeto de las libertades públicas y, en definitiva, eficaz para preservar la pacífica convivencia de los ciudadanos. Consecuentemente, esa respuesta debe contemplar el impulso de la educación en los valores democráticos, el fomento de las medidas que faciliten la inserción en el tejido socioeconómico y laboral de los jóvenes y la perfección de los sistemas de prevención e investigación de los cuerpos de policía. Pero tampoco debe descuidarse la necesidad de completar y ajustar las normas reguladoras de la actuación del sistema punitivo.

Las presentes medidas legislativas atienden justamente a este último aspecto. No debe imputárseles, por tanto, desdén u olvido de medidas de otra índole. Tampoco

tienen pretensión de exhaustividad en el propio plano normativo. Son, simplemente, el resultado de una reflexión atenta a la experiencia práctica y elaborada con la mirada puesta en el objetivo de lograr el más amplio consenso posible.

## II

De este modo, los partidos políticos democráticos presentes en el Pacto de Madrid han alcanzado un amplio acuerdo para llevar a cabo reformas concretas del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que proporcionen a los Jueces y Magistrados instrumentos más claros y efectivos para defender los derechos y libertades de los ciudadanos frente a las agresiones derivadas de la violencia callejera, claramente reprobables en una sociedad democrática, y a las que, sin embargo, no resultan aplicables las previsiones legales relativas a los delitos de terrorismo que contiene el nuevo Código Penal (sección segunda del capítulo V del Título XXII de su Libro II).

Estas reformas constituyen una posición común de los partidos políticos democráticos presentes en el Pacto de Madrid, con el propósito de lograr una más efectiva garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, amenazados por aquellas conductas de violencia e intimidación callejera.

## III

El Código Penal vigente, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es una obra reciente cuyos presupuestos no deben ser ahora modificados. No se efectúa, por ello, ninguna derogación ni cambio alguno de las soluciones normativas propuestas en él. El objeto de la presente reforma se limita, así, a complementar las regulaciones ya vigentes, haciendo más clara y efectiva la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos, en los casos en que se ven amenazados por la actuación de los grupos violentos o las personas de su entorno.

De este modo, la reforma del Código Penal que se viene a introducir consta de las siguientes cuatro innovaciones:

a) La incorporación, como nuevo apartado 4 del artículo 514 de un precepto que sancione específicamente la celebración de actos que impidan o perturben gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita (actos de los que son paradigma las denominadas contra-manifestaciones).

La necesidad de esta previsión legal parece evidente, ya que, aunque la Constitución reconoce y ampara los derechos de reunión y manifestación (cuya regulación se contiene en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio), es notorio que existen aún casos en los que los ciudadanos no pueden reunirse ni manifestarse libremente, ya que el ejercicio de estos derechos cívicos se condiciona, restringe o anula, según los casos, por las amenazas, coacciones o actos de violencia que individuos intolerantes efectúan contra ellos.

En garantía de estos derechos democráticos se ha definido este nuevo delito, que es una plasmación específica de las coacciones lesivas de derechos fundamentales sancionadas en el segundo párrafo del artículo 172 del Código Penal vigente (respecto del que es tipo especial), y con el que se recupera, aunque de forma más matizada y flexible, una regulación que se incorporó a nuestro Código Penal, por vez primera, con la Ley Orgánica 4/1980, de 21 mayo, de reforma del Código en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación.

b) La introducción, como nuevo apartado 5 del artículo 514, de un precepto específico que tipifique la convocatoria y la celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, siempre que en ellas concurren finalidades que coincidan con las que son propias de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Este precepto concreta, para el caso de las reuniones y manifestaciones más peligrosas, el delito de desobediencia genérica del artículo 556 del Código vigente, si bien con las importantes precisiones que a continuación se expresan. El propósito del legislador es, en efecto, limitar la sanción penal, de conformidad con los principios de fragmentariedad y última *ratio* propios de este ordenamiento, a las conductas más graves. Por ello, se limita la sanción penal, en primer lugar, a los actos de convocatoria o celebración de reuniones o manifestaciones previamente suspendidas o prohibidas, que son aquellas en las que, según explicita la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión, «existen razones fundadas de que pueden producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes». Y, en segundo lugar, el tipo se limita, aún dentro de éstas, a aquellas específicas reuniones o manifestaciones en las que concurren las finalidades propias y características de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, según resulta de las expresiones con las que se delimita ese ánimo tendencial típico («subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública»). Estas expresiones, en efecto, describen muy precisamente, tanto en el Código Penal de 1995 (así se emplean de manera directa en los artículos 571 y 577 y, por referencia, en los artículos 574 y 575), como en la literatura científica y la jurisprudencia española, el ánimo tendencial propio y característico de la delincuencia terrorista, ya que «subversión del orden constitucional» significa (gramaticalmente, pero también por interpretaciones históricas, contextuales e incluso de Derecho comparado) la destrucción violenta del Estado democrático y de sus instituciones, en tanto que «alterar gravemente la paz pública» supone una situación cualitativamente distinta (por su específica gravedad) de la alteración del orden público sancionada penalmente, de tal manera que se pongan en cuestión los propios fundamentos de la convivencia democrática.

c) La ampliación del ámbito de personas protegidas frente a las amenazas terroristas en el artículo 170 del Código Penal vigente, que pasa a convertirse en el apartado primero de este artículo. En su texto vigente, este precepto establece una punición específica para las amenazas que se dirigen «a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico o a un amplio grupo de personas», y tuvieran la gravedad suficiente para ello. Se encuadran aquí, específicamente, las amenazas terroristas dirigidas a colectivos.

Se pretende con la reforma detallar los ámbitos más significativos de protección de este precepto, especificando que es objeto de esta tutela cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo y con indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza.

d) La creación de un segundo apartado en el artículo 170, en el que se sanciona el reclamo público de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, y con el que se pretende cubrir un ámbito de impunidad detectado entre las amenazas (que no se aplican a las genéricas o de sujeto pasivo indeterminado) y la apología (que, en la concepción del Código Penal de 1995, sólo se castiga como forma de provocación a un delito específico), de inexcusable atención.

En efecto, una de las finalidades prioritarias de los violentos es la atemorización de la sociedad, para lo cual reiteran actos de desórdenes públicos, violencia callejera,

intimidaciones y amenazas. Frente a la gran mayoría de estos actos, el Código Penal otorga a la sociedad protección suficiente, lo que no puede decirse respecto de algunos comportamientos genéricos de intimidación que se llevan a cabo mediante el anuncio o reclamo de actuación de grupos terroristas, intimidaciones que se sitúan técnicamente entre la amenaza y la apología, sin corresponderse estrictamente con ninguna de estas figuras delictivas.

#### IV

El contenido de la presente Ley incluye también dos reformas específicas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirigidas a intensificar la aplicabilidad de los juicios rápidos en el orden penal, aunque en ámbitos ya previstos por la Ley. De este modo, se dispone la modificación de los apartados segundo y tercero del artículo 790.1 de aquella Ley, para imponer trámites abreviados en casos en los que, hasta ahora, sólo eran facultativos. Se subraya así la decidida voluntad del legislador de agilizar los procesos penales, en el convencimiento de que una Justicia más rápida se adecua mejor a sus fines constitucionales y atiende más cumplidamente los intereses sociales.

##### *Artículo 1.*

Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 514 del Código Penal, en los siguientes términos:

«4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años o multa de doce a veinticuatro meses si los hechos se realizaren con violencia, y con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo.»

##### *Artículo 2.*

Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 514 del Código Penal, en los siguientes términos:

«5. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes.»

##### *Artículo 3.*

Se modifica el artículo 170 del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de arresto de siete a dieciocho fines de semana o multa de seis a doce meses, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.»

#### *Artículo 4.*

Se modifica el párrafo segundo de artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado en los siguientes términos:

«No obstante, tan pronto como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación por haberse practicado, en su caso, las diligencias a que se refiere el apartado 3 del artículo 789, el traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y partes acusadoras se efectuará de forma inmediata, incluso en el propio servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.»

#### *Artículo 5.*

Se modifica el párrafo tercero del artículo 790.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado en los siguientes términos:

«Efectuado el traslado a que se refiere el párrafo anterior, el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial, presentará en el acto su escrito de acusación y solicitud de inmediata apertura del juicio oral, con simultánea citación para su celebración.»

#### *Disposición adicional única.*

Los artículos 4 y 5 de la presente Ley tienen carácter de Ley ordinaria.

#### *Disposición final única.*

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**REAL DECRETO 1734/1998, DE 31 DE JULIO, POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO DE AYUDAS Y RESARCIMIENTOS A LAS VÍCTIMAS DE LOS DELITOS DE TERRORISMO, APROBADO POR REAL DECRETO 1211/1997, DE 18 DE JULIO**

(«BOE» núm. 215, de 8 de septiembre de 1998)

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el capítulo III de su Título II, dedicado a las ayudas a los afectados por delitos de terrorismo, ha dado nueva redacción a determinados artículos del capítulo III del Título II de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de lo cual resulta una ampliación de los supuestos de resarcimiento y asistencia a las víctimas del terrorismo, que obliga a modificar el Reglamento, dictado en desarrollo de la citada Ley 13/1996, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio.

Presentando las reformas un alcance restringido a determinadas ayudas, no resulta precisa la elaboración de una nueva norma, sino la modificación de los artículos del anterior Reglamento que hacen alusión a los conceptos de resarcimiento ahora ampliados, los de daños materiales en viviendas y vehículos, y la adición de la previsión regla-

mentaria correspondiente a las ayudas contempladas por primera vez en la Ley 66/1997: la contribución al pago del alojamiento provisional y las ayudas extraordinarias.

En relación a los daños materiales, se ha extendido la cobertura de las compensaciones a las víctimas por los sufridos en sus viviendas y vehículos. En cuanto a las primeras, se ha precisado que el criterio que ha de guiar el resarcimiento de los daños debe ser el de la reposición de la habitabilidad de la vivienda a una situación similar a la que ofrecía antes del atentado, con exclusión solamente de aquellos elementos que tuvieran un carácter suntuario. Así, con la nueva redacción del apartado primero del artículo 25 del Reglamento, que reproduce textualmente lo preceptuado en este punto por la Ley 66/1997, quedan dilucidados y superados los problemas planteados por la anterior reglamentación que limitaba la compensación a los daños sufridos en los elementos «esenciales», dando lugar a interpretaciones no fácilmente concordantes en lo que se entendía por esencialidad de la vivienda.

Para completar el círculo de la protección a los damnificados en su propio hogar familiar se ha recogido, en un nuevo artículo 26 bis del Reglamento, la posibilidad de contribuir al pago de los gastos de alojamiento provisional de las víctimas, mientras duren las obras de reparación de su vivienda habitual, bien en forma del abono de un alquiler alternativo o de su hospedaje en establecimiento hotelero, ordinariamente en concurrencia con las Administraciones locales o autonómicas que, más próximas al lugar del siniestro, suelen socorrer primero estas necesidades tan inesperadas como urgentes. El Reglamento recoge la posibilidad de formalizar conciertos con estas Administraciones para acordar las condiciones de prestación de la ayuda y, en su defecto, el pago directo por el Ministerio del Interior, subvencionando a posteriori los gastos ocurridos por estos conceptos, con los límites que también se señalan.

En cuanto a los daños en vehículos, se modifica el párrafo primero del artículo 28 del Reglamento, para acoger el resarcimiento de los sufridos por los particulares, antes excluidos, al quedar entonces limitada la indemnización a los que sirvieran de forma indispensable para el ejercicio de una profesión o una actividad mercantil o laboral.

Recoge también el Reglamento, en su nuevo capítulo VII, la posibilidad de conceder excepcionalmente ayudas extraordinarias para necesidades no cubiertas, o cubiertas de forma notoriamente insuficiente, por las ayudas ordinarias. Este precepto, derivado del mandato legal contenido en el artículo 48.cuatro de la Ley 66/1997, facilita al Ministro del Interior la posibilidad de socorrer necesidades excepcionales o urgentes de las víctimas que no entren dentro del cuadro normal de ayudas y que, sin embargo, resulte humanitariamente justificado atender, dada la situación de precariedad personal o familiar de la víctima. La urgencia y perentoriedad de esta clase de ayudas aconsejan la simplificación del procedimiento de concesión. Éste puede ser promovido de oficio por el órgano administrativo competente en la atención a las víctimas del terrorismo, que apreciará y valorará las condiciones que justifiquen su concesión, proponiendo, en su caso, la resolución correspondiente al Ministro del Interior.

Finalmente, se ha modificado el Reglamento para permitir el otorgamiento de anticipos de hasta 3.000.000 de pesetas, a cuenta de la percepción de las ayudas definitivas, en los casos de lesiones corporales graves que permitan presumir una posterior incapacidad laboral permanente total o absoluta, o una gran invalidez de la víctima, posibilidad introducida por el artículo 48.cinco de la Ley 66/1997. Con ello se trata de simplificar al máximo los trámites de estas percepciones para los grandes lesionados, permitiéndoles recibir un anticipo único en lugar de los numerosos pagos, fraccionados trimestralmente y limitados al céntuplo del salario mínimo diario interprofesional, de la anterior reglamentación. El sistema de pagos trimestrales, aunque



simplificado en el procedimiento, se mantiene para los restantes lesionados corporales, mientras dure su incapacidad temporal.

En su virtud, a propuesta del Ministro del Interior, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 31 de julio de 1998, dispongo:

*Artículo único.*

Se da nueva redacción a los siguientes artículos del Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio:

1. Los párrafos *b)* y *d)* del artículo 1.2 quedan redactados de la siguiente forma:

«*b)* Daños materiales ocasionados en la vivienda habitual de las personas físicas y gastos de alojamiento provisional mientras se efectúan las obras de reparación.»

«*d)* Los causados en vehículos particulares, así como los sufridos por los destinados al transporte terrestre de personas o mercancías, salvo los de titularidad pública.»

2. Se adiciona un nuevo párrafo al artículo 1.3, con la siguiente redacción:

«*d)* Ayudas extraordinarias para paliar, con carácter excepcional, situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas, no cubiertas o cubiertas o de forma notoriamente insuficiente por las ayudas ordinarias.»

3. El artículo 10 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 10. *Pagos a cuenta.*

1. El sistema de pagos a cuenta se aplicará únicamente para los supuestos de incapacidad temporal y de lesiones invalidantes.

2. El Ministerio del Interior podrá anticipar hasta 3.000.000 de pesetas, a cuenta de la percepción de la ayuda definitiva, en los casos en los que por la gravedad de las mutilaciones corporales sufridas a causa del atentado sea razonable presumir una posterior declaración de incapacidad laboral permanente total, absoluta o una gran invalidez de la víctima.

En tales casos, a instancia de parte, o de oficio por la Administración cuando el afectado se viera imposibilitado para ello, la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior instruirá un expediente con carácter de urgencia, en el que, una vez comprobado el nexo causal entre las lesiones y el delito terrorista y entre éste y la titularidad del derecho al resarcimiento, examinará los informes médicos aportados, a efectos de valorar la presumible incapacidad futura de la víctima y propondrá al Secretario general técnico del Ministerio del Interior la resolución correspondiente sobre la cantidad que deba ser anticipada. Cuando el afectado no estuviera de acuerdo con la cuantía fijada en dicha resolución, podrá solicitar el reexamen de la misma en el plazo de siete días, contados a partir del siguiente al de la notificación de aquélla.

3. En los demás supuestos de lesiones invalidantes o de incapacidad temporal, las cantidades a cuenta serán equivalentes a las que resulte de multiplicar por 100 el salario mínimo interprofesional diario vigente en la fecha en que se produjo la lesión, teniendo su abono una periodicidad trimestral. La instrucción y resolución del proce-

dimiento para su concesión corresponderá a los mismos órganos señalados en el apartado anterior.

Para dictar la resolución de concesión bastará que en el expediente haya quedado acreditada la condición de víctima y la situación de baja médica o incapacidad temporal del beneficiario. El primer pago a cuenta estará supeditado, sin embargo, a la presentación del documento que pruebe la permanencia de la situación de baja o incapacidad de la víctima durante todo el período trimestral transcurrido. Los sucesivos abonos, también de periodicidad trimestral, se producirán a medida que se acredite la prolongación de la baja, hasta un plazo máximo de dieciocho meses.

4. Una vez concedida el alta y con informe de los Equipos de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades u organismo equivalente de los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas a que hace referencia el artículo 9, o de los Tribunales Médicos Calificadores de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y, en todo caso, transcurrido el plazo de dieciocho meses previsto en el anterior apartado, se tramitará expediente para el pago total del resarcimiento que corresponda, del que previamente se descontarán las cantidades abonadas a cuenta.»

4. El apartado 1 del artículo 25 queda redactado de la forma siguiente:

«1. En las viviendas habituales de las personas físicas serán objeto de resarcimiento los daños sufridos en la estructura, instalaciones y mobiliario que resulte necesario reponer para que aquéllas recuperen sus condiciones anteriores de habitabilidad, excluyendo los elementos de carácter suntuario (Ley 66/1997, artículo 48.uno).»

5. Se adiciona un nuevo artículo 26 bis al Reglamento, con la siguiente redacción:

«Artículo 26 bis. *Alojamiento provisional.*

La Administración General del Estado podrá contribuir a sufragar los gastos que origine el alojamiento provisional de aquellas personas que, como consecuencia de un atentado terrorista, tengan que abandonar temporalmente su vivienda y mientras se efectúan las obras de reparación. A estos efectos, podrá celebrar convenios o acuerdos con otras Administraciones públicas o con organizaciones especializadas en el auxilio o asistencia a damnificados en situaciones de siniestro o catástrofe (Ley 66/1997, artículo 48.tres).

En los convenios o acuerdos mencionados se fijarán el porcentaje de la contribución de las partes a los gastos de alojamiento y el límite temporal cubierto por estas ayudas.

En defecto de convenio, el Ministerio del Interior podrá conceder una subvención que contribuya a sufragar el alquiler de una vivienda similar a la siniestrada o los gastos de hospedaje en un establecimiento hotelero, durante el período de realización de las obras de reparación, con un máximo de cobertura de 5.000 pesetas diarias por persona y el límite temporal que, dadas las circunstancias, en cada caso autorice la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior.

Cuando la subvención concedida se dedique al alquiler de una vivienda, tendrá una cuantía máxima, en todo caso, de 250.000 pesetas mensuales por unidad familiar.»

6. El apartado 1 del artículo 28, queda redactado de la siguiente forma:

«Serán resarcibles los daños causados en vehículos particulares, así como los sufridos por los destinados al transporte terrestre de personas o mercancías, salvo los de titularidad pública (Ley 66/1997, artículo 48.dos).»

7. Se adiciona un nuevo capítulo VII al Reglamento, con la siguiente redacción:

#### «CAPÍTULO VII

#### **Ayudas extraordinarias**

##### *Artículo 41. Procedimiento.*

Sin perjuicio de los resarcimientos y ayudas anteriores, el Ministro del Interior podrá conceder, excepcionalmente, ayudas extraordinarias para paliar situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas, no cubiertas o cubiertas de forma notoriamente insuficiente por las ayudas ordinarias (Ley 66/1977, de 30 de diciembre).

Podrán ser solicitadas por las víctimas, sus familiares o personas con quienes convivan, o promovidas de oficio, en caso de urgencia, por la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo que, una vez determinada la justificación de la necesidad y la cuantía de la asistencia a prestar, elevará al Ministro del Interior, a través de la Secretaría General Técnica, la propuesta de concesión de la ayuda extraordinaria.»

##### *Disposición derogatoria única.*

Quedan derogados el apartado 3 del artículo 11 y el artículo 17 del Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio.

##### *Disposición final primera.*

Por el Ministerio de Economía y Hacienda se habilitarán los créditos necesarios en los Presupuestos Generales del Estado para hacer efectivos los resarcimientos y ayudas contemplados en el presente Real Decreto.

##### *Disposición final segunda.*

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**LEY ORGÁNICA 7/1998, DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, POR LA QUE SE SUPRIMEN LAS PENAS DE PRISIÓN Y MULTA PARA LOS SUPUESTOS DE NO CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA, Y SE REBAJAN LAS PENAS DE INHABILITACIÓN PARA DICHOS SUPUESTOS**

(«BOE» núm. 239, de 6 de octubre de 1998)

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El proceso ya iniciado para la plena profesionalización de las Fuerzas Armadas, que deberá conllevar la supresión del servicio militar obligatorio, requiere un período

transitorio que evite sustituciones traumáticas, construyéndose con bases sólidas que impidan la reducción del nivel de operatividad de los Ejércitos, lo que exige ajustar gradualmente los efectivos de reemplazo y profesionales, y adecuar la normativa actual de las Fuerzas Armadas.

El cambio de modelo no sólo debe proyectar sus efectos en la normativa específica de las Fuerzas Armadas, sino también sobre la normativa sancionadora, que no debe ser ajena al momento histórico actual. En este sentido, inmersos en un período transitorio, se considera conveniente adecuar las penas previstas en el Código Penal para sancionar los incumplimientos del deber de prestación del servicio militar y de la prestación social sustitutoria a los cambios que se están produciendo. Se considera, asimismo, que no puede darse un tratamiento distinto para los supuestos de insumisión al servicio militar respecto a los de la prestación social sustitutoria, dado que en ambos existe una evidente «simetría constitucional».

Para la finalidad anteriormente expuesta debe buscarse un nuevo equilibrio entre las infracciones y las sanciones previstas en el Código Penal, para que, por un lado, se mantenga el efecto disuasorio implícito en toda Ley y, por otro, la adecuada proporción entre la gravedad de la infracción y su consecuencia. Con este objetivo deben mantenerse sanciones que garanticen el cumplimiento del servicio militar y de la prestación social sustitutoria, pero suavizando las penas actuales.

En ninguno de estos supuestos deben existir penas de prisión, dado que éstas son siempre en el Derecho Penal la *ultima ratio* sancionadora, que no queda ahora justificada.

La regulación del régimen sancionador para estos delitos debe guardar una mayor proporción respecto al bien jurídico que se pretende proteger, cumplir mejor con la función rehabilitadora que la Constitución asigna al Derecho Penal y no suponer un menosprecio para aquellos que optan por el cumplimiento del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria.

Por otra parte, se considera conveniente mantener el régimen sancionador en el Código Penal para que sean los Tribunales de Justicia los que juzguen y sancionen estas conductas, por las garantías de tutela y defensa de los derechos de los ciudadanos que ello supone.

En consecuencia, la presente Ley Orgánica suprime las penas privativas de libertad y de multa establecidas en el vigente Código Penal para estos incumplimientos, pero mantiene las penas privativas de derechos, si bien se moderan rebajándolas a un tiempo de cuatro a seis años.

La Ley Orgánica incluye una primera disposición para modificar el artículo 527 del Código Penal y una segunda para modificar el artículo 604 del citado Código Penal. Se completa con una disposición derogatoria única para suprimir el artículo 528 del Código Penal y la necesaria disposición final para señalar la entrada en vigor. Asimismo, se introducen dos disposiciones transitorias a los efectos de revisar, de acuerdo con la nueva normativa, los procesos penales ya iniciados, permitiendo también expresamente su carácter retroactivo en cuanto favorezcan a los condenados mediante sentencia firme con arreglo a la legislación anterior.

#### Artículo 1.

Se modifica el artículo 527 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, quedando redactado de la siguiente manera:

«Artículo 527.

Será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años el objetor reconocido que:

1.º Llamado al cumplimiento del servicio que se le asigne, dejare de presentarse sin causa justificada, retrasando su incorporación al mismo por tiempo superior a un mes.

2.º Hallándose incorporado al referido servicio, dejare de asistir al mismo por más de veinte días consecutivos o treinta no consecutivos, sin justa causa.

3.º Incorporado para el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, se negare de modo explícito o por actos concluyentes a cumplirla.

La inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos y, además, la imposibilidad de obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo durante el período de condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará exento del cumplimiento de la prestación.»

#### *Artículo 2.*

Se modifica el artículo 604 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 604.

El que, citado legalmente para el cumplimiento del servicio militar, no se presentare sin causa justificada, retrasando su incorporación al mismo por tiempo superior a un mes, o, no habiéndose incorporado aún a las Fuerzas Armadas, manifestara explícitamente en el expediente su negativa a cumplir el mencionado servicio sin causa legal alguna, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años.

La inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus organismos autónomos y, además, la imposibilidad de obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo durante el período de condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará exento del cumplimiento del Servicio Militar, excepto en el supuesto de movilización por causa de guerra.»

#### *Disposición transitoria primera.*

Los procesos penales iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley continuarán su tramitación con arreglo a la misma.

#### *Disposición transitoria segunda.*

Los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos en cuanto favorezcan a los condenados mediante sentencia firme con arreglo a la legislación anterior.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, las partes podrán invocar y el Juez o el Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la presente Ley.

#### *Disposición derogatoria única.*

Queda derogado el artículo 528 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y todas aquellas disposiciones de igual o inferior rango que sean incompatibles con lo dispuesto en esta Ley.

*Disposición final única.*

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY 36/1998, DE 10 DE NOVIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 14, APARTADOS PRIMERO Y TERCERO, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

(«BOE» núm. 270, de 11 de noviembre de 1998)

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La disposición final primera del vigente Código Penal modificó, como es sabido, el tenor del punto tercero del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mientras en su versión anterior los Jueces de lo Penal conocían de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años, la citada disposición les atribuía «las causas por delitos menos graves».

Dicha alteración del ámbito competencial de los Juzgados de lo Penal ha repercutido inevitablemente sobre las Audiencias Provinciales, multiplicando las causas sobre las que han de conocer hasta amenazar con un inminente colapso. No es difícil prever que puede producirse también una notable repercusión en el número de recursos sobre los que deberá conocer la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tan perturbadora situación no ha dejado de ser advertida por el propio Consejo General del Poder Judicial, cuando tuvo ocasión de manejar las primeras cifras sobre la incidencia práctica de la aludida reforma. Ello le llevó incluso a postular «una rápida modificación legislativa que deje sin efecto la reciente reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y restaure el anterior sistema de reparto de atribuciones entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales».

No cabe descartar la conveniencia de elaborar una relación de materias que, sin centrarse sólo en la gravedad de los delitos o en la cuantía de las penas, determine los citados ámbitos competenciales, como ya se ha hecho con los juicios por Jurado y se ha propuesto para la jurisdicción contencioso-administrativa. Ello podría, sin embargo, llevarse a cabo con mayor rigor y posibilidades de acierto cuando —con motivo de una más amplia modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— pudiera ya contarse con mayor experiencia y datos estadísticos ilustrativos de la repercusión práctica de los diversos tipos penales.

Resulta, pues, obligado proceder a la citada modificación, estableciendo como línea de separación competencial entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias los delitos castigados con penas privativas de libertad de cinco años.

Finalmente, se introduce una modificación en el apartado primero del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el fin de adaptar la competencia de los órganos jurisdiccionales penales en materia de faltas a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

*Artículo único.*

1. El artículo 14, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda redactado del siguiente modo:

«Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios de faltas tipificadas en los artículos 620, 626,

630, 631, 632 y 633 del Código Penal el Juez de Paz del lugar en que se hubieren cometido.»

El artículo 14, apartado tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, queda redactado del siguiente modo:

«Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio.

No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.»

*Disposición transitoria única.*

La presente Ley se aplicará a las causas que se encuentren pendientes en el momento de su entrada en vigor siempre que, en dicho momento, no se haya dictado todavía auto de apertura del juicio oral.

*Disposición final única.*

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**LEY 38/1998, DE 27 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA COMPOSICIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE AYUDA Y ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

(«BOE» núm. 285, de 28 de noviembre de 1998)

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La Comisión Nacional de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual es un órgano fundamental en el sistema español de protección a las víctimas de los delitos. Creada por el artículo 11 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, es competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones en materia de las ayudas contempladas por dicha Ley. Además, la Comisión Nacional es también competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio del Interior en materia de resarcimientos a las víctimas de los delitos de terrorismo, de conformidad con el artículo 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La Comisión Nacional se integra en la Administración General del Estado a través del Ministerio de Justicia y ejerce sus funciones con plena autonomía y sin sometimiento a instrucciones jerárquicas. Conforme a su Ley de creación, está presidida por un Magistrado del Tribunal Supremo, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

El nuevo apartado 3 del artículo 350 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, redactado por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, ha introducido una previsión para los Magistrados del Tribunal Supremo consistente en que éstos sólo podrán desempeñar fuera del Tribunal Supremo las funciones de Presidente de Tribunales de oposiciones a ingreso en la Carrera Judicial y de miembros de la Junta Electoral Central.

Esta limitación introducida en el Estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo afecta directamente al cargo de Presidente de la precitada Comisión Nacional. El legislador ha configurado un régimen especial y más riguroso de incompatibilidades para los Magistrados del Tribunal Supremo, régimen que impide a esta categoría de Magistrados ejercer la presidencia de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, dado que esta función no está comprendida entre las contempladas por el artículo 350.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como compatibles con el ejercicio de la función jurisdiccional.

Resulta por ello necesario reformar la Ley de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual en lo relativo a la composición de la Comisión Nacional, con el fin de que este órgano colegiado continúe siendo presidido por un miembro de la Carrera Judicial, que no tenga ahora condición de Magistrado del Tribunal Supremo, ya que el nuevo texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha hecho inviable la previsión de la Ley 35/1995, norma legal de carácter ordinario y anterior a aquella.

La necesidad de esta modificación es evidente, ya que afecta a la presidencia de un órgano fundamental para garantizar los derechos de las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual, así como los derechos de las víctimas de los delitos de terrorismo.

**Artículo único.** *Modificación de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.*

El apartado 2 del artículo 11 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, tendrá la siguiente redacción:

«2. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda y del Interior, establecerá la composición y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional. Estará presidida por un Magistrado, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, e integrada por representantes de la Administración General del Estado y, en su caso, de las organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas. En cualquier caso, corresponderá una de sus vocalías a un representante del Ministerio Fiscal, nombrado a propuesta del Fiscal General del Estado.»

**Disposición final única.** *Entrada en vigor.*

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».



# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

### El exceso intensivo en la legítima defensa putativa

(A propósito de la STS de 9 de marzo de 1993  
Ponente: JOSÉ AUGUSTO DE VEGA RUIZ y de la STS  
de 5 de octubre de 1999  
Ponente: MARTÍN CANIVELL)

CAROLINA BOLEA BARDON  
Profesora Titular Interina de Derecho penal  
Universidad de Barcelona\*

#### I

1. Objeto del presente comentario son las SSTS 9 de marzo de 1993 (A. 2163) y 5 de octubre de 1999 (A. 8341). Los hechos probados en la STS de 9 de marzo de 1993 son los siguientes:

«Sobre las diecinueve horas del día 20 de octubre de 1988 se recibió una llamada telefónica en el cuartel de la Guardia Civil de la localidad de Oliva, en que una voz de mujer anunciaba la inminente llegada a dicha población, procedente de Alicante, de un vehículo de turismo marca “Mercedes” [...], en que viajaban tres personas que transportaban

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación número PB 97-0897, de la DGICYT.

cierta cantidad de droga que debían entregar en Oliva. Ante esta noticia se montó el correspondiente servicio por el Teniente Jefe de la línea, quien alertó a sus subordinados de la peligrosidad del servicio, disponiendo por ello que se equipasen con las armas al uso. Igualmente fue recabada la intervención de la Policía Local en funciones de vigilancia de los accesos a Oliva, y como se sospechaba que los ocupantes del turismo a que se refirió la denuncia pudiesen entrar en contacto con un individuo apodado “El Valenciano”, una dotación de la Guardia Civil compuesta por el procesado Angel [...], y otro Agente, con un vehículo oficial [...], fue destinada a vigilar las inmediaciones de dicho domicilio, y al ver que del mismo salía el tal “Valenciano” montado en una motocicleta, iniciaron su seguimiento hasta salir de la población en dirección Alicante por la carretera general, en donde se cruzaron con el vehículo mercedes cuyo seguimiento iniciaron de inmediato volviendo sobre sus pasos, al tiempo que recibían aviso de la Policía Local de haber visto el “mercedes” entrar en Oliva a velocidad elevada. Después de perderles por unos momentos de vista, los Guardias civiles divisaron de nuevo el vehículo sospechoso ya en el interior de Oliva, y [...] viendo que se confirmaban sus sospechas sobre el destino de los ocupantes del “Mercedes”, se dispusieron a detener el turismo sospechoso [...]. Detenido finalmente el “Mercedes”, los Guardias civiles estacionaron su vehículo detrás de aquél, y bajando en primer lugar el procesado fue a resguardarse tras los vehículos aparcados en la calle a su mano izquierda, al tiempo que conminaba a los ocupantes del vehículo para que bajasen del mismo con las manos en alto, sin que tales requerimientos fuesen tampoco atendidos de inmediato, permaneciendo las puertas del “Mercedes” cerradas, y sin que el procesado pudiese distinguir con nitidez lo que ocurría en su interior por ser sus cristales oscuros, y estar provisto el trasero de unas cortinillas que impedían ver a través del mismo; acto seguido avanzó el procesado hasta el “Mercedes” saliendo de su resguardo y empuñando su arma reglamentaria al tiempo que la puerta del conductor se entreabría ligeramente, viendo así el procesado la mano izquierda del conductor más no la derecha, y observando igualmente cómo dicho conductorladeaba la cabeza como mirando al interior del vehículo, en cuyo momento el procesado, interpretando que iba a ser objeto de agresión por parte de dicho conductor, disparó contra el mismo, alcanzando el proyectil el polo frontal izquierdo de Manuel, saliendo después por la región parietal derecha y atravesando el cristal delantero del “Mercedes” hasta quedar incrustado en la esquina opuesta, resultando de ello el citado con heridas de tal consideración que le causaron la muerte al instante. Después de ello, bajaron del vehículo sus otros dos ocupantes, un hombre y una mujer, y tras el pertinente registro practicado en su interior no se encontró droga ni arma de fuego alguna, y sí una navaja, tipo machete, en el espacio intermedio entre los dos asientos delanteros; desde que se iniciara el servicio hasta su resolución, como queda dicho, había transcurrido una media hora».

2. La Audiencia Provincial de Valencia absolvió a Angel del delito de asesinato del que era acusado y le condenó como autor de un delito de homicidio concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena de seis años y un día de prisión mayor, con sus accesorias, y al pago de las costas del proceso; y a abonar a la viuda e hijos del fallecido Manuel, en concepto de responsabilidad civil, la cantidad de 11.000.000 de pesetas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Contra la anterior resolución recurrieron en casación el Abogado del Estado, la acusación particular y el procesado. El Tribunal Supremo desestimó los recursos interpuestos, confirmando la sentencia dictada por la Audiencia. Vamos a centrarnos aquí en el motivo segundo del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el procesado, que denuncia la infracción del artículo 6 bis, a), párr. 1.º ACP, en relación con los artículos 8.4 y 1 ACP.

3. En la STS de 5 de octubre de 1999 se tiene por probado que:

«el procesado Luis Javier [...], el día 17 de octubre de 1995, sobre las ocho horas veinte minutos se encontraba en el ejercicio de su profesión de Agente de la Policía Municipal de Madrid en el kilómetro 7,90 norte de la carretera M-30, junto con el Agente número ..., cuando recibieron el aviso sobre la conducción irregular desarrollada por el conductor del vehículo “Seat Toledo” M-...-OG [...]. El acusado y su compañero persiguieron a Pablo V. L. por la M-30, siendo informados a través de la emisora de que el automóvil M-...-OG figuraba denunciado como sustraído. Durante la persecución pudieron lograr que el auto se detuviera, pero instantes después se volvió a dar nuevamente a la fuga, iniciándose otra persecución en la que finalmente logran darle alcance [...]. El procesado y su compañero descendieron del vehículo policial dirigiéndose al auto perseguido, situándose el acusado frente a la puerta del conductor, con el arma reglamentaria desenfundada a la altura de la cintura, adoptando una posición preventiva, mientras que el otro Agente se colocaba en la parte posterior, cercano al vehículo. El procesado intentó abrir la puerta del coche que se encontraba cerrada con el cristal de la ventanilla también cerrado, momento en que Pablo V. se inclina hacia adelante bajando la cabeza, lo que al ser advertido por el Agente número ... hace que el mismo avise a su compañero diciéndole “cuidado que puede llevar un arma”, por lo que el acusado Luis Javier D. A. disparó su arma reglamentaria [...] contra el conductor Pablo V., en la creencia errónea de que éste iba a hacer uso de arma de fuego contra él, alcanzando al mismo en la cara y ocasionándole la destrucción de centros vitales en la cabeza, cuyo origen fueron los dos orificios de entrada y salida de la bala: el primero, ubicado en la hemicara izquierda (región suborbitaria izquierda), y el segundo en la región temporoparietal derecha, lo cual produjo irremisible la muerte instantánea del sujeto. En el suelo del vehículo, en el lado del conductor, se halló una navaja de 10 centímetros de hoja».

4. La Audiencia Provincial de Madrid condenó al procesado por un delito de homicidio, «concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa putativa del artículo 66 en relación con el artículo 8 y artículo 6 párr. 3.º, por error vencible, a las penas de dos años de prisión menor, accesorias de suspensión para cargo público, derecho de sufragio y profesión u oficio durante el tiempo que dure la condena privativa de libertad y pago de costas, excepto las causadas por la acción popular, que se declaran expresamente de oficio». El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por la acusación particular, en el que se denunciaba la indebida aplicación del artículo 66 ACP, en relación con el artículo 8 y 6 bis, 3.º, ACP, por entender que no existía base suficiente para apreciar una situación de legítima defensa putativa, anulando la sentencia dictada por la Audiencia y condenando al acusado como autor de un delito de homicidio doloso sin circunstancias modificativas. A su vez, desestimó el recurso interpuesto por Luis Javier D. A., en el que se alegaba infracción del párr. 3.º, inciso 1.º, del artículo 6 *a*) ACP.

## II

5. Los hechos a los que se refieren ambas sentencias son prácticamente idénticos. Sin embargo, la solución a la que llega el Tribunal Supremo es distinta en cada caso. En la STS de 9 de marzo de 1993, el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia que condena al procesado por un delito de homicidio doloso, pero rebajando la pena en un grado en aplicación de lo establecido en el artículo 66 ACP para las eximentes incompletas, por entender que se trata de una situación de legítima defensa putativa a la que corresponde el régimen previsto en el artículo 6 bis, *a*), párr. 3.º, ACP. En cambio, en la STS de 5 de octubre de 1999, el Tribunal Supremo no tiene en cuenta el error que sufre el procesado, seguramente para evitar la rebaja de pena que se vería obligado a aplicar de apreciar, tal como hizo la Audiencia, un error de prohibición vencible. Que supuestos tan similares sean solucionados de forma tan diversa puede tener su explicación en el hecho de que ni la Audiencia ni el Tribunal Supremo tienen en consideración el exceso intensivo en el que incurre el defensor putativo. Como más adelante tendremos ocasión de ver, tener en cuenta dicho exceso en supuestos de legítima defensa putativa permite llegar a soluciones intermedias que hacen posible una gradación de la responsabilidad penal en función de la clase y relevancia del exceso, evitando, con ello, que unos mismos hechos den lugar a calificaciones tan dispares.

6. Los casos que son objeto de este comentario hacen referencia a una de las cuestiones más debatidas por la doctrina y la jurisprudencia en materia error. Concretamente, nos sitúan frente a la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Se aprecia un error sobre la existencia de una agresión ilegítima, por tanto, sobre un elemento esencial de la legítima defensa. Atendiendo a los hechos probados, partimos de que, en ambos casos, el procesado se representó subjetivamente que era víctima de una agresión real y actual. Como no se ha podido probar que efectivamente el conductor se disponía a atacar, por mucho que «en el espacio intermedio entre los dos asientos» o «en el suelo del vehículo en el lado del conductor se hallara una navaja» no hay razón para apreciar una situación de legítima defensa preventiva (1). Por ello, este comentario se va a centrar en el análisis de la calificación jurídico-penal que han de merecer las conductas de Angel y de Luis Javier D. A., atendiendo a la situación de legítima defensa putativa en la que se enmarca la actuación de ambos. Pero antes de analizar los problemas básicos que aquí se plantean, como cuestión previa habrá que abordar, aunque sea brevemente, el problema relativo a la posibilidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de actuar en legítima defensa.

6.1 Sin pretender entrar a aquí a examinar a fondo la problemática sobre la legítima defensa de la Policía, simplemente nos limitaremos a señalar que no vemos razón para excluir en estos supuestos la aplicación de la causa de justificación mencionada. Al respecto existen básicamente dos posturas. De acuerdo con la doctrina dominante, los miembros y Cuerpos de Seguridad podrán, estén o no de servicio, invocar la eximente de legítima defensa cuando sean víctimas de una agresión ilegítima (2). Sin embargo, según la postura contraria, cuando se trata de la actuación de los miembros y Cuerpos de Seguri-

---

(1) La constatación de una situación de defensa frente a una agresión futura nos hubiera llevado a plantear la posibilidad de aplicar las reglas del estado de necesidad defensivo. Sobre el tratamiento de la legítima defensa preventiva vía estado de necesidad defensivo, *vide*, por todos, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 290 ss.

(2) Así, entre otros, BOCKELMANN, «Notrechtsbefugnisse der Polizei», *Dreher-FS*, 1977, pp. 235 ss.; LENCKNER, en: *SCH/SCH-StGB*, 25.ª ed., 1997, § 32, núm. 42 c); SPENDELL, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1992, § 32, núm. 275; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, p. 323; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 18/25; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., 1984 (reimpresión de 1987), pp. 401 s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1986, p. 250.

dad en el ejercicio de sus funciones, la exigente que entra en juego, desplazando a la prevista en el artículo 20.4.º CP, es la de cumplimiento de un deber (art. 20.7.º CP) (3). Entiendo que no es conveniente acudir en casos como el que nos ocupa a la exigente de cumplimiento de un deber, porque no se trata sólo de la detención de un delincuente, sino de la reacción de defensa frente a una representación subjetiva errónea acerca de la existencia de una agresión ilegítima, por mucho que ello se enmarque en el contexto de una persecución policial. Para apreciar la exigente de cumplimiento de un deber es necesario que concurra el deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado (4). Pero cuando lo que se plantea es la defensa de un bien jurídico concreto (la propia vida del Policía), el deber específico de practicar la detención queda desplazado, según creo, por la facultad de defensa que el ordenamiento jurídico otorga al agredido. También hay que tener en cuenta que los límites previstos en cada causa de justificación no son idénticos, siendo más amplios en la legítima defensa, pues en la exigente de cumplimiento de un deber los requisitos de proporcionalidad y de oportunidad son más estrictos. Ello no quiere decir, como se verá más adelante, que a la hora de examinar los presupuestos del artículo 20.4.º CP no debemos tener presente la experiencia y formación del Policía en aras de determinar si existía o no necesidad de disparar el arma o si podía haber acudido a otros medios alternativos menos lesivos e igualmente efectivos (5). En cualquier caso, lo que dogmáticamente sí va a resultar más difícil de sostener es la apreciación conjunta de ambas causas de justificación. No obstante, recientemente, en la STS de 29 de noviem-

---

(3) En este sentido, cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, p. 581; el mismo, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 104, nota 405; CUERDA RIEZU, «Sobre el concurso entre causas de justificación», *ADPCP*, 1990, p. 552; QUERALT I JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, pp. 287 ss.; el mismo, *Introducción a la Policía Judicial*, 3.ª ed., 1999, pp. 261 ss.; PORTILLA CONTRERAS, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, 1990, pp. 376 s., admitiendo excepcionalmente la legítima defensa del funcionario cuando existe un peligro inminente para su vida o integridad física; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, pp. 302 y 303. Partidario este último autor de la solución del concurso de leyes (acudir al 20.7 por aplicación del principio de especialidad), entiende que los miembros y Cuerpos de Seguridad únicamente podrán invocar la legítima defensa cuando no se encuentren de servicio y la agresión se realice por motivos particulares. En Alemania, de forma minoritaria considera que la legítima defensa por parte de la Policía no puede ser adecuada, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 12/42.

(4) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 18/16.

(5) En este sentido, LENCKNER, en *SCH/SCH-StGB*, 25.ª ed., 1997, § 32, 42 c).

bre de 1999 (A. 9694), ante un supuesto de exceso intensivo en una legítima defensa putativa de un tercero, el TS aplica conjunta y parcialmente las eximentes de legítima defensa de terceros y de cumplimiento de un deber, acudiendo dos veces a la eximente incompleta del artículo 9.1.<sup>a</sup> ACP, con la consiguiente doble rebaja de la pena que ello supone (6).

6.2 El tratamiento jurídico del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación viene siendo una de las cuestiones más polémicas que se plantean en torno al error. Hasta tal punto ha llegado a ser una cuestión controvertida que ni el legislador español ni el alemán se han pronunciado expresamente sobre ella, seguramente por entender que falta el necesario consenso acerca de si debe tratarse como un error de tipo o de prohibición (7). De la regulación prevista en el artículo 14 CP no se puede derivar la posición sistemática que corresponde al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Tampoco si dicho error debe ser tratado como un «error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal» (error de tipo) o «como un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal» (error de prohibición). Por tanto, la decisión acerca de estas cuestiones vendrá determinada por consideraciones dogmáticas y político-criminales. Las dificultades que la suposición errónea de una situación justificante plantea, especialmente en orden a determinar su ubicación en la teoría del delito, la naturaleza del hecho realizado en error y las múltiples consecuencias prácticas derivadas de todo ello, aconsejan hacer un repaso del tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia viene dando a estos supuestos de error.

6.2.1 En el tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación tanto la doctrina alemana como la española se muestran divididas. Según la teoría de los elementos negativos del tipo, el error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo que, en aplicación directa del § 16 StGB (art. 14.1 y 2 CP), excluye el dolo, pero que puede ser

---

(6) Los hechos en los que se basa esta sentencia van referidos a la acción del procesado, un Agente policial que llega al lugar en que el presunto delincuente estaba encañonando a su compañero con una pistola, que parecía verdadera, hallándose en el mismo sitio ya otra dotación policial, uno de cuyos miembros hizo un disparo al aire para hacer desistir de sus intenciones al que amenazaba, lo que provocó en éste una reacción extraña que hizo pensar al procesado que iba a disparar contra su compañero, ante lo cual, temiendo por su vida, efectuó dos disparos contra aquél.

(7) Cfr. LUZÓN PEÑA, «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (Comentario a la STS 10 de mayo de 1989)», en: *Estudios penales*, 1991, p. 69.

castigado por imprudencia (8). Ello deriva de concebir el tipo como «tipo total de injusto», que implica que sólo se pueda hablar de tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación. Los presupuestos de las causas de justificación se consideran, así, elementos negativos del tipo, y la errónea suposición de uno de estos elementos excluye el dolo del mismo modo que si se tratase de un error sobre un elemento del tipo en sentido estricto. Una de las principales objeciones que se han hecho a la teoría de los elementos negativos del tipo ha sido la de desconocer la distinta función que cumplen el tipo (tipificación del injusto) y las causas de justificación (desaparición de la antijuricidad en una situación excepcional) (9).

---

(8) *Vide*, por todos, SCHRÖDER, en SCH/SCH *StGB*, 17.ª ed., § 59, núm. 82, p. 519 (en relación a la anterior regulación). Más recientemente a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo, SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», GA, 1985, pp. 347 ss. En España, defienden la teoría de los elementos negativos del tipo, GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho Penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, p. 171, nota 32, para quien «lo relevante es el tipo de lo injusto, entendido éste como descripción del comportamiento prohibido; y para saber cuál es el comportamiento prohibido hay que poner en conexión el elemento positivo del tipo con la ausencia de causas de justificación [...] La materia de prohibición está integrada, por consiguiente, por elementos positivos (las descripciones de los preceptos de la Parte Especial de cualquier CP) y elementos negativos (ausencia de causas de justificación), y lo que en materia de tentativa o de error rige para los elementos positivos, rige también para los negativos» (*vide*, también, «Prólogo al libro de Antonio Cuerda: La colisión de deberes en Derecho penal», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, p. 238, nota 33); MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 86 ss.; el mismo, «Adiciones de Derecho español» a: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE), 1981, pp. 345 s., distinguiendo entre «supuesto de hecho» y «tipo», se enfrenta el autor a las críticas que se dirigen a esta teoría por no establecer diferencias entre el tipo positivo y el tipo negativo, advirtiendo que utiliza el término tipo en el sentido clásico de tipo positivo, distinguiéndolo del supuesto de hecho como hecho prohibido que requiere la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación (*vide* *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 10/69, nota 55); LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 298 ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Inducción o autoría mediata en malversación impropia», *La Ley*, 1986-4, p. 525, nota 10.

(9) En este sentido, cfr. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. y notas por CEREZO MIR), 1964, p. 58; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48.ª ed., 1997, § 16, núm. 25; DREHER, «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», en Heinitz-FS, 1972, p. 222. En contra de esta clase de objeciones, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 300 ss., 473 ss., explica las razones por las que considera que la teoría de los elementos negativos del tipo no desconoce que ambas partes del tipo tienen una función distinta. Consecuente con la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo, defiende este autor que el tratamiento del error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación debe ser el mismo que el de cualquier error de tipo.



También se le ha objetado el llegar a soluciones insatisfactorias en diferentes puntos de la teoría del delito. Así, concretamente, ha sido criticada: por excluir la legítima defensa del que resulta finalmente agredido, que queda desprotegido en caso de error invencible; por impedir castigar al tercero que conociendo el error favorece el hecho del que se halla en error, al no existir un hecho antijurídico en el que poder participar (accesoriedad limitada); y, por no permitir el castigo de la tentativa de no llegarse a producir el resultado de lesión, ni siquiera ante un error vencible, ya que la tentativa en la imprudencia es impune (10).

Para los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, desarrollada en el marco del finalismo, no sólo la creencia en una causa de justificación inexistente o sobre sus límites, sino también la creencia errónea de que concurre una situación justificante constituye un error de prohibición: error que deja subsistente el dolo, y únicamente excluye o atenúa la culpabilidad en función de que sea invencible o vencible (11). En contra de la teoría estricta de la culpabilidad se ha

---

(10) Cfr. la exposición y críticas que desde una perspectiva orientada a las consecuencias dirige a la teoría de los elementos negativos del tipo MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, 1989, pp. 52 ss., 131 ss.; el mismo, ¿Legítima defensa putativa? ¿Un caso límite entre justificación y exculpación?, en: *Presupuestos para la Reforma Penal*, 1992, pp. 125 s. Críticamente, también, CEREZO MIR, «El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático del tipo», en *Estudios Penales* (Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca), pp. 167 ss., señalando que esta teoría conduce a lagunas de punibilidad a en aquellos Códigos penales que castigan la imprudencia de forma excepcional. Ya anteriormente, aludían a los distintos efectos de considerar el error sobre la situación justificante como excluyente del injusto doloso, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 170; DREHER, «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», en: HEINITZ-FS, 1972, p. 222.

(11) Vide, por todos, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 168 ss.; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de CÓRDOBA RODA), 1962, tomo I, p. 376. En España, la doctrina dominante sigue la teoría estricta de la culpabilidad. Cfr., entre otros, CEREZO MIR, «La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 82 ss.; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 1998, 6.ª ed., 1998, pp. 88 ss, 204 s.; MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, 1989, pp. 56 ss. y 135; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 1998, pp. 433 ss.; HUERTA TOCILDO, «El error vencible de prohibición en el proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980», *CPC*, 1980, pp. 36 s., nota 60; la misma, «Problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación», en: *Cuadernos de Derecho Judicial. El consentimiento. El error*, 1993, pp. 267 ss.; ROMEO CASABONA, «El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980», *ADPCP*, 1981, pp. 761 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980», *CPC*, núm. 15, 1981, pp. 516 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, 1.ª ed., 1984 (reimpresión de 1987), pp. 145 y 490, quien, a pesar de admitir que las situaciones de

alegado que la relación con el hecho de quien padece un error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es la misma que la que se establece con el que actúa en error de prohibición. Precisamente, para hacer frente a este tipo de objeciones surge la teoría restringida de la culpabilidad. La teoría restringida de la culpabilidad limita la teoría de la culpabilidad en el sentido de que considera excluyente del dolo no sólo al error de tipo fundamentador (previsto en § 16 StGB), sino también al error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, con la consiguiente aplicación del § 16 (I) StGB también a éste último, si bien, por vía analógica, ya que se interpreta que de un modo directo este precepto sólo regula el error de tipo en sentido estricto (12). Otro sector de la doctrina entiende que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (calificado como error *sui generis*) se subsume en el § 16 StGB en cuanto a su consecuencia jurídica, pero no se le atribuye el efecto de exclusión del dolo, con lo que el autor sigue siendo enjuiciado por un delito doloso, aunque se le castigue con arreglo a la pena de la imprudencia («teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencias jurídicas») (13).

---

justificación putativas no son casos de error de prohibición, aconseja aplicarles el tratamiento jurídico del error de prohibición por «su similitud con los errores que versan sobre la prohibición».

(12) Cfr., entre otros, STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General I* (trad. de GLADYS ROMERO —de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana—), 1983, núm. 565, p. 181; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 3.<sup>a</sup> ed., 1981, núm. 570, p. 171; ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Y DE VICENTE REMENSAL —de la 2.<sup>a</sup> ed. alemana—), 1997, tomo I, 14/62, pp. 583 s.; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.<sup>a</sup> ed., 1997, 14/62, pp. 526 s.; HRUSCHKA, «Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils nach heutigem Strafrecht», *GA*, 1980, pp. 1, 17, 19 y 20; RUDOLPHI, en: *SK-StGB*, AT I, 5.<sup>a</sup> ed., actualizada a 1989, § 16, número 10-12; CRAMER, en *SCH/SCH-StGB*, 25.<sup>a</sup> ed., 1997, § 16, núm. 18; HERZBERG, «Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau», *JA*, 1989, pp. 243 y 294.

(13) Sobre esta teoría, en sus diversas versiones, vide, GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *ZStW*, núm. 67, 1955, pp. 45 y 46, nota. 89; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. MIR PUIG y MUÑOZ CONDE), 1981, tomo I, pp. 635 y 636; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, pp. 464 s.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 28.<sup>a</sup> ed., 1998, 11/478-479; BLEI, *Strafrecht. I. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 18.<sup>a</sup> ed., 1983, p. 206; LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22.<sup>a</sup> ed., 1997, § 17, núm. 15, pp. 133 y 134; TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48.<sup>a</sup> ed., 1997, § 16, núm. 27, pp. 119 y 120, distinguiendo entre el dolo típico y dolo como forma de culpabilidad; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., 1991, 11/58, p. 376, matizando que no se trata de una remisión a la consecuencia jurídica de un hecho imprudente, sino de la concretización del marco penal del hecho doloso.

Además del distinto tratamiento jurídico dispensado al error, una de las consecuencias prácticas de adoptar cualquiera de las teorías que dejan subsistente el dolo (injusto doloso) cuando el autor supone erróneamente que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación es que deja abierta la posibilidad de castigar la intervención de terceros que toman parte en el hecho principal. Otra de las consecuencias es la posibilidad de castigar la tentativa en caso de error vencible de no llegarse a producir el resultado. También la cuestión de las facultades de defensa que puede ejercer la víctima frente al que actúa en error sobre la situación justificante se verá afectada por la decisión de no excluir la antijuricidad de la conducta. De hecho, mantener la existencia de un injusto doloso en estos supuestos otorga a la víctima de la situación putativa la facultad de emprender una acción en legítima defensa frente al sujeto que actúa en error. Sin embargo, habrá que ver si estas consecuencias son materialmente correctas, si la solución de algunos de los problemas planteados no podría obtenerse en otros ámbitos, y si es conveniente decidir cuestiones sistemáticas en función de los resultados que se pretendan conseguir en otros contextos (14).

6.2.2 Desde la concepción que aquí va a ser defendida, la suposición errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación determina un error de tipo negativo o limitador, a tratar como una especie de error de tipo, y no como un supuesto de error de prohibición (15). Estamos, según creo, ante un error que recae

---

(14) Sobre esto último, críticamente, FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad» (trad. PEÑARANDA RAMOS), en: *El error en el Derecho penal*, 1999, p. 59.

(15) Cfr., en este sentido, MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», *La Ley*, 1991, p. 2; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., 1998, 16/22. Para este autor, «la cuestión de si concurre una causa de justificación no es sólo de naturaleza jurídica, sino que depende también de si concurren ciertos elementos situacionales (como el hecho de la agresión en la legítima defensa). El hecho antijurídico no sólo ha de realizar la situación prevista en el tipo positivo, sino también no realizar la situación propia de un tipo de justificación (tipo negativo)». Se adhieren a la postura de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de tipo negativo, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 717 s.; BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139 y 295 (en especial, sobre la distinción entre la acción típicamente relevante y la acción típicamente relevante pero justificada, vide, pp. 35-37). Con distintos argumentos (sistemáticos, criminológicos, normológicos, etc.), también considera más coherente la solución de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como el error de tipo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 397 y 398.

sobre la situación penalmente prohibida, concretamente, sobre las circunstancias del hecho que limitan el injusto (16). Pero, aun tratándose de un error sobre la situación penalmente prohibida, es necesario distinguirlo del error de tipo en sentido estricto (17). Pues, con independencia de que se les otorgue el mismo tratamiento jurídico, la distinción entre error de tipo en sentido estricto y error de tipo negativo, además de venir impuesta por razones de coherencia sistemática, va a tener importantes consecuencias prácticas. Así, por ejemplo, la distinción permite una cierta ampliación del criterio de vencibilidad en relación al error de tipo negativo (18)

Ciertamente, no toda actuación con dolo típico constituye un injusto doloso, pues ello dependerá de que concurren o no causas de justificación. Sin embargo, la realización de un injusto objetivo (por no darse efectivamente los presupuestos objetivos de una causa de justificación), tampoco será suficiente para afirmar un hecho antijurídico doloso; pues, desde la perspectiva subjetiva es necesario que el sujeto no suponga erróneamente la existencia de una situación justificante (19). A diferencia del error de tipo en sentido estricto, la defensa putativa no excluye el dolo típico, sino que impide atribuir subjetiva-

---

(16) Como correctamente sostiene MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., 1998, 10/69, «tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del *supuesto de hecho* que constituye la *situación* objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de la prohibición en sí misma».

(17) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 397. Advierte este autor que el error sobre los presupuestos objetivos de la justificación no es un error de tipo en sentido estricto, a pesar de manifestar una estructura más próxima al error de tipo que al error de prohibición, ya que «afecta a la completa caracterización (en el plano de la realidad) del hecho».

(18) Tal como señala SILVA SÁNCHEZ, «Revista de revistas», *ADPCP*, 1987, p. 540, «no puede ser idéntico el deber de examen que se requiere al sujeto en relación al tipo positivo que en relación al tipo negativo. Cuando se trata de analizar este último hay algo evidente: que el proceso controlado por el sujeto es un proceso peligroso para un bien jurídico. De ahí, que se pueda y deba exigir del sujeto el mayor cuidado al examinar la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante. Ello conducirá a que la invencibilidad y vencibilidad varíen aquí en sus baremos —por consideraciones de exigibilidad— respecto al error de tipo positivo». En esta línea, cfr., también, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, p. 711.

(19) A favor de entender que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación opera en el ámbito de los delitos dolosos como causa de exclusión del injusto doloso, dejando intactos el dolo típico y el injusto objetivo, FRISCH, «El error como causa de exclusión del injusto y/o como causa de exclusión de la culpabilidad» (trad. PEÑARANDA RAMOS), en *El error en el Derecho penal*, 1999, pp. 66 ss.

mente al autor su injusto objetivo (por lo menos a título doloso) (20). Ahora bien, del mismo modo que afirmamos que el error sobre un elemento fáctico como la agresión en la legítima defensa no se debe equipar a otros errores sobre elementos fácticos referidos a la tipicidad; ya que mientras el primero afecta a los elementos del supuesto de hecho que limitan o niegan el injusto, el segundo recae sobre los elementos que lo fundamentan, también hay que distinguir la suposición errónea de una situación justificante del error sobre la valoración de la propia conducta como lícita, pues en este último caso el error ya no versa sobre un elemento situacional, sino sobre el carácter prohibido de esa conducta (21). Cuando se afirma que quien actúa en defensa putativa sabe que mata a otra persona y quiere hacerlo, si bien se cree legitimado para ello, no hay que pasar por alto que ese «creer estar actuando lícitamente» es consecuencia derivada (secundaria) del error principal: «creer estar en necesidad de defenderse» (22). De ahí, el estado de confusión al que se ha llegado con respecto a este tema. Confusión que se refleja en la postura defendida por un sector de la doctrina, y que se ha extendido también a la jurisprudencia más reciente (23). El tratamiento jurídico que se debe dispensar tanto al error sobre los elementos que fundamentan el injusto como a los que lo niegan es, por tanto, el mismo: exclusión del supuesto de hecho antijurídico (doloso o imprudente) si el error es invencible, y responsabilidad por un injusto imprudente si el error es vencible (siempre que la Ley prevea expresamente la comisión imprudente) (24).

---

(20) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 277, 281, 294 ss.

(21) No obstante, considera ZUGALDÍA ESPINAR, «El tratamiento jurídico penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal español de 1980», *CPC*, núm. 15, 1981, p. 517, que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es más análogo al error de prohibición que al error de tipo, «porque el autor obra con el dolo del tipo intacto, aunque creyéndose autorizado a obrar como lo hace».

(22) En este sentido, señala MIR PUIG, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», *La Ley*, 1991, p. 2, que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación «también supone error sobre la prohibición del hecho, pero lo mismo sucede en el error de tipo (positivo): quien desconoce que está matando a un hombre, sino a un animal al que puede cazar, cree estar actuando lícitamente».

(23) Así, claramente, cuando se califica la defensa putativa como un error de prohibición indirecto. *Vide*, SSTs de 3 de mayo de 1989 (A. 4047), 3 de noviembre de 1993 (A. 8225), 17 de mayo de 1999 (A. 5402).

(24) *Cfr.*, en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 16/22, p. 423, para quien la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación debe tratarse como una especie de error de tipo.

Por otra parte, también es importante destacar la imposibilidad de equiparar las eximentes justificantes reales con las putativas, especialmente por los distintos efectos que producen en diversos ámbitos de la teoría del delito (25). Para señalar algunos de ellos, baste con mencionar, por ejemplo, que la víctima de la defensa putativa puede repeler la acción emprendida en error respetando los límites del estado de necesidad defensivo (no cabrá, en cambio, legítima defensa porque falta una agresión antijurídica dolosa) (26). En sede de participación, no se puede descartar la participación dolosa de terceros que, conociendo el error, tomen parte en el hecho imprudente del que actúa en error (venible) (27). Pues, hay que tener en cuenta que el error de un individuo constituye un dato de la realidad objetiva para las demás personas que intervienen en el hecho (28). Y, si la intervención del tercero llega a convencer al autor de que efectivamente está siendo víctima de una agresión, habrá que acudir a la figura del autor tras el autor, pues la actuación del hombre de detrás constituye ya provocación de un déficit de conocimiento a través de engaño (29). Finalmente, el que la tentativa de defensa putativa no sea punible de no producirse el resultado,

---

(25) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139 ss., 294 ss. Según este autor, ni el estado de necesidad putativo ni la legítima defensa putativa constituyen causas de justificación *stricto sensu*, sino causas de «exclusión de la imputación “subjetiva” del supuesto de hecho objetivamente prohibido». De ahí, que ni impongan deberes de tolerancia, ni desplieguen efectos *erga omnes*, como las causas de justificación reales, sino que únicamente impiden la atribución subjetiva, a su autor, de lo *ex ante facto* objetivamente prohibido. Por consiguiente, la legítima defensa putativa sólo tiene efectos personales (p. 296: «descarga personalmente de responsabilidad al sujeto que incurre en error. A consecuencia de lo cual, no se le puede imputar subjetivamente “su” injusto objetivo»).

(26) En contra de la legítima defensa frente a agresiones imprudentes, se muestran partidarios de acudir a las reglas del estado de necesidad defensivo, con distintos argumentos, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 590 s.; BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 282 s.

(27) El que actúa en error (defensor putativo) es autor del hecho desde el momento en que se le puede hacer responsable del mismo en términos de imputación objetiva y subjetiva (sobre ello, *vide*, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 121, 134 ss). A favor de admitir la participación dolosa en delitos imprudentes, recientemente, ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», RDPC, n.º 6; 2000, pp. 234 ss.

(28) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 140.

(29) Sobre la posibilidad de admitir la figura del autor tras el autor en supuestos de provocación de situaciones de defensa putativa, *vide*, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 196 ss.

en caso de error vencible, no parece, según creo, una consecuencia inadecuada desde el punto de vista político-criminal.

6.2.3 En cuanto al tratamiento de la legítima defensa putativa en la jurisprudencia del TS, la sentencia de 10 de mayo de 1989 (A. 4161) sigue constituyendo un punto de referencia doctrinal y jurisprudencial. En dicha sentencia se lleva a cabo un análisis de las distintas etapas por las que ha pasado la jurisprudencia en esta materia (30). Comienza diciendo que con anterioridad a la reforma penal de 1983, que introdujo la regulación del error en su artículo 6 bis a) ACP, la jurisprudencia del TS estimó en un primer momento «que existía agresión ilegítima cuando se daba en el sujeto la racional y fundada creencia de que es objeto de un ataque», lo que determinaba la aplicación del artículo 8.4.º ACP, «con lo que quedaban equiparadas la defensa putativa y la real» (31). No obstante, a partir de la STS 9 de enero de 1969, «se inicia el camino ortodoxo, al exigir la existencia de error (como en todo lo putativo) buscando el mismo en el artículo 1.º en relación con el artículo 8.4.º del Código Penal, único asidero legal entonces existente para tal causa de inculpabilidad y acudiendo al artículo 565, sancionador de la imprudencia si el error se calificaba de vencible». Con posterioridad a la reforma de 1983, la doctrina ha entendido que los dos primeros párrafos del artículo 6 bis a) aluden al error de tipo, mientras que el párrafo tercero se refiere al error de prohibición, siendo éste también el parecer de la jurisprudencia posterior a la reforma (32). Por último, se señala en la sentencia que la dogmática más reciente trata de encuadrar la admisión errónea de una agresión ilegítima como si fuera un error de tipo, y que «recientes declaraciones de esta Sala se muestran, en línea con esta

---

(30) Cfr. el comentario a esta sentencia que realiza LUZÓN PEÑA, «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (Comentario a la STS 10 de mayo de 1989)», en: *Estudios penales*, 1991, pp. 67 ss., donde se ponen de relieve algunas de las inexactitudes en que incurre el Tribunal, sobre todo, al referirse a la naturaleza y consecuencias del error de tipo y del error de prohibición.

(31) Sobre ello, *vide*, ampliamente, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, pp. 128 ss.; el mismo, en CÓRDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal español I, artículos 1-22*, 1972, pp. 262 ss. En relación a la jurisprudencia anterior a la reforma de 1983, cfr. las exposiciones de MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, pp. 134 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 65 ss., 75 ss.

(32) Respecto a la postura de la jurisprudencia en los años siguientes a la reforma de 1983, *vide*, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 699 ss.

última doctrina, de modo que, al recaer el error sobre elementos negativos de la infracción penal, aquél se debe encuadrar en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a) del Código Penal y, si el error es vencible, el hecho habrá de ser castigado como culposo».

Es de valorar positivamente el hecho de que el TS haya dejado de equiparar la legítima defensa real con la putativa como venía haciendo cuando se daba en el sujeto la creencia racional y fundada de que era objeto de una agresión (33). La naturaleza, estructura y efectos de las causas de justificación putativas no pueden ser idénticos a los reconocidos a las causas de justificación basadas en presupuestos fácticos realmente concurrentes; ni siquiera en los casos en que, conforme a un juicio *ex ante*, advertimos que el espectador objetivo colocado en la posición del autor hubiera caído en el mismo error (error invencible) (34). La equiparación conduciría a la inevitable confusión entre una situación de peligro real y otra, de mera apariencia de peligro (según el baremo del espectador objetivo situado *ex ante* en la posición del autor), además de contribuir a la disolución de los contornos de la legítima defensa, a borrar los límites trazados entre lo lícito y lo ilícito en sede de justificación (35). Admitir la defensa putativa como

---

(33) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 221 y 222, nota 15, para quien faltando en la realidad una agresión ilegítima, el art. 8.º 4 ACP no puede aplicarse «por la elemental regla de subsunción de lo que sucede realmente no es un “caso” del “supuesto de hecho legal” del artículo 8.º, número 4», CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 205, nota 71; MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, pp. 136 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 29 ss. En la STS 6 de octubre de 1993 (A. 7293), para apreciar el requisito de la agresión ilegítima, se exige un peligro real y objetivo con potencia de dañar. *Vide*, también, SSTS 3 de noviembre de 1993 (A. 8225); 11 de marzo de 1997 (A. 1944).

(34) Insisten, acertadamente, en que la mera apariencia de peligrosidad *ex ante* de la agresión no fundamenta una situación de legítima defensa real, LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, p. 152; BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 271.

(35) No obstante, considera CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, 1966, pp. 128 ss.; el mismo, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código penal español I, artículos 1-22*, 1972, pp. 262 ss., que la creencia racional y fundada del sujeto de que concurren los requisitos de la legítima defensa, debe dar lugar a su apreciación de la eximente. En un sentido parecido, actualmente, MUÑOZ CONDE, ¿Legítima defensa putativa? ¿Un caso límite entre justificación y exculpación?, en *Presupuestos para la Reforma Penal*, 1992, pp. 129 ss.; (publicado también en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, pp. 183 ss) quien recurriendo al «criterio objetivable de lo racional o de lo razonable» (es decir, atender a lo que hubiera hecho en las mismas circunstancias una persona



causa de justificación real supondría aceptar todos los efectos que generan las auténticas causas de justificación reales (36). Ello no sería correcto, según creo, pues, aun partiendo, como se hace aquí, de que la legítima defensa putativa por error invencible determina la exclusión de la antijuricidad, al no constituir una causa de justificación real, ni puede generar un deber de tolerancia frente a todos (en particular, la víctima de la situación putativa podrá acudir al estado de necesidad defensivo para repeler la acción emprendida en error), ni va a exigir a terceros ajenos al error someterse a las reglas sobre interrupción de cursos salvadores, ni excluye la responsabilidad civil, ni podrá cerrar el paso a una posible omisión cualificada del deber de socorro de la víctima de la defensa putativa, etc. Por otro lado, como veremos en el siguiente apartado, en los supuestos de exceso en la defensa putativa, la ausencia de una agresión ilegítima real combi-

---

normal), se decanta por considerar la legítima defensa putativa basada en una creencia racional y fundada como una causa de justificación plena, «ya que la creencia subjetiva queda objetivada y convertida, a través de un proceso de normativación judicial, en una realidad jurídica». La agresión inexistente pero razonable y objetivamente creíble operaría así como causa de justificación próxima al riesgo permitido. Cfr., también, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 220, nota 567, y REQUEJO CONDE, *La legítima defensa*, 1999, pp. 354 ss., quienes, siguiendo a su maestro, Muñoz Conde, excepcionalmente dejan de aplicar el tratamiento propio de la teoría estricta de la culpabilidad a situaciones de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación cuando, de acuerdo con una perspectiva *ex ante*, su existencia sea objetivamente racional y fundada. Cfr. las críticas que dirige a la propuesta de Muñoz Conde de considerar los casos de error razonable y fundado sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como casos de auténtica legítima defensa, VALDAGUA, «Legítima defensa y legítima defensa putativa. Observaciones a la ponencia de MUÑOZ CONDE» (trad. FELIP I SABORIT), en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, 1995, pp. 201 ss. Por su parte, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 480 s., no considera del todo desacertada la posición del TS de equiparar los casos de creencia racionalmente fundada con la propia causa de justificación real, porque, aunque reconoce que no se puede apreciar la correspondiente causa de justificación de legítima defensa, estima aplicable otra causa de justificación (el caso fortuito) en el supuesto particular del error objetivamente invencible subsumible en el artículo 14.1 CP; el mismo, «El error sobre causas de justificación: algunas precisiones (Comentario a la STS 10 de mayo de 1989)», en *Estudios penales*, 1991, p. 78.

(36) Sobre la necesidad de distinguir entre legítima defensa en sentido estricto y legítima defensa putativa, en atención al diverso fundamento de exclusión de la antijuricidad y a las consecuencias que de cada una se derivan, *vide*, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 268 ss., 329 ss. Se adhiere a esta distinción, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., 1998, 16/11-12. Cfr., también, la distinción que establece LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 574 ss., entre causas de justificación del resultado y causas de justificación (sólo) de la acción.

nada con un exceso intensivo impedirá la aplicación directa de la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1.<sup>a</sup> CP, pues la justificación parcial del hecho a la que responde esta atenuante privilegiada requiere la presencia de los elementos esenciales de la eximente (37).

También es de valorar de forma positiva la tendencia que marca la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1989 a encuadrar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis *a*) ACP (art. 14.1 y 2 CP). Tendencia que se concreta en una línea jurisprudencial, mantenida por el TS durante los años 80, que defiende el tratamiento jurídico correspondiente al error de tipo, esto es, impunidad si el error es invencible e imprudencia cuando se trata de un error vencible. En la STS 29 de abril de 1989 (A. 3575), se dice expresamente que «el error sobre un presupuesto fáctico de causa de justificación, concretamente a la legítima defensa, debe tratarse como un error en la infracción penal en la que se integran los elementos negativos excluyentes de la responsabilidad penal encuadrable en el error de tipo de los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6.º bis *a*). En caso de ser vencible el hecho se castigaría como culposo» (38). No obstante, también en los años siguientes a la reforma de 1983, el TS ha calificado en ocasiones al error sobre los presupuestos de una causa de justificación como error de prohibición, pero remitiéndose al tratamiento previsto en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis *a*) ACP. Postura que sólo se consigue explicar a partir de una concepción del delito anclada en el causalismo clásico (dominante en la jurisprudencia española durante años), según la cual el error invencible de prohibición excluye la culpabilidad dolosa y el error vencible de prohibición determina la aplicación de los preceptos de la imprudencia (39).

La jurisprudencia actual del TS entiende de forma mayoritaria que para solucionar los supuestos de legítima defensa putativa hay que acudir a la regulación prevista para el error en el Código Penal [art. 14 CP o art. 6 bis *a*) ACP]. Pero no siempre se manifiesta explícitamente

---

(37) En la STS 11 de marzo de 1997 (A. 1944) se señala que para la apreciación de la legítima defensa en todas sus manifestaciones, completa o incompleta, ha de poderse contar con el elemento básico de la agresión ilegítima, cuya indispensabilidad y presencia son absolutas.

(38) Cfr., también, las SSTS 24 de septiembre de 1970 (A. 3562); 20 de marzo de 1972 (A. 1442); 20 de junio de 1984 (A. 3601); 29 de abril de 1989 (A. 3575); 2 de noviembre de 1987; (A. 8432) y 1 de diciembre de 87 (A. 9518).

(39) Cfr., en este sentido, las SSTS 26 de enero de 1984 (A. 418); 20 de junio de 1984 (A. 3601), 14 de diciembre de 1985 (A. 6262). Sobre esta postura jurisprudencial, *vide*, JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 715 s.

en cuanto al número del artículo 14 CP [o párrafo del artículo 6 bis a) ACP] en el que deben entenderse incluidos dichos supuestos (40). Tampoco deja suficientemente claro que las consecuencias prácticas de tratarlos como error de tipo o de prohibición son muy distintas (41). No podemos decir que la jurisprudencia del TS siga un criterio unitario en el tratamiento de la legítima defensa putativa. Pero parece que en los últimos años se está decantando por la postura contraria a la aquí defendida, es decir, por tratar estos supuestos como error de prohibición, lo que determina la exclusión de responsabilidad penal si el error es invencible, o la disminución en uno o dos grados si es vencible (42). En algunas sentencias del TS la ubicación del error sobre los presupuestos de la legítima defensa en el párrafo 3.º se reconoce expresamente; mientras que en otras se deduce del tratamiento que se otorga al error vencible: reducción de la pena prevista en el artículo 66 ACP, en función de lo establecido en el artículo 6 bis a) ACP (43). Y, de forma sorprendente, en la STS 29 de marzo de 1995 (A. 2120) se establece que «la creencia errónea de la existencia de la

---

(40) Cfr. SSTS 3 de noviembre de 1992 (A. 8875); 14 de diciembre de 1994 (A. 10149); 28 de abril de 1997 (A. 4536).

(41) En la STS 3 de noviembre de 1992 (A. 8875) se llega incluso a afirmar que en ambos casos los efectos y consecuencias prácticas son análogos.

(42) Cfr., entre otras, las SSTS 3 de mayo de 1989 (A. 4047); 26 de mayo de 1989, 29 de abril de 1989 (A. 3575); 20 de febrero de 1992 (A. 1222); 22 de diciembre de 1992 (A. 10466); 10 de noviembre de 1993 (A. 8388); 13 de noviembre de 1993 (A. 8225); 16 de diciembre de 1993 (A. 9476) y 19 de octubre de 1994 (A. 8323). Más recientemente, la STS 17 de mayo de 1999 (A. 5402) califica el error sobre los presupuestos de una situación justificante como error de prohibición indirecto y le otorga el tratamiento previsto en el párrafo 3.º del artículo 14.

(43) En la STS 3 de mayo de 1989 (A. 4047), se estimó «presente un error sobre los fundamentos fácticos de una causa de justificación que llevó al inculcado a causar lesiones a otros en la creencia de que así le era lícito actuar en legítima defensa. La hostilidad mostrada por el grupo adverso, las horas de la madrugada en que se produjo el incidente, la tensión latente por los recientes acontecimientos creó en el inculcado la convicción de una agresión más que inminente, que desencadenó su acción lesiva con ánimo de repeler aquella y ponerse a salvo de un peligro que juzgaba real y objetivo. Una mejor información o más apurada cautela le hubiese permitido al Agente superar su situación de vencibilidad determinante del reproche legal, aunque éste venga traducido en una reducción de la pena por observancia de lo dispuesto en el artículo 66 del Código». En la STS 26 de mayo de 1989 (A. 4262), después de explicar el Tribunal que en la legítima defensa putativa quien se defiende lo hace bajo la errónea creencia de que, de modo inminente, va a ser objeto de una agresión ilegítima, actuando, por consiguiente, en la creencia errónea de estar obrando lícitamente, añade que «el único problema, pues, consiste en determinar si, en el presente caso, tal error era vencible o invencible, para aplicar las consecuencias correspondientes en el plano punitivo —vide artículo 6 bis a), párrafo tercero, del Código Penal».

agresión debe tener el tratamiento punitivo previsto en el artículo 66», pero no por tratarse de un error de prohibición vencible, sino de un error de tipo vencible.

En la línea de la actual jurisprudencia del TS, orientada a tratar el error sobre los presupuestos de la legítima defensa como un error de prohibición, se muestra la reciente STS 17 de mayo de 1999 (A. 5402). En dicha sentencia se considera la creencia errónea de estar siendo víctima de una agresión ilegítima como un error de prohibición indirecto, afirmándose que el error de prohibición «consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto [...]». Sin duda, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una situación justificante puede indirectamente determinar un error de prohibición, pero no como error de permisión (modalidad del error de prohibición), sino como consecuencia derivada (secundaria) del propio error sobre la situación fáctica. Por consiguiente, a mi juicio, sigue siendo necesario distinguir, pues, una cosa es que el sujeto piense que actúa lícitamente por creerse amparado por una causa de justificación que en realidad no existe (o por unos límites más amplios de los permitidos); y, otra muy distinta, que piense que actúa lícitamente por creer que se dan los presupuestos de una causa de justificación que efectivamente no concurren. En este segundo caso, cuando el sujeto cree que el ordenamiento ampara su actuación, ello se debe a una falsa representación de la situación justificante, lo que sólo indirectamente, y de forma secundaria, motivará un error de prohibición. De todo ello se deriva que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación constituye un error de tipo negativo y, como tal, debe recibir el tratamiento correspondiente a todo error de tipo: aplicación directa de los números 1 y 2 del artículo 14 CP.

### III

7. Vista la problemática general que plantea el error sobre la existencia de una agresión ilegítima, elemento esencial de la eximente de legítima defensa, pasamos a abordar la cuestión del *exceso intensivo en la legítima defensa putativa*. En primer lugar, hay que advertir que tratar el error sobre un elemento esencial de una causa de justificación (por ejemplo, la agresión ilegítima) como error de tipo, ni conduce de forma automática a la impunidad (error invencible), ni nos lleva siempre a apreciar un injusto imprudente (error vencible). En

efecto, una vez constatado el error sobre un presupuesto esencial de la exigente, todavía queda por ver si se dan los demás presupuestos de la misma. De faltar algún otro elemento, esta vez, no esencial como, por ejemplo, la necesidad del concreto medio empleado en la defensa, es cuando se plantea el tema del exceso intensivo en la defensa putativa. Con la expresión exceso intensivo en la defensa putativa se alude a aquellos supuestos en que el sujeto cree erróneamente que es víctima de una agresión que en realidad no existe; y, en su supuesta defensa, traspasa los límites que hubieran existido en caso de que la necesidad de defensa fuera real. Ello puede dar lugar a múltiples hipótesis: *aa*) concurrencia de un error invencible sobre un elemento esencial/error invencible sobre un elemento inesencial; *ab*) concurrencia de un error invencible sobre un elemento esencial/error vencible sobre un elemento inesencial; *ac*) concurrencia de un error invencible sobre un elemento esencial/dolo sobre un elemento inesencial; *ba*) concurrencia de un error vencible sobre un elemento esencial/error invencible sobre un elemento inesencial; *bb*) concurrencia de un error vencible sobre un elemento esencial/error vencible sobre un elemento inesencial; *bc*) concurrencia de un error vencible sobre un elemento esencial/dolo sobre un elemento inesencial.

7.1. En cuanto al tratamiento del exceso intensivo en la legítima defensa, lo primero que conviene puntualizar es que de conformidad con la doctrina mayoritaria, entiendo que el principio de proporcionalidad no rige en esta concreta causa de justificación; por lo menos, no en los mismos términos que en el estado de necesidad, donde se aplica en su versión más estricta (44). Sin embargo, de acuerdo con los prin-

---

(44) Con frecuencia, el TS considera implícita la exigencia de proporcionalidad en el requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, excluyendo la aplicación de la exigente completa de legítima defensa en ausencia de dicha proporcionalidad, pero admitiendo la exigente incompleta. *Vid.* SSTS 18-7-1994 (A. 6645); 14-3-1998, (A. 2111); 20-5-1998 (A. 4890). Sobre esta tendencia de la jurisprudencia, críticamente, LUZÓN PEÑA, «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo», en: *Estudios penales*, 1991, p. 147; CORCOY BIDASOLO, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad», *ADPCP*, 1991, p. 927. Sobre ello, cfr., también, MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, pp. 214 ss.; IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 334 ss.; GRACIA MARTÍN, en: VV.AA. (coord. Díez Ripollés y Gracia Martín), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial I*, 1997, p. 79; BERNARDO DEL ROSAL, en: VV.AA. (coord. Vives Antón), *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. I, Arts. 1-233*, 1996, p. 138; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, en: VV.AA. (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), 1997, p. 99. La reciente STS 24-2-2000 se muestra contraria a equiparar la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio, señalando que «para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no sólo

cipios de solidaridad mínima y de prohibición del abuso del derecho, habrá que excluir todas aquellas defensas que puedan ser consideradas manifiesta o absolutamente desproporcionadas (45). En efecto, en casos de gran desproporción el exceso intensivo puede llegar a determinar un salto cualitativo, cuestionando ya la propia necesidad abstracta de la defensa, perdiendo toda legitimidad la facultad de defensa que el ordenamiento jurídico otorga al sujeto. Considérese el caso académico, a menudo citado por la doctrina, del campesino paralítico que da muerte al ladronzuelo que intenta sustraer frutas de su huerto. También resulta válido el ejemplo de quien, sufriendo un ataque con los puños, dispara el arma que lleva consigo dando muerte al agresor, cuando podía haberse limitado a amenazar o a golpear con ella. En la

---

debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas, de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho».

(45) Cfr., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 16/41, quien admite restricciones a la legítima defensa en casos de extrema desproporción, explicando dicho reconocimiento como resultado coherente del paso del Estado liberal al Estado social. Cfr., también BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 310, para quien el principio de solidaridad mínima legitima una restricción al concepto de necesidad racional cuando «el único procedimiento defensivo con posibilidades de evitación del peligro origina riesgos en la esfera del agresor *absolutamente desproporcionados*». Por su parte, partiendo del principio de la ilicitud del abuso del derecho, entiende CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 237, que la reacción defensiva será ilícita «cuando aparezca como absolutamente desproporcionada no con el bien jurídico agredido, sino con la entidad criminal del ataque». Conectando el principio de proporcionalidad con el doble fundamento de la legítima defensa, considera IGLESIAS RÍO, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa*, 1999, pp. 336 ss., que hay que excluir del ámbito de la justificación los casos de crasa desproporción de bienes. Para este autor (p. 319), el principio de proporcionalidad opera como «principio regulativo ético-social supralegal, rector y corrector de un ejercicio desconsiderado, abusivo o excesivo del derecho de defensa necesaria», convirtiéndose en «componente estructural y límite de las bases fundamentadoras del mismo» (*vid.*, también, pp. 320 ss.). En contra, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 609 y s., quien rechaza toda limitación a la amplitud de la legítima defensa basada en «restricciones ético-sociales», por considerar que carecen de base legal. También, críticamente, sobre la admisión de restricciones a la legítima defensa, admitiendo únicamente aquellas que se mantengan dentro de los límites de la interpretación, CORCOY BIDASOLO, «Restricciones» jurisprudenciales al derecho de defensa: legítima defensa y principio de legalidad», *ADPCP*, 1991, pp. 910 ss. Para QUERALT I JIMÉNEZ, *Introducción a la Policía Judicial*, 3.ª ed., 1999, p. 267, la proporcionalidad que sirve como limitación a la legítima defensa es mínima y adoptada por el legislador como técnica excluyente para la defensa de algunos bienes o de algunas modalidades de ataque.

STS 16 de diciembre de 1993 (A. 9476), se rechaza la legítima defensa, tanto completa como incompleta, de quien produce la muerte del propietario de un bar por impedirle la entrada en el mismo, bajo la consideración de que «no sólo la acción no era necesaria para la defensa invocada, sino que además la muerte del otro, si hubiera sido necesaria para ello, era exageradamente desproporcionada, toda vez que entre el supuesto derecho a entrar al bar y el derecho a la vida existe una diferencia jerárquica tan considerable, que en modo alguno se puede justificar que cualquiera que se vea impedido de entrar a un bar mate al ocasional oponente para ejercer su derecho».

7.2 En principio, parece evidente que el sujeto que incurre en un exceso intensivo en la defensa putativa no se puede beneficiar ni de la eximente completa (art. 20.4.º CP) ni de la incompleta (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.4.º CP). Por razones obvias, habrá que negar una completa exclusión de la responsabilidad penal vía artículo 20.4.º, pero tampoco podrá apreciarse directamente la eximente incompleta de legítima defensa (atenuante privilegiada prevista en el art. 21.1.ª CP). Y ello, porque la aplicación de la eximente incompleta en caso de que falte algún elemento no esencial queda condicionada a la concurrencia de los elementos esenciales de la eximente. De hecho, la disminución de pena prevista para las eximentes incompletas no se basa tanto en la ausencia del elemento inesencial como en la presencia del esencial, que es precisamente lo que determina la disminución de la gravedad del injusto (46). Por tanto, en todos aquellos casos en que se produce un exceso intensivo en la defensa putativa, si el sujeto se representó erróneamente que el procedimiento defensivo concreto era el necesario para salvaguardar sus intereses, habrá que acudir a la regulación prevista en el Código penal para el error de tipo (47). En cambio, si el sujeto se excede en la reacción defensiva de forma consciente y voluntaria, a pesar de la existencia de un error sobre la agresión ilegítima, deberá res-

---

(46) Así, VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *ADPCP*, 1992, p. 569. A favor de entender que las causas de justificación incompletas determinan una menor gravedad del injusto, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 356; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998, 25/3; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, pp. 343 y 582; Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal*, pp. 743 ss., 761 ss.

(47) Así, BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, p. 319, estableciendo que «el error sobre los presupuestos fácticos que condicionan la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión antijurídica seguirá las reglas de los errores de tipo limitador».

ponder por un injusto doloso. Pues, no se trata ahora de comparar los supuestos de error con los de ausencia de agresión ilegítima, sino con los casos en que dicha agresión efectivamente concurre. Con todo, entiendo que no se puede equiparar la comisión de un delito doloso en un contexto de ausencia de causas de justificación con la realización del mismo hecho bajo la suposición errónea de que se da una situación justificante, aunque en el marco de la misma se incurra en un exceso intensivo doloso (dejando ahora al margen casos de extrema desproporción). No se estaría atendiendo a la necesidad de dar un trato distinto a supuestos que no son iguales si no se tuviese de algún modo en cuenta el error sobre el elemento esencial. Tratamiento distintivo que nos permitirá una mejor realización del principio de igualdad y nos aproximará a soluciones más justas desde la perspectiva político-criminal.

7.3 Siguiendo a la doctrina dominante, partimos de que concurriendo los elementos esenciales de la legítima defensa ante un supuesto de exceso intensivo doloso sobre un elemento inesencial es posible aplicar una eximente incompleta, por entender que se produce una disminución del injusto del hecho (48). De ahí, creo razonable deducir que en los casos en que el sujeto se excede de forma consciente y voluntaria en el concreto medio empleado en la defensa *putativa* cabe aplicar la atenuante analógica del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP, en relación con la eximente incompleta del artículo 21.1.<sup>a</sup> CP; pudiéndose incluso apreciar una atenuante muy cualificada (conforme a la regla 4.<sup>a</sup> del art. 66 CP) cuando el exceso sea considerado mínimo, o cuando la suposición errónea de que concurre una agresión ilegítima sea calificada de invencible. La atenuante muy cualificada quedará descartada cuando la falsa representación sobre la concurrencia de una agresión ilegítima derive de un error vencible,

---

(48) En este sentido, MAGALDI, *La legítima defensa en la Jurisprudencia Española*, 1976, p. 164; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., 1998, 16/62; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, p. 608; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 359; JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, p. 711; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 470; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios al Código Penal*, en: VV.AA. (dir. Rodríguez Mourullo y coord. Jorge Barreiro), 1997, p. 98. No obstante, para VALLE MUÑIZ, «Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español», *ADPCP*, 1992, p. 608, no toda disminución del injusto debe determinar la aplicación de una eximente incompleta. Precisamente, en casos de exceso intensivo doloso en la legítima defensa considera más correcto acudir a la atenuante analógica que a la eximente incompleta, siempre que se aprecie una cierta disminución del injusto.



porque éste determina una imprudencia que de algún modo debe ser tenida en cuenta. Por otro lado, excluidos de toda rebaja de pena quedarán los casos de extrema desproporción mencionados anteriormente, respecto a los cuales no cabrá apreciar ningún tipo de atenuante (49).

En la doctrina y jurisprudencia no se descarta la apreciación de eximentes incompletas analógicas (50). Pero, en cambio, se insiste en no atribuirles los efectos privilegiados de la eximente incompleta (es decir, que la atenuación no sea la prevista en el artículo 68, sino la que derive de las reglas del art. 66 CP) (51). La apreciación de una atenuante analógica en estos supuestos de exceso intensivo doloso en la defensa putativa se explica por el hecho de que el sujeto lleva a cabo su acción con la misma motivación que si se diera realmente la presencia del elemento esencial (52). De este modo, responderá el autor

---

(49) Hay que tener en cuenta que actualmente la atenuación prevista para las eximentes incompletas es facultativa, por lo menos desde una interpretación literal del artículo 68 CP. No obstante, la doctrina dominante interpreta que la rebaja de la pena prevista en el artículo 68 CP es obligatoria en un grado, y que lo facultativo («podrán») es la rebaja en dos grados (*vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., 1998, pp. 587 y s.).

(50) Cfr., entre otros, CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal español I, Artículos 1-22*, 1972, pp. 533 y 534 (p. 533: «la atenuante analógica puede ser estimada en relación a cualquiera de las nueve primeras circunstancias enumeradas en el artículo 9»); ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, pp. 117 ss., CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 366, para quien la atenuante del artículo 21.6.<sup>a</sup> se refiere a todas las reguladas en los números anteriores del artículo 21, por tanto, también a las eximentes incompletas.

(51) Cfr., en este sentido, CÓRDOBA RODA, en: Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo: *Comentarios al Código penal español I, Artículos 1-22*, 1972, p. 534; ORTS BERENGUER, *Atenuante de análoga significación*, 1978, p. 65, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 369, nota 95, quienes, en relación a la anterior regulación, entendían que la atenuante a aplicar era la del artículo 9.10 (actual art. 21.6.<sup>a</sup>) y no la atenuación privilegiada del artículo 66 (actual art. 68). Pero, como correctamente advierte CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 370, las atenuantes por analogía y, por tanto, las eximentes incompletas por analogía, también pueden apreciarse, como muy cualificadas a efectos de la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66.

(52) Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., 1998, 25/52. Pone este autor como ejemplo de supuesto en que habría que permitir la atenuante analógica aquel en que «actuando el sujeto movido por la motivación que constituye la esencia de la atenuante, lo haga con *error* y en realidad no concurren los elementos objetivos que deberían ser la base de la motivación». Entiende este autor que la analogía debe existir respecto al *efecto* de modificación del injusto, imputación personal o conveniencia de pena, pero también respecto a la *específica razón* que constituye el

por un delito doloso atenuado, lo que resulta necesario para poder diferenciar estos casos de aquellos otros en que el sujeto realiza el delito doloso sin que se aprecie ningún error. Esta solución favorece, a mi juicio, un sistema más distintivo, ya que otorga diferente tratamiento a supuestos que no manifiestan el mismo grado de injusto, determinando a su vez un diverso trato punitivo. Tampoco tienen por qué plantearse problemas en atención al principio de legalidad, ya que en la aplicación de la atenuante analógica prevista legalmente se está respetando la exigencia de que se trate de una circunstancia que suponga una menor gravedad del injusto o de la culpabilidad (en este caso, del injusto). Por otra parte, en los supuestos en que el exceso en la reacción defensiva no es consciente y voluntario, sino que se debe a una apreciación errónea de la necesidad racional del medio empleado para repeler la supuesta agresión, habrá que aplicar las reglas del error (error de tipo limitador). Así, salvo en los casos en que la invencibilidad del error se extienda tanto a elementos esenciales como inesenciales (hipótesis *aa*: impunidad), en las demás variantes de doble error sobre elementos esenciales e inesenciales (hipótesis *ab*, *ba*, *bb*), conforme al tratamiento que aquí se otorga a esta clase de error, habrá que mantener el castigo por injusto imprudente, siempre que el hecho dé lugar a un tipo de injusto imprudente expresamente previsto en la Ley.

#### IV

8. Volviendo a las sentencias que han dado origen a este comentario, la cuestión que en ellas se plantea es determinar el tratamiento jurídico que merece la conducta de cada uno de los procesados, Ángel y Luis Javier D. A., de disparar contra Manuel y contra Pablo V., respectivamente, produciéndoles la muerte, en la suposición errónea de ser víctimas de una agresión ilegítima por parte de estos últimos.

8.1 Lo primero que se advierte, al abordar la resolución concreta de estos casos, es que tanto por parte de la Audiencia como del Tribunal Supremo se está reconduciendo la defensa putativa al ámbito del

---

fundamento particular de cada atenuante. Cfr., también, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 368. Según este autor, «para apreciar una atenuante por analogía no basta con que se trate de una circunstancia que suponga una menor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, pero tampoco es preciso que su substrato fáctico sea análogo al de alguna de las circunstancias reguladas de un modo expreso en los números anteriores del artículo 21. Basta con que ambas circunstancias obedezcan a una misma *ratio*, tengan el mismo fundamento».

error de prohibición. Así, claramente, la Audiencia Provincial de Valencia cuando condena al procesado Ángel como autor de un delito de homicidio en legítima defensa putativa por error vencible, acudiendo al artículo 66 ACP para determinar la pena, según lo establecido en el artículo 6 bis a), párr. 3.º ACP. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial de Madrid condena al procesado Luis Javier por un delito de homicidio, «concurriendo la eximente incompleta de legítima defensa putativa del artículo 66 en relación con el artículo 8 y artículo 6 párr. 3.º por error vencible (...)». La solución a la que llega la Audiencia en estos casos es congruente con su propio punto de partida en cuanto al tratamiento otorgado al error, pero descuida una parte del hecho al no atender al exceso intensivo en la defensa putativa que sin duda se produce.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de marzo de 1993, después de mencionar los distintos efectos que la legítima defensa putativa tiene en función de la naturaleza que se otorgue a dicha clase de error, se decanta por el tratamiento que corresponde al error de prohibición, confirmando así la sentencia dictada por la Audiencia, con la siguiente argumentación: «el error vencible del acusado afecta al obrar, afecta a su conducta material. Conoce “in genere” lo que es la legítima defensa y sobre todo sabe del homicidio doloso como acto por el que se priva de la vida a un ser humano. El error no estriba pues en el tipo delictivo sino en la ejecución de los actos que lleva a cabo porque cree que va a ser agredido y cree, muy especialmente, que ante ese acto injusto y no provocado ha de defenderse repeliéndolo. Su equivocación nada afecta al tipo, más bien a la culpa propia que estima aminorada pues que, aun respetando la Ley escrita, no tiene más remedio que obrar como lo hizo». En mi opinión, el Tribunal Supremo no está teniendo en cuenta que otorgar al error sobre los presupuestos de una causa de justificación el tratamiento propio del error de tipo, no significa afirmar que estamos ante un error de tipo en sentido estricto, pues mientras este último afecta a los elementos que fundamentan el injusto, el primero recae sobre aquellas circunstancias que limitan el injusto, lo que, tal como hemos visto anteriormente, no va a dejar de tener sus consecuencias. Al igual que la Audiencia, tampoco entra el Tribunal Supremo a considerar la posibilidad de apreciar un exceso intensivo en la legítima defensa putativa, dando con este proceder la falsa impresión de que una vez constatado el error respecto a un elemento esencial de la eximente de legítima defensa (agresión ilegítima), ya no es necesario examinar si falta algún otro elemento inesencial de la eximente (en este caso, la necesidad del concreto medio empleado). Distinta es la solución a la

que llega el Tribunal Supremo, en la STS 5 de octubre de 1999, al no admitir el Tribunal que el acusado obró en la errónea creencia de que era objeto de una agresión ilegítima, porque «no pudo contar con datos que objetivamente pudieran haberle llevado a esa subjetiva creencia», no tiene sentido cuestionarse el tema del exceso intensivo en la legítima defensa putativa. Negando el error que sufre el procesado, el Tribunal Supremo evita tener que aplicar la considerable rebaja de pena que determinaría la apreciación de un error de prohibición vencible, condenando de este modo al sujeto por un delito doloso de homicidio sin ningún tipo de atenuación.

8.2. Partiendo del relato histórico de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, se tiene como probado que el procesado avanzó «hasta el Mercedes saliendo de su resguardo y empuñando su arma reglamentaria al tiempo que la puerta del conductor se entreabría ligeramente, viendo así el procesado la mano izquierda del conductor mas no la derecha, y observando igualmente cómo dicho conductor ladeaba la cabeza como mirando al interior del vehículo en cuyo momento el procesado, *interpretando que iba a ser objeto de agresión por parte de dicho conductor*, disparó contra el mismo, alcanzando el proyectil el polo frontal izquierdo de Manuel, saliendo después por la región parietal derecha y atravesando el cristal delantero del Mercedes hasta quedar incrustado en la esquina opuesta, resultando de ello el citado con heridas de tal consideración que le causaron la muerte al instante (...)». Y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid se considera probado que el procesado «disparó su arma reglamentaria, (...) contra el conductor Pablo V., *en la creencia errónea de que éste iba a hacer uso de arma de fuego contra él*, alcanzando al mismo en la cara y ocasionándole la destrucción de centros vitales en la cabeza cuyo origen fueron los dos orificios de entrada y salida de la bala: el primero ubicado en la hemicara izquierda (región suborbitaria izquierda) y el segundo en la región temporoparietal derecha, lo cual produjo irremisible la muerte instantánea del sujeto» (la cursiva es mía).

Si éstos son los hechos, no cabe duda de que en ambos casos el error en el que incurren los procesados recae sobre la existencia de una agresión ilegítima, elemento esencial de la eximente de legítima defensa, y que, por tanto, no puede dejar de tener consecuencias en el ámbito jurídico-penal, con independencia de su ubicación sistemática y del tratamiento que se le dispense. A mi juicio, el hecho de que los procesados sean miembros de cuerpos policiales no puede desvirtuar la propia naturaleza del error (como concepto psicológico), aunque sí puede tener relevancia a la hora de efectuar el juicio de vencibilidad.

De este modo, podemos considerar que, tratándose en un caso de un Guardia Civil y en el otro, de un agente policial, la respuesta ante la supuesta agresión (disparar su arma contra el conductor) fue precipitada, porque se debió llevar a cabo un examen más cuidadoso de la situación, comprobando con mayor precisión si realmente concurría una agresión ilegítima (error vencible). En este sentido, en la STS de 9 de marzo de 1993 se afirma que el error no puede ser catalogado como invencible porque los conocimientos técnicos y la preparación del procesado lo impiden. Por otra parte, la concreta profesión también puede influir a la hora de establecer (siempre a partir de un examen *ex ante* de la situación) si existía a su alcance algún otro medio menos lesivo e igualmente efectivo en orden a repeler la supuesta agresión. Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuentan con una preparación y una formación que hace que por regla general dispongan en su actuación de un mayor número de alternativas idóneas menos lesivas que el ciudadano normal. Concretamente, en los casos que estamos analizando un disparo dirigido a otra zona corporal no vital del agresor (brazo, hombro, etc.) podía haber constituido un medio alternativo ciertamente menos lesivo e igualmente efectivo para hacer frente al (supuesto) peligro.

En definitiva, si entendemos, como parece desprenderse del relato fáctico de ambas sentencias, que, pese a la existencia de medios de defensa menos lesivos (e igualmente idóneos), los procesados han optado de forma consciente y voluntaria por emplear el medio de defensa más gravoso (producir la muerte), habrá que considerar ese exceso como doloso; y, en consecuencia, afirmar que estamos ante un supuesto de exceso intensivo doloso en la defensa putativa. En conclusión, teniendo presentes las consideraciones efectuadas anteriormente, la solución de estos casos será apreciar un delito de homicidio doloso, aplicando la atenuante analógica del artículo 21.6.<sup>a</sup> CP, en relación a la eximente incompleta prevista en el artículo 21.1.<sup>a</sup> CP, excluyendo, no obstante, la atenuante muy cualificada (prevista en el artículo 66, regla 4.<sup>a</sup> CP) por haber sufrido ambos autores un error vencible en relación al elemento esencial (agresión ilegítima), y por haber incurrido en un exceso intensivo de notable importancia en cuanto al elemento inesencial (necesidad concreta del medio empleado) (53).

---

(53) A distinta solución llegaríamos de considerar que la elección del medio más gravoso deriva de un error vencible sobre la existencia de otros medios menos lesivos e igualmente efectivos. De ser este el caso, los procesados únicamente tendrían que responder por un homicidio imprudente.



# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN

Magistrado del Tribunal Supremo

## A

### ABUSO DE SUPERIORIDAD

*Distinción de la alevosía.*

STS de 13 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Concorre el abuso de superioridad –S. de 18 de marzo de 1994– cuando la defensa de la víctima queda ostensiblemente debilitada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor que se ve por ello asistido de una mayor facilidad para la comisión del delito. Uno de los medios comisivos –no el único, por supuesto– que pueden generar una situación de superioridad en el agresor y correlativa debilidad en el agredido es el uso de armas por el primero –SS. de 8 y 21 de noviembre de 1996, entre otras– pues a nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se enfrentan una persona armada y otra inerme. No es, sin embargo, la circunstancia de abuso de superioridad una agravante de naturaleza estrictamente objetiva sino mixta puesto que, para que se afirme su existencia, es necesario, de acuerdo con la vigencia y preeminencia del principio de culpabilidad, que el sujeto activo conozca y se aproveche, a su favor y en perjuicio del ofendido, del desequilibrio de fuerzas que entre los dos existe. Ahora bien, entre el elemento subjetivo de la alevosía y el del abuso de superioridad media una importante diferencia que explica el más intenso reproche legal que determina la primera. Aquel incluye un ánimo que “tiende” a asegurar la ejecución y a evitar el riesgo para el agresor que pudiera provenir de la defensa del

ofendido. El elemento subjetivo de abuso de superioridad, por el contrario, reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.»

## ADMINISTRACIÓN DESLEAL

*Concurrencia con la apropiación indebida. concurso de normas del artículo 8.º 4.º del Código Penal. Caso Argentia Trust.*

STS de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El artículo 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el artículo 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, que es justamente el que se produce en el caso que ha dado origen a este recurso, se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave, que es lo que correctamente hizo el Tribunal de instancia en la Sentencia recurrida aplicando el artículo 252 y no el 295, ambos del CP vigente.»

## AGRAVANTES

*Nocturnidad y despoblado. Compatibilidad entre ambos. Elementos objetivos y subjetivos.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«Las dos agravantes, según ha declarado la jurisprudencia, son distintas, autónomas y compatibles, y que, en ambas, han de concurrir dos elementos: el objetivo correspondiente (la noche y el despoblado), y el subjetivo consistente en el intencionado aprovechamiento de tales circunstancias, en cuanto facilitadoras de la ejecución del hecho delictivo de que se trate, cuestionando en ambos supuestos la concurrencia de este segundo elemento.



En relación con estas circunstancias agravantes, que, sin duda, pueden apreciarse conjuntamente cuando concurren ambas (v. SS. de 19 de mayo de 1983 y de 13 de diciembre de 1988, entre otras), tiene declarado este Alto Tribunal que, tanto en la nocturnidad (en la que, objetivamente, es exigible la oscuridad como sinónimo de ausencia de luz natural o, en su caso, de luz artificial adecuada), como el despoblado (que, objetivamente, concurre cuando el hecho delictivo se comete en paraje solitario o distante de núcleos urbanos o puntos habitados o, incluso, de vías principales de comunicación, en los que exista una dificultad real de poder recibir auxilio la víctima), ha de concurrir siempre que las referidas circunstancias objetivas han sido buscadas especialmente por el delincuente o que se haya aprovechado conscientemente de ellas (v. SS. de 22 de febrero de 1958, 28 de abril de 1965, 23 de marzo de 1973, 25 de enero de 1974, 27 de julio y 26 de septiembre de 1988, entre otras).»

## ALEVOSÍA

*Determinante de calificación de asesinato. Unidad de acción y necesidad de que la alevosía exista desde el principio.*

STS de 13 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Es cierto que en el supuesto de que nos encontrásemos ante una única acción de carácter progresivo, la alevosía sólo podría ser apreciada si existiese desde el principio –Sentencias de esta Sala de 2 de diciembre de 1990, 4 de diciembre de 1995, 16 de mayo de 1996– pero importa resaltar que, en este caso, la agresión fue alevosa desde su comienzo, es decir, desde que el procesado empezó a descargar golpes sobre la cabeza de la víctima, puesto que la caída al suelo de ésta no tuvo su origen en un acometimiento deliberado del procesado sino en el lanzamiento, quizá imprudente, por el mismo de una piedra, lo que quiere decir que no hubo una sola acción sino dos perfectamente diferenciables. Por último, aventura el recurrente la hipótesis de que la alevosía exige que la víctima esté confiada con respecto a la actitud y conducta del agresor. Ello es cierto en dos de las tres modalidades posibles que la jurisprudencia de esta Sala ha discernido en la agravante cuestionada, esto es, en la alevosía proditoria y en la súbita o sorpresiva, pero no en la que consiste en aprovechar la situación de indefensión de la víctima. En este último caso, analizado, entre otras, en las SS de 2 de abril de 1993 y 8 de marzo de 1994, no es imprescindible que, de antemano, el agente comisario busque y encuentre el modo más

idóneo y seguro de ejecución, siendo suficiente que se aprovecha conscientemente de la situación de indefensión en que se encuentre la víctima por su edad, debilidad física, postura o cualquier otra circunstancia semejante que anule o reduzca sensiblemente sus posibilidades de reaccionar y hacer frente a la agresión.»

## APROPIACIÓN INDEBIDA

*De bienes fungibles. Parentesco con la administración desleal. Caso Argentina Trust.*

STS de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«La producción dolosa de un perjuicio en un patrimonio ajeno cuya administración ha sido confiada al autor del empobrecimiento no es normalmente resultado de una maniobra engañosa sino del quebrantamiento de la especial relación de confianza que vincula al administrador con el titular del patrimonio administrado, lo que no permitiría sancionar la conducta como estafa en la mayoría de los casos y, de otra, se razonaba que, siendo un bien fungible el dinero objeto de la acción, la conducta desleal de quien dispone de él en el ejercicio de sus facultades de administración no afecta a la propiedad sino al patrimonio que no es una cosa mueble sino un conjunto de activos y pasivos, lo que constituiría un obstáculo para la apreciación del delito de apropiación indebida descrito, como delito contra la propiedad, en el artículo 535 del CP derogado. No obstante, esta interpretación excesivamente restrictiva del viejo artículo 535 no era compatible ni con las exigencias de política criminal propias de una sociedad compleja industrial o postindustrial ni —ello es lo decisivo— venía impuesta, en modo alguno, por la literalidad del precepto. Lo cierto es que en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían —como siguen yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente— dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal trayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquel, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a

su “status”. De acuerdo con esta interpretación de la norma que describe el delito de apropiación indebida –claramente acogida y expuesta en las Sentencias de esta Sala de 7 y 14 de marzo de 1994 e indirectamente presente en la de 30 de octubre de 1997 en la que expresamente se descarta el delito de apropiación indebida pero por no haber sido objeto de acusación– el uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” en el artículo 535 del CP de 1973, no sugiere, como ha dicho algún autor, la sutil diferencia que existe entre la apropiación directa o descarada y la taimada, sino la que claramente separa a la apropiación en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo –aunque tampoco quepa descartarla– la concurrencia del “animus rem sibi habendi” sino sólo la del dolo genérico que consiste en el conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona o, por decirlo con una conocida expresión sumamente plástica, el que consiste en “saber lo que se hace y querer lo que se sabe”.»

## ATENTADO

*A la Autoridad. Los Directores de los Centros Penitenciarios son autoridad.*

STS de 24 de febrero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«El Director de un Establecimiento Penitenciario ejerce mando y tiene potestad sancionadora, como pone de relieve el mismo artículo 280 del Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996. Según dice el apartado 1, ostenta la representación del centro directivo y de los órganos colegiados del establecimiento que presida y tiene como misión hacer cumplir las leyes y reglamentos. Además, según el artículo 280.2.1.<sup>a</sup> tiene facultades de corrección respecto de las faltas que se observaren. Las mismas facultades de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de directrices pone de relieve su potestad de mando.

Por si quedase alguna duda, el mismo Código Penal se encarga de despejarla, decantándose por la condición de autoridad de los directores de los Centros penitenciarios, al castigar, en el artículo 174.2 a la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección de menores que sometieren a los internos a condiciones o

procedimientos que por su naturaleza, duración y otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral.

Es evidente que si en los centros penitenciarios existen autoridades, esa condición recaerá siempre en los directores, a los que no sólo se les dota de facultades sancionadoras sino que se les puede exigir responsabilidad en su condición de tales y con independencia de la que se les pueda recabar a los funcionarios que no tienen autoridad dentro de los recintos penitenciarios.»

## ATENUANTES

*Determinación de la pena en los casos de concurrencia de dos atenuantes.*

STS de 15 de enero de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«A este respecto, ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia más reciente, modificando el criterio anteriormente mantenido sobre el particular, sostuvo –bajo la vigencia del Código Penal de 1973– que, en aplicación de la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61, era obligada la rebaja, en un grado, de la pena señalada al delito; de tal modo que lo únicamente potestativo para el Juzgador era rebajar la pena en uno o dos grados. Entre las sentencias que han marcado la interpretación de referencia, cabe citar las de 21 de octubre de 1993 y la de 14 de julio de 1994. Se argumenta, en la primera de ellas, que la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal de 1973, desde el punto de vista histórico, tiene sus antecedentes en el artículo 82.5 del Código de 1870 (en el que se disponía que “cuando sean dos o más, y muy cualificadas, las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los Tribunales *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley”; de modo que la rebaja de la pena venía impuesta), y en el artículo 67.5.<sup>a</sup> del Código de 1932, en cuya Exposición de Motivos se explicaba que la reforma introducida en el texto de la norma correlativa –similar al de la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal de 1973– tenía la finalidad de *abrir el arbitrio judicial* “para rebajar las penas en caso de atenuación calificada”; defendiendo así, desde el punto de vista teleológico, un criterio menos rígido y más humano en la aplicación de las penas. Se decía, además, que al mismo resultado conducía una interpretación sistemática de la citada norma, por cuanto, de no ser obligatoria la rebaja de la pena, al menos en un

grado, podría dejarse sin contenido la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 y llevaría al absurdo de preverse un supuesto de hecho vacío de respuesta, lo que mal se compagina con el contexto de todas las reglas del expresado artículo 61, con la posible ilógica consecuencia de penarse más gravemente el supuesto de que concurren dos circunstancias atenuantes o una solo muy calificada que el de que concorra una única atenuante o, incluso, ninguna.»

## AUTORÍA

### *Diferencia con la complicidad.*

STS de 27 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Sobre este soporte fáctico debemos proyectar los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Las tres teorías: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. La sentencia de esta Sala de 16 de febrero de 1993 recoge, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señala la resolución citada, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, incluso del dominio del acto, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración de la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

En el caso que nos ocupa (persona que presta su automóvil, que está presente en el interior del recinto y que participa en el reparto del dinero obtenido) la contribución al éxito del resultado delictivo tiene carácter relevante no sólo desde el punto de vista causal sino también en cuanto que aporta a la empresa delictiva una actividad que, como se ha dicho, tiene una naturaleza decisiva y además no es fácilmente obtenible en el comportamiento habitual de la mayoría de los ciudadanos.

Participa de manera real en el influjo intimidativo que supone su presencia respaldando y salvaguardando la actividad del protagonista principal de la acción de despojo (el que esgrimió el cuchillo) y de esta manera se convierte en un actor que incluso podría ser calificado como partícipe directo, y no por cooperación necesaria.»

## AUTORÍA

*Elementos subjetivos y objetivos de la coautoría.*

STS de 24 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«En principio, toda participación en la comisión del hecho delictivo –para implicar una responsabilidad criminal– ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento –el objetivo– se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido la tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del “acuerdo previo” (“*pactum scelleris*” y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Otra teoría es la del “dominio del hecho” (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda

sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de “imputación recíproca” de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la “totalidad” de lo hecho en común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores “se excede” por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consentan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.»

## AUTORÍA

### *Participación adhesiva o sucesiva.*

STS de 24 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«Que la denominada participación adhesiva o sucesiva requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito; 2) que posteriormente otro u otros ensambren su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; 3) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento; y 4) que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho (v. S. de 29 de marzo de 1993); que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito (S. de 14 de diciembre de 1985); que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual (S. 2 de febrero de 1982); que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado, establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne (S. de 31 de mayo de 1985).»

## AUTORÍA

### *Teorías sobre la coautoría.*

STS de 24 de marzo de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«La jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha “tomado parte directa” en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho (S. de 8 de febrero de 1991).»

## C

## CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

### *De la responsabilidad criminal. Concurrencia de dos o más atenuantes con una o más agravantes.*

STS de 3 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«La regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66 CP de 1995, que ha sustituido a la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 CP de 1973, ha sido ya interpretada por la jurisprudencia de esta Sala –SS. de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997 y 16 de enero de 1998– en el sentido de que la expresión “podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley”, casi idéntica a la utilizada en la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Texto derogado, *obliga* a los tribunales, en caso de que concurren en el delito enjuiciado dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, a imponer la pena inferior en un grado y les *faculta* a imponer la inferior en dos grados. Ahora bien, la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66 CP vigente ha incorporado, con respecto a la correspondiente del derogado, una novedad cuyo alcance es preciso esclarecer: la de no condicionar la rebaja de la pena en uno o dos grados a que no concorra agravante alguna. A primera vista, ello podría significar que, de



acuerdo con la doctrina jurisprudencial que acaba de ser citada, los tribunales tendrían que imponer forzosamente la pena inferior en grado, e incluso podrían descender un grado más, en el supuesto previsto en el artículo 66.4.º CP, aunque en el hecho hubiesen concurrido una o más agravantes, tesis que parece subyacer en el recurso que resolvemos. Aunque la opción no es, en modo alguno, irrazonable, las consecuencias a que puede llevar, desde la doble perspectiva de la antijuridicidad y la culpabilidad, no son del todo satisfactorias. Un análisis global del artículo 66 CP, cada una de cuyas reglas contempla un supuesto distinto de las demás, de suerte que ninguna de ellas se solapa con otra, permite llegar a la conclusión de que la eventual concurrencia de una circunstancia agravante con dos o más atenuantes o con una sola muy cualificada bloquea la posibilidad de aplicar la regla 4.ª, no tanto porque haya de suponerse subsistente la condición establecida en la regla 5.ª del artículo 61 CP derogado, cuanto porque, en tal caso, el supuesto normativo no es ya el de la regla 4.ª sino el de la 1.ª del artículo 66 CP vigente, es decir, el de la simultánea concurrencia de atenuantes y agravantes. Con ello, sin embargo, no se puede entender agotada la exégesis de la norma. Convertida en norma aplicable la regla 1.ª por la concurrencia de una o más circunstancias agravantes, cabe que el juez o tribunal, ponderando el valor atenuatorio o agravatorio de cada una de las circunstancias concurrentes, estime que, estando compensado el valor contrario de algunas de ellas, subsiste todavía un *fundamento cualificado de atenuación*, en cuyo caso recuperará la regla 4.ª su aplicabilidad, lo que significará a la postre que la imposición de la pena inferior en uno o dos grados cuando se aprecien dos o más atenuantes o una muy cualificada y concurren una o más agravantes, será en todo caso facultativa, sin que pueda considerarse preceptiva ni siquiera la imposición de la pena inferior en un solo grado, porque la propia aplicación de la regla 4.ª del artículo 66 CP dependerá de la estimativa del juez o tribunal.»

## COMISO

*De dinero procedente o destinado al tráfico de droga. Necesidad de que se solicite por las acusaciones.*

STS de 13 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Porque en los antecedentes de hecho de la sentencia, consta expresamente, al reseñarse la calificación acusatoria del Ministerio Fiscal, que por éste se interesó, “se decretase el comiso de la sustan-

cia, *dinero*, efectos e instrumentos intervenidos”, y a este documento debemos atenernos al tratarse de un recurso por infracción de ley y no haber interesado la parte recurrente la remisión de la causa al Tribunal Supremo ni designado ningún documento de la misma que, por el cauce adecuado, pudiera poner de relieve un error de la sentencia. En segundo lugar porque, aun admitiendo en términos totalmente hipotéticos, la alegación de la parte recurrente en el sentido de que los términos exactos de la petición del Fiscal no son los que figuran recogidos literalmente en los antecedentes de la sentencia y que sólo se hubiese referido expresamente al comiso de los “bienes y efectos”, sin mencionar específicamente el dinero, la distinción sería irrelevante pues en la expresión “bienes” se incluye también el dinero, como es lógico, pues el dinero es un “bien” (o en su caso un “efecto” del delito, cuando procede del mismo), y como se deduce claramente del examen comparado de los párrafos 2.º y 1.º del artículo 344 bis *e*) del Código Penal vigente cuando ocurrieron los hechos, pues después de referirse el párrafo primero a las “ganancias”, se autoriza en el segundo el depósito provisional de los “bienes, efectos o instrumentos, a que se refiere el párrafo anterior”, incluyéndose necesariamente el dinero entre dichos “bienes, efectos o instrumentos”.

En los delitos de tráfico de drogas el dinero puede ser decomisado tanto como *instrumento* del delito (“*instrumenta scaeleris*”), si está directa e inmediatamente destinado a la adquisición de droga para el tráfico, como en caso de ser *efecto* del delito (“*producta scaeleris*”), si procede inmediata y directamente de la venta de dichas sustancias, y también en su condición de *ganancias* si resulta de los beneficios derivados del tráfico, con independencia de las transformaciones que hubiesen podido experimentar. [Art. 344 bis *e*) C. Penal 1973].»

## COMISO

### *Instrumentos para la comisión de los delitos.*

STS de 23 de febrero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«Diversa es la cuestión referente a la aplicación del artículo 344 bis *e*) CP 1973. En efecto, esta disposición requiere, en primer lugar, que los bienes objeto de comiso hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos de tráfico de drogas que prevén los artículos 344 a 344 bis *b*) CP 1973. Es evidente que el vehículo utilizado para el simple transporte de personas no puede ser considerado como instrumento del delito, toda vez que el delito podría haber

sido cometido sin necesidad del mismo. En el presente caso se trata de la tenencia de droga para el tráfico que el acusado guardaba en un piso y de la venta a otra persona de parte de la droga que tenía en el mismo piso. Consecuentemente, el vehículo no se puede considerar como instrumento de un delito respecto del cual no ha tenido la menor función, toda vez que el autor ni siquiera ha necesitado transportarse con él al lugar del hecho.

Por lo tanto, en la medida en la que el Tribunal *a quo* no ha establecido que el vehículo haya permitido o facilitado la comisión del delito, al disponer el comiso ha infringido el artículo 344 bis e) CP 1973.»

## D

### DETENCIÓN ILEGAL

#### *Arrepentimiento espontáneo.*

STS de 7 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El criterio de la Sala sentenciadora debe ser confirmado. En efecto, en un delito de detención ilegal el mero hecho de dar por finalizado el secuestro después de haber obtenido sustancialmente el objetivo perseguido (lectura a través de la radio de un documento que contenía las quejas de los internos), no constituye arrepentimiento sino agotamiento de la finalidad delictiva. No concurre, además, el requisito temporal o cronológico exigido por el artículo 9.9.º del CP 1973 que se dice infringido, referido a que la conducta del agente se realice antes de conocerse la apertura del procedimiento judicial, entendido en sentido amplio al abarcarse en este concepto por la doctrina jurisprudencial (SS. de 20 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 1989, 30 de mayo de 1990, 31 de enero de 1995 y 27 de septiembre de 1996, entre otras) las diligencias policiales con que normalmente se inicia la investigación, que constituyen el frontispicio o cabecera prologal de los trámites sumariales, y que en el caso actual se dirigían ya conocidamente contra el recurrente, entre otros, como autores materiales del secuestro consumado, cuando se produjo la entrega y subsiguiente declaración reconociendo los hechos.»

## DETENCIÓN ILEGAL

*Doctrina general. Funcionario público.*

STS de 6 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El artículo 184 del anterior Código Penal, por el que fue condenado el recurrente, sanciona al funcionario público que practicare ilegalmente cualquier detención, con la pena de suspensión si la detención no hubiera pasado de tres días. Se trata de un delito encuadrado sistemáticamente entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes. Como ha señalado esta misma Sala en sentencias de 17 de octubre de 1995 y 22 de enero de 1996, es característico de un Estado de Derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente sino que existan garantías para su ejercicio.

El artículo 17.1 de la Constitución Española garantiza que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevenidos por la Ley”. El artículo 184 del anterior Código Penal (y hoy el art. 530 del nuevo Código Penal) tutela penalmente esta relevante garantía constitucional frente al ejercicio abusivo de las facultades concedidas a los funcionarios públicos que determinen una detención o privación de libertad practicada fuera de los casos prevenidos por la Ley, aun cuando formal o aparentemente el funcionario actúe en el marco de sus competencias, ya que, de no ser así, cometería el delito más grave del artículo 480 del Código Penal (167 del C. Penal 1995).»

## DETENCIÓN ILEGAL

*De funcionarios de prisiones. Infringiría el «non bis in idem» condenar además por delito de atentado.*

STS de 16 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Se apoyan los recurrentes en la sentencia de esta Sala de 15 de abril de 1991 para sostener que cuando se utiliza violencia sobre los funcionarios de prisiones como medio para facilitar una evasión carcelaria, además del delito de quebrantamiento debe sancionarse también el delito constituido por la referida acción violenta, que los recurrentes califican en el caso actual como atentado.

El motivo no puede ser aceptado. La doctrina de partida es básicamente correcta pues, como señala la sentencia indicada y las de 12 de

noviembre de 1984, 17 de marzo de 1992 y 30 de marzo de 1996, entre otras, cuando concurren varias modalidades agravatorias de las prevenidas en el artículo 335 del CP 1973 (hoy art. 469 CP 1995) una de ellas servirá para cualificar la evasión y si alguna de las demás integra otro delito se sancionarán ambos a través del concurso correspondiente. Pero lo que sucede en el caso actual es que el Tribunal sentenciador ya ha aplicado correctamente dicha doctrina, sancionando por una parte el delito de quebrantamiento de condena en su modalidad agravada del artículo 469 del nuevo Código Penal, y por otra parte un delito de detención ilegal cometido sobre los funcionarios, que se sanciona también en su modalidad agravada, por la concurrencia de la condición de funcionarios públicos de las víctimas, en aplicación del artículo 165 del nuevo Código Penal. En consecuencia constando únicamente en los hechos probados como actos de fuerza e intimidación sobre los funcionarios los integradores de la acción típica ya sancionada de detención ilegal (“atarlos a unas rejas, dejándoles encerrados y privados de libertad, no sin antes anunciarles que les matarían si se desataban”) y valorada ya como agravación específica su condición de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la sanción adicional por un delito de atentado carece de fundamento y resultaría atentatoria al principio “non bis in idem”.

## DETERMINACIÓN DE LA PENA

*Concurrencia de dos atenuantes, una de ellas muy cualificada y una agravante. Reglas 1.ª y 4.ª del artículo 66 del Código Penal.*

STS de 14 de abril de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«A) En cuanto al carácter preceptivo o facultativo de la degradación penológica prevista en la regla 4.ª del artículo 66 del Código Penal: que es preceptiva la rebaja en un grado y facultativa en los dos previstos. En apoyo de este criterio, se tiene en cuenta que la expresión “podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley”, utilizada por el legislador en la regla 4.ª del artículo 66 del Código Penal, es sustancialmente idéntica a la luego utilizada en el artículo 68, referente a los supuestos de apreciación de eximentes incompletas; que la regla 4.ª del artículo 66 del nuevo Código Penal tiene su antecedente inmediato en la regla 5.ª del artículo 61 del Código derogado, con la novedad de que en el nuevo no es preciso para rebajar la pena que “no concorra agravante alguna”; y que la jurisprudencia de esta Sala referente a los arts. 61.5.ª y 66 del Código

Penal derogado (que estimaba, para tales supuestos, el carácter preceptivo de la rebaja en un grado y facultativo en dos) es de aplicación a la norma examinada del nuevo Código Penal (v. SS. de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997, y de 15 de enero de 1998).

B) En cuanto a la aplicación armónica de las reglas 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 66 del Código Penal, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, con alguna agravante: que el Tribunal sentenciador deberá ponderarlas y, si entiende que por la evidente desproporción de su número, por la especial relevancia de las atenuantes o por el carácter privilegiado de alguna de ellas –caso de apreciarla como “muy cualificada”, supuesto equiparable al de la concurrencia de alguna exigente incompleta–, podrá optar por la aplicación de la regla 4.<sup>a</sup>

Entiende este Tribunal que existe una lógica correlación entre la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 66 del Código Penal vigente y la regla 5.<sup>a</sup> del artículo 61 del Código Penal derogado, que, por ello, la jurisprudencia relativa a éste es de aplicación a la nueva norma, y que el legislador, al suprimir la expresión “y no concorra agravante alguna”, que figuraba en el texto derogado, no ha hecho otra cosa que atribuir al juzgador un mayor ámbito legal para la determinación de la pena, en orden a su más perfecta individualización, por cuanto la pena no puede ir más allá de la culpabilidad del sujeto, y esta fundamental exigencia penológica puede ser respetada más adecuadamente con la tesis aceptada por este Tribunal que con la mantenida en el recurso examinado.»

## DETERMINACIÓN DE LA PENA

*El máximo de la pena inferior puede coincidir con el mínimo de la pena superior.*

STS de 19 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«La fijación de la pena en nueve años de prisión y no en nueve años y un día como exigiría el sistema anterior es perfectamente factible, ya que se ha variado sustancialmente el método y manera empleada para establecer y medir las penas imponibles.

En el Código actual se suprimen las escalas graduales contenidas en el texto anterior y se simplifican las reglas para la determinación de la pena superior e inferior en grado. Se ha abandonado el criterio de establecer un tracto sucesivo entre las diferentes clases de penas privativas de libertad que existían en el antiguo Código, si bien más con un carácter nominal que efectivo. Ahora se sigue el sistema de

tramos que confluyen en un determinado punto de llegada o de partida de la pena de prisión.

Así se desprende claramente del tenor literal del propio artículo 70 del nuevo Código Penal, cuando establece que las penas superiores o inferiores en grado se formarán partiendo de las cifras máximas o mínimas señaladas por la ley para el delito de que se trate, y precisamente estas cifras se integran en la nueva pena constituyendo su punto de arranque o de llegada a su punto máximo, de tal manera que el máximo de la pena inferior coincide con el mínimo de la pena superior.»

## E

### ERROR JUDICIAL

*Sobre los hechos. El principio de seguridad jurídica debe evitar que el procedimiento de error judicial se convierta en una tercera instancia.*

STS de 3 de marzo de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El artículo 121 CE establece que “Los daños ocasionados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”. Se proclama en este artículo un derecho de configuración legal que hunde sus raíces en valores, principios y preceptos constitucionales de primerísima importancia: la propugnación de la justicia como valor superior del ordenamiento del ordenamiento jurídico –art. 1.º, 1– la sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico –art. 9.º, 1– la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –art. 9.º, 3– y el rasgo predominante en la regulación de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, propio de un Estado democrático de Derecho, como un sistema de garantías de los segundos frente a los primeros, lo que no es sino lógica consecuencia de la consideración de la dignidad de la persona –art. 10.1– como fundamento del orden político y de la paz social. La LOPJ, en sus arts. 292 a 297, ha cumplido el mandato constitucional configurando el derecho a ser indemnizado de los daños ocasionados por error judicial y el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y ha impuesto, entre otros requisitos de su ejercicio –art. 293.1–, que “la reclamación de indemnización por causa

de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca”. El principio de seguridad jurídica, íntimamente conectado con la institución de la cosa juzgada, exige que no se puede cuestionar interminablemente las resoluciones judiciales una vez agotados los recursos establecidos por la ley; el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de que no se alteren dichas resoluciones sino en los casos y por las vías legalmente determinadas –SSTC 159/1987, 119/1988, 12/1989 y 23/1991–; y el principio de exclusividad de la jurisdicción demanda el más escrupuloso respeto a las decisiones de los Jueces y Tribunales cuando han sido tomadas en el marco de su competencia y al término de un proceso que pueda calificarse como debido.»

## ESCUCHAS TELEFÓNICAS

*Nulidad: Efectos y reflejos sobre toda la investigación policial.*

STS de 19 de enero de 1998: Ponente: Martín Pallín.

«En materia de conversaciones telefónicas, la garantía constitucional del secreto de las comunicaciones se encomienda a los jueces que deben asumir la responsabilidad de acordar su interceptación y de comprometerse en la comprobación del cumplimiento de todas las garantías y precauciones que se deben observar en la práctica de una diligencia tan decisivamente incisiva sobre un derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad. No se salva la constitucionalidad de la medida, por el hecho de la simple intervención inicial del Juez, sino que, se debe exigir que la decisión judicial sea en todo momento motivada, y que se responsabilice el Juez que adopta la medida, de recabar la información del seguimiento cada cierto tiempo, concediendo o denegando la prórroga en virtud de resolución motivada. Pero no terminan ahí las garantías constitucionales, ya que el Juez tiene la obligación de asegurar que el contenido de las conversaciones grabadas corresponde fielmente a lo que consta en las cintas soportes de las conversaciones, encomendando esta misión al Secretario Judicial, que es la única persona que puede autenticar la fidelidad de la transcripción.

La lectura de las actuaciones, desde el atestado inicial hasta su terminación, evidencia de un modo palmario que todo el proceso de la investigación y todas las actuaciones que culminaron con la detención de algunos de los implicados tiene su origen en las escuchas, certeramente desvalorizadas por el órgano juzgador, de tal manera que no sólo de forma indirecta, sino también de manera directa, todo el material acopiado durante la investigación judicial está afectado por el vicio mencionado. No puede desconectarse la intervención policial derivada



de las escuchas telefónicas de la comparecencia en el acto del juicio oral a prestar testimonio ya que todo el conocimiento de los hechos que manifestaron a la Sala sentenciadora venía y tenía su origen en una prueba constitucionalmente inválida, por lo que el efecto reflejo de su nulidad es inexorable y no puede ser obviado. En consecuencia, se estima que no ha existido actividad probatoria suficiente para acreditar la participación del recurrente en los hechos que se le imputan.»

## ESTADO DE NECESIDAD

### *Negativa al cumplimiento del servicio militar.*

STS de 21 de marzo de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«La cuestión de una aplicación analógica del estado de necesidad —como la postulada en la sentencia recurrida— no ha sido admitida en la doctrina moderna relativa a los llamados autores de conciencia. La opinión fundada en la equivalencia de la vida terrenal y la vida eterna ha sido, en general, rechazada por la opinión dominante afirmando que “la vida eterna no es un bien de protección en un Estado ideológicamente neutral”. En la misma línea se ha sostenido que, en todo caso, el cumplimiento de un deber legal no puede ser fundamento de una responsabilidad moral o religiosa cuando no se está obligado a prestar un servicio que necesariamente implique el riesgo real e inminente de afectar bienes jurídicos ajenos.

Otros argumentos favorables a la aplicación analógica del estado de necesidad han hecho referencia a la “perturbación de la personalidad” que se derivaría del incumplimiento del deber en contra de los dictados de la propia conciencia, pero también han sido cuestionados porque, al menos en casos como el presente, no cabe esperar que tal perturbación se produzca.

Consecuentemente, se sostiene que estos casos se deben resolver sobre la base del artículo 16.1 CE, que garantiza la libertad ideológica y religiosa, que, en todo caso, se podría invocar como causa de justificación. En este sentido no cabe, como es lógico, hacer ningún juicio relativo a la corrección o carácter erróneo de la religión o ideología, pues ello importaría poner en duda el carácter ideológicamente neutral del Estado.

Sin embargo, desde esta perspectiva la doctrina admite que en el caso de delitos que afectan bienes jurídicos generales el artículo 16 CE no podría ser invocado como tal causa de justificación (y, cabe agregar por lo tanto, tampoco como eximente incompleta), cuando —entre otros casos— el autor que obra movido por su conciencia frustraría de esa manera el cumplimiento de fines esenciales del Estado. En el caso

de la negativa a la prestación del servicio militar la respuesta es claramente afirmativa y, por consiguiente, no puede ser amparada en el artículo 16 CE, toda vez que se trata de la frustración de una función esencial del Estado.

Ello no obstante, no es posible desconocer que, al menos, la conducta del autor que obra –como en el caso de autos– bajo la presión de sus propias convicciones, que en modo alguno resultan incompatibles con el sistema de valores constitucionales, puede, de hecho, resultar menos reprochable y por lo tanto menos culpable. A partir de estas consideraciones, un importante sector doctrinal afirma con razón la relevancia de la presión de las convicciones en el marco de la individualización de la pena dado que, de todos modos, el autor no ha lesionado ningún bien jurídico de inmediatas repercusiones sobre las personas ni se ha constatado una repercusión material en el funcionamiento de la institución afectada.

Esta es la situación que se da en el presente caso. El Ministerio Fiscal ha planteado correctamente la cuestión de la proporcionalidad de la pena resultante como consecuencia de la menor culpabilidad. Sin embargo, en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el Tribunal de instancia haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (cfr. SSTS de 6 de abril de 1990 y de 30 de abril, 5 de julio y 2 de diciembre de 1991). Como se ha sostenido en tal línea de razonamiento en la STS de 22 de febrero de 1988 “el artículo 9.10.<sup>a</sup> CP 1973 (= art. 21.6.<sup>a</sup> CP) constituye una cláusula general de individualización de la pena que permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor en el caso concreto”.

La aplicación que ha realizado el Tribunal *a quo* no aparece –al menos dentro de los límites que esta Sala puede considerar– como manifiestamente arbitraria y, consecuentemente, la decisión de la sentencia recurrida no puede ser objeto de revisión en casación.»

## ESTAFA

*Disposición de un bien como libre sabiendo que estaba gravado. Engaño genérico.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El delito definido en el artículo 531.2.º del Código Penal de 1973 como una modalidad específica de estafa sanciona a quien dispusiere

de un bien como libre sabiendo que estaba gravado. En el caso actual se pretende por la acusación calificar como delito continuado de estafa la dación en pago de diversos inmuebles hipotecados, constando debidamente la subsistencia de la hipoteca tanto en el Registro de la Propiedad como en las escrituras de transmisión, por el hecho de que el transmitente afirmase que las deudas garantizadas con las referidas hipotecas habían sido satisfechas. Resulta indudable que los referidos hechos no son subsumibles en el artículo 531 C. Penal 1973, ya que no se vende un bien como libre sino con la plena constancia en la escritura de que se encuentra gravado con una hipoteca, pues es bien conocido que la hipoteca no se extingue mientras no se cancele registralmente su inscripción.

Cuestión distinta es que se alegase que la afirmación de transmitente de estar ya abonada la deuda garantizada con la hipoteca constituyese un engaño determinante de una estafa común. Pero tampoco en este caso podría prosperar la tesis de la acusación. En primer lugar, y ya es suficiente, porque la sala sentenciadora estima plenamente acreditado que la parte adquirente era conocedora de que aún no se habían abonado las deudas garantizadas con las hipotecas que gravaban los inmuebles dados en pago para amparar la deuda que el transmitente tenía con la Constructora querellante y adquirente, representando dicha cláusula un compromiso que asumía el querellado de abonar dichas deudas para poder cancelar las cargas, compromiso que se da por cumplido en la escritura, pero que ambas partes sabían que no lo estaba. Y, en segundo lugar, porque no se cumplen ninguno de los demás elementos de la estafa; ni dicha afirmación induce a un error pues era conocido que se trataba de un mero compromiso; ni, en cualquier caso, es determinante de un desplazamiento patrimonial pues lo único que se pretendía era compensar parcialmente una deuda mediante la dación en pago de diversos bienes inmuebles, por lo que la existencia de cargas disminuye el valor de los inmuebles y la cuantía de la compensación, pero su inexistencia no era determinante de la operación; ni hubo en sentido propio desplazamiento patrimonial sino una mera anotación contable en el estadillo interno de pagos y deudas que mantenían la constructora y el promotor querellado; ni, en fin, hubo perjuicio pues la parte querellante mantuvo en dicho estadillo la subsistencia de la deuda sin compensar el valor determinado por dichas cargas, al no haberse acreditado su cancelación, tal y como se expresa en la sentencia impugnada, conservando las acciones correspondientes para reclamar la deuda inicial, sin que se haya consumado el efecto compensatorio.»

**EXIMENTE INCOMPLETA**

*Adicción duradera al consumo de opiáceos.*

STS de 23 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Como se ha dicho por reiterada jurisprudencia de esta Sala, aunque no haya sido posible establecer si el autor ha obrado bajo los efectos del síndrome de abstinencia en el momento de ejecución del delito, el hecho de que la persona se encuentre bajo una severa y crónica adicción al consumo de drogas de efectos tan deletéreos como los opiáceos y la cocaína, alcanza siempre una especial significación y relevancia. En numerosas ocasiones esta Sala ha estimado que la adicción continuada en el tiempo (en el caso presente más de diez años) tiene necesariamente que dañar y erosionar las facultades cognoscitivas y volitivas del afectado, deteriorando su personalidad y colocándole en una situación crónica de disminución de la capacidad de adecuar su conducta a las pautas exigibles, impulsándolo a realizar acciones ilícitas encaminadas a procurarse el dinero suficiente para satisfacer su adicción. Esta compulsión que no es necesario que se manifieste necesariamente en un estado carencial debe ser valorada porque es el producto de la erosión que el sucesivo y continuado consumo de drogas duras produce en la personalidad y por consiguiente la imputabilidad del agente, lo que nos lleva a estimar que ha existido una circunstancia eximente incompleta contemplada en el artículo 21.1.º del Código Penal.»

**EXIMENTE INCOMPLETA**

*Penalidad en el nuevo Código Penal. Obligación de bajar por lo menos un grado.*

STS de 16 de enero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«En relación con la interpretación de la expresión “Los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la Sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen conveniente”, incluida tanto en el artículo 66.4.º como en el artículo 68 del Código Penal de 1995, ha señalado esta Sala en las sentencias número 823/97, de 10 de junio, y número 1386/97 de 17 de noviembre, que “La sustitución de la expresión ‘se aplicará...’ (art. 66 Código Penal 73), por ‘podrán imponer’ (art. 68 Código Penal 95), puede suscitar alguna duda, en el sentido de estimar que en el Nuevo

Código es facultativa no sólo la opción entre rebajar la pena en uno o en dos grados sino también entre rebajarla o no. Sin embargo ha de mantenerse la interpretación tradicional conforme a la cual en las eximentes incompletas es preceptivo rebajar la pena al menos en un grado y facultativo hacerlo en dos, por razones dogmáticas (las eximentes incompletas disminuyen el desvalor del injusto típico o la gravedad del reproche culpabilístico y, en consecuencia, *deben reducir* la pena imponible), sistemáticas (la segunda parte del precepto solamente tiene sentido aceptando la necesidad de reducir la pena al menos en un grado), históricas (es la interpretación congruente con la conceptualización tradicional en nuestro Derecho de las eximentes incompletas como atenuantes privilegiadas o especialmente calificadas tanto por su naturaleza como por sus efectos), y lógicas (la interpretación contraria conduciría al absurdo, pues la eximente incompleta podría tener un efecto atenuatorio nulo, inferior al legalmente prevenido para las atenuantes ordinarias, art. 66.2.º). Por último, pero no por ello menos importante, es la interpretación que se deduce de nuestra doctrina jurisprudencial pues en la aplicación de una expresión idéntica (art. 61.5.º CP 73 ‘cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy calificada los Tribunales *podrán imponer* la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados...’), la jurisprudencia más reciente (SS. de 21 de octubre de 1993, 14 de junio de 1994, 31 de enero de 1995 y 12 de diciembre de 1996) venía entendiendo que ‘la opción se presenta entre rebajar la pena en uno o dos grados, siendo en cualquier caso obligado hacerlo, por lo menos, en un grado’”.»

## F

### FALSEDAD DOCUMENTAL

*Simulación de documento. Posibilidad de incardinarla en la modalidad de falsedad ideológica. Falsedad material.*

STS de 30 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

Nota: Por su interés conviene consultar la sentencia completa que no reproducimos debido a su extensión. Hay un voto particular.

«En primer lugar se ha cuestionado que el supuesto de la simulación de documento que pueda inducir a error sobre su autenticidad

(art. 302.9.º CP 1973 – 390.1.2.º CP), desde el punto de vista de su extensión, alcance a los particulares. Ya durante la vigencia del artículo 302.9.º CP 1973 (= art. 390.1.2.º CP) la doctrina había expresado, en primer término, sus reservas respecto de la posibilidad de aplicar dicha disposición a los hechos cometidos por particulares. En este sentido se afirma que “la peculiar estructura del tipo del artículo 303 excluye, en consecuencia, la simulación de documentos constitutiva del número 9 del artículo 302 del ámbito de las falsedades (...) susceptibles de ser cometidas por un particular” y que “tampoco resulta verosímil que un particular pueda cometer la falsedad relatada en el número 9 del artículo 302 CP”. También se sostuvo que la “declaración documental falsa hecha por un particular en escrito que firma con su propio nombre” (...) “por ser falsificación de documento privado” no está alcanzada por el artículo 302 CP 1973.

Tampoco ha sido considerado claro en la doctrina si, suponiendo que el número 9 del antiguo artículo 302 CP 1973 fuera aplicable a los particulares, la hipótesis podía alcanzar casos de falsedad ideológica. Por lo general la doctrina consideró que el número 9 del artículo 302 contenía, lo mismo que ahora el artículo 390.1.2.º CP, en el caso de ejecución por un particular, sólo un supuesto de *falsedad material*, lo que significa que no alcanza las falsedades meramente ideológicas.

En la jurisprudencia la aplicación autónoma del número 9 del artículo 302 CP 1973 nunca fue totalmente clara y se redujo, por lo general, al caso de impresos con espacios en blanco, en los que el documento sirve para constatar un hecho (p. ej. la persona beneficiaria de una receta oficial), y al de letras de cambio que no eran consecuencia de un negocio jurídico (extracartular) real. Precisamente la extensión de los casos de simulación de un documento a las letras de cambio fue criticada en la doctrina porque tal punto de vista contradice la naturaleza jurídica misma de la letra de cambio dado que ésta crea un derecho (cartular) por sí y en modo alguno constata la existencia de otro acto jurídico, diferente de ella misma, del cual surge la deuda. La letra es un negocio jurídico por sí misma.

La idea en la que se apoyó esta jurisprudencia surge claramente de las SSTs de 22 de diciembre de 1945; 28 de octubre de 1958 y 2 de marzo de 1959, entre otras, en las que el Tribunal Supremo sostuvo como premisa que el artículo 302.9.º CP (introducido en 1944) no suponía un supuesto autónomo que ampliaba el ámbito de la falsedad documental punible, sino que, en realidad, las restantes hipótesis del artículo 302 ya contenían casos que se superponían con el nuevo número 9 de dicho artículo. Este punto de vista es el que permite explicar que el Tribunal Supremo considerara aplicable el número 9 a

los casos de letras de cambio de favor, pues evidentemente entendía que eran un caso de falsedad ideológica del artículo 302.4.º CP Ello explica también que el número 9 del artículo 302, por lo general, era citado en relación a algún otro número del artículo 302 CP 1973.»

## FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL

*Despenalización de la falsedad ideológica. Posibilidad de subsumir la falsedad ideológica en la falsedad material. Caso Argentina Trust.*

STS de 26 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«En última instancia, lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que son la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja. En relación con esta última, no debe perderse de vista que, según el artículo 1.218 del CC “los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste”, aunque “también harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”. Por su parte, el documento privado –art. 1.225 CC– tiene “el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes” aunque, su fuerza probatoria es mayor en los casos y con los límites que se prevén en el artículo 1.227 CC. Como en la vida jurídica sólo puede incidir con plenitud de efectos lo que queda probado frente a terceros o “erga omnes”, se deduce fácilmente de los mencionados preceptos que la falta de veracidad en que puedan incurrir los particulares cuando declaran ante el funcionario que autoriza un documento público u oficial o cuando redactan un documento privado –y un documento mercantil no autorizado por funcionario público es privado aunque tenga la protección penal del documento público– no puede normalmente dar lugar a una falsedad penalmente típica. Todo ello quiere decir que la “despenalización” de la falsedad ideológica cometida por particulares, como ponen de manifiesto, entre otras, las SS. de 18 de marzo de 1991, 24 de julio de 1992 y 5 de mayo de 1995, todas anteriores a la reforma, tiene de innovación bastante menos de lo que parece.

Es conveniente, con todo, hacer notar, que el aplicador del derecho, especialmente el que sólo está sometido al imperio de la ley, debe

ponerse en guardia frente a la tentación de continuar teniendo por punible una conducta que ha sido despenalizada, mediante el expediente de incardinarla en un tipo penal análogo que subsiste tras el cambio normativo. Esta tentación puede venir propiciada, en las falsedades, por la técnica tradicionalmente seguida por el legislador, que ha determinado frecuentemente en el intérprete una cierta confusión entre determinadas modalidades falsarias —como si algunas de ellas fuesen intercambiables— y la difuminación, a veces, de la diferencia que existe entre la falsedad material que afecta al documento mismo y la falsedad ideológica que afecta a su contenido. Es posible que un cambio normativo como el que ha supuesto la despenalización de la falsedad ideológica, cuando es cometida por particulares, obligue a un mayor rigor interpretativo y a profundizar en la distinta naturaleza de una y otra clase de falsedad. Aunque no es ésta la ocasión de abordar el problema en toda su complejidad, sí hemos de decir que la pretensión de que continúa siendo típica la falsedad, cometida por un particular, que afecta exclusivamente a los hechos que se narran en el documento, mediante la subsunción sustitutoria de la acción en el tipo que consiste en simular en todo o en parte un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, supone volver a penalizar una falsedad ideológica convirtiéndola a tal efecto en falsedad material. Porque falsedad ideológica es, en la generalidad de los casos, faltar a la verdad en la narración de los hechos y falsedad material, por el contrario, es simular en todo o en parte un documento. Este desplazamiento del hecho desde el tipo en que era claramente subsumible —y donde ya no lo puede ser por la soberana decisión del legislativo— a otro al que se atribuye así, en cierto modo, la función de una “cláusula de cierre”, presenta riesgos innegables desde la perspectiva del principio de legalidad y de la obligada interdicción de toda extensión analógica de una norma penal.»

## FALSEDAD IDEOLÓGICA

### *Destipificación.*

STS de 30 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«En la actualidad la doctrina mayoritaria viene sosteniendo, de acuerdo con lo ya afirmado por los clásicos, que las falsedades ideológicas sólo serán punibles cuando son cometidas por un autor obligado a decir verdad respecto de los hechos que constata en el documento, es decir, básicamente en el caso de los funcionarios. Consecuentemente, las mentiras escritas de un particular en documento



privado no pueden dar lugar a falsedad ideológica punible alguna porque no existe ninguna norma que imponga al particular que confecciona un documento, por él mismo suscrito y asumido, decir la verdad por escrito. Por tal razón el derecho civil establece que el documento privado no prueba la verdad de lo declarado en él por las partes (art. 1225 C.Civ.).

En este sentido en la sentencia de esta Sala 776/97, de 31 de mayo de 1997, se ha sostenido que “la posición actual de esta Sala está bien reflejada en la sentencia de 18 de marzo de 1991 en la que se declara que ‘no habrá falsedad cuando no se afecten las funciones esenciales del documento, es decir, la función de perpetuación (fija la manifestación de voluntad de alguien), la función probatoria (permite probarla) y la función de garantía (permite identificar al autor de la declaración de voluntad)’ (...)”. De allí se deduce en la citada sentencia que no comete delito de falsedad en documento público (en el caso una escritura pública) el particular que efectúa ante el notario una declaración mendaz (cfr. F.º J.º 7.º).»

## FALSEDAD

*Documento oficial. Pasaporte falsificado en el extranjero, por extranjero. No es competente la jurisdicción española.*

STS de 6 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Se trata, pues, de un posible delito de falsedad en documento oficial cometido por extranjero en el extranjero. Para justificar su pronunciamiento condenatorio, el Tribunal de instancia argumenta que el delito es perseguible en España porque así lo autoriza el principio de universalidad, y el Ministerio Fiscal, para fundar su impugnación del recurso, invoca también el principio de defensa. Ninguno de dichos principios es de aplicación en el caso. Los principios en cuya virtud se atribuye a los Juzgados y Tribunales españoles jurisdicción en el orden penal son los de territorialidad, personalidad, defensa y universalidad, regulados respectivamente en los cuatro apartados en que aparece dividido el artículo 23 LOPJ. Descartada la posibilidad de hacer entrar en juego en este caso los principios de territorialidad y personalidad por cuanto el hecho no se cometió en territorio nacional ni su autor es español, nos quedan los de defensa y universalidad. El primero no es aplicable porque las falsedades cometidas por extranjeros fuera del territorio nacional de que puede conocer la jurisdicción

española en virtud de dicho principio son exclusivamente las especificadas en las letras d), e) y f) del apartado 3 del artículo citado, en ninguna de las cuales puede ser incluida la falsedad realizada en documento de identidad extranjero, a no ser que demos al concepto “perjuicio directo al crédito o intereses del Estado” un sentido y una amplitud incompatibles con las más elementales reglas que deben inspirar la interpretación de las normas penales. Y el segundo tampoco lo es porque la única falsedad que el apartado 4 del mismo artículo considera sometida a la jurisdicción española, cualquiera que sea el lugar donde se haya realizado, en virtud del principio de justicia universal, es la falsedad de moneda extranjera. Hay que concluir que el reproche que en este motivo se hace a la Sentencia recurrida está cargado de razón porque, en el particular que hemos examinado, el Tribunal de instancia ha actuado con una manifiesta falta de jurisdicción, lo que convierte a la Sentencia en nula de pleno derecho y así hemos de declararlo.»

## FALTA DE CLARIDAD DEL HECHO PROBADO

STS de 14 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«En el desarrollo del motivo, se confunden continuamente los aspectos formales que afectan a la claridad del hecho probado y cuestiones de fondo referidas a omisiones o errores que tienen otro cauce casacional para ser invocados.

Utilizando la misma jurisprudencia invocada por la parte recurrente, conviene recordar que, el defecto formal denunciado existe, cuando la narración fáctica es oscura e ininteligible en todas sus partes o en algunas de ellas o está redactada en términos de ambigüedad o imprecisión, siempre que tales defectos sean determinantes de la calificación penal asignada a los hechos probados. En todo caso, la falta de claridad no permite integrar de manera puramente voluntarista el relato de hecho, sino que produce como consecuencia la anulación de la sentencia para que se corrija el defecto y se proceda a dictar una nueva salvando las carencias lingüísticas que le hacen incomprensible.»

# I

## INCUPLICACIÓN

*En el Procedimiento Abreviado.*

STS de 24 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«De acuerdo con la STC 290/1993 (que condensa la doctrina expuesta en las SSTC 135/1989, 186/1990, 128/1993, 129/1993, 152/1993 y 273/1993) en el proceso penal abreviado “no puede clausurarse una instrucción sin haber puesto en conocimiento del imputado el hecho punible de que tratan las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos [...] y haberle permitido alegar frente a la imputación.” De estas consideraciones surge que lo exigido es que el acusado haya tenido durante la instrucción conocimiento de la imputación, de sus derechos y de ejercer su defensa. En modo alguno se exige en estos precedentes que la imputación o inculpación haya tenido la forma *ad solemnitatem* de auto.

En la presente causa, los recurrentes fueron advertidos e instruidos en la forma prevista en el artículo 789.4.º LECrim. según se desprende de las actas de sus primeras declaraciones obrantes a los folios 148 y 234 de las diligencias previas. Por otra parte, en tanto los recurrentes limitan su denuncia a la omisión de una declaración formal de la inculpación en forma de un auto, no se ha especificado que durante dichas diligencias se les haya impedido de alguna manera ejercer su derecho de defensa o que se les haya ocultado el contenido de las imputaciones que pesaban sobre ellos.»

## INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS

*Procurador de los Tribunales.*

STS de 12 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Descartado, pues, que se haya infringido, por falta de aplicación, el artículo 467.2 del CP vigente, quedamos ahora por ver si, como se sostiene en el apartado 1 del único motivo del recurso, ha sido indebida la subsunción del hecho en el tipo penal previsto en el artículo 465.1. Puede decirse que el tipo en cuestión ha aparecido por primera vez con el CP de 1995, toda vez que bajo la antigua legalidad la infidelidad en la custodia de documentos era un delito especial que, en principio, sólo podría ser cometido por funcionario público, si bien

el artículo 366, párrafo segundo, del CP derogado, extendía en determinados supuestos a los particulares –entre los cuales se encontraban naturalmente los procuradores– las penas que en dicho artículo y en los dos anteriores se establecían para los funcionarios infieles. La novedad del precepto –cuya aplicación al caso no tiene, por cierto, carácter retroactivo, ya que la ocultación de los autos enjuiciada se mantuvo después de la entrada en vigor del CP de 1995– obliga a iniciar una tarea interpretativa para la que, lógicamente, hemos de aprovechar la doctrina elaborada en el pasado en torno al artículo 364 del CP derogado. De acuerdo con dichos precedentes, la forma comisiva de la infidelidad en la custodia de documentos o actuaciones descrita con el verbo *ocultare*, en la que ha sido incardinada la conducta del procesado, no sólo debe abarcar la acción del abogado o procurador que consiste en “esconder un documento en algún lugar donde difícilmente pueda ser hallado”, sino también la que adopta la forma más sinuosa de “guardar o no entregar o, incluso, dilatar indefinida e insensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino”, como se dice en las SS, de esta Sala, de 26 de junio de 1990, 9 de octubre de 1991 y 9 de diciembre de 1992. Venía a aceptarse por la jurisprudencia, de esta forma, la comisión por omisión del delito cuestionado y esta posibilidad debe entenderse que subsiste hoy a la luz del artículo 11 del nuevo CP, puesto que el resultado característico de la infidelidad en la custodia de actuaciones o documentos –la obstrucción a la Administración de Justicia– puede producirse o causarse por la mera falta de entrega de aquéllas siempre que se infrinja el deber jurídico especial que pesa sobre abogados y procuradores. Por otra parte, es evidente que la inexistencia en el artículo 465 del CP vigente de toda alusión a una eventual forma de comisión culposa, puesta en relación con el mandato del artículo 12 del mismo texto, ha venido a confirmar la corriente últimamente dominante en la jurisprudencia –STS, entre otras, de 21 de febrero de 1995– que sostenía la índole constitutivamente dolosa del delito de infidelidad en la custodia de documentos.»

## INMIGRACIÓN ILEGAL

### *Tráfico ilegal.*

STS de 5 de febrero 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«A esta constatación hay que añadir que el bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migracio-

nes laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la Ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida.»

## INSPECCIÓN OCULAR

### *Inmediación.*

STS de 8 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«Es claro que la inspección ocular es una diligencia judicial de prueba para la que rige el principio de inmediatez y que, por lo tanto, no puede ser delegada o reemplazada por la realizada por la policía en el atestado policial. Sobre todo este reemplazo resulta inadecuado cuando el funcionario policial que ha practicado la diligencia no ha acompañado, como es práctica policial habitual, documentación fotográfica de los rastros de los hechos y de los instrumentos que se sospechan utilizados en la perpetración de los mismos sin que haya existido impedimento alguno para hacerlo. Si a ello se agrega que el policía que practicó la inspección ocular en la iglesia no ha comparecido en el juicio y que la prueba documental no fue leída en el mismo, sino —en contra de lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala— se ha tenido por reproducida con vulneración del principio de publicidad, resulta claro que la prueba del hecho base del indicio deducido de la tenencia de los destornilladores no se puede considerar legalmente acreditada.»

## J

### JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY

*Tramitación de la causa por el Juzgado que autorizó las escuchas telefónicas y no por el del lugar donde fue ocupada la droga.*

STS de 19 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Según consta en las operaciones, la droga fue aprehendida en un lugar que pertenece a un partido judicial distinto del Juzgado de Instrucción que ha realizado todas las actuaciones y culminado la investigación. En consecuencia, la parte recurrente planteó, como cuestión previa, al amparo del artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la relativa al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, solicitando que el Juzgado instructor declinase su competencia en favor del Juzgado donde se ocupó la droga.

Con fecha 23 de abril de 1993, las representaciones de los otros dos acusados y no la del actual recurrente, presentan escritos ante el Juzgado de Instrucción que inicialmente conocía de las actuaciones, para que declinase la competencia en favor del Juzgado de la localidad donde se había ocupado la droga y practicado las detenciones.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, después de establecer en el artículo 8, que la jurisdicción criminal es siempre improrrogable, desarrolla una serie de reglas por las que se determina la competencia, disponiendo que el fuero preferente en materia penal es el del lugar de comisión del hecho delictivo (*forum delicti comissi*) y contempla una serie de normas subsidiarias que entraran en juego cuando no conste el lugar donde se haya cometido un delito o falta.

Como señala la sentencia recurrida, en el caso presente, además de un delito contra la salud pública, nos encontramos ante la existencia de un delito de contrabando y una falsificación de documentos oficiales y, por otro lado, el descubrimiento de la existencia de la trama organizada para la entrada de la droga en España tiene lugar en el territorio del Juzgado que ha conocido desde el principio de las actuaciones que, como se ha dicho, concedió las autorizaciones para las intervenciones telefónicas y para las entradas y registros. Ahora bien, el delito de tráfico de drogas es un tipo de peligro abstracto que se consume desde el momento en que la droga es puesta en circulación, con un destino determinado y su persecución puede iniciarse en cualquier fase de este proceso de tráfico o transporte. En todo momento intervino el Juzgado de Instrucción que ha tramitado las diligencias y, el Juzgado del lugar

de la aprehensión de la droga, se limitó a iniciar unas diligencias indeterminadas que no se concretaron en ninguna otra actuación judicial.

El artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial sanciona, con nulidad de pleno derecho, los actos judiciales que se hayan producido con manifiesta falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, lo que no es el caso presente, en cuanto que, tanto funcional como objetivamente, el Juzgado que llevó las actuaciones estaba habilitado para ello. Al tratarse, por tanto, de una supuesta irregularidad en cuanto a la competencia territorial, nos encontraríamos ante el número 3.º del citado artículo 238, lo que nos lleva a considerar que, solamente es posible la nulidad por prescindir absolutamente de las normas esenciales de procedimiento, cuando efectivamente se haya producido indefensión, lo que no ocurre en el caso presente.»

## L

### LEGITIMA DEFENSA

*Legítima defensa de un tercero. Proporcionalidad. Necesidad racional del medio empleado en la defensa.*

STS de 16 de febrero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«En efecto, la existencia de la agresión no depende de las consecuencias que haya tenido para el agredido, sino del peligro para los bienes jurídicos a los que aquélla iba dirigida. De lo contrario, toda defensa exitosa no tendría sino el efecto de eliminar la agresión. En el presente caso, la agresión tiene una doble dirección, que olvida señalar la acusación particular; por un lado, el occiso mantenía un cuchillo apoyado en el cuello del empleado de la joyería y esa sola circunstancia ya es constitutiva de una agresión ilegítima, pues constituye la violencia propia del robo y ponía el dinero en peligro de pérdida inminente, con lo que cumple con los requisitos exigidos para la agresión que es presupuesto de la defensa de los bienes (art. 8.4.º, primera, CP 1973, artículo 20.4.º, primera, CP); por otro lado, se da una agresión directa al acusado cuando éste, ya ejercía la defensa del tercero y de los bienes. Es en este momento en el que la agresión con el cuchillo dirigida al cuerpo, y especialmente a zonas del cuerpo, como la cara, respecto de las cuales generaba un grave peligro, en el que se produce el primer disparo, que impacta al agresor en el abdomen, pero

que no logra contener el acometimiento. Es durante el forcejeo que allí comienza cuando el acusado, que soportó nuevas lesiones producidas con el cuchillo, dispara nuevamente. En estos tres momentos también se dan todos los elementos de la agresión, dado que se trata de acometimientos con arma blanca dirigidos al cuerpo del que se defiende y que, por lo tanto, generaban un peligro totalmente injustificado para el dependiente y para el que intentaba defenderlo.

Se debe señalar además que la justificación de la defensa, en principio, no depende de la proporcionalidad entre el mal causado al agresor y el que éste hubiera podido causar al agredido. El fundamento de la justificación es, precisamente, la falta de derecho del agresor. Ciertamente con el correr del tiempo la idea de que lo lícito no debe ceder a lo ilícito ha ido sufriendo limitaciones que algunos autores llaman "limitaciones éticas de la legítima defensa". Pero, en verdad, ninguna de esas limitaciones se dan en el presente caso, dado que la agresión no era insignificante, que no existe ninguna constancia de que el agresor fuera incapaz de culpabilidad o de que entre agresor y agredido existiera una estrecha relación de convivencia.

Consecuentemente, lo que se debe comprobar en el caso que juzgamos es la necesidad racional del medio empleado, no la proporcionalidad de los bienes afectados por la defensa y los que se hubieran podido afectar por la agresión. La legítima defensa no es un supuesto específico del estado de necesidad, sino un justificante sui generis. La necesidad racional hace referencia, por el contrario, en primer lugar, a que no exista otra posibilidad menos dañosa para impedir la agresión y, en segundo lugar, a la adecuación del medio, en el sentido de medio adecuado para impedir la agresión dentro de los límites de la necesidad.

En este sentido, en el presente caso, no cabe duda de la necesidad racional del medio empleado, pues para impedir un ataque que podría haber sido mortal, de un hombre joven y fuerte, el acusado, que no es joven y que tiene mucha menos fuerza que su agresor, tenía que lograr con el arma paralizar al agresor. Naturalmente que se podría imaginar, en abstracto, una acción defensiva que en lugar de la muerte hubiera producido lesiones que inmovilizaran temporalmente al atacante. Pero el juicio sobre la posibilidad de otros comportamientos alternativos a los fines de establecer la necesidad racional del medio empleado, debe tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho y, por lo tanto, también la urgencia y los riesgos que un fallo en la acción defensiva, que permitiera la continuación de la agresión, tendría para el agredido. A partir de estas consideraciones es indudable que en el presente



caso la acción del agredido cumple con las exigencias del segundo requisito de la legítima defensa.»

## P

### PREVARICACIÓN

*La expresión «arbitraria» del nuevo Código Penal se corresponde con el criterio restrictivo con que la Sala venía interpretando la «injusticia» de la resolución.*

STS de 27 de enero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El delito de prevaricación sancionado en el artículo 358.1.º del anterior Código Penal exigía como requisito esencial el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, siendo constante la doctrina de esta Sala al determinar que la “injusticia” de la resolución no se identifica con su ilegalidad, es decir, con el dato de que la resolución no sea conforme a Derecho –lo que podría conllevar su anulación por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no exige su criminalización– sino que el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas resoluciones que, de modo flagrante y clamoroso, desbordan la legalidad vigente.

El nuevo Código Penal (art. 404), ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, calificando de “arbitrarias” las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón o las Leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor y su manifiesta contradicción con la justicia es lo que caracterizan el acto arbitrario, por lo que no basta la mera ilegalidad sino que se precisa un “plus” de antijuricidad, que es lo que justifica la intervención del Derecho Penal más allá del control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.

De forma más clara no lo ha podido expresar esta Sala cuando en sentencia número 157/1997, de 3 de marzo, señala que para sancionar por el delito de prevaricación “hemos de hallarnos ante una infracción de la norma administrativa a la que sean inherentes las notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa, y hasta en expresión de alguna resolución, grosera o esperpéntica”.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

### *Concreción del contenido de la acusación.*

STS de 12 de enero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del artículo 793.7 LECrim. que concede al Juez o Tribunal, “cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena”, la facultad de “conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes”. En el juicio oral que precedió a la sentencia recurrida, las defensas de quienes hoy son recurrentes, al tener conocimiento de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal –en las que, como hemos dicho, no se alteraron los hechos que servían de base a la acusación– se limitaron a pedir una breve suspensión del acto para acomodar sus tesis defensivas al nuevo título de imputación y, concedida aquélla, elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas sin formular protesta contra la pretendida vulneración del derecho a ser informado de la acusación ni alegar la indefensión que ahora, extemporánea e infundadamente, intentan convertir en motivo de casación.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

### *Hechos probados que vulneran el principio acusatorio.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Como puede comprobarse por la lectura comparada de los dos apartados precedentes, la Sala sentenciadora condena al recurrente por unos hechos sobre los que el Ministerio Fiscal no había formulado acusación. Al mismo tiempo se debe resaltar que la descripción de los hechos que se le imputan adolecen de una gran vaguedad e imprecisión al referirse a ventas de estupefacientes realizadas a lo

largo de todo el año 1992, cuando la acusación pública había concretado los hechos solamente al día 19 de diciembre de 1992.

El principio acusatorio tiene una doble formulación en nuestro texto constitucional. El artículo 24 de la Constitución proclama el derecho a ser informado de la acusación que se dirija contra una persona, así como el derecho a un proceso con todas las garantías. En nuestro sistema procesal, que camina con pasos sucesivos hacia un sistema puramente acusatorio, la deducción de la pretensión penal formulada en el escrito de calificación provisional y concretada de manera definitiva en las conclusiones que se formulan al término de la prueba practicada en el juicio oral, vincula al órgano juzgador y delimita el ámbito de actuación en el que tiene que moverse para redactar la sentencia que pone fin al proceso.

La vigencia del principio acusatorio requiere una determinada correlación, subjetiva y objetiva, entre la acusación y la parte dispositiva de la sentencia. La correlación subjetiva concurre en el caso presente ya que la acusación se dirigió, desde el principio, contra el recurrente que ha ocupado siempre y en todo lugar la condición de sujeto pasivo del proceso. Pero lo que ha fallado definitivamente en el presente proceso es la adecuada correspondencia objetiva entre los hechos que fueron objeto de acusación y los que se declaran probados en la sentencia. El componente objetivo de la acusación se plasma en el hecho punible que constituye el presupuesto básico del ejercicio de su pretensión punitiva. No solamente no existe similitud entre el hecho histórico que fue objeto de acusación y lo declarado probado en la sentencia, sino que nos encontramos ante un acontecimiento totalmente novedoso y sorpresivo que ha sido introducido en la relación de hechos probados sin que la única parte acusadora lo hubiera invocado.

Se desborda el contenido de la acusación, de manera que se ha ido más allá de la fórmula prevista en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que parte del respeto al hecho justiciable y no admite la posibilidad de modificar su estructura básica, ya que sólo es posible plantear cuestiones jurídicas sin adentrarse en tareas acusatorias consistentes en la ampliación objetiva de los hechos.

El Tribunal Constitucional no sólo ha considerado el principio acusatorio como un derecho fundamental sino que lo eleva a valor superior del ordenamiento jurídico, al considerarlo como una expresión del valor justicia. Numerosas resoluciones de este Alto Tribunal han venido a establecer, como sucede con la sentencia 20/1987, que condenar a un procesado por unos hechos que no fueron objeto de acusación constituye una violación de una de las garantías principales

del proceso penal, configurada en nuestra Constitución como derecho fundamental de todas las personas.

En consecuencia, procede anular la sentencia declarando que el hecho por el que ha sido condenado el recurrente no ha tenido entrada en el debate y no ha sido recogido por la parte acusadora y, por lo tanto, no puede figurar en el relato fáctico, lo que conlleva la necesaria absolución del acusado por este hecho concreto que, por otra parte, es el único por el que ha sido condenado.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

*Indefensión. No hay vulneración cuando ambas calificaciones jurídicas fueron objeto de debate en el juicio oral.*

STS de 23 de enero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Lo relevante a efectos de indefensión es determinar si acerca de la concurrencia del referido ánimo específico se produjo el adecuado debate en el juicio que posibilitase la defensa de los acusados en relación con este elemento subjetivo del tipo. De ello no hay duda en el caso actual pues precisamente este ánimo de hacerse pago era el que sostenían las defensas —con independencia de que, formalmente, unas formularan conclusiones jurídicas en dicho sentido con carácter definitivo y otras no— y sobre la concurrencia de dicho ánimo de hacerse pago giró la totalidad del debate probatorio (proposición de documentos acreditativos de la existencia de la deuda) y jurídico en el juicio. Al tratarse de un hecho delictivo único con pluralidad de partícipes, la calificación jurídica introducida formal y expresamente en el debate por la defensa de dos de los acusados implicaba necesariamente a la totalidad de los mismos. Siendo, en consecuencia, objeto expreso y formal de debate en el acto del juicio la alternativa entre la calificación más grave de extorsión y la más benévola de realización arbitraria del propio derecho, la aceptación por la Sala de esta opción más favorable para los acusados no vulnera, en modo alguno, el principio acusatorio.»

## PRINCIPIO ACUSATORIO

*Posibilidad de imponer pena superior a la solicitada por las acusaciones.*

STS de 15 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Con anterioridad a la reforma de 1988 que introdujo el procedimiento abreviado, tanto el Tribunal Constitucional (STC 17/1988, de

6 de febrero, y STC 189/1988, de 17 de octubre), como esta misma Sala (sentencia de 26 de febrero de 1985), entendían que el principio acusatorio no impide que la resolución judicial imponga una pena superior a la solicitada por la acusación, bien remediando errores de la acusación (si ésta ha omitido solicitar penas forzosamente vinculadas al tipo en cuestión o ha pedido penas inferiores a las legalmente procedentes), bien haciendo uso de sus facultades legales de individualización de la pena dentro de los márgenes correspondientes a la pena legalmente determinada para el tipo penal objeto de calificación acusatoria y debate en el proceso. “Pues el Juez está sometido a la Ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, según su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito” (STC 17/1988, de 17 de febrero).

Con posterioridad a la reforma, la sentencia de esta Sala de 7 de junio de 1993, entendió que la limitación legal (“no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones”), tiene un sentido más restrictivo que no limita exclusivamente imponer pena de categoría superior (prisión menor cuando se solicitó arresto mayor, por ejemplo), sino cualquier *quantum* punitivo que exceda de lo solicitado. La doctrina mayoritaria de esta Sala, no obstante, con la inflexión de la citada sentencia de 7 de Junio de 1993, viene entendiendo que en su función individualizadora de la pena el Tribunal no está “encorsetado” por el límite cuantitativo marcado por las acusaciones, siempre que se mantenga en el marco punitivo señalado por la Ley (sentencia 824/1996, de 31 de octubre, y sentencia de 12 de julio de 1995, entre otras muchas). Las sentencias 813/1996 y 824/1996, ambas de 31 de octubre, y 610/1997, de 5 de mayo, reiteran este criterio.»

## PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

STS de 30 de enero de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«El derecho fundamental a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular. Así resulta del artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (“Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”); del artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, según el

cual “toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley”; y del artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, conforme al cual “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”. De tales textos resulta la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado y así se declara en la jurisprudencia tanto del TC (SS, entre muchas, 31/1981, 107/1983, 17/1984, 76/1990, 138/1992, 303/1993, 102/1994 y 34/1996) como de esta Sala (por todas, la reciente STS 473/1996, de 20 de mayo); lo que es consecuencia de la norma contenida en el artículo 1251 del Código Civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza de *iuris tantum*.

Su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término “culpabilidad” (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (SSTS, entre otras, de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993 y 1684/1994, de 30 de septiembre). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (SSTC, entre varias, 195/1993, y las en ella citadas).

Sólo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las condiciones siguientes: 1. Que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente conforme requiere el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2. Que se practique en el plenario o juicio oral, o en los supuestos de prueba anticipada o preconstituida, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (SSTC 76/1990, 138/1992, 303/1993, 102/1994 y 34/1996).

Supone en trance casacional (o, en su caso, de amparo constitucional), si se cumplen las anteriores exigencias, únicamente la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que incumbe privativamente al Tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de lo dispuesto en los artículos 117.3 de la Constitución y 741 de la LECrim.»

**PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO**

*No cabe la presunción de inocencia.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«El Ministerio Fiscal alega que los indicios concurrentes deben estimarse suficientes para deducir razonablemente la voluntaria y consciente colaboración del acusado en una operación de introducción de droga en nuestro país, consistiendo dichos indicios en el hecho de que fue a recoger el paquete, en que éste viniese dirigido a su nombre y dirección, así como en el elevado valor de la mercancía que hace improbable que pueda ser confiada a un extraño a la operación de tráfico. Asiste razón al Ministerio Público en que estos indicios, en cuanto tales, podrían justificar razonablemente una resolución condenatoria, por lo que en el supuesto de que el Tribunal sentenciador hubiese obtenido de ellos, en contraste con las manifestaciones del acusado, la suficiente convicción, no cabría apreciar vulneración alguna de la presunción constitucional de inocencia.

Pero la argumentación expuesta no funciona igualmente en el sentido inverso, precisamente por la vigencia del principio constitucional de presunción de inocencia, y de su corolario *in dubio pro reo*.

Si, pese a la existencia de indicios en principio suficientes, el Tribunal sentenciador, que valora con inmediación la prueba practicada apreciándola según su conciencia, no obtiene una convicción carente de duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado, al contrastar dichos indicios con las manifestaciones exculpatorias del mismo, la correspondiente sentencia absolutoria no puede ser revocada por este Tribunal casacional, pues no se puede sustituir la falta de convicción para la condena del Tribunal sentenciador. No existe un principio de presunción de inocencia invertida, que pueda favorecer a la acusación frente a las sentencias absolutorias fundadas en la falta de convicción suficiente del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado.»

**PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO**

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Sobre este aspecto de la cuestión, encontramos en la sentencia recurrida un párrafo que, por revelar un estado anímico en el Tribunal que no es de certeza, nos obliga a estimar en parte este motivo de casación. Dícese en el párrafo a que nos referimos que “entra entre lo proba-

ble que no conociera –la procesada– con total precisión cuál era la específica naturaleza de la sustancia que transportaba”. Esto sólo puede significar una cosa: que el Tribunal ha dudado si la procesada, dando por supuesto que sabía transportaba droga en la ocasión de autos, sabría también que la droga era precisamente heroína. Pues bien, si pese a esta duda, la ha considerado responsable de un delito de tráfico de dicho estupefaciente, ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia en tanto la condena se ha asentado, en un concreto particular de la misma, sobre una duda y no sobre un juicio de certeza. El principio *in dubio pro reo*, interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no tiene sólo un valor orientativo en la valoración de la prueba sino que envuelve un mandato: el de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza. El Tribunal no tiene obligación de dudar ni de compartir las dudas que abriguen las partes, pero sí tiene obligación de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él. Es de este modo como el principio *in dubio pro reo* revela su íntima conexión con el derecho a la presunción de inocencia.»

## PRISIÓN PREVENTIVA

*Imposibilidad de abonar la prisión preventiva sufrida en causa por la que fue absuelto a delitos cometidos tres años después.*

STS de 23 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«La parte recurrente deriva la cuestión hacia el campo constitucional y sostiene que la Sala de instancia no ha aplicado el artículo 14 de la Constitución ni la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ha violado el principio de igualdad en la ejecución de no abonarle la pena privativa de libertad por el tiempo de prisión en el que estuvo detenido en el otro proceso anterior. Considera que se trata de una cuestión de justicia y que la no concesión de este beneficio introduce una forma de desigualdad en el tratamiento penal, ya que no encuentra razones objetivas para mantener lo contrario.

El artículo 33 del anterior Código Penal disponía el abono del tiempo de prisión preventiva sufrido por el delincuente durante la tramitación de la causa para el cumplimiento de la condena, añadiendo además que el abono se producirá cualquiera que sea la clase de la pena impuesta. El precepto tiene su antecedente más inmediato en el Código Penal de 1932 ya que, en la mayoría de los Códigos decimonó-



nicos, no se reconoce el abono de la prisión preventiva, con la salvedad de algunas disposiciones especiales (Reales Decretos de 9 de octubre de 1853 y de 2 de noviembre de 1879) en las que se regulaba de forma muy restrictiva y limitada en cuanto a su duración. Por Ley de 17 de enero de 1901 se reconoce de forma limitada y de allí pasa al Código de 1928 y finalmente al de 1932.

La restrictiva redacción del precepto fue objeto de sucesivas ampliaciones interpretativas por la jurisprudencia de esta Sala, ya que no sólo se consideraba aplicable el abono de prisión preventiva a la pena impuesta en la causa en la que se acordó, sino también a otras penas impuestas en procesos diferentes, pero siempre que se tratase de hechos anteriores al ingreso en prisión. Como se decía en la sentencia de esta Sala, de 2 de julio de 1993, existe un principio general de derecho, de común aplicación en las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudir a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su naturaleza. La existencia de varias causas contra una sola persona y la posibilidad de que se le absolviese por alguna de ellas en las que se hubiese acordado la prisión provisional o preventiva, aconsejaban, por un principio de equidad, que el tiempo de prisión sufrido se aplicase a alguna de las demás causas tramitadas siempre que se refiriesen a hechos anteriores al ingreso en prisión.

Recogiendo esta línea jurisprudencial, el artículo 58.1 del nuevo Código Penal precisa y mejora la redacción anterior, estableciendo la posibilidad de que se aplique la prisión preventiva a otras causas, “siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión”. Extender su aplicación a hechos posteriores sería tanto como incentivar la comisión de hechos delictivos, concediendo al preso preventivo una especie de licencia para delinquir, ya que su responsabilidad penal se vería compensada y anulada por el período de tiempo que había pasado en prisión preventiva, en otra causa anterior por la que había sido absuelto o condenado a una pena de duración inferior al período de tiempo resultante de la medida cautelar.

En consecuencia, no cabe acceder a lo pedido por el recurrente, ya que es evidente que la comisión del hecho delictivo por el que ha sido condenado notoriamente, posterior a la fecha de la absolución por el delito respecto del cual sufrió los 589 días de prisión preventiva. Por ello, solo cabe la vía indemnizatoria o también la posibilidad de que sea compensado por la vía de aplicación de algún beneficio de gracia como el indulto parcial que esta Sala estima equitativo.»

## PROSTITUCIÓN

*Delito relativo a la prostitución. Bien jurídico protegido. Acceso carnal con menores ya prostituidos*

STS de 12 de enero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Los delitos relativos a la prostitución previstos y penados en los artículos 187 y 188 del CP vigente deben ser interpretados desde el marco de referencia básico del bien jurídico tutelado mediante la punición de cuantos delitos se agrupan en el título VIII del libro I de dicho texto. Este bien jurídico, como claramente se desprende del enunciado del título, no es otro que la libertad sexual. Se trata, pues, en los artículos mencionados, de proteger la libertad sexual –y con ella, la dignidad personal– de quienes se encuentran en riesgo de ser compelidos, de cualquier forma, al ejercicio de la prostitución y la de quienes ya la ejercen para el supuesto de que quieran dejar de traficar con su propio cuerpo. La realidad criminológica, que constantemente nos pone ante el fenómeno de la explotación de la prostitución ajena, ha obligado a todos los Estados civilizados, incluso mediante convenios internacionales, puesto que el fenómeno traspasa fácilmente las fronteras de cada nación, a salir al paso y reprimir penalmente una actividad en la que el afán de lucro llega a convertir en mercancía a la persona, con absoluto desconocimiento de su dignidad, desconociendo o quebrantando, si es preciso, su libertad, con especial incidencia en la dimensión sexual de la misma... De acuerdo con el artículo 183 del CP vigente, sólo es atentado contra la libertad sexual, constitutivo de delito menos grave, el “abuso sexual”, interviniendo engaño, con persona mayor de doce años y menor de dieciséis. Si los actos sexuales de cualquier índole cometidos con un menor –no sólo, por cierto, menor de edad sino de dieciséis años– sólo constituyen delito cuando se consiguen con engaño, y aun entonces el delito es menos grave, no parece en modo alguno lógico que se considere en todo caso delito grave, incardinable en el artículo 187 del CP vigente, la comisión de actos sexuales con menores conseguida mediante prestación económica.

En lugar alguno del *factum* se dice que los acusados realizasen actos que pudiesen ser considerados como inducción, promoción o favorecimiento en sentido estricto de la prostitución, ni se dice tampoco que su esporádica –aunque en ocasiones plural– relación con las citadas jóvenes tuviese el efecto de inclinarlas al ejercicio de dicho tráfico inmoral. Al contrario, lo que parece insinuado es que las jóve-

nes, pese a su temprana edad, ya estaban prostituidas cuando los acusados tuvieron acceso carnal con ellas, dato que se confirma con mayor claridad a través del examen de las actuaciones que esta Sala ha podido hacer en el ejercicio de la facultad que le reconoce el artículo 899 LECrim. Siendo así, hay que concluir que la actuación de los dos acusados que denuncian en sus recursos la aplicación indebida del artículo 187.1 de CP vigente no reúne en ningún caso los requisitos necesarios para integrar el delito relativo a la prostitución que en dicho precepto se tipifica, por lo que los motivos numerados como tercero en ambos recursos deben prosperar.»

## PROSTITUCIÓN

*Personas mayores de edad sin violencia o engaño.*

STS de 5 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«En la nueva normativa penal reguladora de los derechos relativos a la prostitución de personas mayores de edad, la única conducta constitutiva de delito es la que consiste en determinar –determinar tiene, entre otros posibles sentidos, el de hacer tomar una resolución–coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, al ejercicio de la prostitución o a mantenerse en ella, quedando despenalizada, con otras actividades, la mera explotación de un local donde se ejerza la prostitución, antes prevista en el artículo 452 bis a), 2.º, del CP derogado, tipo penal en que fue subsumida la conducta de estos dos recurrentes en la sentencia de instancia.»

## PRUEBA DE TESTIGOS

*Testigo único.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Es necesario recordar, una vez más, que la posibilidad de que un Tribunal declare que ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia que en principio ampara a un acusado no depende de la importancia cuantitativa de la prueba que contra el mismo exista –no tiene demasiado sentido invocar el viejo brocardo *testis unus, testis nullus* en un sistema de libre valoración de la prueba– sino, situados en la perspectiva propia del recurso de casación, de la legitimidad constitu-

cional de la actividad probatoria practicada y de la idoneidad de la misma para conducir razonablemente a una convicción de culpabilidad.»

## PRUEBA DEL ADN

*Prueba directa. No indicio.*

STS de 5 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«El Tribunal de instancia dispuso de una prueba, que no sin razón considera directa, suficiente para superar la duda inicial sobre la autoría del hecho sometido a su enjuiciamiento. El hecho de que en el arma blanca encontrada en el domicilio del procesado días después de la muerte de la víctima apareciesen restos de sangre humana, el perfil genético de cuyo ADN coincidió en el de la sangre de la víctima, una vez realizadas las pruebas pertinentes en la Sección de Biología del Instituto Nacional de Toxicología, unido al dato científico de que la posibilidad de encontrar un individuo con el mismo perfil genético es de un 0,072 por 100, es decir, estadísticamente despreciable, se debe considerar, frente a lo que se afirma en este motivo del recurso, mucho más que un indicio. Aquel hecho empírico y este dato científico, conjuntos, equivalen a la práctica seguridad de que la navaja del procesado estuvo en contacto con la sangre de la víctima.»

## PRUEBA

*Pertinencia y utilidad.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«En el análisis de la pertinencia de la prueba el Tribunal debe tomar en consideración no solamente su abstracta relación con el tema enjuiciado sino también su concreta relevancia, de tal manera que si los datos que se pretenden acreditar mediante la misma no pueden tener incidencia alguna sobre la evaluación de la concreta acusación formulada, su desestimación es plenamente correcta. Asimismo, el Tribunal debe ponderar otros derechos constitucionales en juego, como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el de tutela judicial efectiva, procurando evitar diligencias inútiles, así como aquellas que únicamente pretenden dilatar innecesariamente el proceso. Especial atención ha de prestarse a aquellos supuestos en que

las pruebas propuestas se refieran a declaraciones de testigos que no están a disposición del Tribunal por encontrarse en el extranjero, y cuya incomparecencia al acto del juicio oral sea altamente probable, así como a la práctica de diligencias de diversa índole en países extranjeros a través de Comisiones Rogatorias, generadoras, lamentablemente y como la experiencia acredita, de prolongadísimas dilaciones.

Naturalmente, dichas diligencias probatorias deben ser en todo caso admitidas cuando sean pertinentes, es decir, cuando puedan aportar elementos relevantes para el enjuiciamiento, dando la máxima amplitud posible al derecho fundamental a la prueba, pero ejerciendo también el Tribunal sus facultades denegatorias, asumiendo su responsabilidad en aras del buen fin del proceso, cuando sean notoriamente inútiles y no puedan aportar más que dilaciones.»

## PSICOPATÍA

### *Perversión sexual.*

STS de 2 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Es por ello por lo que la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar a la apreciación de una circunstancia atenuante como la que se impugna en este último motivo del Ministerio Fiscal. Determinados atentados contra la libertad sexual descritos en la Ley penal —concretamente, aquéllos de los que el procesado ha sido declarado autor— apenas son concebibles en sujetos que no sean sexualmente perversos; y no tendría sentido que se hubiesen tipificado como delitos, es decir, como hechos máximamente reprobables, conductas en las que necesariamente hubiere de apreciarse una disminución mayor o menor de la culpabilidad. Las perversiones sexuales, como cualesquiera otras psicopatías, sólo deben merecer una atenuación de la responsabilidad criminal cuando afecten sensiblemente a la capacidad intelectual y volitiva del sujeto —S de 8 de marzo de 1995— y, por consiguiente, a su capacidad de autodeterminación —SS de 24 de diciembre de 1991 y de 22 de abril de 1993— o cuando se asocien con enfermedades mentales o intoxicaciones alcohólicas o de otras sustancias, o cuando concurren con circunstancias excepcionales —S de 6 de noviembre de 1993— que potencien el desequilibrio afectivo que es característico de las psicopatías. Fuera de estos casos, el debilitamiento de los frenos inhibito-

rios que puede provocar una perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna, porque el mismo no es mayor el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada.»

## R

### RECEPTACIÓN

*Agravación específica. Es necesario que el establecimiento mercantil comercie con objetos ilícitos semejantes a los de su tráfico legal.*

STS de 3 de febrero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«El relato fáctico, como ya se ha dicho, no nos proporciona datos sobre la clase de comercio a que se dedicaba el local, lo cual es indispensable para valorar la posibilidad de aplicar el tipo especialmente cualificado del artículo 298.2 del nuevo Código Penal. El artículo citado establece una agravación inicial para el que reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos, subtipo que alcanza plenamente a los dos recurrentes en cuanto que aparece perfectamente demostrado que los efectos los adquirirían conociendo su ilícita procedencia y se dedicaban a traficar con ellos. Ahora bien, el mismo precepto contempla un segundo escalón agravatorio, si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, en cuyo caso se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

Pues bien, para aplicar esta segunda agravación es necesario que el local comercial o industrial esté destinado a un género de comercio o industria semejante u homologable al de los objetos que son objeto del tráfico ilícito, ya que de esta manera el entramado negocial encubre y disimula la procedencia de los efectos y ofrece cobertura para dar a entender que se trata de una actividad legal dificultando su descubrimiento y aprovechándose de una apariencia de legalidad para blanquear los objetos sustraídos. Sólo de esta manera se puede entender esta segunda agravación, pues el supuesto inicial que permite una primera agravación por traficar con ellos, ya supone, en la inmensa mayoría de los casos, un soporte organizativo de tipo comercial.

Se puede comprender perfectamente que un negocio de electrodomésticos no sirve para encubrir y, por tanto, para agravar el tráfico ilícito de bicicletas.

Precisamente esta homogeneidad entre los objetos ilícitos y el género de comercio desempeñado es lo que justifica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión e industria e incluso la medida de clausura del establecimiento de manera temporal o definitiva. En el caso presente no se ha impuesto la pena accesoria porque el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, no lo solicitó en su escrito de calificación.»

## RECOGIDA DEL OBJETO DEL DELITO

*Remisión directa de la droga al servicio de estupefacientes. Control del Juez de Instrucción.*

STS de 6 de abril de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Dejando al margen la hipotética infracción del artículo 119 LECrim. —que sólo por error ha podido ser denunciada— las que se dice han sufrido los artículos 333, 334, 336 y 338 de la misma Ordenanza procesal, se habrían producido, de asistir la razón al recurrente, por haber remitido directamente la Policía al Instituto Nacional de Toxicología los “dieciséis paquetes conteniendo polvo blanco compacto, al parecer cocaína, con un peso aproximado de 14.900 gramos”. Esta remisión —se dice— impidió al Juez de Instrucción inspeccionar personalmente la sustancia aprehendida, ordenar en el acto su reconocimiento pericial y conservar una muestra de la misma bajo su custodia, lo que, a su vez, imposibilitó la asistencia del imputado a dichas diligencias de inspección y reconocimiento del cuerpo del delito. Se olvida, sin embargo, por el recurrente, de una parte, que el artículo 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, dictada para adaptar la normativa interna al Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes, que entró en vigor en España el 31 de marzo de 1966, “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serían entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes” —hoy denominado “Servicio de Restricción de Estupefacientes” en la Administración Central, susceptible de ser sustituido por los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas allí donde el servicio se encuentre transferido— y de otra, que la pericia a que se refiere el artículo 336 LECrim. puede ser encomendada ventajosamente por el Juez a academias, colegios o corporaciones oficiales cuando el dictamen que haya de ser emitido exija operaciones o conocimientos científicos especiales, de suerte que la remisión de la sustancia intervenida en el caso al Departamento de Barcelona del Instituto Nacio-

nal de Toxicología, para que su Sección de Química la analizase, debe considerarse una diligencia procesalmente correcta. No dejó, por ello, de estar controlada por el Juzgado instructor la mencionada sustancia, que fue identificada, en el informe del Instituto Nacional de Toxicología –folio 37 del sumario–, con el número de las diligencias practicadas en la Comisaría de Policía con motivo de su aprehensión y detención del procesado. La prueba de que se mantuvo el control judicial la tenemos en la nota con que finaliza el informe pericial –anunciando la destrucción de la droga si el Juzgado no pone objeción– y en la orden que en el auto de procesamiento se da al Instituto en el sentido de que proceda a la destrucción de la cocaína ocupada, conservando y custodiando a disposición del Juzgado una muestra suficiente de cada uno de los 16 paquetes ocupados, para la realización, si fuere necesario, de nuevos análisis e investigaciones.»

## REDENCIÓN DE PENAS POR EL TRABAJO

*Cómputo del tiempo redimido por el trabajo antes de la entrada en vigor del nuevo Código, aunque después se aplique éste por ser más probable.*

STS de 9 de febrero de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«El argumento utilizado por la Audiencia para negar la revisión pretendida es el de que “la aplicación conjunta de los artículos 368, 369.3.º y 70.1.1.º del nuevo Código Penal determina el castigo, con penas de tres a cuatro años y medio de prisión, a los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que no causen grave daño a la salud, en cantidad de notoria importancia. Aun cuando la pena a imponer, conforme al nuevo Código, por los hechos aquí enjuiciados sería inferior a la impuesta, la supresión en este segundo caso de los beneficios de la redención de penas por el trabajo determinaría que la duración real de la nueva condena fuera mayor, conforme se infiere de la liquidación provisional de condena practicada por el centro penitenciario” (FJ 1.º); “es obvio que si la pena privativa de libertad imponible con arreglo al nuevo Código supone una duración efectiva superior a la impuesta, la aplicación retroactiva de esta nueva norma sería desfavorable al reo y estaría prohibida por los artículos 2.1 del nuevo Código y 23 del que se deroga, por lo que procede decidir en el sentido postulado por el Ministerio Fiscal” (FJ 2.º).



Tiene declarado este Alto Tribunal que, “en relación con el tiempo redimido con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código, resulta correcto sostener que se trata de una situación jurídica consolidada, en la medida que su reconocimiento no depende de un cálculo global del tiempo trabajado, sino del cómputo parcial de cumplimiento de ‘un día por cada dos de trabajo’ (art. 100 CPD). En este sentido, la pena ejecutada con anterioridad a la entrada en vigor del NCP no depende del tiempo efectivamente cumplido, sino del tiempo de cumplimiento computado conforme a la Ley vigente en ese momento. Es cierto que no se trata de una revocación del beneficio, pero sin duda implica la pérdida del tiempo trabajado en el cómputo del cumplimiento de la condena. La pérdida de ese tiempo sólo sería posible formalmente con una disposición que, de forma expresa, reconociese la pérdida, resulta cuando menos dudoso que materialmente fuese posible esta disposición, pues afecta a situaciones ya consolidadas, vinculadas, además, al derecho sancionatorio... Por tanto, la redención de penas por el trabajo abonada con anterioridad a la entrada en vigor del NCP debe ser considerada en la ponderación de la pena más favorable, sin perjuicio de que el cómputo corresponda al del Código derogado o al nuevo Código. De acuerdo con ese criterio, es evidente que la comparación entre las penas debe efectuarse en relación con la pena que resta por cumplir, a partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo Código. En la aplicación del CPD, el cómputo de la pena restante debe efectuarse con la deducción del tiempo que, previsiblemente, redimiría el reo; sin embargo, en el término de comparación que ha de establecerse de acuerdo con el nuevo Código, no debe realizarse esta reducción, sin perjuicio del cómputo del tiempo ya redimido hasta el momento de la entrada en vigor de aquél que, como se ha indicado, es de aplicación a ambos términos de comparación y, por tanto, no implica diferencia alguna entre ellos” (v., entre otras muchas, la S de 7 de mayo de 1997).»

## REGISTRO DOMICILIARIO

*No tiene la consideración de domicilio la celda de un recluso en un centro penitenciario.*

STS de 6 de abril de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«La argumentación del recurrente debe considerarse errónea por cuanto considera legales los registros y cacheos en las personas de los internos, periódicos y rutinarios, al amparo del artículo 23 de la

LOGP, e ilegales los registros practicados en las celdas de los internos –sin autorización del Juez y presencia del Secretario judicial-, aun en los casos de investigación y prevención de actividades delictivas dentro del centro penitenciario, con olvido de que la propia Constitución –cuya vulneración aquí se denuncia– al establecer que “el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo”, añade expresamente que “a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria”, en la que se prevé la práctica de registros, cacheos y requisas (v. art. 68 del Reglamento Penitenciario), disponiéndose expresamente que “las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad” (art. 71 del Reglamento Penitenciario).

En todo caso, como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, “si la protección de la inviolabilidad del domicilio es complemento del derecho a la libertad individual, como quiera que precisamente es de este derecho del que se priva al condenado a penas de privación de libertad, es claro que también lo es del correlativo derecho a elegir un espacio limitado para garantizar un ámbito de privacidad (STC de 21 de abril de 1984), imposible de mantener en instituciones penitenciarias donde la privacidad resulta, con escasos momentos de excepción, imposible, y así, aunque se prevé en la legislación penitenciaria que se respete siempre la dignidad de la persona del interno (art. 23 LO Penitenciaria, y 3.º 1 del Reglamento Penitenciario), para la conservación de la seguridad, se prevén también cacheos, requisas, recuentos y la posibilidad de intervenir las comunicaciones orales y escritas (art. 46.1.º y 3.º del Reglamento) y de someter a los internos a observaciones y recuentos (art. 76.1.º y 2.º) y que no estén en celdas individuales (art. 19 L y 15 del Reglamento)”.»

## REINCIDENCIA

*Necesidad de consignar los datos básicos de las condenas impuestas en el relato de hechos probados.*

STS de 2 de febrero de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«Es doctrina muy reiterada de esta Sala (SS de 3 de julio de 1991, 31 de enero y 28 de noviembre de 1992, 8 de febrero, 1 y 22 de abril, 22 de junio y 26 de septiembre de 1994, 27 de enero de 1995, 25 de marzo, 10 de abril, 9 de mayo, 24 de septiembre, 21 y 23 de octubre y 20 de noviembre de 1990, 17 de enero de 1997, etc.), que para la

apreciación de la agravante de reincidencia es necesario que en el hecho probado se consignen, con la necesaria precisión y detalle, los datos necesarios para la valoración de las infracciones anteriores, a los efectos de constatar la concurrencia de los elementos integradores de la agravación y la falta de concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para la cancelación, pues a los efectos de la circunstancia agravante de reincidencia “no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieran podido serlo” (art. 1.º 15.3 del Código Penal 1973), y como mínimo las fechas de las sentencias anteriores condenatorias, la expresión de los delitos objeto de condena y la concreción de las penas impuestas, datos que resultan imprescindibles para poder afirmar la existencia de la agravante.»

## ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

*Local abierto al público. Interpretación de dicho concepto.*

STS de 21 de enero de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«En los supuestos de casa habitada y edificio público la agravación se aplica cuando el hecho se comete en cualquier momento del día o la noche, dada la mayor peligrosidad que entraña la posible existencia de moradores, en el primer caso, y en el edificio público por la función que en ellos se desarrolla, mientras que en los locales a que se centra ese precepto, y cuya naturaleza aquí se discute, “no se desarrolla una función de especial relevancia pública o social, ni tampoco constituye centro de desarrollo de la intimidad de las personas, por lo que el fundamento de la agravación prevista en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo, pero tal riesgo en modo alguno existe fuera de las horas de apertura, de tal modo que la agravación no puede extenderse más allá de esas horas”. En el plano doctrinal, y dentro de lo hasta ahora poco escrito, se llega a esa misma conclusión, cuando se indica que a partir del proyecto de Código Penal de 1992 se sustituyó el concepto de “edificio público” por el absolutamente “injustificable” de “local abierto al público”, que se estimó omnicompreensivo y que supone una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos, en sentido estricto, hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona que en él quiera entrar, añadiéndose que “para intentar buscar una interpretación que no conduzca al absurdo, hemos de separar el concepto de acuerdo con el horario, y, en este

sentido, la voluntad del Código no puede ser otra que durante el tiempo de cierre (ya sucedía así con las viejas casas públicas), sólo puede cometerse el delito de entrada indebida del artículo 204.1 del mismo texto legal, por lo que el único espacio legal que le queda al robo cualificado en locales abiertos al público es el tiempo de apertura de los mismos». En todo caso, y esto creemos que es esencial, si se hiciera una interpretación amplia como pretende el Ministerio Fiscal, el tipo base del robo con fuerza en las cosas (arts. 238 y 240) quedaría casi desprovisto de contenido, pues, si bien nos fijamos, se reduciría prácticamente a los robos de automóviles y poco más, conclusión que no pudo ser querida por el legislador, pues ello significaría convertir la regla general en excepción y, además, en perjuicio del reo.»

## ROBO CON INTIMIDACIÓN

*Uso de armas o instrumentos peligrosos. Posibilidad de aplicar la aminoración de la pena del artículo 243.3 del Código Penal a los supuestos del artículo 247.2.*

STS de 30 de abril de 1998; Ponente: Puerta Luis.

«En relación con el problema aquí planteado, tiene declarado esta Sala, en sentencia de 21 de noviembre de 1997, que “el párrafo tercero del artículo 242 del Código Penal 1995 dispone que ‘en atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el párrafo primero de este artículo’. Es de destacar, en primer lugar, que el legislador se refiere a las circunstancias del “hecho” y no del “autor”, por lo que nos encontramos ante supuestos en que ha de apreciarse una disminución de la antijuricidad del acto. Ahora bien, tratándose de un delito pluriofensivo, en que no solamente se atenta contra la integridad o libertad de la víctima... sino también, y primariamente, contra el patrimonio, este menor contenido del injusto no puede valorarse exclusivamente respecto de uno de los bienes jurídicos protegidos sino de ambos, y en consecuencia también han de poder calificarse como de “menor entidad” aquellos supuestos en que la cuantía de lo sustraído sea ínfima, siempre que la violencia o intimidación ejercitadas no revistan tampoco una especial intensidad o gravedad. De modo especial han de considerarse aquellos supuestos en que las propias circunstancias concurrentes determinan, ya desde el propio planteamiento de la acción, la escasa cuantía de la sustracción, como sucede en los casos, lamen-

tablemente frecuentes entre jóvenes, en que la intimidación se dirige únicamente a la sustracción de una cazadora, un reloj o una pequeña cantidad de dinero. Sin minimizar la gravedad, es lo cierto que dar a estos supuestos el mismo tratamiento penal que a un atraco bancario a mano armada (art. 242.2.º) por el hecho de que ocasionalmente se exhiba un palo o una navaja, implica tratar igualitariamente conductas con un disvalor jurídico muy distinto, vulnerando el principio de proporcionalidad. Es por ello por lo que el legislador, muy razonablemente, palía la notable dureza del tratamiento punitivo de este tipo delictivo, y evita la desproporcionalidad de las penas, atribuyendo al Tribunal la facultad de reducir la penalidad en los supuestos de menor entidad, facultad reconocida por el párrafo tercero del artículo 242 para todos los supuestos de robo con violencia e intimidación en que el Tribunal aprecie la concurrencia de esta “menor entidad”, valorando las circunstancias que la norma señala, sin que queden a priori excluidos los supuestos en que es de aplicación el párrafo segundo, aunque ordinariamente no concurrirá en ellos esa menor entidad... En consecuencia, no cabe excluir absolutamente la apreciación del párrafo tercero del artículo 242 del Código Penal en los supuestos en que concorra el párrafo segundo, aun cuando sea excepcional. Pues lo contrario conllevaría la aplicación mecanicista y automática, en todo caso, de la importante agravación punitiva prevista en el párrafo segundo, determinando ocasionalmente –como la experiencia demuestra– la obligación de imponer una pena desproporcionada en supuestos en que la mera exhibición de un arma no excluye, valorando el conjunto de las circunstancias del hecho, la menor entidad a que se refiere el párrafo 3.º del mismo artículo.»

## ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACION

*Instrumentos peligrosos. Aguja de una jeringuilla.*

STS de 5 de febrero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Se trata de establecer si el objeto empleado puede ser catalogado como peligroso y si fue usado con carácter intimidativo, directamente contra el titular o custodio de los bienes o contra personas que en ese momento le rodeasen. La jurisprudencia de esta Sala viene considerando como instrumentos peligrosos todos aquellos que por su propia naturaleza o por la forma en que pueden ser manejados representan un riesgo potencialmente grave para las personas amenazadas. Todo objeto que pueda ser considerado y utilizado de manera contundente

o incisiva ha sido incluido dentro del género descrito por el legislador y así se ha considerado como tales los martillos, destornilladores, tenedores, ladrillos y jeringuillas.

En el caso presente, el hecho probado no matiza la acción realizada por el acusado pero sí nos dice que esgrimió una jeringuilla y amenazó con ella a una clienta, aunque no llegó a acercarla en ningún momento a su cuerpo. Como señala el Ministerio Fiscal, en el concepto de medios peligrosos han de integrarse todos aquellos, sea cual fuere su naturaleza, susceptibles de producir un mal respecto a la vida o la integridad física, incluso de los de uso inicialmente lícito que, con evidente desviación de su genuina finalidad, se tornan, merced a su torcida aplicación, en incisivos medios agresivos que pueden causar un efectivo temor y representar un potencial peligro para los intimidados. Así como existen instrumentos potencialmente peligrosos que por su configuración y estructura se pueden manejar con soltura y controlar, en cierta medida, sus movimientos, la jeringuilla puede, en cualquier momento incidir sobre cualquier parte del cuerpo de la víctima a nada que se produzca un movimiento instintivo que produzca una reacción agresiva en el sujeto activo.»

## ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN

*Instrumentos peligrosos. Objeto punzante no identificado ni descrito.*

STS de 7 de marzo de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«El relato de hechos probados afirma que el acusado atemorizó al taxista con un objeto punzante no identificado que le colocó en el costado derecho. Sostiene que hay una diversidad enorme de objetos punzantes que no encajarían en la previsión normal de armas u otros medios igualmente peligrosos, por lo que era necesario hacer una mayor precisión respecto del objeto utilizado.

La inconcreción y la falta de taxatividad en cuanto al objeto empleado nos coloca ante una situación de incertidumbre que debe ser analizada para determinar si el subtipo agravado que se ha aplicado por la Sala sentenciadora puede ser imputado a la conducta del autor. Desde un punto de vista gramatical, punzante es todo aquello que produce una sensación de pinchazo, por lo que dentro de su concepto se pueden integrar una serie de elementos que, reuniendo estas características, no puedan ser calificados como instrumentos peligrosos. Desde un punto de vista dialéctico podríamos llegar a la conclusión, favorable para el acusado, de que el objeto punzante utilizado

pudo ser un lápiz o incluso un dedo de su propia mano, lo que en ningún momento supuso un peligro grave para el intimidado.

Se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala que tanto los hechos imputados como las circunstancias modificativas de la responsabilidad derivadas de la concurrencia de agravantes genéricas o específicas deben estar firmemente probadas, por lo que es exigible que el juzgador describa, con la mayor precisión posible, todos los elementos que podrían configurar la aplicación del subtipo agravado. En caso de duda, como sucede en el supuesto de hecho que estamos examinando, la solución debe decantarse por la eliminación de las consecuencias agravatorias, llevando su conducta hacia otros supuestos menos gravosos para el acusado.

Lo que no se discute, en el caso presente, es que el objeto punzante, al desconocer el sujeto pasivo su verdadera configuración y al concurrir la circunstancia de aislamiento en que se encontraba, han producido un incuestionable efecto intimidante, por lo que la conducta debe ser incardinada en el número 1.º del artículo 242 del vigente Código Penal.»

## S

### SALUD PÚBLICA

*Necesidad de especificar que se trata de una droga gravemente dañosa para la salud.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Conde-Pumpido Tourón.

«En efecto, según el hecho probado, las pastillas ocupadas eran de una sustancia estupefaciente denominada Doet (Dimetoxi-etilanfetamina), añadiendo el fundamento jurídico primero que se encuentra en cuarto lugar en la lista 1 (prohibidos), del anexo I del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, señalando a continuación que no se trata de la sustancia conocida popularmente como éxtasis, como señalaba la acusación, pues ésta tiene una composición química diferente. Ahora bien, en ningún apartado, ni fáctico ni jurídico de la sentencia, se hace referencia a que dicha sustancia psicotrópica debe ser incluida entre las que causen grave daño a la salud, pese a lo cual la pena impuesta va más allá de la señalada como básica en el artículo 344,

imponiendo la penalidad correspondiente a la modalidad agravada, sin apoyarla en motivación alguna.

Dado que la sentencia admite expresamente que no se trata de éxtasis, sustancia sobre la que existe una abundante doctrina jurisprudencial, sino de otra sustancia cuyos efectos no son notorios, dicha ausencia de fundamentación –la sentencia ni siquiera expresa, aun sin motivación alguna, que se trate de una sustancia que “cause grave daño a la salud”, obviando totalmente dicha cuestión– impide acoger la modalidad típica más perjudicial para el reo, debiendo estimarse el recurso en este aspecto.

No procede, sin embargo, estimarlo en su totalidad, pues no cabe dudar de que nos encontramos ante una sustancia psicotrópica ilegal, como señala la sentencia impugnada, incluíble en el objeto material del delito sancionado en el artículo 344 del Código Penal 1973, tanto desde la perspectiva de los Convenios internacionales de los que España es parte como desde la perspectiva de un concepto penal autónomo de droga, acorde con el bien jurídico protegido, al tratarse de una sustancia psicotrópica subsumible en una de las categorías expresamente recogidas en el tipo.»

## SALUD PÚBLICA

*Fármacos psicotrópicos. Rophinol. No causa grave daño a la salud.*

STS de 27 de abril de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Ahora bien, aprovechando el impulso impugnativo, debemos entrar en el análisis del hecho probado en cuanto a la naturaleza de las sustancias ocupadas y su mayor o menor repercusión sobre la salud de los consumidores. Entre los diversos productos encontrados se encuentra un conocido fármaco, –el Rophinol–, cuya producción está legalmente autorizada y controlada por las autoridades sanitarias y, además, unos gramos de hachís y comprimidos de anfetaminas.

El Rophinol es el nombre comercial del principio activo flunitrazepam, conteniendo cada comprimido 2 miligramos de dicho principio activo, al igual que las ampollas. Se trata de una benzodiacepina de acción intermedia. Se utiliza principalmente como hipnótico, aunque también como ansiolítico. Se ha llegado a utilizar como inductor anestésico, aunque hoy está en desuso.

Las benzodiacepinas son fármacos con un amplio margen terapéutico, de modo que pueden administrarse aún a dosis superiores a las terapéuticas con una relativa seguridad. De este modo, es difícil alcan-



zar dosis tóxicas que supongan un gran peligro para la vida del intoxicado, siempre y cuando la intoxicación se haya producido sólo por benzodiazepinas. La literatura mundial apenas si recoge casos de fallecimientos tras la ingesta o administración por cualquier vía de benzodiazepinas, si bien es frecuente encontrarlas asociadas a muertes en las que se produjo una ingesta de otros fármacos depresores del sistema nervioso central. En el caso del flunitrazepam existe la posibilidad de muerte debido a la ingesta de flunitrazepam solo, no acompañado de otras sustancias, estando descrito un fallecimiento con una dosis de 28 miligramos, equivalente a catorce comprimidos.

Habitualmente no se producen efectos cardiovasculares ni respiratorios graves, a menos que se haya ingerido concomitantemente alcohol o fármacos depresores centrales (antidepresivos, neurolépticos, barbitúricos, etc.).

La existencia de tolerancia a las benzodiazepinas es un hecho que se fundamenta sobre la constancia experimental de cambios en la sensibilidad receptorial del receptor Bz-GABA tras la administración crónica de estos fármacos. Junto a ello se postula la posibilidad de la participación de ligandos endógenos Bz-like, cuya síntesis sería inhibida por la administración repetida de benzodiazepinas y cuya ausencia sería la causa de la aparición del síndrome de abstinencia tras la supresión del tratamiento.

Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodiazepinas son, hasta cierto punto, parecidos a los que pueden presentarse en idénticas circunstancias con los barbitúricos o el alcohol etílico, aunque existen ciertas diferencias que los individualizan. Así se ha podido comprobar un ligero efecto euforizante que no suele aparecer con el abuso de barbitúricos o etanol. La dependencia que provocan las benzodiazepinas es, sin embargo, parecida a la que produce la nicotina.

En un estudio comparativo entre pacientes dependientes a las benzodiazepinas y un grupo de pacientes con síntomas de ansiedad aguda se comprobó que no existía diferencia significativa en los test de función psicomotora entre los dos grupos, pero que los dependientes presentaban, sin embargo, una mayor sensación de tranquilidad. Con todos estos antecedentes se llega a la conclusión de que el fármaco Rophinol, consumido en la fórmula autorizada por las autoridades sanitarias, es un psicotrópico que no causa un grave daño a la salud.

El hachís es notoriamente conocido como un derivado del *cannabis* que no causa grave daño a la salud. También se ocuparon 90 miligramos de anfetaminas y 18 comprimidos de metaliendoioxianfetamina, cuya composición, al no estar autorizada su comercialización farma-

céutica, debe constar en cada caso para poder apreciar si por el porcentaje de compuestos anfetamínicos ofrece o no un grave riesgo para el que consume el producto concreto que es objeto de imputación. Al carecer de este dato tenemos que llegar a la conclusión, favorable al reo, de que nos encontramos solamente ante sustancias que no causan grave daño a la salud, por lo que su tipificación debe encajarse en el apartado correspondiente del anterior artículo 344 del Código Penal, que estaba vigente en el momento de la comisión de los hechos.»

## SECRETO DE LA CORRESPONDENCIA

*Paquete postal: entrega controlada.*

STS de 27 de enero de 1998; Ponente: Martín Pallín.

«Para centrar el debate y examinar las pretensiones del recurrente, es necesario analizar la forma y circunstancias en que se produjo la operación policial. Según se desprende de las actuaciones y se hace constar en el relato de hechos probados, la Brigada de la Policía Judicial de Madrid (Área de Estupefacientes) centra sus sospechas sobre un paquete postal procedente de Colombia y con destino a Valencia. No existe constancia en las diligencias judiciales de que los funcionarios de Policía procediesen a la apertura del paquete, limitándose a poner en conocimiento de la Jefatura Superior de Valencia sus sospechas y la dirección a la que iba destinado el envío postal que tenía el formato de revista.

Como puede apreciarse por lo anteriormente expuesto no ha existido ninguna irregularidad ni nos encontramos ante un supuesto de delito provocado, ya que todas las actuaciones policiales estaban encaminadas a descubrir la identidad de las personas que se habían concertado con el remitente para retirar el envío postal y apoderarse de la droga.

Tampoco estamos ante una vulneración de las normas que rigen la entrega controlada, ya que las previsiones del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan dos supuestos distintos. Uno, es el caso de que se disponga de constancia fehaciente de la presencia de drogas en el paquete, porque se ha procedido a su apertura, y otro distinto, aquél en que sólo se dispone de sospechas sobre su existencia.

En el primer caso, la apertura previa para la comprobación del contenido sólo puede realizarse por el Juez de Instrucción o en algunos sistemas procesales, como el alemán, por el Ministerio Fiscal. La decisión de permitir la circulación y la entrega vigilada suele ir acom-

pañada, en estos casos, de la sustitución total o parcial, de las drogas por sustancias inocuas.

Cuando solamente se tienen sospechas del contenido de drogas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y no existe un procedimiento judicial abierto, la propia Policía Judicial puede decidir que los paquetes o bultos sigan su circulación hasta su punto de destino con objeto de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión del delito. Esto es lo que ha sucedido en el caso presente, por lo que la actuación policial se ha ajustado en todo a las previsiones legales, si bien no consta en las actuaciones que se diera cuenta a la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, defecto formal que en nada afecta a la validez y eficacia de la actuación policial y a la virtualidad probatoria del descubrimiento efectivo de la sustancia estupefaciente, si bien hubiera sido deseable que se hubiera cumplimentado este trámite.

Cumplidas las previsiones legales, el paquete llega a sus destinatarios, momento en que entran en juego las disposiciones establecidas para la detención, apertura y examen de la correspondencia previstas en los artículos 579 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A partir de este momento, la apertura se lleva a efecto con estrecho respeto a las disposiciones legales, ya que intervino la autoridad judicial a cuya presencia fue abierto el paquete con la asistencia de los interesados, que no eran otros que los detenidos. Comprobada la existencia de la droga, cuyo peso, naturaleza y precio en el mercado aparece reflejado en el hecho probado, se inician las actuaciones judiciales.»

## T

### TESTIGOS PROTEGIDOS

*Obligación de la autoridad judicial y de la acusación de procurar su presencia en el juicio oral.*

STS de 16 de marzo de 1998; Ponente: Bacigalupo Zapater.

«La jurisprudencia de esta Sala ha establecido claramente que la facultad de continuar el juicio oral ante la incomparecencia de testigos debe ser ejercida con los Tribunales con respeto del derecho fundamental de los acusados y sus defensores de interrogar y repreguntar

a los testigos de cargo y de descargo. A tales fines, el aseguramiento de la prueba que sirve de base a la acusación, de tal manera que ésta pueda ser practicada en el juicio oral, es una carga procesal que corresponde a la acusación. Por lo tanto, en la medida en la que en este caso ni la acusación ni el Juez de Instrucción han tomado ninguna medida que hubiera permitido a la primera disponer de la prueba en el juicio, resulta claro que las consecuencias de tal omisión no pueden ser saldadas con la pérdida del derecho fundamental del acusado a que el Tribunal oiga directamente la respuesta de los testigos a sus preguntas.

A ello es preciso agregar que en el presente caso los testigos no hallados eran testigos protegidos en los términos de la LO 19/1994 y que, por lo tanto, sus datos no eran conocidos a la defensa, cualquiera haya sido el acierto al aplicar la mencionada Ley en un caso como el presente, lo cierto es que era cometido de la autoridad judicial y de la acusación mantener adecuadamente la información sobre el paradero de testigos que se sospechaba podían desaparecer. Si así se hubiera procedido se hubiera tenido información de su paradero, de su posible expulsión del país y, en todo caso, se hubiera podido anticipar su declaración ante la correspondiente Sección de la Audiencia Provincial.

Por otra parte, de los autos no surge que la búsqueda de los testigos haya sido suficiente. En efecto, en el oficio de 13 de marzo de 1997, la Guardia Civil afirmó que varios testigos habían sido expulsados del territorio nacional, pero no dijo cuáles ni expresó qué datos referentes a los domicilios de las mismas tenía la Policía Judicial. Tampoco se hizo el intento de citación de los testigos en los domicilios de los que se tenía constancia, sino que los testigos fueron buscadas en clubes de alterne.»

## V

### VIOLACIÓN

*Delito continuado.*

STS de 2 de febrero de 1998; Ponente: Jiménez Villarejo.

«Aunque, como ya hemos recordado, los atentados violentos contra la libertad sexual no pueden constituir, en principio, un único delito continuado, la jurisprudencia de esta Sala no ha dejado de

admitir la excepción a la regla general, aunque insistiendo siempre –así, en la S de 22 de octubre de 1992, que cita las de 17 de julio de 1990 y 18 de diciembre de 1991– en la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles. Desde este punto de vista, es correcto calificar como delitos distintos grupos de hechos materialmente diversos, cometidos en períodos de tiempo sucesivos suficientemente concretados, aunque todos ellos puedan subsumirse en el mismo tipo de atentado contra la libertad sexual: las penetraciones bucales –varias y no una sola como equivocadamente entiende el Ministerio Fiscal– descritas en el apartado C) de la declaración probada, las penetraciones anales incompletas por la desproporción de los órganos sexuales de los sujetos activo y pasivo a que se alude en el apartado D) y las penetraciones anales completas referidas en el apartado E). Y no deja de ser razonable admitir la existencia de un delito continuado en cada uno de los mencionados apartados, habida cuenta de la homogeneidad de los hechos que en ellos se describen y la absoluta imposibilidad de concretar las ocasiones en que los mismos se cometieron. Parece más acorde con la realidad de los hechos, por una parte, y más respetuoso con el principio *pro reo*, por otra, agrupar la totalidad de los hechos según su estructura material y objetiva gravedad, y comprender cada uno de los grupos bajo la tipicidad genérica del delito continuado, que aventurar la presencia en cada uno de ellos de dos o tres delitos aunque el número vaya acompañado de la inevitablemente dubitativa expresión “al menos”.»