

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVI
FASCICULO I



ENERO - ABRIL
MCMLXXXIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALON (†)

Directores:

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Consejo de Redacción:

(†) JOSE ANTON ONECA

Catedrático de Derecho penal

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO

Catedrático de Derecho penal y Director del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

HORACIO OLIVA GARCIA

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

INDICE

	<u>Páginas</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>La perspectiva «ex ante» en Derecho penal</i> , por Santiago Mir Puig	5
<i>Doctrina y práctica en materia de delincuencia juvenil</i> , por Jean Pinatel ...	23
<i>«Community Service Order» como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra</i> , por la Dra. Bárbara Huber	35

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—Madrid.

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 3.000 ptas. Extranjero, 3.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.300 ptas. Extranjero, 1.600 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-diciembre 1982.

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.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID.

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

S E R I E 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

**ANUARIO
DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO XXXVI
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXIII

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

I.S.S.N. 0210-3001
Depósito Legal, M. 126.—1958

La perspectiva «ex ante» en Derecho penal

SANTIAGO MIR PUIG,

*Catedrático de Derecho penal
en la Universidad de Barcelona*

A causa a B una fuerte impresión al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que, habida cuenta del delicado estado del corazón de B, le produce la muerte. Una vez comprobados los extremos del hecho producido, no cabe duda de que A aparece como causante de la muerte de B; en cambio, *ex ante*, en el momento de darse la noticia la conducta de A no se presentaba como peligrosa para la vida de B. ¿Ha infringido A la prohibición de matar? Si se adopta la perspectiva *ex post*, habrá que decir que sí, pero si la prohibición se refiere al momento de la acción (*ex ante*), y se pregunta si *en aquel instante* el Derecho prohibía a A comunicarle a B la muerte de su hijo, la respuesta deberá ser negativa.

I

TEMPORALIDAD Y RELATIVIDAD

La conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador, es una de las características de nuestro siglo (1). El pensamiento tradicional tendía a contemplar el mundo desde un punto de vista abstracto, situándolo fuera de su concreto manifestarse al observador en un espacio y en un tiempo. Este es el punto de mira de la metafísica clásica, pero también el de la filosofía práctica tradicional: así como *el ser* se entiende como realidad que trasciende la dimensión temporal de los concretos objetos empíricos en que se manifiesta, el bien y el mal se consideran como características ontológicas que pueden predicarse de las cosas con independencia del momento en que sean examinadas. Si una cosa es buena o es mala, lo será tanto si la vemos antes de que se produzca, como durante su producción o después de ella. Por otra parte, la bondad o maldad de una cosa no se ha hecho depender de cómo se nos aparece, como ob-

(1) Escribe M. HEIDEGGER, *¿Qué es metafísica?*, traducción española de Xavier Zubiri, Madrid 1963, p. 16: «Nos preguntamos, *aquí y ahora, para nosotros*».

servadores en un determinado momento, sino de si *en sí misma* es realmente buena o mala. Este es, a grosso modo, el planteamiento clásico: una perspectiva ontológica ahistórica, abstracta, que no ve las cosas desde su fenomenalidad espacio-temporal concreta, y que no atiende a la *perspectiva del observador*.

La Ciencia del Derecho ha compartido este enfoque atemporal. Voy a poner un ejemplo significativo. La *validez* de una norma o de un acto jurídico se ha pretendido fundamentar haciendo abstracción de los distintos momentos en que se manifiesta al observador. Por eso suele decirse que los actos nulos de pleno derecho lo son en sí mismos y no sólo desde el momento en que se advierte y declara su nulidad. Esta sería la diferencia entre los actos «nulos» y los «anulables», puesto que éstos últimos serían válidos hasta su anulación. Sin embargo, esta construcción tradicional choca con una evidencia: también el acto nulo de pleno derecho despliega efectos jurídicos hasta que se advierte y declara su nulidad. Para explicarlo se dice que tales efectos suponen una mera «eficacia» distinta a la «validez». Mas lo cierto es que sin declaración de nulidad el acto «nulo» no sólo es «eficaz» de hecho, sino que se halla tan amparado *por el Derecho* como el acto «válido». También es verdad que la declaración de nulidad puede llevar aparejados ciertos efectos retroactivos que tienden a negar la eficacia desplegada por el acto nulo. Pero ello sólo tiene lugar si la declaración de nulidad llega a producirse y desde el momento en que tiene lugar: el pasado no puede borrarse. En estas condiciones, ¿no sería más ajustado a la realidad decir que todo acto es «válido» y no sólo «eficaz», en tanto no sea anulado, sin perjuicio de que pudieran distinguirse anulaciones con efectos retroactivos y sin tales efectos? Sería más realista, pero supondría un cambio de planteamiento trascendental: supondría admitir que un hecho no es válido o nulo en sí, sino en función de *cómo se presenta al observador en cada momento*. Será válido mientras se presente como tal y dejará de serlo en cuanto se manifieste como nulo.

Este ejemplo puede introducir a la problemática que me importa abordar. Las normas jurídicas no son entidades abstractas sin vida, sino realidades sociales que se producen en un determinado tiempo y lugar (1 bis). Los hechos regulados por las normas también son fenómenos históricos que entran en contacto con las normas en un momento dado. Y el destinatario de una norma la cumple o la infringe en el instante en que actúa de conformidad o en contra de la misma. Las

(1 bis) Afirma acertadamente Ota WEINBERGER, *Die logischen Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz*, en «Rechtstheorie», 1978, pp. 126, que las instituciones sociales, y entre ellas el Derecho, *existen* en el mundo real esto es, en el espacio y en el tiempo. Admite también la existencia real de las instituciones sociales como productos de la mente humana en sí mismas y con independencia de su posible base física: Karl R. POPPER, *El yo y su cerebro*, Barcelona 1977, pp. 44 ss. Cfr. S. MIR PUIG, *Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del Derecho penal*, en MIR PUIG (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Barcelona 1982, p. 20.

normas pretenden regular las conductas de los ciudadanos y de los jueces. Para conseguirlo, las normas tendrán que incidir en un momento en que los ciudadanos y los jueces estén a tiempo de adaptar sus conductas a lo pretendido por la ley. No lo conseguirían si pretendiesen referirse al momento en que las conductas a regular ya se han producido. En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido (*ex post*). Y significa, previamente, que la conminación penal no puede limitarse a cumplir la función de *respuesta* frente al delito una vez cometido, sino que ha de poder ser captada por el ciudadano en el momento de actuar, si es que la pena quiere incidir en su conducta. Todo esto conduce a una *concepción preventiva de la pena* y a un *enfoque ex ante de la teoría del delito*, en sus dos pilares básicos de antijuricidad y culpabilidad.

Antes de desarrollar ambos extremos, importa subrayar que es bien distinto el planteamiento tradicional. De conformidad con la visión atemporal e independiente de la perspectiva histórica del observador, la Ciencia del Derecho penal tradicional ha contemplado el delito y la pena como entidades abstractas, en el sentido siguiente: el delito no se ha visto como una conducta que hay que valorar en su manifestación temporal ante los ojos del observador, la pena no ha solido concebirse explícitamente desde la perspectiva de su incidencia en el momento de la actuación del ciudadano. Ello ha permitido una concepción retributiva de la pena y entender el delito como causación de un estado desvalorado.

II

PERSPECTIVA «EX ANTE» Y CONCEPCION PREVENTIVA DE LA PENA

Ningún defensor de una concepción retributiva de la pena admitirá que ésta carezca de toda misión en orden a incidir en el comportamiento o, al menos, en la conciencia de los ciudadanos. Ni siquiera Kant osó llegar a este extremo en su famoso ejemplo de la isla cuya población decide disolverse para siempre. Cuando el filósofo alemán dice que incluso en este caso extremo habría que ejecutar hasta al último asesino que se encuentra en prisión condenado a muerte, añade: «*para que todos vean el valor de sus actos*» (2). Se trata, evidentemente, de una finalidad de futuro, que va más allá de la pura respuesta al delito cometido. Sin embargo, los retribucionistas puros, como Kant, no parecen advertir esta dimensión temporal de futuro que no

(2) Cfr. I. KANT, *Die Mytaphasik der Sitten*, 1797, p. 455.

es posible negar sin que la reacción penal aparezca como absurda: sin llegar a la conclusión de que supondría castigar para nada. No lo advierten porque no ven la retribución del mal como una operación que se produce en un tiempo dado y que sólo puede tener sentido en el tiempo, después de haber tenido lugar, y frente a unos observadores determinados.

Ahora bien, en cuanto se reconoce que la pena sólo tiene sentido en cuanto puede producir determinados efectos posteriores en la conducta o en la conciencia de los ciudadanos, se está admitiendo que lo que da sentido a la pena es su posible incidencia futura en dichos ciudadanos. Quiebra entonces la base de la teoría puramente retributiva de la pena. El paso siguiente es reconocer explícitamente que la pena debe perseguir regular la vida social. Aparece entonces la función preventiva de la pena: la pena sirve a la protección de la sociedad mediante la prevención de conductas especialmente lesivas que puedan producirse *en el futuro*.

La concepción preventiva de la pena es la que tiene más sentido en orden a la regulación y evitación de conductas, puesto que dicho objetivo sólo puede conseguirse mediante una incidencia anterior a las conductas a regular y que mire al futuro, es decir; desde una *perspectiva* «*ex ante*». En cuanto la retribución en sí misma sólo mira al pasado, sólo se presenta como una *respuesta* «*ex post*» al hecho ya producido, y no aparece como instrumento dirigido a regular las conductas de los ciudadanos. Únicamente puede pretender regular la actuación de los jueces que en el futuro se encuentren ante hechos delictivos, en el sentido de obligar a responder a tales hechos mediante la pena. Mas esta regulación de la actuación judicial no supone regulación alguna de la conducta de los ciudadanos: no persigue ninguna finalidad de evitación de delitos ni de protección de la sociedad. ¿Para qué se impone entonces la pena? Cabe responder que se hace simplemente *para dejar testimonio* de que el mal merece ser castigado, pero en tal caso se estará reconociendo que la retribución no se justifica como mera respuesta *ex post*, sino para conseguir una determinada finalidad posterior al castigo (dejar testimonio). Y si seguimos preguntando para qué es preciso conseguir tal objetivo, la respuesta más razonable y seguramente más probable será la de que con ello se quiere influir en la conducta futura de los ciudadanos, *para que*, a la vista de que el mal merece su castigo, *eviten su realización*. Pero con esto se habrá llegado precisamente a una concepción preventiva de la pena.

La conclusión que quería obtener es obvia: toda concepción de la pena que quiera conseguir con ella regular de algún modo las conductas de los ciudadanos, ha de entenderla con referencia al futuro y no sólo como respuesta al pasado. Este es el terreno específico de la teoría de la prevención.

No significa esto que la función preventiva de la pena deba fundarse sólo por esta vía. Todo el planteamiento expuesto parte de una premisa valorativa fundamental que hoy nos parece bastante obvia, pero que en otras épocas históricas podía parecer más discutible: el

principio de que el Derecho penal sólo se justifica cuando resulta *necesario* para regular y evitar conductas lesivas de bienes jurídicos, y de que, por tanto, resultaría inadmisibles la intervención punitiva del Derecho si no sirviera en absoluto para regular dichas conductas, esto es, si la pena se presentase como un mal innecesario e inútil. Este principio puede fundarse en la imagen del Derecho en el Estado social y democrático de Derecho, imagen dominante en la filosofía política que inspira las Constituciones de los países de nuestro ámbito de cultura (así, por ejemplo, la Constitución alemana y la Constitución española). Un tal Derecho encuentra su justificación en realizar la misión del Estado de configurar (regular) la vida social en forma activa (Estado social) en forma democrática en su forma y contenido (Estado democrático de Derecho). En Derecho penal esto significa que se trata de proteger a la sociedad mediante una prevención (Estado social) ajustada al sentido y límites de un Estado democrático de Derecho. Mas este planteamiento lo he desarrollado ya en otros lugares (3) y no constituye el objetivo específico de este trabajo. Aquí se trata sólo de poner de relieve la dimensión temporal de referencia al futuro que implica necesariamente una concepción de la pena que admita el objetivo de regular conductas de los ciudadanos.

III

PERSPECTIVA «EX ANTE» Y ANTIJURICIDAD

1.—Observando el delito en su temporalidad concreta, *la teoría causalista de la antijuricidad* aparece como una contemplación del hecho *ex post*. Para el causalismo el punto de partida de la antijuricidad es el resultado producido, que se contempla desde la perspectiva de un momento en que ya ha tenido lugar. El hecho antijurídico se ve como un *hecho pasado*. De ahí que la esencia material de la antijuricidad sea para el causalismo fundamentalmente un *estado* disvalioso para bienes jurídicos que se ha ocasionado.

El finalismo parte de una perspectiva temporal opuesta. Empieza por fijarse en el momento subjetivo de la anteposición mental de la meta, de la finalidad que guía la acción: el momento *inicial* de la acción, no el momento del resultado causado. Se adelanta así el punto de mira y se examina el hecho desde el prisma de la finalidad anterior a su manifestación externa.

La moderna teoría de la imputación objetiva ha advertido por otro camino la necesidad de la perspectiva *ex ante* para decidir la concurrencia del hecho típico. Ya lo advirtió la *teoría de la adecuación* al exigir que la acción apareciese como adecuada para producir el resul-

(3) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed. Barcelona 1982, 29 ss.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 123 ss.

tado a los ojos de un espectador medio que contemplara el hecho en el momento que actuó el autor (*ex ante*) y con los datos especiales que éste pudiera tener acerca de la situación. Hoy esta teoría de la adecuación no se considera una teoría de la causalidad —a decidir sólo por la teoría de la equivalencia de todas las condiciones necesarias del resultado—, pero sí de una teoría que permite la *imputación objetiva* del resultado a la acción (4).

2.—La perspectiva *ex post* del causalismo es coherente con la perspectiva *ex post* de la teoría retributiva de la pena. Pero si se admite que el Estado actual está llamado a *regular* la vida social y que sólo se legitima su intervención mediante el Derecho penal cuando resulta necesario para *evitar* las conductas constitutivas de delito, ya se vio que no puede sostenerse una teoría retributiva de la pena, que la concibe como respuesta *ex post*, sino sólo una teoría preventiva de la misma, que la entiende como conminación *ex ante*. Pues bien, una concepción preventiva de la pena que resulte consecuente ha de conducir a abandonar también el punto de vista *ex post* que el causalismo adopta en el análisis del hecho antijurídico. Puesto que la norma penal preventiva apunta al momento en que aún puede evitarse la realización de la conducta, intentando motivar a dicha evitación, el juicio de antijuricidad deberá efectuarse *ex ante*, en el momento en que el sujeto va a actuar. Veámoslo con más detenimiento.

Si lo que fundamenta la conminación penal en un Estado social y democrático de Derecho es la necesidad de prevenir delitos, esto sólo se puede intentar por parte de una norma penal tratando de *motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas* constitutivas de delito. Ello supone que la evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El Derecho no puede *prohibir* que se produzcan resultados dañosos —¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!—, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados (5). Un resultado, *en sí mismo*, no puede infringir

(4) Cfr. por todos H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, traducción y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona 1981, I, pp. 386 ss. Recientemente, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 mayo 81, que ha motivado un lúcido comentario de LUZÓN PEÑA, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, en «Actualidad jurídica», 1981 (VII), pp. 78 ss. En España es fundamental la monografía de E. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid 1966, *passim*.

(5) ARMIN KAUFMANN, *Zum Standeder Lehre vom personalen Unrecht*, en *Festschrift für Welzel*, Berlín 1974, p. 393; OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, en *ZStW*, 87 (1975), p. 567; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1981 p. 145; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Frankfurt 1975, preámbulo al § 1 Anm. 17 y 50; LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona 1978, p. 253; BUSTOS y HORMAZÁBAL, *Significación social y tipicidad*, en el libro *Estudios penales y criminológicos*, ed. por Fernández Albor, Santiago de Compostela 1982, p. 35.

las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho —por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente.

Si las normas penales sólo pueden pretender regular conductas humanas y no pueden prohibir que tengan lugar resultados lesivos por otra vía, sólo podrán oponerse a tales normas conductas distintas a las impuestas por ellas. Y como el Derecho penal de un Estado debe entenderse como un conjunto de normas de regulación (de prevención), sólo podrán considerarse contrarias al *Derecho* penal dichas conductas distintas a las deseadas por sus *normas*. La antijuricidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal (6).

El momento de incidencia de la prohibición penal habrá de ser, pues, aquél en que el sujeto se pone a realizar la conducta que el Derecho desea evitar y prevenir. Para decidir si un determinado comportamiento se halla o no prohibido por la ley penal, habrá que contemplar las características que manifiesta *ex ante*, cuando aún puede ser evitado. No cabe esperar a comprobar si, una vez realizado, el hecho resulta ser realmente como parecía, porque en un Derecho preventivo la decisión de prohibir o no prohibir el hecho debe adoptarse definitivamente antes de que el mismo se haya producido.

Tiene razón, pues, la teoría de la imputación objetiva cuando exige, para el tipo de injusto de los delitos de lesión, que *ex ante* fuera previsible que la acción causaría el resultado. Pero esta exigencia, hoy generalmente reconocida, no encuentra un fundamento adecuado en el planteamiento causalista que contemple el hecho *ex post*: si una vez producido el resultado se comprueba que *ha sido* causado por la acción, ¿cómo negar que se haya realizado el tipo que consiste en la producción del resultado? El finalismo puede dar respuesta a esta pregunta en muchos casos negando que concurra el tipo cuando el sujeto no actúa dolosamente ni en forma imprudente (7). Pero, ¿qué ocurre cuando el autor obró con la intención de producir el resultado mediante una conducta que *ex ante* se presentaba como insuficientemente peligrosa para considerarla «adecuada» para causar el resultado? Piénsese en el ejemplo clásico de quien manda a su criado al bosque en un día de tormenta esperando que le alcance un rayo. Tampoco se resuelven con el planteamiento finalista los casos de conductas *ex ante* inadecuadas en los delitos cualificados por el resultado.

La única fundamentación suficiente de la exigencia general de una mínima peligrosidad aparente *ex ante* en los delitos de lesión es que no tiene sentido prohibir las acciones que en el momento de ir a realizarse no parezcan suficientemente dañosas. ¿Cómo podría prohibir la

(6) Es preciso, pues, desde el prisma de un Derecho penal preventivo, *invertir* la expresiva formulación de MEZGER, *Die subjektiven Unrechthelemente*, en GS 89, 1924, pp. 245 y s., según la cual el injusto supone la «modificación de un estado jurídicamente aprobado o la producción de un estado jurídicamente desaprobado, no la modificación jurídicamente desaprobada de un estado».

(7) Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín 1969, pp. 45 s.

norma penal a su destinatario que verificase una acción cuya peligrosidad para el bien jurídico, cuya tutela constituye la única razón de la pena, no puede advertirse hasta después de realizada? (8).

Si el finalismo puede resolver satisfactoriamente muchos de los casos de conductas lesivas inicialmente inadecuadas es porque adopta un punto de vista *ex ante* en la concepción de la antijuricidad: la finalidad que guiaba al autor se concibe como punto de partida del injusto. Pero si no puede fundamentar correctamente la solución de *todos* los supuestos de conductas inadecuadas es porque parte de una visión subjetiva del contenido del injusto. Para el finalismo el centro del injusto se halla en el desvalor de la acción y éste, a su vez, es ante todo, desvalor de la vertiente subjetiva del hecho, de modo que la concepción finalista del injusto aparece en todo caso como *teoría del injusto personal* (9). Para un Derecho penal que quiera respetar el límite liberal del fuero interno (esto es, para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho), este punto de partida subjetivo no es adecuado. Un tal Derecho penal sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger. No puede, en cambio, tener por objeto que el sujeto no «adopte decisiones» contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es sólo el de los procesos de interacción social. Ciertamente que la motivación penal se dirige a la consecución de una resolución de su destinatario, necesariamente subjetiva, en el sentido de no cometer el delito; pero ello no ha de tener lugar porque se desvalore la resolución subjetiva por sí misma, sino porque se quiere evitar una conducta externa lesiva. El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir.

La perspectiva de la que debe partirse en la antijuricidad deber ser, pues, una perspectiva *ex ante* y que contemple el hecho *objetivamente*. Ello remite al punto de vista del hombre medio situado mentalmente en la posición del autor en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener aquél (el

(8) Así, ya ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, I, Karlsruhe 1960, p. 419, escribía: «Sólo un comportamiento... que sea incorrecto considerado *ex ante* puede ser prohibido» (tomo la traducción del fragmento que ofrece GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios cit.*, p. 145 nota 40, que se manifiesta en el mismo sentido, reafirmando la fundamentación que ya ofreció en su monografía *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid 1966, pp. 99 ss. Cfr. también MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho cit.*, p. 65).

(9) Cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht cit.*, p. 62 («Unrecht ist Täterbezogenes 'personales' Unrecht»), aunque también admite la relevancia para el desvalor de la acción de los especiales deberes personales que objetivamente infrinja la conducta y, sobre todo, la pertenencia del objetivo «deber de cuidado» a lo injusto de la acción de los delitos imprudentes.

autor). El criterio manejado por la teoría de la adecuación pasa, así, de ser un «correctivo» difícilmente encajable en las categorías dogmáticas, a suministrar la perspectiva a adoptar con carácter general en el enjuiciamiento de la antijuricidad de un hecho. Este estará prohibido cuando *ex ante* aparezca al hombre medio como capaz de producir la lesión o puesta en peligro típicas, atendidos los conocimientos que al actuar tenía entonces el sujeto.

3.—¿Cuál es, entonces, el papel del *resultado* y del *dolo*? —

A) El resultado sólo es constatable *ex post*, cuando ya no puede evitarse. Desde el punto de vista de una norma preventiva llamada a evitar conductas lesivas o peligrosas, ello supone que el resultado no puede ser prohibido a partir de su constatación, porque una vez constatado ya no puede ser evitado. Pero tampoco cabe admitir que en los delitos de lesión el resultado restrinja el ámbito de las *conductas* prohibidas, antijurídicas, entendiendo que sólo se prohíben las conductas que, además de aparecer como peligrosas *ex ante*, logren ocasionar efectivamente la lesión. Si la prohibición se entiende como mandato de evitar una conducta, ¿cómo pueden prohibirse (mandar que se eviten) sólo las conductas que causen un resultado, si no es posible saber cuáles son tales conductas hasta que ya se han realizado? Si se quieren prohibir, para que se eviten, las conductas lesivas, no hay más remedio que prohibir *todas* las acciones que *ex ante* aparezcan como posiblemente lesivas, porque entre ellas no existe *ex ante* ninguna diferencia constatable entonces.

No cabe, pues, condicionar *el injusto* (la prohibición) a la producción del resultado sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatario. Sin embargo, es cierto que la exigencia de producción de un resultado cumple importantes funciones político-criminales. No se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto al del injusto. El resultado ha de considerarse un elemento que condiciona o limita la punibilidad del hecho en base a razones de seguridad jurídica, de falta de necesidad de pena, etc. (10).

B) Aunque la perspectiva de la antijuricidad ha de ser objetiva, atenta a la capacidad lesiva o peligrosidad *ex ante* de una conducta, hay que admitir que los delitos dolosos poseen un contenido de injusto más graves que los delitos imprudentes —el dolo y la culpa no son, pues, forma de culpabilidad—. Ello se debe a dos clases de razones.

a) Por una parte, *el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta*. Un derecho penal preventivo ha de prohibir con mayor intensidad las conductas que desea evitar en mayor medida por su especial peligrosidad *ex ante*, y éstas son, ante todo, las voluntariamente dirigidas a lesionar bienes jurídicos. El intentar voluntariamente la

(10) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit., pp. 65 ss. En esta 2.ª edición de esta obra aquí citada, profundizo en este planteamiento y en el que se enuncia a continuación B).

lesión supone en general un mayor peligro *ex ante* para el bien concretamente afectado, que el actuar frente a él de forma descuidada pero *queriendo evitar la lesión* —si no fuera así ya habría dolo.

b) Por otra parte, *el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad* frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico, dolo directo) o admite que es probable que lo lesione (dolo eventual), que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente), o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente). En el primer grupo de casos (dolo), el Derecho no sólo tiene que intentar evitar la conducta peligrosa, sino que puede hacerlo en la medida que requiera toda su peligrosidad objetiva (*ex ante*), pues la conminación penal se dirige a un sujeto que advierte plenamente dicho peligro. En cambio, en el segundo grupo de casos (imprudencia), la norma penal sólo puede dirigirse a un sujeto que no advierte la peligrosidad objetiva (*ex ante*) de la acción que el bien jurídico o que no cree probable que en su caso vaya a realizarse. Y como la prohibición penal, para que tenga posibilidades de éxito, ha de referirse a hechos conocidos por el destinatario, sólo pueden prohibérsele las conductas peligrosas en la medida del conocimiento de la situación peligrosa de que disponga.

IV

PERSPECTIVA «EX ANTE» Y «PODER ACTUAR DE OTRO MODO»

Con esto llegamos a un punto de la teoría del delito de gran trascendencia y que no obstante no puede ser resuelto satisfactoriamente desde la perspectiva *ex post* tradicional. Me refiero a la cuestión del «*poder actuar de otro modo*», que a su vez se refleja en extremos tan importantes como la imprudencia inconsciente, el error de prohibición y, sobre todo, el fundamento material de la culpabilidad. Empiezo mencionando la culpa inconsciente porque el apartado anterior ha terminado por abocarnos a ella.

1.—La punición de la *culpa inconsciente* suele fundamentarse mediante la afirmación de que el sujeto que no ha advertido el peligro *podía* haberlo advertido. Pero *ex post* lo único que se ha comprobado es que el sujeto no se percató del peligro. Sostener que, pese a ello, aunque se hubieran repetido *todas* las mismas circunstancias que *ex post* conocemos, el sujeto *podía* haber advertido el peligro, sólo es lícito sobre la base de la creencia en el postulado filosófico indemostrable del *libre albedrío* o *libertad de voluntad*. Cuando examinemos el fundamento de la culpabilidad razonaremos por qué no cabe partir en Derecho penal del libre albedrío. ¿Cómo cabe fundar, entonces, la punibilidad de la culpa inconsciente?

Pasemos de la perspectiva *ex post* a la *ex ante*. Resulta entonces mucho más fácil justificar la punición de la imprudencia inconsciente.

Ex ante tiene mucho sentido dirigir a los ciudadanos el mandato de que adviertan la peligrosidad de las acciones que van a realizar, por sí se trata de conductas cuya alta peligrosidad obliga a omitirlas o por sí, aun siendo lícita su ejecución, es preciso efectuarlas adoptando determinadas precauciones. Dicho mandato de advertir el peligro, el «deber de examen previo» de Binding, también llamado «deber de cuidado interno» (11), sólo dejará de dirigirse a los sujetos que se hallen en alguna situación que *ex ante* se presente en términos tales que en ella el «hombre medio» tampoco advertiría el peligro. No se trata de preguntar si el sujeto que actúa con culpa inconsciente *podría haber* advertido el peligro, cuestión improbable, sino de si el hombre medio *habría advertido* el peligro. Si la respuesta es positiva, no hay motivo *ex ante* para no imponer al sujeto el deber de examen previo. En la mayoría de los casos este mandato resulta eficaz y gracias a él se evitan muchas acciones peligrosas. Cuando el mandato no logra motivar al sujeto y éste no se preocupa de advertir el peligro, hay que considerar antijurídico el hecho lesivo que por ello se produzca, y castigarlo si el sujeto no es personalmente inculpable, porque ello es el único modo de confirmar la seriedad de la amenaza penal que respaldaba la norma de cuidado interno. No importa, entonces, si el sujeto que actuó con culpa inconsciente pudo o no advertir el peligro. El determinista dirá que *ex post* se comprueba que, tal como se han producido los hechos y habida cuenta de la personalidad del sujeto, éste no pudo advertir el peligro. Sin embargo, tanto el determinista como el liberoarbitrista estarán de acuerdo en que, si no se realizara la amenaza penal frente a quien actúa en la situación que *ex ante* aparece como la prevista por la norma de cuidado interno, aquella amenaza penal perdería su sentido frente a la colectividad. Desaparecería toda la eficacia motivadora que consigue desplegar ante la gran mayoría de los ciudadanos, que son los que cumplen el deber de examen previo. También frente al sujeto que actúa con culpa inconsciente dejaría la norma de tener sentido conminatorio en el futuro.

En resumen: si se pretende fundar el castigo de la imprudencia inconsciente como retribución *ex post* del hecho, se tropieza con la dificultad de que no es posible probar que el sujeto hubiera podido advertir el peligro; en cambio, es perfectamente lógico desde el prisma de la necesidad de prevenir *ex ante* los hechos peligrosos dirigir el mandato de advertir el peligro siempre que *ex ante* el hombre medio lo advertiría y confirmar la seriedad de la amenaza penal castigando, en su caso, la inobservancia de aquel deber. No se castiga *porque se compruebe* que el sujeto podía haber advertido el peligro —comprobación imposible—, sino *para que* él mismo y los demás adviertan el peligro de sus acciones antes de emprenderlas (12).

(11) Cfr. JESCHECK, *Tratado* cit. II, p. 797.

(12) Señala la imposibilidad de comprender la imprudencia inconsciente desde un prisma que no atienda a las «necesidades preventivas» ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, trad. de MUÑOZ CONDE, Madrid 1981, p. 169, nota 53.

2.—Una problemática próxima plantea el *error de prohibición*, que concurre cuando el sujeto desconoce la antijuricidad del hecho. Según la doctrina dominante sólo el error de prohibición *invencible* determina la impunidad. El error de prohibición *vencible* conduce, o bien a la pena de la imprudencia (teoría del dolo), o bien a la posibilidad de atenuar la culpabilidad (teoría de la culpabilidad). Sin embargo, el castigo que esto supone para el error de prohibición vencible tropieza con dificultades parecidas a las que encuentra la fundamentación tradicional de la culpa inconsciente: el sujeto *no advirtió* la prohibición y es improbable que si hubiera *podido* advertirlo.

Dos monografías aparecidas en 1969 sobre el tema coincidieron curiosamente en proclamar la dificultad de fundar sobre aquella base la punición en caso de error de prohibición vencible. El problema surgiría del hecho de que, si el sujeto no tiene siquiera ni una ligera duda sobre la licitud del hecho y no piensa en absoluto en que pueda estar prohibido, ¿cómo va a poder creer necesario informarse al respecto? Esto cuestionaría la propia evitabilidad del error de prohibición en el momento en que ya concurre, y conduciría a la imposibilidad de castigar e imponer sólo medidas de seguridad (13), o de aplicar esta solución cuando el error recaiga sobre una norma *general* y fundar el castigo en la culpabilidad por la conducta de la vida anterior, en razón al específico deber de advertir anteriormente la prohibición, cuando el error verse sobre una norma *especial* (14). Más recientemente añade Strantenwerth que todo ello indica claramente «que la eficiencia político-criminal del Derecho penal peligraría seriamente si la culpabilidad dependiera realmente de la libertad individual para comportarse de acuerdo con la norma» (15).

De nuevo la perspectiva *ex ante* de un Derecho penal de prevención de conductas lesivas o peligrosas arroja una nueva luz sobre el problema que permite contemplarlo con mayor claridad. Es posible que *ex post* quepa dudar muy seriamente de que, dado el curso de los acontecimientos, el que actuó en error de prohibición *podiera* realmente evitar su error. El determinismo mantendrá que tal posibilidad no ha existido. Es evidente, en cambio, que un Derecho penal que quiera motivar a sus destinatarios a evitar delitos debe dirigirles el mandato de informarse y advertir las prohibiciones penales siempre que *ex ante* no concurren circunstancias en las cuales el «hombre medio» caería también en el error de prohibición. Tal mandato resulta eficaz en la mayoría de los casos, y con ello ya se justifica su presencia. Cuando falla y el sujeto no advierte la prohibición, cabe pensar que *ex post* este error aparezca siempre como inevitable, pero no por ello debe dejarse de realizar la conminación penal, para que confirme la seriedad de la

(13) Así E. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín 1969, pp. 150 ss.

(14) Así RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit der Verbotsirrtum*, Göttingen 1969, pp. 254 ss., 279 ss.

(15) Cfr. STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, versión española de BACIGALUPO con la colaboración de ZUGALDÍA, Madrid 1980, p. 101.

amenaza legal anterior y su voluntad de mantenerse en el futuro frente a los actos posteriores del autor y de los demás ciudadanos. Ello sería ciertamente contrario a la lógica de la retribución, que mira al pasado, pero es perfectamente necesario desde el prisma de una prevención general y especial que mira al futuro (16).

3.—El *fundamento material de la culpabilidad* puede también desvincularse de la discutida idea del «poder actuar de otro modo» si se parte de la perspectiva *ex ante*, posible y necesaria en un Derecho penal que quiera prevenir la comisión de delitos. Ello es muy conveniente porque fundar la culpabilidad en el hecho de que el autor del injusto podía haberlo evitado supone basar la pena en la hipótesis del libre albedrío o libertad de voluntad. Razonaré ante todo brevemente por qué debe evitarse una tal fundamentación de la culpabilidad.

a) El fundamento del «poder actuar de otro modo» no puede ser admitido por quien estime que el concepto del libre albedrío no es manejable científicamente porque encierra una suposición metafísica indemostrable y que, por lo tanto, no puede utilizarse para legitimar la responsabilidad penal. Desde este prisma, un Derecho penal basado en el dogma de la libertad de voluntad aparecería como un edificio apoyado en los frágiles cimientos de una hipótesis improbable. Por otra parte, tampoco quien crea válido el concepto de libre albedrío ha de admitir necesariamente que todo aquél que realiza el injusto sin culpabilidad carezca de libertad de voluntad. Examinemos la primera objeción señalada (16 bis).

a') Hay amplio acuerdo en admitir que la existencia del libre albedrío —en general y, desde luego, en el caso concreto, constituye una posición científicamente indemostrable (17). La única forma de com-

(16) Frente a los esfuerzos de un sector de la doctrina (así RUDOLPHI, *loc. cit.*) por fundar la punición del hecho realizado en error vengible en la culpabilidad por la conducta de la vida, escribe STRATENWERTH, *El futuro cit.*, p. 123: «... cabría preguntarse si no habría que investigar hasta qué punto las reglas que hoy son discutidas desde el ángulo de mira de la culpabilidad por la conducción de la vida, no podrían tener un buen sentido apoyadas en la prevención general». A juicio de este autor, la distinción antes referida de RUDOLPHI, según la cual sólo cabe castigar el error de prohibición sobre normas *especiales* y no el relativo a normas *generales*, se argumenta por RUDOLPHI mediante una consideración fundamentalmente político-criminal (preventiva) cuando apoya el castigo de la primera clase de error (sobre normas especiales) en el hecho de que el cumplimiento de estas normas no podría garantizarse de otra forma: cfr. STRATENWERTH, *El futuro cit.*, p. 123 nota 98.

(16 bis) Sobre la segunda objeción vid. MIR PUIG, *Fundamento de la irresponsabilidad penal del imputable*. Categoría sistemática jurídico penal, trad. y notas de LUZÓN PEÑA, en ROXIN.

(17) En este sentido, entre otros muchos: M. DANNER, *Gibt es einen freien Willen?* 3.ª ed. Hamburg 1974, *passim*; K. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín 1965, *passim* y pp. 24 ss.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en su libro *Estudios de Derecho penal cit.* pp. 109; C. ROXIN, *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, en *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 185 ss. (=«Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales, trad. y notas de LUZÓN PEÑA, en ROXIN,

probar si una determinada decisión ha sido «libre», en el sentido de que el sujeto ha podido haber adoptado otra en su lugar, sería repetir varias veces las *mismas condiciones* bajo las que se ha adoptado y observar si se repite o no la misma decisión en todos los casos. Un experimento así es imposible, porque no cabe reproducir con exactitud las mismas condiciones existentes en un momento pasado. En cualquier caso, siempre habría un factor distinto: el paso del tiempo determinaría en el sujeto de la decisión una acumulación de recuerdos en su mente y una serie de modificaciones en su cuerpo que lo enfrentarían a cada nueva decisión en unas condiciones diferentes.

Esto no se puede negar. Mas los partidarios de mantener la idea del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal replican a veces que tan indemostrable como aquel concepto lo es la afirmación de su inexistencia. Según esto, el determinismo, es decir, la doctrina que niega la libertad de voluntad, no sería menos metafísica que el indeterminismo. Esta réplica en defensa del planteamiento clásico puede contestarse del modo siguiente.

En *primer lugar*, negar que el libre albedrío constituya un fundamento científico de la responsabilidad penal no supone fundamentar esta responsabilidad en el determinismo. Negar que la libertad de voluntad pueda legitimar el uso de la pena no implica afirmar que el fundamento de la pena sea la inexistencia de aquella libertad. Cabe perfectamente negar la validez legitimadora del libre albedrío y buscar el fundamento de la pena en algo distinto al dilema libertad/determinismo. En realidad, los deterministas no acostumbran a basar el Derecho penal en la ausencia de libertad de voluntad, sino en algo tan diferente como por ejemplo, la necesidad social de la pena.

En *segundo lugar*, aun admitiendo que tampoco sea posible demostrar científicamente que el hombre está sujeto a la ley de la causalidad, lo cierto es que suponerlo parece científicamente más razonable que negarlo. ¿Por qué el hombre habría de ser una excepción al principio que rige el mundo macroscópico, según el cual todo hecho responde a alguna causa? Quien contemple al hombre como dotado de un alma inmaterial podrá encontrar en ello una razón para sostener que el hombre se halla por encima de las relaciones causales del mundo material. Mas la Ciencia no puede partir de creencias que se hallan más allá de lo perceptible por los sentidos. Y desde este prisma el hombre aparece como una realidad material cuyos elementos básicos participan de la naturaleza propia del mundo físico. Lo más razonable

Problemas básicos de Derecho penal, Madrid 1976 y ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid 1981, p. 62 y nota 21; F. VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, II, Berlín 1905, pp. 38 ss.; F. MUÑCZ CONDE, en la introducción a su trad. española del libro de ROXIN, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* cit., p. 23.

(18) Escribe SCHORGER, *Zum Streit um die Willensfreiheit*, en ZStW 77 (1965) p. 242, cit. por GIMBERNAT, *Estudios* cit., p. 109 nota 15, cuya traducción tomamos: «A favor de la autodeterminación libre... no existe ninguna prueba concluyente. Por el contrario, todas las experiencias científico-naturales, incluyendo las de la psicología y las de la psicología profunda, hablan en contra».

desde esta perspectiva científica parece, entonces, partir de la hipótesis de que también la conducta del hombre responde a causas.

Esto no significa, en cambio, que sea razonable admitir un determinismo *mecanicista* que desconozca la evidente virtualidad de los factores culturales en la decisión humana. En el hombre influyen sus representaciones intelectuales, que adquiere en buena parte a través del lenguaje. No sólo los instintos ni el funcionamiento biológico del hombre determinan sus decisiones, sino también los usos y las normas sociales, morales y jurídicas. Tiene razón Hartmann al señalar que en el hombre exista una forma de determinación específica no naturalística, sino con arreglo al deber ser (19). Pero ello no significa que la decisión del hombre no sea explicable por causas, no significa que no se halle determinada, puesto que también los motivos culturales constituyen causas que contribuyen a determinar aquella decisión. Es cierto que los motivos culturales tampoco ejercen en cada persona el mismo efecto y que, por ejemplo, las normas morales no siempre son eficaces en todos los individuos. Mas esto puede explicarse perfectamente por la diversidad existente en la personalidad y en el medio que vienen dados a cada individuo. Ni hay dos personalidades idénticas, ni una misma persona se encuentra dos veces en unas circunstancias exactamente iguales (piénsese en lo dicho antes acerca de la acumulación de recuerdos con el paso del tiempo).

Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que la libertad de voluntad no constituye una base científicamente admisible sobre la que pueda fundarse la culpabilidad. Me remito a las ulteriores consideraciones que en este sentido he efectuado en otros lugares (20).

b) Si no se admite (o no se admite que pueda probarse) que el autor de un hecho antijurídico pudiera haberlo evitado dado el concretísimo curso de los acontecimientos que *ex post* se comprueba, no es lícito entender la culpabilidad como un *reproche dirigido al pasado* por la decisión adoptada. Pero desde una perspectiva *ex ante* es perfectamente admisible que se dirija la amenaza penal a todo aquél del que *a priori* cabe esperar que pueda ser *motivado normalmente* por la pena. En ciertas situaciones personales o ambientales la experiencia indica que no cabe esperar que la pena despliegue su efecto motivador normal. Es lo que sucede en los casos de enajenación, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal, sordomudez desde la infancia con absoluta falta de instrucción y miedo insuperable. A la vista de la *comprobada inferioridad* de posibilidades que entonces tiene el sujeto de atender normalmente a la llamada de la norma penal, sería injusto seguir dirigiéndole la amenaza que ésta implica para los sujetos que

(19) Cfr. N. HARTMANN, *Ethik*, 4.^a ed. Berlín, 1962, p. 766, que contrapone la *Sollengesetzlichkeit* a la *Naturgesetzlichkeit*. Pero ver lo que objeto en MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit., p. 144 nota 94.

(20) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena* cit., pp. 67 s., MIR PUIG, *Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable*, ponencia presentada en el I Symposium Internacional sobre Psiquiatría y Ley, celebrado en Madrid, febrero de 1982, en «Psicopatología», abril-junio 1982, p. 158.

se hallan en una situación motivacional normal. Respecto a estos últimos, en cambio, no hay razones que *ex ante* hagan pensar que no *podrán* ser motivados normalmente por la norma. Ello no significa, por supuesto, que exista la seguridad de que la amenaza penal logrará impedir al sujeto que delinca, sino sólo que concurren unas condiciones de normalidad en el momento de la decisión que permiten esperar que la conminación de la pena pueda ser tenida en cuenta por el destinatario en los términos normales que se consideran suficientes.

Este planteamiento conecta también la fundamentación de la culpabilidad con *la función de prevención de delitos* que corresponde al Derecho penal, sometiénola al *límite de igualdad real ante la ley* que debe respetar un Estado democrático.

La *necesidad de prevenir* para proteger a la sociedad permite dirigir la amenaza de la pena a todos los ciudadanos que se encuentren en una situación motivacional normal que *ex ante* haga esperable un determinado grado de eficacia de aquella amenaza. Cuando ésta no alcanza su objetivo y se produce un delito hay que imponer la pena *para* demostrar la seriedad de la amenaza ante la colectividad (prevención general) y en orden a la vida futura del delincuente (prevención especial). Ello ha de tener lugar con independencia de si se admite o no que el sujeto podía haber actuado de otro modo, porque no se trata ya de *reprocharle ex post su decisión pasada*, sino sólo de mantener y confirmar la conminación penal preventiva *de cara al futuro* (21).

Pero esta necesidad de prevención ha de encontrar el *límite democrático de la igualdad real ante la ley*. Este límite impide tratar a quienes se hallan en una situación de *inferioridad* ante la norma penal por razón de una causa que excluye su motivabilidad normal, del mismo modo que a los sujetos que actúan normalmente. El inculpable posee *ex ante* una capacidad inferior para cumplir el mandato normativo: dirigirle e imponerle, pese a ello, la pena prevista para el hombre que obra con normalidad supondría tratarle con una dureza *desigualmente excesiva*.

Este límite resulta necesario para fundamentar la renuncia a la amenaza penal frente a los inculpables porque la idea de la necesidad de prevención no basta por sí sola para justificar dicha renuncia. Bastaría, si, como afirma un sector doctrinal (22), los inculpables no fuesen *en absoluto motivables* por la norma penal. En tal caso sería inútil y por tanto innecesario, dirigirles la amenaza penal. Este plantea-

(21) Como dice KRÜMPELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit...*, en ZStW, 88 1976, p. 32, el reproche de la culpabilidad no ha de suponer el juicio de que el sujeto hubiera podido actuar mejor, sino que hay que verlo como un medio para un fin, el de apelar a la responsabilidad de la sociedad.

(22) Así P. NOLL, *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*, en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín 1966, pp. 223, 225, 233; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios cit.*, pp. 104 s. 162 s.; ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit in Strafrecht*, en *Festschrift P. Bockelmann*, 1979, pp. 298 s. (= *Culpabilidad y prevención cit.* pp. 172 ss.).

miento también se justificaría a partir de la perspectiva *ex ante* propia de un Derecho penal preventivo (23). Entiendo, sin embargo, que *ex ante* no cabe decir que los inculpables no puedan ser motivados en absoluto, sino sólo que no pueden ser motivados *normalmente*. Así, la experiencia demuestra que la mayoría de inimputables no delinquen —piénsese en especial en los menores de cierta edad (24), lo que puede considerarse prueba de que de algún modo sí hacen mella en ellos las normas jurídicas. Por otra parte, quienes actúan en situación de inexigibilidad (en una de las llamadas «causas de exculpación» o de «disculpa») no pierden necesariamente su capacidad de atender a la conminación penal, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.) la ley imponga un mayor nivel de exigencia (25). Todo ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se halla ausente en la propia acción, no falta al inculpable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que en cuanto aquél actúa conscientemente (26) *ésta puede incidir en su proceso de motivación*. Lo que sucede es que, al hacerlo, la amenaza penal no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee (27).

c) Aunque tanto el injusto como la culpabilidad deban fundarse desde un punto de vista *ex ante*, hay que señalar una diferencia. El carácter prohibido o no prohibido de un hecho debe determinarse según se manifieste *ex ante* su capacidad lesiva o su peligrosidad a los ojos del hombre medio, de modo que no importan aquellas características del hecho que sólo se constatan con posterioridad. De ahí que el error invencible excluya el injusto. En cambio, la motivabilidad normal que condiciona la culpabilidad, aunque debe concurrir *ex ante*, no deja de considerarse presente por el hecho de que el sujeto actúe con un desconocimiento invencible (incluso para el hombre medio) de su normal motivabilidad (por ejemplo, el sujeto creía que estaba loco cuando no lo estaba). Por mucho que *ex ante* cualquiera hubiera creído erró-

(23) A esta perspectiva *ex ante* apela en parte expresamente GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios* cit. p. 148.

(24) Cfr. en este sentido JESCHECK, *Tratado* cit., I, p. 320.

(25) Cfr. ROXIN, *Bockelmann-Festschrift* cit., pp. 283 s. (= *Culpabilidad y prevención* cit., pp. 152 s.

(26) Sobre la naturaleza dogmática compleja de la enfermedad mental, la oligofrenia, la minoría de edad, etc., que no sólo pueden excluir la culpabilidad, sino también la misma acción o el tipo de injusto, según la intensidad y clase de los efectos que produzcan en la mente del sujeto (así, si determinan inconsciencia en el sujeto faltará la propia acción), cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit., p. 71 nota 103.

(27) Vid más ampliamente sobre el anterior planteamiento, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito* cit. pp. 70 ss. Recientemente se ha adherido expresamente a esta concepción de la culpabilidad como *motivabilidad normal* que fija un *límite democrático* de la prevención basado en el principio de igualdad real ante la ley E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid 1981 pp. 137 s. También D. M. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979, pp. 44 ss. admite que al inculpable sólo le falte la motivabilidad *normal*, pero estima que por sí sólo ello hace innecesaria ya la prevención, punto éste en que nuestras opiniones se separan.

neamente que el sujeto no era culpable, lo será si luego se comprueba que realmente disponía de una capacidad normal. Y, viceversa, tampoco cabe castigar al que resulta ser inculpable aunque *ex ante* ni él ni los demás lo supieran (28).

¿En qué se basa esta diferencia de tratamiento del error en el injusto y en la culpabilidad? Quien incurre en un error de tipo cree realizar un hecho no prohibido, mientras que quien desconoce su culpabilidad no por ello deja de saber que realiza un hecho prohibido. Siendo así, el segundo ha de omitir la comisión del injusto (que advierte como tal), y no puede escudarse en el desconocimiento de su culpabilidad porque no obsta a que realmente contara con una normal capacidad de atender a la llamada de la norma prohibitiva. En la culpabilidad no se cuestiona la prohibición, sino sólo si ésta puede ser recibida normalmente por el sujeto. Cuando la capacidad lesiva o peligrosidad de una acción (ámbito del injusto) no es *reconocible ex ante*, el Derecho no puede prohibirla porque no puede pretender que los ciudadanos la eviten. En cambio, las condiciones de motivabilidad del sujeto deben valorarse en su *efectiva concurrencia ex ante*, porque la motivabilidad normal traza un límite democrático, vinculado al principio de igualdad real ante la ley, que no es lícito traspasar por el hecho de que *parezca* que no concurre: quien *es inferior* no puede ser tratado como si fuera igual por el hecho de que lo parezca. Y, al contrario, quien *es igual* no tiene por qué ser tratado como *inferior*, aunque él crea que lo es.

(28) Dejo aparte la problemática del error vencible sobre un presupuesto de una causa de exculpación cuando dicho error determina la *efectiva* anormalidad motivacional. También aquí hay que admitir la falta de culpabilidad en el momento del hecho, pero cabe castigar por la imprudencia *anterior* que dio lugar al error originador de la situación de inculpabilidad (*actio libera in causa*): cfr. MIR PUIG, Adiciones de Derecho español al *Tratado* de JESCHECK cit., I, pp. 694 ss.

Doctrina y práctica en materia de delincuencia juvenil

La situación en Francia (*)

JEAN PINATEL,

Inspector General Honorario de la Administración y Presidente Honorario de la «Sociedad Internacional de Criminología»

Es habitual y cómodo considerar que, en criminología, la doctrina y la práctica están separadas por un foso profundo. La doctrina es presentada como una especulación abstracta basada sobre investigaciones esotéricas, mientras que la práctica sería por definición realista y fundada sobre los hechos. Y cuando queremos tomar el problema desde un poco más arriba nos encontramos ante la comprobación del llorado J. M. van Bemmelen: «Ninguno de nosotros ignora los beneficios conseguidos por la unión del arte y de la ciencia en los dominios de la medicina y de la técnica. En el dominio social y económico la relación es ya menos fecunda y, en lo concerniente a la relación criminológica y política criminal, todavía es casi inexistente» (1).

A esta comprobación, válida en gran medida para la política penal y penitenciaria aplicada a los adultos, se puede oponer en Francia el derecho de los menores, considerado como una rama evolutiva de la criminología clínica. Este derecho comprende dos ramas: una vinculada al Derecho penal y cuya disposición del 2 de febrero 1945 (2) sobre la infancia delincuente constituye la pieza maestra, la otra dependiente del Derecho civil y cuya base es la disposición del 23 de diciembre 1958 sobre la protección del niño en peligro (3).

(*) Conferencia dictada el 3 julio 1982 en la Asamblea General de «La Sauvegarde de l'enfance du pays basque» (Bayona).

Traducción de A. BERISTAIN, catedrático de Derecho penal, Facultad de Derecho, San Sebastián.

(1) J. M. van BEMMELEN, Les Rapports de la criminologie et de la politique criminelle, *Revue de science criminelle*, 1963, p. 467 a 480.

(2) Modificada por las leyes del 11 de agosto 1948, del 24 de mayo 1951, las disposiciones del 24 de septiembre 1958, del 22 de diciembre 1958, del 4 de junio 1960, las leyes del 1.º de julio 1965, del 12 de julio 1967, del 17 de julio 1970, del 29 de diciembre 1972, del 5 de julio 1974, del 11 de julio 1975. Cf. Henri Michard, La délinquance des jeunes en France, La documentation française 1978, p. 65.

(3) Modificada por la ley del 4 de junio 1970.

Dado que estas dos ramas del derecho de los menores pertenecen a dos órdenes jurídicos diferentes, sería lógico no poder tratar aquí más que de la disposición del 2 de febrero 1945, cuya reforma está en estudio (4). Pero, esto no puede ser totalmente así pues existe de hecho una interpretación estrecha entre las dos ramas. Ya en 1955 pude escribir con Marc Blanc y Paul Bertrand que «las etiquetas jurídicas están desprovistas de significado criminológico» y que «la corrección paterna constituye la *tarta de crema* de la práctica judicial» (5). Es decir, que a veces será necesario referirse a la infancia en peligro en este estudio esencialmente consagrado a la delincuencia juvenil.

A la luz de esta observación preliminar, hay que subrayar, en lo concerniente a la disposición del 2 de febrero 1945, que el sistema definido por ésta aplica los votos emitidos durante el VI Congreso de Antropología criminal, celebrado en Turín en 1966, con ocasión del jubileo científico de Lombroso (6).

Se pueden extraer las proposiciones esenciales siguientes:

1. Confiar al juez la facultad de elegir, con una libertad ilimitada, según las exigencias del caso individual, entre una serie de medidas que, en sus trazos generales, sean modeladas sobre la disciplina doméstica.

2. Todo tratamiento ... deberá estar precedido necesariamente por exámenes médico-psicológicos del individuo y por informaciones sobre su ascendencia.

¿Es siempre exacta esta influencia determinante de la doctrina criminológica? Es lo que nos proponemos investigar en los desarrollos siguientes.

Pero, antes de entrar en estos desarrollos y para bien precisar el sentido y el alcance, es conveniente indicar el método que seguiremos para hacerlo. Consistirá en establecer en una primera parte la existencia de una relación entre la doctrina y la práctica. Luego, en una segunda parte, nos esforzaremos en precisar su alcance.

I

Desde 1945, transformaciones profundas de orden político, económico y social han trastornado nuestra sociedad. Estas transformaciones se inscriben en el movimiento de un mundo en mutación, desorganizado por el desequilibrio existente entre los progresos científicos y técnicos y los valores culturales tradicionales. Estamos hoy en una situación en la que civilización y cultura no coinciden. Es lo que intenté demostrar en 1971 en la *Société Criminogène* (7).

(4) Esta reforma ha sido el objeto de los trabajos de la Comisión COSTA (1976), de la Comisión de reforma del Código penal (1978) y está hoy a la orden del día en la Comisión MARTAGUET.

(5) La inadaptación juvenil (Estudio de 100 informes de observación), *Revue de criminologie et de police technique*, 1955, p. 1 a 20.

(6) Boletín de la Sociedad general de prisiones, 1906, p. 1218, comp. J. PINATEL, L' «antisocialité juvénile», *Rivista di Difesa sociale*, 1948, año II, núm. 3, p. 1 a 16.

(7) Calmann-Lévy, 1971.

De ello se desprende que si nuestra sociedad es momentáneamente criminógena, no hay que extrañarse de ver el fenómeno criminal y la inadaptación social tomando proporciones inquietante y nuevos aspectos tanto en los adultos como en los jóvenes. A partir de estos hechos fundamentales podemos evocar y captar las evoluciones que se han manifestado en doctrina y práctica.

A) Para comprender la importancia y el carácter de las evoluciones doctrinales actuales, se impone un breve recuerdo histórico. Desde 1876 —fecha de la aparición del *Hombre criminal*— hasta la guerra de 1914, la revolución epistemológica, que tiene como punto de partida la obra de Lombroso, se cumple poco a poco (8). Cesamos de aproximarnos al fenómeno criminal de una manera dogmática y moral, y éste comienza a ser estudiado gracias al método de observación y de experimentación. Pero es, en el período que va desde el fin de la guerra hasta 1934, cuando la criminología toma su verdadera dimensión, gracias a los descubrimientos y las intuiciones de Freud. En 1934, con la creación de la Sociedad Internacional de Criminología, comienza un período de ajustamiento y de síntesis, dominado por los trabajos del II Congreso Internacional de Criminología (París, 1950) en que triunfaría Etienne de Greef (9). Gracias a él se comprendió que convenía captar las interacciones de los factores criminógenos y unirlas a las vivencias del sujeto. Es sobre el concepto de la personalidad que la clínica se organizó y realizó la síntesis criminológica.

Pero después de 1960, los fundamentos del acercamiento clínico fueron puestos en cuestión (10). Primeramente, fue la intervención de la escuela interaccionista anglo-sajona (Becker, Capmann, Lemert, Erikson). Consagrada al estudio de los mecanismos sociales de rechazo, realizó el valor en criminología de la importancia del etiquetaje y de la estigmatización social. Luego fue la escuela organizacional la que se interesó en la investigación evaluativa y puso en evidencia que, tratándose de grupos homogéneos de delincuentes, los resultados son sensiblemente los mismos para las diversas penas y medidas. Por fin, fue la escuela ideológica o crítica, nacida en Berkeley y apoyándose sobre el postulado de que la sociedad post-industrial es, en un régimen capitalista, alienante e injusta. En Francia, ha sido investigada una síntesis entre estas tendencias por la sociología de la reacción social (Ph. Robert).

Lo que se desprende de la enseñanza de estas escuelas es, en principio, la constatación de que existen procesos de selección de los delincuentes de orden policial y judicial funcionando esencialmente en detrimento de las clases económicamente desfavorecidos. Los delincuentes son, pues, artefactos, víctimas emisarias, frente a los cuales es

(8) Jean PINATEL, Lombroso et la criminologie, *Revue de Science criminelle*, 1977, núm. 3, p. 541-549.

(9) Jean PINATEL, *Etienne de Greef*, Ediciones Cujas, París, 1967.

(10) Jean PINATEL, Las nuevas tendencias de la criminología, *Jornadas Internacionales*, Caracas, 19-21 noviembre 1979.

Le mouvement des faits, des idées et de la réaction sociale en criminologie, *Revue de droit pénal et de criminologie*, marzo 1981.

superfluo, como lo ha demostrado la investigación evaluativa, emprender un tratamiento desprovisto de eficacia. Además, ¿cómo admitir el principio de un tratamiento cuya finalidad es la adaptación del sujeto a una sociedad alienante e injusta? Por esto, para la gran mayoría de los delincuentes, hay que lanzarse absolutamente por la vía de la no-intervención. Casi no hace falta subrayar que, en esta concepción, la observación clínica no tiene razón de ser, puesto que la delincuencia es el producto de una selección arbitraria y no de factores biológicos, psicológicos y sociales.

A esta doctrina se opone la escuela vindicativa, que nació de una reacción al desafío creciente de la criminalidad. Acusa a la criminología de ser la causa del aumento de este fenómeno. Para ella el estudio de los factores y de los procesos criminógenos es lo que incita a los jueces a la indulgencia. Una indulgencia que debe ser proscrita, pues para combatir el crimen lo que hace falta es una justicia severa en la que la prisión es el instrumento privilegiado. Y no hace falta precisar que, en esta concepción, la observación clínica es igualmente desterrada porque se la juzga peligrosa.

Así, pues, la escuela de la reacción social como la escuela vindicativa, rechazan la observación clínica. Sin embargo, divergen en lo concerniente a la sanción: ésta debe orientarse hacia la no-intervención en la primera, y hacia la represión y la encarcelación en la segunda.

B) Este balance doctrinal debe ser ahora completado por una referencia al sistema actualmente aplicado en materia de infancia delincuente y en peligro (11). Este sistema está en oposición completa con el sistema legal definido en 1945, que, recordémoslo, había hecho del derecho de los menores una rama evolutiva de la criminología clínica.

Primera oposición: el sistema de 1945 reposa sobre el examen médico-psicológico y social. Privilegia la observación clínica con el fin de que el juez no pueda ser acusado de «negligencia grave», a ejemplo del médico que, sin haber examinado al enfermo, le prescribe un tratamiento. Hoy en día, la observación clínica está abandonada: los exámenes médico-psicológicos y las encuestas sociales se piden poco (12).

(11) Ver Ministère de Justice, Direction de l'Education Surveillée, Estadísticas 1977 (con un prólogo de M. HENRY, H. GIRAULT, V. PEYRE), y Annales de Vaucresson, número especial de 1981, en particular con las memorias de V. PEYRE, Les incarcérations des mineurs et autres modes d'intervention, Evolution de 20 ans, y de H. GIRAULT-MONTENAY, Détention des mineurs: évolution quantitative, signification, pratiques judiciaires. Vide los documentos preparatorios del Coloquio de Vaucresson (28 y 29 enero 1982) consagrado a la prevención del encarcelamiento de los menores y a la política regional y departamental de la protección judicial de la juventud.

(12) Los exámenes médico-psicológicos en 1977 no alcanzan más que el 4,8 por 100 de los menores delincuentes y las encuestas sociales el 6,6 por 100. Estas últimas han disminuido igualmente para los menores en peligro del 54,7 por 100 en 1961 al 32,9 por 100 en 1977. Sin embargo, se nota un alza de los exámenes más débil que la baja de las encuestas en lo que concierne a los menores en peligro (16,6 por 100 en 1961 y 23,7 por 100 en 1977).

Segunda oposición: el sistema de 1945 es intervencionista. Ofrece al juez una gama variada de medidas educativas entre las que puede elegir y que son, además, esencialmente revisables. Hoy domina la idea de que conviene intervenir lo menos posible con respecto a un menor delincuente. Esta orientación se manifiesta en la no-intervención pura y simple, la sustitución de la vía penal por la civil y también en la disminución del número de las colocaciones de menores fuera de su hogar. De la no-intervención pura y simple son testigos la evacuación de algunos asuntos en fase policial, aumento de las clasificaciones sin respuesta del fiscal, cuyo papel es cada vez más jurisdiccional, y las decisiones de amonestaciones y entrega a la familia, siempre utilizadas por ciertos jueces. En cuanto a la sustitución de la legislación de la infancia delincente por la de la infancia en peligro, se emplea abundantemente para los menores de dieciséis años. Además, el recurso a la asistencia educativa es excepcional. Por fin, es un hecho que las colocaciones provisionales (13), las medidas educativas y los envíos a internados de reeducación no cesan de disminuir (14).

Tercera oposición: el sistema de 1945 es anticarcelario. Excluye, en principio, la prisión y no la tolera más que a título excepcional. Luego, ¿qué vemos en la actualidad? Constatamos que, desde 1951 hasta 1979, la detención provisional se multiplica por 5,18 (630-3.168) y la prisión firme por 15 (280-4.125).

En breve, la práctica judicial ha dado la espalda al sistema legal, ha ignorado las intenciones del legislador y se ha comportado como fuente autónoma de derecho. De una manera general, todo esto pasa como si la situación actual estuviera dominada por la conjunción de influencias de la escuela de la reacción social y de la escuela vindictiva. Por una parte, conforme a sus conclusiones, motivadas de manera diferente pero convergentes en sus efectos, la observación clínica es rechazada. Por otra parte, se realiza un compromiso entre sus otras recomendaciones: la no-intervención y la encarcelación son simultáneamente aplicadas.

Estando así establecido la existencia de una relación entre la doctrina y la práctica, conviene ahora precisar su alcance.

II

Para profundizar el alcance de la relación entre doctrina y práctica, es conveniente preguntarse si el cambio operado no ha sido influenciado por factores particulares. Buscar una respuesta para esta interroga-

(13) El abandono de las colocaciones provisionales de los menores delincuentes es neto. La tasa pasa de 9,8 por 100 en 1961 a 1,95 por 100 de los juzgados en 1977.

(14) En lo que concierne a los menores delincuentes, contábamos en 1951, 2.741 colocaciones para 14.791 juzgados; en 1977 ya no hay más que 1.613 para 61.936 juzgados. Para los menores en peligro, los porcentajes de colocaciones se mantienen cerca del 20 por 100 y los de envíos a instituciones cerca del 9 por 100 (de 1961 a 1977). La no intervención aumenta para los niños en peligro como aparece en la rúbrica «no hay medida».

ción conduce a evocar las estructuras y los métodos que dominan la práctica.

A) Las estructuras que organizan la práctica en el dominio de la delincuencia juvenil son de naturaleza judicial y administrativa.

a) Desde 1945 lo que se constata, desde el punto de vista judicial es, con medios que no han cambiado, el aumento considerable de las tareas de los Jueces de Niños.

Desde 1962, el número de juicios alcanza los más elevados de la guerra y de la ocupación. Desde entonces, este movimiento ascensional no ha cesado (63.933 en 1979)—, o sea, un aumento de 4,27 en relación con 1951 (14.971).

Otro elemento de sobrecarga resulta del desarrollo de la prevención. Después de 1958, los Jueces de Niños se vieron rápidamente inundados por la aplicación de la nueva legislación civil: 27.797 casos en 1961, 38.280 en 1964, 40.450 en 1965. Este flujo se estabilizó a partir de 1971 y oscila ahora entre 61.000 y 65.000 casos por año. Es natural que, ante este fenómeno de sobrecarga, los Jueces de Niños se hayan preocupado en ir rápidos, en dejar que se resuelvan casos quedando ellos fuera y en dar prioridad a la prevención (15).

Ir rápido, es conseguir que los asuntos sean rápidamente resueltos para disminuir lo más aprisa posible el número de expedientes. Estos es, renunciar a los exámenes y encuestas que exigen largas demoras.

Dejar que se resuelvan casos quedando ellos fuera es, en principio, tolerar el papel pretoriano de la policía, aceptar la supremacía de hecho del subtítulo de menores encargado de orientar los casos y de proceder a las clasificaciones sin orden, prácticas que han tenido como consecuencia el desarrollo de la no-intervención. Pero, esto significa que se apela con creces a los jueces de instrucción, lo que conlleva el crecimiento de las detenciones provisionales. En 1967, estas últimas llegaron al número récord de 5.617, o sea, un 12,6 por 100 de los casos juzgados (16).

Por fin, dar la prioridad a la prevención es privilegiar los servicios de asistencia educativa en un medio abierto en comparación con los internados de reeducación. Es, igualmente, dejar la puerta abierta a la represión, a la prisión firme en detrimento de las colocaciones educativas. Desde 1951 a 1979, el número de colocaciones en internado se divide por 1.8 (2.153-1.188).

b) La decadencia del internado de reeducación, la reducción de las colocaciones socio-educativas han sido generalmente favorecidas por

(15) J. L. COSTA, *Réflexion sur la prise en charge judiciaire de la jeunesse délinquante et en danger en France, Déviance et Société*, 1978, vol. III, n.º 3.

(16) Esta inflación de las detenciones provisionales condujo al legislador a intervenir (ley del 17 de julio 1970) limitando a diez días en materia correccional su duración para los menores de dieciséis años. La ley estipula igualmente que esta detención sólo puede ser el prelude de la búsqueda de una colocación educativa. Una cierta calma se manifestó a raíz de esta intervención, pero nada nos señala hoy en día que esta influencia será duradera. (Philippe ROBERT y Renée ZAUBERMANN, *La détention provisoire des mineurs de 16 ans, Service d'Etudes pénales et criminologiques*, 1981).

factores administrativos (17). La protección judicial de la infancia en peligro, no se pone en movimiento más que en caso de fracaso de las intervenciones médico-sociales de prevención. La competencia del Juez de Niños no resulta del hecho que el niño esté en peligro, hace falta que este peligro sea el resultado de una situación conflictual, que no pueda resolverse por sí sola a nivel administrativo. En favor de la aplicación de esta legislación, los servicios administrativos médico-sociales han tomado una parte cada vez más grande en la gestión de obras privadas, responsables de las instituciones de colocación e internados que reciben a la vez menores en peligro y menores delincuentes. Son ellos los que, por una parte, gracias a comisiones de colocación, determinan los menores para las colocaciones preventivas efectuadas al margen del Juez de Niños. Son ellos los que, por otra parte, fijan el precio de la jornada de servicios, y desde ese momento precisan sus medios de acción.

A estos factores administrativos externos, se añaden factores administrativos internos. Después de un período filantrópico y carismático, los problemas corporativos se han vuelto esenciales: conciernen el estatuto y el empleo del personal. Estos problemas son la base de la acción sindical que se ha desarrollado y que ha tomado amplitud. Están también a la orden del día en los comités de empresa. También la noción de relación patrón-asalariado ha tomado cuerpo en estas obras privadas, asociaciones, sin embargo, desprovistas de fines lucrativos. Paradójicamente, están asimiladas en el plan de la legislación del trabajo, a empresas comerciales e industriales.

Colocados entre la administración que decide y los sindicatos que reivindicán, dependiendo en gran manera de las comisiones de reclutamiento y de los comités de empresa, los dirigentes de las obras privadas tienen un margen de maniobra ínfimo, si no inexistente. La única función de estos voluntarios es polarizar los descontentos.

A partir del momento en que burocratización y el corporativismo han invadido la administración de las obras privadas, éstas han terminado por parecerse extrañamente al sector público, sin tener, sin embargo, su solidez y permanencia. Las obras privadas deben intentar mantener constantemente el pleno empleo adaptándose a las variaciones coyunturales del reclutamiento. Se ven obligadas a adoptar una estrategia fragmentaria, golpe a golpe, traduciéndose en una actitud defensiva, exenta de dinamismo.

Pero, todavía hay más. En la Administración, como en otras partes, existen, en efecto, algunas modas. La política actual de acción social preconiza abiertamente el mantenimiento en la familia y la intervención educativa en un medio abierto, en detrimento de las colocaciones en establecimientos y servicios y, en particular, en internados de reeducación.

Lo que es grave es que esta misma moda la encontremos en los servicios de Educación Vigilada dependiente del Ministerio de Justi-

(17) A. M. FAVARD, *Adolescence délinquante et années 80*. Informe sobre la situación y la prospectiva en Francia, Coloquio de Boscoville, marzo 1982.

cia. En este aspecto es característica su posición respecto a menores a los que se califica, según el caso, de difíciles, ineducables, de verdaderos delincuentes o de reincidentes. Algunos de estos jóvenes presentan trastornos de la personalidad de naturaleza patológica; otros tienden a instalarse en una estructura delincente. Para estos menores que representan del 10 al 15 por 100 de la totalidad de delincuentes, el sistema de 1945 ha previsto, si tenían de dieciséis a dieciocho años, su colocación en una institución de educación correctiva. Pero, los servicios de Educación Vigilada se han negado a crear tales establecimientos. Han estimado que ésta era una falsa solución y que inevitablemente la preocupación por la seguridad conduciría a imprimirles un carácter carcelario. Paralelamente, las instituciones de Educación Vigilada recibían cada vez menos menores y eran transformadas en complejos socio-educativos. En estos complejos, todas las variedades de soluciones están organizadas: van desde el externado al internado, pasando por el semi-internado.

Esta política ha sido apreciada por M. H. Michard: «Es ciertamente aquí donde se sitúa la deficiencia más grave de la Educación Vigilada, su fracaso más patente. Pues estos jóvenes pre-adultos «difíciles» son clientela específica, de preferencia a los niños e inadaptados sociales simples, que constituyen la mayoría de sus establecimientos y servicios» (18).

B) A esta confusión en las estructuras corresponde una crisis en los métodos que conviene que abordemos ahora. Se manifiesta por la puesta en aplicación del principio de los ensayos y errores, y por el desarrollo de un neo-romantismo pedagógico desprovisto de bases empíricas.

a) El principio de los ensayos y errores es un método científico de experiencia. Se ha convertido en la regla en materia de delincuencia juvenil e inadaptación.

Esto no es una original de la práctica de los menores. En la *Société Criminogène* he mostrado que, sin un plan preconcebido, la sociedad realiza una tentativa de asimilación de los delincuentes adultos, que he llamado la asimilación espontánea. El mismo proceso existe para los menores: los casos concernientes a los niños en peligro son resueltos por la administración cada vez que se puede, los relativos a los niños delincuentes son clasificados por la policía o el Tribunal. En caso de fracasar intervienen las asistencias educativas, los tratamientos en un medio abierto. Si sobreviene un nuevo fracaso se intentará entonces una colocación socio-educativa. En caso de recaída, será la prisión. Dicho de otra manera, el joven, que va a fracasos en reincidencias, pasa por todas las etapas del sistema, para terminar en prisión. Ahora bien, la acumulación de fracasos es un factor de deterioración individual muy importante. La aplicación a los jóvenes del principio de los ensayos y errores es un desastre.

El funcionamiento aleatorio del sistema es tanto más lamentable cuanto que la no-intervención y la intervención mínima no son prácticas desdeñables *a priori* en materia de delincuencia juvenil. Es un hecho

(18) H. MICHARD, La délinquance des jeunes en France, op. cit., p. 132.

establecido hace mucho tiempo que en el 70 por 100 de los casos, la delincuencia juvenil es la manifestación pasajera del proceso de originalidad que acompaña la socialización (19). Para la mayoría de los jóvenes, el equilibrio debe restablecerse por sí solo gracias a una regulación personal. No es necesario, pues, intervenir acerca de ellos.

La única cuestión que se presenta es la de la determinación de estos 70 por 100 de jóvenes que no tienen necesidad o solamente necesitan una intervención mínima. El principio de los ensayos y errores deja a este 70 por 100 de jóvenes desembarazarse de ellos mismos por selección natural. Pero, en desquite, condena al 30 por 100 restante a ver agravada su condición por una orientación defectuosa desde un comienzo.

Teóricamente, la observación clínica previa debería remediar esta situación ayudando a distinguir los sujetos cuya delincuencia es resultante de una perturbación de la socialización y aquellos cuya delincuencia constituye un problema.

Pero, el descrédito de la observación clínica es desgraciadamente un hecho. Y esto no es únicamente la consecuencia de la influencia común de las doctrinas actuales y de las necesidades de la práctica judicial; es, en cierta medida, igualmente imputable a los clínicos mismos. En 1945 se consideraba que la observación clínica debía preceder al tratamiento. Georges Heuyer, que fue el fundador de la neuro-psiquiatría infantil, insistía sobre la necesidad de la observación clínica previa. Examen médico-psicológico, diagnóstico, pronóstico y, eventualmente, elaboración de un programa de tratamiento, constituían las etapas sucesivas. Centros de acogida y observación fueron creados con este fin. Eran considerados como células de base. Pero, a partir de 1958, la decadencia de estas instituciones fue rápida y se desarrolló la observación en un medio abierto, pues esto permitía, conforme a la teoría psicoanalítica, no distinguir de una manera general observación y tratamiento. Las consultas se beneficiaron entonces de un gran favor y algunas de ellas se integraron en los servicios del medio abierto.

Esta evolución tuvo como consecuencia una amalgama de la observación clínica y del tratamiento, y dio como resultado una distorsión de la práctica clínica. Esta, en algunos casos, no funciona según los modelos clínicos, sino según modelos latentes, que reposan sobre representaciones estereotipadas de los sujetos. Lo que es seguro, es que la ausencia de distinción neta entre observación clínica y tratamiento ocasiona una relajación del rigor científico y privilegia la relación humana. En el transcurso de esta evolución, se descubre la influencia de la fenomenología y de la psicología existencial. Sin embargo, desconoce la naturaleza profunda de la observación clínica, que participa de la ciencia por una disciplina rigurosa, y del arte por el diálogo singular.

b) En el campo del tratamiento, la situación es aún peor. Está dominada por un neo-romanticismo pedagógico cuya expresión se encuentra en un notable prólogo de Christian Leomant, en un reciente

(19) J. PINATEL y A. M. FAVARD, *Délinquance juvénile et processus de socialisation*, Revue de Science criminelle, 1979, p. 627 a 636.

número de los *Anales de Vaucresson* titulado «De la delincuencia a la detención» (20). Su posición está fundamentada en un doble rechazo: rechazo de la encarcelación de los menores y rechazo de la creación de centros de seguridad. El postulado de base del neo-romanticismo pedagógico recuerda la doctrina de defensa social del Conde Gramática, difundida después de la Segunda Guerra Mundial. Como su ilustre predecesor, Christian Leomant, cree que la inexistencia de toda estructura de encarcelamiento va a crear una dinámica y un proceso de «liberación de los espíritus», notablemente entre los que deciden actualmente. Así, pues, es una llamada a la imaginación creativa lo que se lanza.

Esta llamada ha sido largamente escuchada. La innovación engendra la creación de centros de albergue, de centros de crisis, de apartamentos terapéuticos, de lugares de vida comunitaria. Se trata de una explosión de las instituciones tradicionales: explosión geográfica con pequeñas estructuras en redes, explosión en el tiempo con toma de cargo fraccionada en períodos sucesivos de corta duración, calcadas de la inestabilidad de los jóvenes; explosión funcional con la multiplicación de los polos de intervención: polos de escucha, acogida, albergue, educativos, terapéuticos, profesionales (21).

Estas son experiencias simpáticas pero frágiles. Haciendo abstracción de la peligrosidad de los sujetos, deben necesariamente dirigirse a jóvenes delincuentes e inadaptados que no presenten problemas particulares (22). Es decir, que ellas solas serán insuficientes para evitar la prolongación de la encarcelación de los menores.

La verdad es que, para hacer de la prisión un excepcional y último remedio, hay que apelar a dos nuevos tipos de establecimientos. Para los casos patológicos que encontramos entre los menores difíciles, conviene crear institutos médico-pedagógicos. En estos institutos, con dirección médica, podrán beneficiarse de las terapias comunitarias, de grupo e individual, susceptibles de volverlos a poner en equilibrio. En cuanto a los «verdaderos delincuentes» que se encuentran igualmente entre los menores difíciles, es importante considerar para ellos pequeños establecimientos cuyo modelo puede ser buscado en las instituciones suecas. Estos establecimientos deberán tener un carácter experimental y permitir el ensayo de métodos socio-educativos de grupo o métodos de comportamiento, cuyo afinamiento es susceptible de permitir futuros progresos.

A falta de esta solución, es de temer que se continúe aplicando simultáneamente la no-intervención o la intervención mínima y el encarcelamiento.

(20) Op. cit.

(21) A. M. FAVARD, *Colloque de Boscoville*, op. cit.

(22) Estos jóvenes presentan muy a menudo trastornos situacionales. Vide Monique BAUER, *La multiplicité des intervenants, Impact dans la prise en charge des troubles situationnels*, C.T.N.E.R.H.I. 1981. La noción de los trastornos situacionales en Criminología ha sido desarrollada por Ch. DEBUYST (J. PINATEL, *Criminologie et psychologie sociale, Revue internationale de Criminologie et de police technique*, 1980, pp. 231 a 242).

Así, pues, la crisis de los métodos se ha añadido a los factores judiciales y administrativos para abrir la puerta a una práctica que se opone a la legislación positiva, y que favorece la aplicación simultánea de las doctrinas criminológicas recientes.

La conclusión que se impone es que tanto hoy como ayer, la doctrina criminológica tiene una influencia importante sobre la práctica, en materia de delincuencia juvenil. Pero, mientras que en 1945 esta influencia era directa, hoy en día se realiza por el canal de factores ligados a las estructuras y a los métodos que disimulan su acción. Esta, por lo tanto, se ejerce a través de estos factores, los cuales, además, amplifican su alcance. Nada nos prohíbe pensar que si la concepción clínica no hubiera sido vencida violentamente por la escuela de la reacción social y la escuela vindicativa, hubiéramos encontrado a tiempo los medios para neutralizar los efectos de estos factores.

Así, nos encontramos ante el angustioso problema del porvenir. Podemos entrever dos perspectivas extremas:

Primer escenario.—Como pasa a menudo, se decide poner pura y simplemente el derecho en armonía con los hechos. Desde este punto de vista, es suficiente legalizar la situación actual, es decir, rechazar la observación clínica, admitir la no-intervención o la intervención mínima y aceptar el encarcelamiento. Este sistema, funcionando según el principio de los ensayos y errores, reproducirá todas las debilidades que ya han sido señaladas. De esta manera, a los aspectos criminógenos de nuestra sociedad se añadirán artificialmente otros factores de deterioración.

En la hipótesis evocada por este primer escenario, la competencia penitenciaria en materia de delincuencia juvenil se verá afirmada y los servicios de las prisiones tendrán la obligación de organizar el régimen de los menores detenidos. Esta situación nos recuerda aquella que estos servicios ya conocieron con el Código penal de 1810. Entonces instituyeron bloques distintos para los menores en las prisiones y esto mismo hacen hoy en día. Después, concibieron el proyecto de una prisión para menores y construyeron la Pequeña Roqueta. En nuestros días se sigue una línea parecida, con la puesta en servicio de la sección de Fleury-Mérogis, donde se acentúa la formación profesional.

A partir de 1850 han nacido varias colonias penitenciarias agrícolas y el envío a estos establecimientos se ha convertido en norma general. Algunas de estas colonias penitencias fueron transformadas en centros industriales. Colonias agrícolas e industriales evolucionaron a partir de 1906, año que vio el retroceso de la mayoría penal hasta los dieciocho años. Algunas se convirtieron en presidios para niños de triste memoria. Fue en reacción contra estos establecimientos por lo que se efectuó la reforma de 1945, y los servicios de Educación Vigilada se negaron a organizar instituciones de educación correctiva (23).

¿Vamos a asistir a la repetición de este proceso? ¿Veremos apare-

(23) Henri GAILLAC, *Les maisons de correction*, Editions Cujas, Paris, 1971.
J. PINATEL, *Evolution historique de l'internat de rééducation*, Rééducation, junio 1958.

cer prisiones-escuelas para menores? ¿Evolucionará esta experiencia como la de las escuelas penitenciarias? Y, ¿hará falta al término del proceso crear una administración distinta de los servicios penitenciarios para tomar a su cargo los menores difíciles? Dicho de otra manera, ¿no será siempre la historia más que un perpetuo volver a empezar?

Segundo escenario.—Las cosas en este segundo escenario se presentan de otra manera. La política adoptada deberían llegar a un sistema:

1. Basado sobre la observación clínica preliminar a las decisiones judiciales o administrativas.

2. Sistematizando los recursos a la no-intervención o a la intervención mínima, en función de los resultados de esta observación.

3. Excluyendo la prisión, salvo excepciones, lo que supone el desarrollo de institutos médico-pedagógicos e internados especializados para menores difíciles.

Tal sistema exige para funcionar reformas de envergadura de orden judicial y administrativo, así como un cambio de orientación en los métodos.

Reformas de las estructuras judiciales, tales como la creación de un cuerpo de magistrados especializados de la juventud, en el cual sería posible hacer carrera, lo que supone la creación de tribunales regionales resolviendo en apelación o devolución de los Jueces de Niños (24). Estas reformas son indispensables para que los magistrados puedan, no solamente estar dotados de los medios necesarios, sino adquirir en la continuidad la experiencia indispensable para su misión.

Reformas de las estructuras administrativas, tales como la posibilidad de concertar entre la administración y las obras, contratos de larga duración, susceptibles de permitir la puesta a punto de planes y de programas que escapen a las variaciones de la coyuntura. También hace falta que el estatuto de las obras sea definido, que su carácter de servicio público sea reconocido, que los problemas de personal sean solucionados según el modelo de la función pública. Al final se impondrá la integración de las obras en el sector público.

Cambio de orientación en los métodos, lo que supone, para rehabilitar la clínica y el tratamiento por una parte, una transformación completa de la formación de los practicantes, y por otra parte, la organización de la investigación sobre los métodos mismos.

Unas transformaciones tan amplias exigen inversiones importantes, mientras que la puesta en marcha del primer escenario no costará nada en lo inmediato. En una óptica estrechamente contable, la cuestión aparece resulta de antemano. Pero se trata de saber si, precisamente, una óptica estrechamente contable es la buena, en una época en la que el costo del crimen y de la inadaptación social no cesa de crecer en proporciones considerables. Sin hablar, bien entendido, de la inmensa angustia humana de los jóvenes cuyo destino está en juego. Sin evocar, tampoco, pues son inestimables, los daños que estos jóvenes convertidos en delincuentes harán a sus víctimas. Sin olvidar, por fin, que la promoción del hombre no tiene precio.

JEAN PINATEL

(24) Vide J. PINATEL, *Précis de science pénitentiaire*, Paris, Sirey, 1945, p. 289.

“COMMUNITY SERVICE ORDER” como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra (*)

Dra. BARBARA HUBER

Referente del Instituto Max-Planck del Derecho Penal Internacional y Extranjero

En los últimos años, la expresión Community Service aparece en no pocas oportunidades en la literatura jurídico-penal y criminológica; es un concepto que se menciona como subsidiario o como alternativo de las penas privativas de la libertad (1). Es posible que una breve exposición de esta pena, tal como existe en Inglaterra desde 1972, de sus presupuestos y de su aplicación interese a los especialistas y les ayude a comprender desde otra perspectiva la llamada «pena de prestación de servicios».

1. *El trasfondo político-criminal* (2)

La política criminal inglesa de post-guerra se caracteriza por una lucha continua contra el creciente número de reclusos y la superpoblación carcelaria que es causa de una crisis de capacidad de la ejecución penal. Esta lucha se ha fundado en diversos argumentos: razones humanitarias, escepticismo respecto de la eficacia de la pena privativa de libertad (sea como tratamiento mejorador, sea como intimidante), necesidades financieras y superpoblación de los establecimientos, fueron las fundamentaciones a las que recurrió el gobierno, los grupos de presión reformistas y los parlamentarios. Aunque ya a comienzos de este siglo la pena privativa de la libertad sufrió un retroceso respecto de los jóvenes y

(*) Traducción de Enrique Bacigalupo.

(1) Confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.^a ed. 1978, pág. 622; el mismo: *Die Krise der Kriminalpolitik*, *Zstw* 89 (1979), 1062; G BEMMANN, *Für eine Dienstleistungsstrafe*, en *Fst. f. F. Schaffstein* (1975), 211 stes., con mayores indicaciones bibliográficas.

(2) Un análisis detallado en W. YOUNG, *Community Service Orders*, Cambridge, 1979, 3 stes.

también otros grupos de autores (3) (autores de hechos de reducida gravedad, autores primarios), al introducirse la «probation», el «discharge» y al ampliarse la aplicación de la pena de multa, que fueron aumentados todavía más por la Criminal Justice Act 1948 (4), el número de condenas a penas privativas de libertad creció bruscamente en los años posteriores a la guerra. La población diaria promedio de los establecimientos para adultos alcanzaba en 1938 a 8.926; en 1948 a 16.659; en 1958 a 21.209; en 1968 a 25.320 y en 1975 a 32.179 (5). Esto significa que en los últimos treinta años la población carcelaria está por encima de su duplicación y la cuota de presos por cada 100.000 habitantes subió de 50 a 85, lo que la hace una de las más altas de Europa occidental. El 40 por 100 de la población carcelaria total, o sea 18.000 personas se aloja en celdas de varios, que además, a menudo, provienen de la época victoriana. Por otra parte, preocupa el hecho de que el número de penas privativas de libertad inmediatamente ejecutables, que son consecuencia de delitos de dependientes de acusación (por oposición a los summary offences), ha aumentado desde 1974 hasta hoy desde el 9 por 100 al 14 por 100.

Esta situación puede enfrentarse por dos caminos diversos: por un lado un considerable aumento de los establecimientos, o, por el otro, una reducción del envío de condenados a estos establecimientos. Para la primera solución se carece de los medios financieros necesarios: desde 1914 sólo se han construido ocho nuevos establecimientos. Los nuevos y ambiciosos planes de 1969/1971 son víctima de las medidas restrictivas que reconocen su causa en el empeoramiento de la situación económica (6). De tal forma, sólo queda, como solución posible, la segunda.

La necesidad de reducir el uso de la pena privativa de libertad indujo en 1858 a la sanción de la First Offenders' Act, que prevé una limitación de la pena de prisión para los autores primarios adultos. En tales casos la pena privativa de libertad sólo se justifica cuando no se disponga de otra especie de pena (7). El pro-

(3) Prevention of Crimes Act, 1908; Probation of Offenders Act, 1907.

(4) Criminal Justice Act 1948, secc. 17, que restringió considerablemente la utilización de la pena de prisión para menores: las Magistrates' Courts no pueden aplicar, según ella, penas de prisión a menores de 17 años, mientras los Tribunales de mayor jerarquía no pueden hacerlo a menores de 15 años. Los adultos hasta 21 años sólo pueden ser condenados a pena de prisión cuando no exista ninguna otra posibilidad (secc. 17, 2). La individualización de la pena debe ser fundada por el tribunal. La ley da posibilidad de aplicar la probation (secc. 36), introduciendo además la posibilidad de una suspensión absoluta o condicionada del fallo (discharge) (sec. 7) y prevé una mayor aplicación de la pena de multa (secc. 13).

(5) Si se toman en cuenta los promedios diarios de población en establecimientos para jóvenes —borstals und detention centres— tendremos las siguientes cifras: 1938: 11.086; 1948: 19.765; 1958: 25.379; 1968: 32.461; marzo 1980: 44.223; ver Home Office, Prisons and the Prisoner, HMSO 1977, Appendix C, pág. 156.

(6) Home Office Prisons and the Prisoner, 195 y stes., pág. 113 y stes.

(7) First Offenders Act 1958, secc. 1.

blema de superpoblación de las prisiones, sin embargo, no se resolvió, por lo que se emprendieron nuevos esfuerzos para configurar el sistema penal de una manera más flexible sin crear sanciones privativas de la libertad. El paso siguiente fue una ampliación del sistema penal inglés, mediante la condena condicional (*suspended sentence*), según el modelo continental, y la liberación anticipada, según el modelo norteamericano (*parole*). En los debates parlamentarios del Proyecto de la Criminal Justice Act (1967), que contiene ambas novedades, se ven con claridad los fines perseguidos por el gobierno con esta propuesta: En la medida en que la superpoblación penal de los establecimientos tiene por consecuencia unas exigencias insostenibles para el personal (ejemplo: el inmenso gasto de fuerzas administrativas para las penas cortas de privación de libertad), habría que encontrar en primera línea una alternativa para este ámbito. La suspensión de la ejecución de la pena tendría resultados positivos, pero su estructura no se corresponde con la construcción de la política criminal inglesa. Hasta ese momento, la meta de los reformadores fue la de encontrar posibilidades que impidieran la *sanción* con pena privativa de libertad: tal objetivo podía alcanzarse tanto con la suspensión a prueba (*probation* como con la suspensión condicional de la pena (*conditional discharge*). Por este motivo, la suspensión condicional fue rechazada en las discusiones político-criminales como falsa en sus principios y poco práctica en su aplicación» (8), aunque aceptada finalmente en 1967, de todos modos, en la búsqueda de soluciones para una reducción de la población carcelaria (9). Con la incorporación de la libertad anticipada (*parole*) se persiguió una disminución del tiempo de condena individual, fundándose en metas racionalizadoras (10), aunque se tuvo también en vista la salida del establecimiento penal (11).

El éxito de las nuevas medidas fue limitado. La mejora a corto plazo de los establecimientos carcelarios fue neutralizada por un renovado y creciente aumento de la población de manera tal que la

(8) Report of the Advisory Council on the Treatment of Offenders: *Suspended Sentence*, 1952, publicado en: Report of the Advisory Council on the Treatment of Offenders: *Alternatives To Short Terms of Imprisonment*. London, HMSO, 1957.

(9) La introducción no estuvo precedida de investigaciones sobre los efectos de este Instituto tomado de Europa Continental; tampoco se verificó cómo encajaría esta sanción en el sistema penal inglés. La ignorancia de los político-criminales en Inglaterra sobre las alternativas practicadas en otros países europeos frente a la pena privativa de libertad ejecutable de inmediato, muestra el aislamiento de Inglaterra respecto de influencias no-anglosajonas.

(10) Home Office, *The Adult Offender*. HMSO, London, 1965. Núm. 2.852, 4 y stes., sec. 3 ste.

(11) Home Office, *The Adult Offender*, 8; ver también K. HAWKINS, *Alternatives to Imprisonment* en: S. Mc. CONVILLE, *The Use of Imprisonment*. London, 1975, pág. 74 ste.; Home Office, *A Review of Criminal Justice Policy 1976*; London, HMSO, pág. 6 y ste.; 7, 8. Otro punto de vista, sin embargo, R. Cross, *Punishment, Prison and the Public*, Oxford, 1971, 96 y ste.

situación se hizo nuevamente insoportable. Los Tribunales sólo aplicaron la sanción de la suspended sentence en aproximadamente la mitad de las condenas, reemplazando así la pena privativa de libertad inmediatamente aplicable; por lo demás esta sanción se aplicó a costa de la pena de multa o de la probation, y en no pocas oportunidades se aplicaron penas privativas de libertad de mayor duración de lo que hubiera ocurrido en el caso de penas inmediatamente ejecutables. Todo esto empeoró la situación cuando el autor tiene que cumplir la pena suspendida en razón de su reincidencia. Retrospectivamente se piensa hoy que la suspensión de la pena ha contribuido más al aumento que a la disminución de la población carcelaria (12). Por este motivo, nuevamente comenzó a discutirse político-criminalmente sobre la supervivencia de los establecimientos carcelarios. Con la ayuda del *Criminal Justice Bill* 1972, se introdujeron nuevas alternativas a la pena de privativa de libertad, tendentes a ampliar el sistema penal y a ofrecer a los tribunales medidas adecuadas, sobre todo para evitar las condenas a pena privativa de libertad de los autores habituales, pero no peligrosos, de bagatelas penales (13). Dado que la *estadía* en los establecimientos carcelarios se considera más perniciosa que útil respecto de muchos autores y que, a su vez, desde el punto de vista de la política financiera del Estado aparece como una dilapidación de los reducidos recursos públicos (14), el Gobierno se empeñó en llevar a la práctica del Advisory Council on the Penal System, introduciendo en la Criminal Justice Act 1972 dos sanciones, que tendrían por fin limitar el *tiempo libre* del autor sin privarlo totalmente de su libertad. Se trataba del Community Service y el day training center (15).

(12) R. SPARKS, The Use of Suspended Sentence. *Crim. L. Rev.*, 1971, 384-401; Advisory Council of Imprisonment, 265, pág. 117; M. SHERLOCK, The Suspended Sentence: What has gone wrong? (1970), 120 *New L. J.* 1144; E. DELL, Suspended Justice (1972) 19 *New Society*, 61; O. OATHAM y F. SIMON, Are Suspended Sentences Working? (1972), 21 *New Society*, 233.

(13) La carencia de una alternativa razonable a la pena privativa de la libertad fue el fundamento de numerosas penas de prisión impuestas por los tribunales. Confr. Advisory Council, Non-custodial and Semi-custodial Penalties, London, HMSO, 1970, 8; ver también *Sir David Penten*, HC Debates 826, 991.

(14) Advisory Council on the Penal System, Non-custodial and Semi-custodial Penalties, 9, 3. Ver HC Debates 837, 1728.

(15) La idea de los *day training centres* no proviene, de todos modos del Report del Advisory Council on the Penal System, Non-custodial and Semi-custodial Penalties. Otras consecuencias jurídicas, introducidas por la Criminal Justice Act, 1972, fueron: Deperment of Sentence (postergación del fallo); Compensation y Restitution Order (orden de indemnización y de restitución de la cosa hurtada) y modificación de la pena privativa de libertad suspendida.

2. *La configuración legal*

La obligación de realizar un trabajo de utilidad pública puede dictarse contra cualquier acusado mayor de diecisiete años por un delito para el que se prevea pena privativa de la libertad. De esta forma el condenado queda obligado a prestar sin remuneración un servicio, bajo la dirección de un funcionario especializado o de otra persona encargada de la vigilancia, durante un tiempo que va de las cuarenta a las doscientas cuarenta horas [Powers of Criminal Courts Act 1973, secc. (1) y (4)], sobre la base del informe de un asistente social.

El tribunal debe llegar a la convicción de que esta sanción es apropiada para el acusado, comprobando si existe en la jurisdicción de su domicilio tal posibilidad de trabajo [Powers of Criminal Courts Act 1973, secc. 14 (2)]. El condenado debe aceptar la obligación [Powers of Criminal Courts Act 1973, secc. 14 (2)]. El incumplimiento puede ser sancionado por la Magistrates' Court con 50 libras mientras dure el mismo, o bien es posible dejar sin efecto la obligación fijándose una «pena sustitutiva» (Powers of Criminal Courts Act 1973, secc. 16). La comisión de un nuevo hecho punible durante el tiempo de prestación del servicio puede determinar que quede sin efecto el community service o la aplicación de una pena sustitutiva [Powers of Criminal Courts Act 1973, secc. 17 (2)].

3. *Función y posición del Community Service en el sistema penal*

La propuesta, considerada con orgullo, del Advisory Council significa la condena a la prestación de servicios sociales que de otra manera no podían abstenerse. Tal trabajo debía realizarse en el marco de otras actividades sociales voluntarias, en que los condenados u organizaciones sociales pudieran insertarse. Esta vinculación con las numerosas organizaciones sociales inglesas pone en claro que esta sanción no puede verse y valorarse sólo en un marco teórico abstracto: se trata de una institución de profundas raíces en la vida social del país y requiere para su eficacia de una fuerte capa social de personas activas y comprometidas, como se ve en la tradición de las clases medias inglesas (16). Por otra parte, no puede ignorarse que esta sanción nace en los años 60, es decir, en una época en la que la actividad voluntaria con fines de bien común, tuvo un fuerte atractivo, especialmente entre los jóvenes (17). La ventaja de una pena de esta especie reside en la compaginación tan razonable de los elementos sancionatorios y rehabilitarizantes, a lo que debe agregarse su bajo costo. El autor no es arrancado

(16) J. SMITH, *The Community Service Order en: Progress in Penal Reform*, editado por L. BLONN COOPER, Oxford, 1974, 245, 247.

(17) Ver en particular W. YOUNG, *Community Service Orders*, 15 y stes.

de su medio social, puede continuar con el ejercicio de su profesión y sólo es sancionado sobre *su tiempo libre* (18). Lo que debe producir el efecto penal no es precisamente la prestación del trabajo, sino la pérdida de tiempo libre. La actividad, por sí misma, debe ejercer una influencia resocializadora, estimular a una ocupación constructiva del tiempo libre, así como producir el hábito de un trabajo regular y despertar la responsabilidad social. Al trabajo en común con ciudadanos socialmente comprometidos en obras de bien se le atribuye un alto valor rehabilitante a la vez que se alcanza, de esta forma, una reparación en beneficio de la sociedad (19).

Hasta ahora no ha sido aclarada, así como tampoco ha sido objeto de disensiones, la cuestión del lugar que corresponde a esta consecuencia jurídica en el sistema penal (20). El texto legal (21), que prevé dicha consecuencia para hechos punibles «amenazados con pena privativa de la libertad» no es totalmente inequívoco y tolera varias interpretaciones. De acuerdo con la intención originaria se la pensó como una alternativa tanto para la pena privativa de libertad como para la de multa (22), pero sin embargo, según lo expresado por el Ministerio del Interior, su función esencial se encuentra en la creación de una alternativa a la pena privativa de la libertad (23). Sin embargo, no puede impedirse en la práctica, que la Community service order se aplique en forma independiente de la pena privativa de libertad (24). Aproximadamente en un 50 por 100 de los casos esta pena se aplica sin que haya entrado en consideración una pena privativa de libertad (25), de tal forma que el fin que debería alcanzarse con la sanción se evapora en la mitad de los casos. Aquí se muestra hasta qué punto son negativas las consecuencias de una redacción imprecisa del texto legal. La carencia de información suficiente por

(18) L. RADZINOWICZ y I. KING, *The Growth of Crime*. Cambridge, 1977, 302.

(19) En este sentido, la fundamentación del Advisory Council on the Penal System, *Non-custodial and Semi-custodial Penalties*, 32, 12 y stes.

(20) K. PEASE, *Community Service an the Tariff*. 1978 *Crim. L. Rev.* 269 y stes.; y la respuesta crítica a éste en 1978 *Crim. L. Rev.* 540, 544. W. YOUNG, *Community Service Orders*, 118 y stes.

(21) En la redacción de la Powers of Criminal Courts Act 1973, secc. 14 (1).

(22) Advisory Council on the Penal System, *Non-custodial and semi-custodial Penalties*, 37, 13 y ste.

(23) Home Office's Memorandum of Guidance on Community Service Orders, octubre 1974, anexo al Home Office Circular 197/1974. Ver la presentación ante el Parlamento del Proyecto de Ley por el Ministro del interior, Mandling, del 22 de noviembre de 1971 en: *H. C. Debates*, Vol. 826, 972; Home Office Statistical Bulletin, marzo 1980, On Community Service Orders, 4.

(24) Esta es especialmente la concepción de numerosos probation officers: K. PEASE, loc. cit.; también entre los jueces que tienen que decidir sobre su imposición, el punto de vista sobre la función está dividido.

(25) K. PEASE, S. BILLINGHAM y I. EARNSHAW, *Community Service assesed*, 1976. HORS, núm. 39, London, HMSO, 1977, pág. 9.

parte de los destinatarios judiciales determina que las nuevas consecuencias jurídicas equivoquen su finalidad, creándose una situación de confusión y falta de claridad entre los jueces, junto con otros intentos de alcanzar el éxito deseado mediante un amplio catálogo de sanciones alternativas (26).

La inseguridad de los tribunales respecto del fin que en última instancia corresponde a la sanción (27) —si debe considerarse desde el punto de vista de retribución o de la prevención general o si debe tomarse en cuenta individualizadamente su efecto rehabilitador y por tanto habrá que adecuarla en su duración a las características del condenado— se manifiesta también en la determinación de la extensión temporal en los casos concretos en que se la aplica. En la medida en que el legislador no ha establecido ninguna relación entre el límite inferior del Community service (cuarenta horas) y la duración de una determinada pena privativa de libertad, la conexión entre ambas especies de pena queda librada a la apreciación de los tribunales. Ante la falta de una aclaración que precise si esta pena puede reemplazar también a la probation o a la pena de multa, se dan no sólo situaciones de desigualdad en la individualización originaria de la pena por el Tribunal de primera instancia, sino que ocurre también de la «pena alternativa» (Ersatzstrafe) de las secciones 16 y 17 de los Powers of Criminal Courts Act 1973, en los casos de quebrantamiento de las obligaciones impuestas, no resultará uniforme cuando el juez que la dicte carezca de conocimiento de los puntos de vista del primer juez que intervino, dado que éste no debe fundamentar por escrito la individualización de la pena. Una primera investigación empírica del Home Office después de dos años de aplicación de esta sanción ha puesto de manifiesto que la «pena alternativa», en la práctica, no siempre es una pena privativa de libertad y aún cuando una obligación de trabajo relativamente de larga duración haya sido incumplida ya al principio, resulta que la pena posterior no será necesariamente privativa de la libertad, sino que ésta suele ser suspendida condicionalmente o bien reemplazada por otra consecuencia jurídica (28). La estadística criminal ratifica estas conclusiones: las Magistrates' Courts sancionaron en 1978 en casos de incumplimiento de las obligaciones del Community service order en el 50 por 100 de los hechos con pena de multa, en el 20 por 100 ordenaron el cumplimiento inmediato de pena privativa de libertad y en el 11 por 100 suspendieron condicionalmente la pena, mientras, por otra parte, as Crown Courts aplicaron un 50 por 100 de penas privativas de la libertad de ejecución inmediata (29). Inclu-

(26) Advisory Council on the Penal System, Sentence of Imprisonment, London, HMSO, 1978, 74, pág. 37 y ste.

(27) W. YOUNG, Community Service Orders, 127 ste.

(28) K. PEASE Y OTROS, Community Service assessed in 1976, 4 stes y tabla 1, pág. 5.

(29) Criminal Statistics, England and Wales 1978, London, HMSO, Cmd. 7670, tabla 6, 30, pág. 149.

sive los funcionarios del servicio de vigilancia durante el tiempo de prueba han expresado que las sanciones sin privación de libertad se aplican al costo de sacrificar las tareas impuestas para el tiempo de prueba, que se ordenan sólo reducidamente (30).

4. *Ambito de aplicación*

El Advisory Council no tenía, evidentemente, ninguna idea precisa respecto de los hechos punibles que entrarían en consideración para las nuevas sanciones. Se excluyó, por lo pronto, a las meras bagatelas, como por ejemplo algunas modalidades del hurto, de utilización ilegítima de automotor, delitos graves de tráfico, así como algunas formas de daños y lesiones corporales leves. La ley ha incluido, por su parte, a todos los delitos amenazados con pena privativa de la libertad, como susceptibles de la aplicación de la Community service order, lo que determina un amplio número de casos en los que resulta posible su utilización. La jurisprudencia fue elaborando, en los tres primeros años de aplicación de esta sanción, ciertas pautas relativas a la especie de los hechos punibles y a los criterios referentes a la personalidad de los acusados que entran en consideración para la Community service order. A pesar del pico creciente de aplicación que se registró hasta 1978, como consecuencia de su extensión a todo el país —luego de su aplicación reducida a seis circunscripciones (31)— la distribución se ha mantenido constante en los diferentes delitos.

Aproximadamente la mitad de los casos de aplicación (32) son de hurto y de encubrimiento y receptación (de los cuales cerca de un tercio de los hechos afectan a automotores); un cuarto de los casos son hurto con escalamiento (burglary); mientras que el porcentaje de acciones violentas contra las personas alcanza sólo al 6 por 100. En relación al número total de condenas de 1978 se hizo uso de la Community service order respectivamente en el 3 por 100 de la totalidad de condenas por hurto, encubrimiento y receptación, estafa y falsificación, en los casos de hurto con escalamiento, por el contrario, en un 5 por 100 de las condenas (34).

Los acusados por delitos sexuales, hechos violentos, tales como robo y asesinato, delitos triviales y ciertos hechos de drogas, no se

(30) Association of Probation Officers, Times del 11.10.1976.

(31) Durham, Kent, Inner London, Sout-West Lancashire, Notting-Lams-hire y Shropshire. En 1978 fueron dictadas casi 12.000 sentencias por indictable offences, frente a 2.600 del año 1975. En 1975 se trataba del 1 por 100 de todas las condenas por indictable offences, mientras que en 1978 se trataba del 3 por 100. Criminal Statistics England and Wales, 1978, tabla 6.18 y 6.19, pág. 138 y ste.

(32) 1978: 47 por 100; 1977 y 1978: 46 por 100.

(33) 1978: 24 por 100; 1977: 24 por 100; 1976: 22 por 100; 1975, 24 por 100.

(34) Criminal Statistics England Wales, 1978, tabla 6.19, pág. 139.

consideran aptos para la Community service order (35). También puede decirse que apenas se hace uso de ella en los delitos de tráfico. Se trata, por otra parte, de una pena que no resulta adecuada para alcohólicos, drogadictos, enfermos mentales, así como, a la inversa, se considera especialmente apta para casos de aislamiento social, desorientación, carencia de oportunidades de prestar una colaboración social efectiva, poco desarrollo de autoconciencia y sentimiento de postergación social (36).

En relación a la *edad* y el *sexo* se manifiesta un aumento de las proporciones: el 6 por 100 entre hombres de diecisiete a veintiún años en 1978 frente al 1 por 100 en 1974; en las mujeres el porcentaje se ha duplicado (1976: 1 por 100; 1978: 2 por 100). En los varones mayores de veintiún años la proporción fue elevándose de 1 por 100 (1975) al 3 por 100 (1978), mientras que en las mujeres permaneció constante con el 1 por 100 (37).

La duración del Community service alcanza a ciento veinte horas promedio. De las penas de Community service ejecutadas en 1978, aproximadamente el 16 por 100 fue condenado a doscientas horas de trabajo o más, el 19 por 100, siempre aproximadamente, a menos de cien horas; alrededor del 50 por 100 establecieron entre cien y ciento cincuenta horas (38).

5. Organización (39) y ejecución

En la aplicación del Community service tiene una función central el servicio de vigilancia y prueba (Probation and After Care Service). La asignación de tareas de ejecución a este servicio condujo a ciertos conflictos funcionales, que sin embargo han perdido su agudeza con el tiempo. Por primera vez se acordó al probation service la ejecución de una *pena*, ya que éste sólo se había ocupado de la ejecución de sanciones individualizadas, como por ejemplo la probation. De esta manera surgió una polarización: por una parte se encuentra el punto de vista del tribunal, que ve, en consonancia con el legislador y la sociedad, en esta sanción una pena; incluso los condenados piensan que, una consecuencia jurídica que los priva de ciento veinte horas de tiempo libre y les reclama

(35) Sobre particularidades de los factores positivos y negativos en relación al Community service ver K. PEASE y P. DURKIN y otros, Community Service Orders. HORS 29. London HMSO, 1975, tabla 6, pág. 17 y stes. Sobre datos estadísticos ver Home Office Statistical Bulletin, marzo 1980, tabla 2.

(36) K. PEASE y otros, Community Service Orders. HRSO 29, 1975, pág. 8 y stes.

(37) Criminal Statistics England and Wales, 1978, tabla 6.17, pág. 136.

(38) Home Office Statistical Bulletin, tabla 4.

(39) Detalles sobre la organización interna de un departamento regional de Community service pueden verse en PEASE y otros, Community Service Orders. HORS 29, 1975, pág. 34. También: W. YOUNG, Community Service, 51 y stes.

una actividad plena de responsabilidad y decisión, tiene carácter penal. Por la otra parte el servicio de vigilancia y prueba se mantiene en el punto de vista que informa sus tareas de rehabilitación y subraya las posibilidades de tratamiento que la pena indudablemente ofrece desde esta perspectiva.

Las primera tarea de los funcionarios de vigilancia y prueba consiste en el apoyo del juez en lo concerniente a la selección de los acusados para quienes la sanción aparece como adecuada. Al tribunal y al probation service les incumbe conjuntamente la responsabilidad por la ejecución de la pena en la sociedad (40). Además los tribunales deben tener en cuenta al imponer esta pena los informes de los funcionarios de vigilancia y prueba sobre la personalidad y la situación del acusado y sólo están autorizados a aplicarla cuando en la jurisdicción del domicilio hayan posibilidades de trabajo verificadas (41). Sin embargo, el tribunal no está obligado por la propuesta del probation officer y puede apartarse de ella.

La ley no describe detalladamente qué trabajos pueden prestarse para el Community service. Tampoco la sentencia especifica un determinado trabajo de utilidad general. La decisión de qué trabajo comunitario entraría en consideración, y la vigilancia de su realización, es competencia de los funcionarios responsables de la organización y ejecución. Son ellos quienes, por otra parte, toman contacto con las organizaciones locales, las autoridades sociales de la jurisdicción y con otros departamentos en los que se ofrecen posibilidades para la prestación del Community service. El objeto de estos servicios comunitarios es en todos los casos de finalidades caritativas y constructivas. Las mujeres son utilizadas en asilos de ancianos, hospitales, instituciones para niños o similares; para ellas no se excluye los arreglos de jardines y cementerios ni los trabajos de tapicería y pintura, así como trabajos de renovación en hogares o de asistencia a ancianos. El valor de rehabilitación para los sancionados se estima en el contacto que la ejecución determina con personas necesitadas, cuya reacción pueden experimentar aquéllos. Por lo demás, los trabajos pueden consistir en actividades creativas como por ejemplo en la construcción de plazas de juego para niños, la reconstrucción de una iglesia ruïnosa, la construcción de un lugar de encuentros sociales o de baños públicos, etc. Estos son ejemplos, en los que se requiere una colaboración independiente y constructiva. El valor fundamental de estos trabajos reside en la actividad común en una obra que permanece y además es visible.

No en todas partes es posible encontrar o inventar trabajos de esta clase en forma suficiente. En los distritos pobres, como por

(40) Sobre el papel y la significación de los funcionarios de prueba y vigilancia en la decisión sobre la pena aplicable ver W. YOUNG, Community Service Orders, 29.

(41) Powers of Criminal Courts Act, 1973, sec. 14 (2).

ejemplo en el pantanoso Fenland al norte de Cambridge, donde las personas viven reconcentradamente y cerrados a cualquier esperanza, y las organizaciones sociales de base comunitaria son débiles, las ocasiones para la utilización de condenados a Community service son correspondientemente reducidas. En tales medios rurales o en lugares donde hay altas cuotas de desocupados se hace raramente uso del Community service, como por ejemplo en los distritos urbanos en los que el probation service está bien estructurado y tiene resultados satisfactorios. Esta diversidad en la estructura y en las condiciones conduce a diferentes prácticas en las sentencias en distintos puntos del país y ello da lugar a que los críticos hablen de las desigualdades de posibilidades que se ofrece a los acusados en la individualización de la pena. Mucho es lo que depende de los asistentes de vigilancia y prueba; cuando éste es activo y tiene suficiente imaginación puede elaborar los proyectos de rehabilitación y obtener el dinero necesario para su puesta en marcha.

El condenado puede buscarse por sí mismo el trabajo que se le ha acordado. En la primera entrevista el funcionario de vigilancia y prueba le presenta una lista de las posibilidades de trabajo que están a disposición, de tal manera que puede decidirse por la que mejor le parezca. Y aquí se encuentra ante una auténtica situación de decidir, de la que puede aprender, inclusive durante la ejecución tiene un margen de decisión que le permiten educar y verificar sus capacidades en este sentido. Los funcionarios subrayan decididamente este efecto rehabilitador. Además en la práctica se le asigna significado para la rehabilitación al hecho de que exista una especie de situación contractual según la cual se determinan las obligaciones del condenado con el funcionario de vigilancia y prueba: de esta manera aquél sabe exactamente qué tiene que hacer, cuál es el tiempo de duración de sus obligaciones y qué especie de trabajo debe prestar (43).

Sobre el método de vigilancia en la ejecución del trabajo hay muy poca producción bibliográfica. El procedimiento depende de la concepción del funcionario y de las características del trabajo. Una función importante tienen los llamados task supervisors, bajo cuya dirección se ejecutan los trabajos (44). Estos vigilan la comparecencia del condenado y denuncian las irregularidades a la oficina central, donde se toman las medidas consiguientes. Después de varias advertencias orales y escritas se abre el proceso por ausencia no justificada. La Power or Criminal Court Act 1973 s. 17 prevé al respecto la citación ante la Magistrates' Court, la que puede imponer una multa de hasta 50 libras, manteniendo la Commu-

(42) Sobre particularidades del comportamiento judicial K. PEASE n. a., Community Service assessed en 1976 HORS 39, pág. 8.

(43) Respecto de la práctica y sobre la valoración de los distintos momentos ejecutivos ver I. S. WEST, Community Service Orders, en: Control without Custody. Editor I. F. King, Cambridge, 1976, 68 y stes.

(44) W. YOUNG, Community Service Orders, págs. 45 y ste.

nity Service Order, o bien dejar sin efecto, dictando otra pena para el hecho que dio origen al Community service. Las cuestiones que sean de competencia de la Crown Court le son remitidas a ésta; este tribunal tiene las mismas facultades que la Magistrates' Court. De la misma manera se procede si el autor, durante la ejecución de los servicios, reincide en el delito (45).

La proporción de los condenados a los que se le revocó la condena por incumplimiento de las condiciones de trabajo o por reincidencia alcanzó en 1978 a un octavo (12 por 100) de las community service order dictadas en ese año. En este sentido el community service aparece en mejor posición que la suspensión condicional de la pena, que fue revocada en un 28 por 100 de los casos en que se la dispuso y que la probation, dejada sin efecto en un 18 por 100 de casos (46). Tres cuartos de las community service order dictadas en 1978 fueron ejecutadas en forma satisfactoria; en el 11 por 100 de los casos se dio por terminado el servicio por revocación fundada en la infracción de las condiciones impuestas y en otro 11 por 100 por reincidencia durante la ejecución (47). Una considerable cantidad de los condenados a Community service no reincidió a pesar de haberse dado la ocasión para ello. El obstáculo para la comisión de nuevos delitos habría sido de un 100 por 100 si los afectados hubieran cumplido una pena privativa de libertad. Pero dado que las penas privativas de libertad que son reemplazadas por el Community service habrían durado mucho menos, cabe considerar como un éxito que el 90 por 100 de los condenados durante un período de mayor duración no hayan recaído en el delito.

Con referencia a la reincidencia posterior a la ejecución la relación es distinta. De todos los condenados a los que se aplicó en el primer año esta pena, el 44,2 por 100 reincidió dentro del primer año posterior a la sentencia, cifra que ha sido influida por la edad y el número de condenas anteriores. Hasta ahora no se ha podido comprobar que el community service logre disminuir la reincidencia (48). Tampoco pudo probarse que esta pena tenga un efecto estabilizador: la gravedad del hecho por el que se impuso el Community Service no suele diferenciarse de la correspondiente a los hechos cometidos antes o después.

6. Evaluación

La sanción introducida en 1973 ha sido cada vez en mayor medida y gana terreno sobre todo en relación a la probation, que aparece en retirada. Desde el principio ha sido una pena que atrajo

(45) Powers of Criminal Courts Act, 1973, secc. 17 (3).

(46) Criminal Statistics England and Wales, 1978, 6.22, pág. 147 y ste.

(47) Home Office Statistical Bulletin, tabla 9.

(48) K. PEASE y otros, Community Service asessed in 1976. HORS 39, pág. 18.

la atención de la prensa y de la opinión pública. La reacción de los jueces, de los funcionarios competentes, de otros funcionarios especializados, agentes de empleo, de los condenados y de la prensa fueron predominantemente positivos y optimistas (49). Cuando se la toma en cuenta en la literatura especializada esta sanción es aceptada con expectativa (50). El Ministerio del interior le asigna una gran significación. De acuerdo con una investigación que acompaña la aplicación y los efectos de la pena el ministerio la considera exitosa sin reservas (51). La situación crítica de la ejecución penal que en gran parte recae sobre este ministerio requiere una salida y el Community service es por lo menos una parte de ella. El resultado positivo es ante todo puramente económico-administrativo, pero hasta ahora sólo de repercusión marginal, dado que la mitad de los acusados condenados al Community service no recargan el número de internos de las prisiones, lo que en sí mismo se ha valorado como exitoso. Dado que las reformas político-criminales requieren para su eficacia de la colaboración de los jueces, una redacción más clara de los preceptos legales hubiera abierto un mayor campo de aplicación para esta sanción. La timidez del legislador inglés, de difícil comprensión para un observador continental, para definir concretamente los presupuestos de la pena para obligar al juez a su aplicación, ha generado en este caso dificultades. Estas han tenido su causa en el papel tradicional del juez, que ha tenido siempre un amplísimo margen de apreciación dentro del procedimiento de la individualización de la pena, margen que los jueces siguen reclamando y defendiendo. El juez inglés no tolera con agrado que el legislador le prescriba qué pena y bajo qué condiciones tiene que aplicar, sino que la busca por sí mismo y según sus propios criterios.

Desde un punto de vista penológico la ventaja de esta sanción no está tanto en el mejor efecto preventivo especial visible, sino en primer lugar en el hecho de preservar al condenado de los contactos carcelarios que serían negativos. En la evaluación no deben perderse de vista las posibilidades de rehabilitación que la pena ofrece al permitir al condenado hacer una experiencia en sus relaciones con la sociedad, le pone exigencias que debe y puede cumplir respecto de sus capacidades e intereses individuales, ejerce un efecto educativo en su capacidad de decisión y lo ayuda a formarse una autoconsciencia. Si bien estas características no se pueden expresar en números, son subrayadas por los funcionarios especializa-

(49) *Ib. ídem.*, pág. 51 y stes.

(50) Z. B. R. M. JACKSON, *The Machinery of Justice*, 7, ed. Cambridge, 1977, pág. 372. R. CROSS, *The English Sentencing System*, pág. 27 y ste.; *Progress in Penal Reform*, editado por L. Blom-Cooper, Oxford, 1974, en el Prólogo, pág. XI: I. SMITH, *The Community Service Order*, en: *Progress in Penal Reform*.

(51) K. PEASE y otros, *Community Service Orders, 1975*; K. PEASE y otros, *Community service assessed in 1976*; Home Office Bulletin.

dos del servicio de Community service (52). El hecho de que el condenado no es separado bruscamente de su medio social, que puede continuar en su puesto de trabajo y que sólo salda su deuda penal con su tiempo libre, es un aspecto de la ejecución penal que, en el estado actual de las investigaciones sobre eficiencia, debe ser altamente valorado.

El problema de la capacidad en los establecimientos no ha sido superado; sigue existiendo y ha desplazado la discusión actual sobre las alternativas de la sanción al problema de la legitimación de las penas privativas de la libertad para ciertos grupos de autores, como los que cometen injustos insignificantes, los alcohólicos, las prostitutas y además al problema de la duración de las penas en la actualidad.

(52) I.á S. WEST, Community Service Orders, pág. 83.

La criminología crítica

Por ALFONSO SERRANO GOMEZ,
Profesor de Derecho penal y criminología

En la década de los años sesenta comienza a tener importancia un movimiento dentro de la criminología que cada vez recibe más apoyo, aunque no termina de consolidarse, debido, en parte, a su radicalismo. Lo cierto es que esa nueva orientación pone de manifiesto que la criminología no es una ciencia pacífica; aunque con otros presupuestos, hay ahora un enfrentamiento a la criminología tradicional, algo así como sucediera con el finalismo que presentó nuevas directrices frente al sistema clásico del Derecho penal. Sin embargo, hemos de apresurarnos a decir que la criminología siempre ha sido crítica, aunque el movimiento de los últimos años tenga sus peculiaridades. Lombroso, a quien suele conocerse sólo por sus teorías sobre el delincuente nato, sin embargo, en la quinta edición de su obra *L'uomo delinquente*, que en las anteriores constaban de dos libros, hay un tercero, bajo el título *El delito*, del que ya existían referencias a partir de la segunda edición (1), se trata de una verdadera sociología criminal, en la que muchos de los temas que ahí se plantean tienen plena vigencia en la actualidad (2). En el capítulo IV hace referencia a la corrupción de los poderosos, así como a la opresión de éstos sobre los más humildes; llegó a justificarse el bandolerismo de aquella época como una «especie de salvaje justicia contra los opresores». El capítulo XI lo dedica a la influencia de la riqueza sobre la criminalidad y pone de manifiesto que el rico tiene más defensa ante la justicia que el pobre; toma de Shakespeare lo siguiente: «Los harapos, en seguida denuncian el crimen entre sus agujeros, pero el oro le oculta y defiende».

Ferri, por su parte, escribía: «La justicia penal, como instrumento de represión violenta y de dominación de clase, está destinada a

Este trabajo, con alguna modificación, es mi colaboración en el libro homenaje al profesor Octavio Pérez-Vitoria.

(1) BERNALDO DE QUIRÓS hizo la traducción de este libro bajo el título *El delito. Sus causas y remedios*, Madrid, 1902.

(2) Véase, SERRANO GÓMEZ, A.: *Centenario del L'uomo delinquente*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, págs. 623 y ss.

desaparecer para no subsistir más que como función clínica» (3). En otra parte, escribe: «El legislador, siguiendo las lecciones de la experiencia científica, debiera convencerse de que para impedir el desbordamiento de los crímenes, tienen mucha más fuerza las reformas sociales que el Código penal» (4).

Garofalo hacía una crítica del procedimiento penal y escribía: «Sin duda, los jueces permanentes no son siempre incorruptibles, pues también ellos pueden ser accesibles al miedo y a las influencias. Sin embargo, tienen un nombre que salvar y una posición honrosa que conservar; el cálculo y la necesidad les dan valor y firmeza para ahuyentar toda sospecha que podría ser bastante para perderlos. Esta es la razón de por qué los escándalos no serán nunca tan frecuentes ni tan ruidosos como los que el jurado nos hace presenciar todos los días. En algunas provincias hay jurados que tienen su tarifa, variando los precios según que lo que se les pida sea la absolución o circunstancias atenuantes... a menudo se ha visto condenar a cómplices pobres, al mismo tiempo que absolver a los verdaderos autores del crimen, los cuales tenían dinero... No puede dudarse que a veces se dan veredictos justos y equitativos, pero lo que debería ser la regla, es la excepción» (5).

De lo anterior se desprende cómo el positivismo criminológico, creador de la criminología, ya fue crítico, y trató de evitar la influencia política, con lo que se puso de manifiesto que el criminólogo ha de ser crítico a la vez que apolítico. Esto, que se respeta por Lombroso y Garofalo, no ocurrió con Ferri, quien tuvo una gran actividad política, sobre todo desde 1886, cuando a sus treinta años fue elegido diputado. Se aprecia una cierta influencia política en su *Sociología criminal*, especialmente a partir de la cuarta edición.

Ya hubo crítica de la justicia penal del antiguo régimen en Beccaria (6) de las condiciones en que se encontraba el derecho penal en toda Europa a mediados del siglo XVIII, que eran realmente lamentables (7).

La criminología no puede ser otra cosa que crítica (8), o por lo

(3) FERRI, E.: *Sociología criminal*, trad. Soto Hernández, Madrid, 1907, II, pág. 352.

(4) Pedía FERRI, tras oponerse a la institución del Jurado, porque no ofrecía garantías: «Capacidad científica de los jueces e independencia..., preparación antropológica y sociológica de éstos..., creación de escuelas especiales para los agentes de policía judicial y vigilantes de prisiones..., inspección de la propia Magistratura para evitar una nueva forma de tiranía irresponsable, y para garantizar a la colectividad contra la presión abusiva de aquella...», en Italia, como en otras partes, el Jurado representa menos la soberanía popular que la soberanía judicial de la clase burguesa», II, páginas 229 y ss.

(5) GAROFALO, R.: *Criminología*, trad. Dorado Montero, Madrid, s/f., páginas 468-469.

(6) BECCARIA: *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764.

(7) Véase, AUCHEL, R.: *Crimes et châtements au XVIII siècle*, París, 1933.

(8) LÓPEZ-REY, por ejemplo, en su *Criminología*, I, Madrid, 1972 (reim-

menos preferentemente crítica, especialmente en su función de poner al descubierto las leyes injustas, la aplicación incorrecta del derecho, así como todo tipo de corrupción que impida el adecuado desarrollo social o la recta realización de la justicia. Para que la criminología pueda cumplir su misión crítica necesita de criminólogos independientes, lo cual no resulta fácil. Para ser independiente es necesario ser liberal, lo que se reforzaría si, además, no se vive de la criminología; aunque esto sería lo ideal sólo es posible en contados casos.

Ningún criminólogo que esté al servicio o afiliado a un partido político es independiente, no importando cuál sea el matiz del mismo; si está comprometido con él, si sirve en todo o en parte a sus fines, si espera un apoyo económico, político o de influencia, no puede ser independiente, pues no podrá hacer crítica de aquellos comportamientos que vayan contra los intereses de partido. Sólo hay cierta posibilidad de ser relativamente independiente en los regímenes políticos muy liberales, no en los intermedios y mucho menos en los autoritarios (9). La función del criminólogo, en su misión de buscar la verdad, está prácticamente vedada en los países autoritarios, como ha ocurrido en España durante el franquismo, sin embargo, la situación no ha mejorado mucho. Ningún partido político está interesado por la investigación criminológica. Pretender ser crítico en un país autoritario es una ironía, y los propios criminólogos lo saben; sólo se les permite trabajar en cuanto justifiquen y ensalcen la conducta del régimen político impuesto —generalmente por la fuerza— y sometan a crítica cualquier otro sistema político en abierta oposición.

El criminólogo, para mantener su independencia conviene que sea apolítico, o por lo menos que no esté comprometido con ningún partido, ni espere nada de la política o de los políticos. La criminología es una ciencia apolítica, cosa que no ocurre con el derecho penal. El criminólogo puede ser más independiente que el penalista o el juez; éste tiene el deber de aplicar el derecho elaborado por el legislador —aun dentro de la más absoluta independencia— y el penalista explicarlo en su función docente, aunque también puede hacer crítica. El criminólogo, por el contrario, tiene como misión buscar y exponer la verdad, penetrando hasta los focos de corrupción de quienes ostentan el poder o parcelas del mismo, ya sea político, social, económico o de otro tipo; no obstante, llegar hasta ahí no es fácil, pues incluso tienen

presión, 1978), hace una crítica especialmente basada en la realidad de los hechos, teniendo en cuenta la investigación en diversos países.

(9) Salvo en los países de tradición democrática, los liberales apenas si tienen espacio. Quien no pertenece a un partido político o no está apoyado por ellos, suele ser objeto de toda clase de trabas o incluso puede llegar a ser perseguido si con sus descubrimientos pone en peligro la reputación de un partido o de sus líderes. Ser liberal e independiente un criminólogo resulta difícil, apenas recibirá ayuda oficial para sus trabajos, y del resultado de sus investigaciones puede depender incluso su futuro profesional. Sacar a la luz errores de los políticos o de las personas altamente influyentes puede resultar arriesgado hasta para la propia integridad física.

serias dificultades los jueces y aun la propia policía. El criminólogo, en su misión de buscar la verdad, ha de eludir toda clase de presiones o intereses, pues de no ser así no cumplirá fielmente su cometido. Quienes con más frecuencia violan el derecho son aquellos que tienen el poder, sea cual fuere el sistema político, aunque la situación se agrava en los menos democráticos; luchar contra éstos es muy difícil. No hay que confiar en la justicia absoluta de quienes ostentan cualquier tipo de poder.

II

Los principios fundamentales de la nueva corriente son: 1) Oposición al sistema tradicional de la criminología ortodoxa, que la califican de conformista; 2) Ataque al orden legal constituido, e incluso al propio derecho penal; 3) Nueva concepción de la conducta desviada, y 4) Inspiración marxista (10).

1. *Conservadurismo de la criminología tradicional.*—Es una realidad que los criminólogos no se habían ocupado de hacer una crítica del derecho penal y de otras normas que prohíben determinados comportamientos. Siempre se estuvo en la idea —apoyada por los penalistas— de que la criminología tenía que partir — y de hecho así ocurría— de las normas recogidas en los Códigos y leyes penales especiales, es decir, de los tipos penales. Esto sucedió especialmente porque la criminología, que nació con el positivismo criminológico, se opuso a los clásicos, quienes prácticamente olvidaron al delincuente y todo tipo de información criminológica. El tecnicismo jurídico-penal terminaría imponiéndose a la criminología, y ésta es la razón por la que los penalistas han sojuzgado, controlado y minimizado esta disciplina en Europa. Sin embargo, fue un sociólogo americano, Thorsten Sellin, quien en 1937 decía que la sujeción al estudio del delito y de los delincuentes y la aceptación de categorías de formas específicas de «delito» y delincuente según se especifica en la legislación, invalida la investigación criminológica teórica, desde el punto de vista científico» (11).

Quinney crítica a los criminólogos porque casi se han dedicado a los intereses más conservadores, ocupándose más de quienes han violado las leyes que del propio sistema jurídico; la solución del problema de la criminalidad que buscaba más en la enmienda del violador que en la modificación de las leyes. Continúa diciendo que «sólo recientemente algunos criminólogos han advertido el carácter problemático de la ley, volviendo su atención hacia el estudio de la legislación penal. Pero en su mayor parte, estos estudios se han basado en el modo de pensar positivista» (12).

(10) Véase, BERISTAIN IPIÑA, A.: *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pág. 486.

(11) SELLIN: *Culture Conflict and crime*, New York, 1938, pág. 27.

(12) QUINNEY, R.: *Control del crimen en la sociedad capitalista: Una filosofía crítica del orden legal*, en *Criminología crítica*, de Taylor, Walton y Young, trad. N. Grab., Madrid, 1977, pág. 232.

Hay un ataque a los criminólogos modernos, en cuanto no han evolucionado con relación a una criminología ortodoxa, con fines correccionalistas, al servicio de la burguesía capitalista y sin ninguna oposición a la legislación en la que se apoyaba (13).

Tiene interés la criminología crítica al poner de relieve el carácter servil de la criminología frente al derecho penal, que se acentúa más en Europa, lo que ha supuesto un notable retraso en el desarrollo de esta ciencia, que en los países europeos puede decirse que todavía no es independiente. Los penalistas deben dejar libertad a la criminología, pues la tutela que sobre la misma han venido ejerciendo no ha hecho más que frenar su evolución (14). Escribe Nagel: «El criminólogo se ha encontrado siempre en una situación en cierto modo modesta debido a que ha circunscrito el objeto de su dedicación al producto de desecho del derecho: el criminal. Frente a ello ha tenido la ventaja de no estar vinculado a los métodos de la ciencia deductiva y escolásticos de los juristas, o a la dogmática positiva de los mismos (derechista), pero hasta ahora ha hecho muy poco uso de tal privilegio por la sencilla razón de que, por su condición de hijastro, es decir, incorporado al seno de una familia que no era la suya propia, ni se le ha educado en tal sentido ni, con vistas a ello, se le han dado facilidades» (15).

(13) Véase, TAYLOR, WALTON y YOUNG, *Criminología crítica*, cit., págs. 22 y ss., 39 y ss.

(14) En España la postura tradicional europea frente a la criminología ha sido tal vez más acusada que en la mayoría de los países de Europa occidental, lo que no ha permitido su evolución; el cambio del régimen político autoritario al de iniciación democrática tampoco ha resuelto nada, tanto es así que mientras algunos países europeos se están liberando del patrocinio de los penalistas, como sucede, por ejemplo, en Alemania Federal, Italia o Francia, en el nuestro todo sigue exactamente igual, desconociéndose o no queriéndose conocer esa evolución europea.

Es loable que los estudiosos del Derecho penal se ocupen también de la criminología, pues hay una estrecha conexión entre ambas disciplinas, pero lo que no puede ser positivo es que pretendan también dirigir su evolución, pues ellos son, ante todo, penalistas. Hay que agradecer a éstos lo que han hecho por la criminología, pues sin ellos tal vez no tendríamos nada; sin embargo, hay que advertirles que de seguir así dentro de poco no seremos absolutamente nada en criminología. Mientras en la Universidad española hay más de dos centenares de profesores de Derecho penal, no existe ni uno que se dedique a la criminología y los penalistas no han hecho ningún esfuerzo serio para incorporar la criminología a las Facultades de Derecho o para la dotación de plazas de profesores que puedan dedicarse a la criminología, a pesar de que han tenido incluso poder político dentro de la Universidad durante mucho tiempo.

Si los penalistas españoles no están decididos a apoyar abiertamente a la criminología, deben dejar esa misión a las Facultades de Sociología, donde esta disciplina tiene perfecto encaje. Sin embargo, estas Facultades —hoy sólo hay una— deben modificar previamente sus anticuados planes de estudio, y orientar sus disciplinas al desarrollo de la sociología y no pensando en los intereses particulares de grupos o de personas concretas.

(15) NAGEL, W. H.: *Critical Criminology*, Ruksuniversiteit, Leiden, s/f., pág. 3, citado por

En pág. 2 escribe: «El 99 por 100 de los juristas son aplicadores de leyes.

2. *Ataque al orden legal constituido e incluso al propio derecho penal.*—Los criminólogos de la nueva corriente, en su afán de querer criticarlo todo, ponen en tela de juicio el ordenamiento legal e incluso el propio derecho penal que, por otra parte, estiman que se aplica en mayor proporción a las clases sociales económicamente más desfavorecidas. Se pone de manifiesto que mientras infracciones realmente graves llevadas a cabo por poderosos hombres de negocios se sancionan civilmente, pese a defraudar a muchas personas y grandes cantidades de dinero, hay sujetos que por cometer una pequeña ratería terminan en la cárcel (16). Esta es la realidad de la que no escapa ningún país; la delincuencia de cuello blanco no es fácil combatirla; por su parte, las propias Naciones Unidas ponen de manifiesto lo siguiente: «Parece que muchos lugares en el mundo de las leyes penales están más bien arbitrariamente escritas y se aplican arbitrariamente; por consiguiente, muchas personas no se sienten en absoluto protegidas, y los miembros de los grupos desfavorecidos están excesivamente representados en los consumidores del sistema de justicia penal, mientras que lo están insuficientemente los funcionarios del sistema» (17).

Es un hecho cierto que hay leyes penales que favorecen a los poderosos, como sucede en nuestro país con el delito fiscal (18), así como que las prisiones están llenas de sujetos pertenecientes a las clases más humildes (19) (20).

No están conformes los criminólogos críticos con las normas legales, cuya validez ponen en tela de juicio, y escribe Young: «Si la criminología ha de avanzar como ciencia, debe disponer de la libertad de cuestionar no solamente las causas del delito, sino también los de las normas que, en sentido propio crean el delito: o sea las normas legales. La admisión del sistema legal dado y de las normas de derecho dadas ha constituido la tendencia general de la criminología positivista, y el resultado ha sido desastroso para la pretensión de la criminología de ser una ciencia» (21). No cabe duda que la criminología no

Sólo un grupo muy reducido se dedica a dar forma a un nuevo Derecho y aún la mayoría de los que integran este pequeño grupo lo hacen mal. Hay que tener en cuenta asimismo que la criminología, una ciencia del comportamiento de carácter empírico, ha sido casi siempre, al menos en Europa, una especie de hijastra a la que han condescendido en darle albergue las Facultades de Derecho. Es evidente que se ha resentido de ello.»

(16) SCHWENDINGER, H. Y J.: *¿Defensores del orden o custodios de los derechos humanos?*, en *Criminología crítica*, cit., pág. 152.

(17) A/CONF. 56/4, 39.

(18) Véase, SERRANO GÓMEZ, *Fraude tributario. Delito fiscal*, Madrid, 1977, pág. 216.

(19) Véase, SERRANO GÓMEZ-FERNÁNDEZ DOPICO: *El delincuente español*, Madrid, 1978, págs. 95 y ss.

(20) En un informe de la Comisión de las Cortes sobre la situación de los establecimientos penitenciarios se dice: El 95 por 100 de la población reclusa pertenece al proletariado o subproletariado («B. O. de las Cortes», núm. 164, 18-10-1978, pág. 3599).

(21) TAYLOR, WALTON y YOUNG, ob. cit., pág. 73.

puede limitarse a que el derecho penal le señale el camino a seguir, pese a ser fundamental, sino que, como ya apuntábamos, también es misión suya —dentro de la política criminal— descubrir al penalista y al legislador los fenómenos que pueden dar lugar a la reforma de las leyes penales. Sin el apoyo de la criminología dogmática jurídica y política criminal no pueden conseguir buenos resultados en las reformas legislativas; para una eficaz labor de la dogmática y salir del estancamiento en que se encuentra, necesariamente ha de contar con la criminología (22).

La crítica al derecho positivo que llevan a cabo los nuevos criminólogos, especialmente del derecho penal, procede generalmente de autores anglosajones, que es donde más eco ha tenido esta corriente (23), pese a no ser los mejor preparados para hacerlo, ya que la criminología está estrechamente ligada con la sociología y no al derecho penal; quienes en mejor situación se encuentran para tales críticas son los criminólogos europeos, por su mayor conexión con la ciencia penal (24). Sin embargo, el desarrollo de la criminología es mucho menor en Europa, por lo que el apoyo que pueda prestar al derecho penal, a través de la política criminal, es muy inferior al que en realidad debía de ser.

La criminología no debe limitarse, en el plano de la política criminal, a informar al derecho penal, sino que debe ir más lejos, ya que el criminólogo ha de descubrir incluso el posible efecto criminógeno de otro tipo de leyes, como pueden ser las administrativas, pensemos, por ejemplo, en toda la serie de fraudes que se han dado al amparo de las disposiciones legales que regulan la materia de construcción de viviendas.

Llevan razón los críticos en cuanto sostienen que todo problema debe tratarse desde su origen; desde la raíz misma, tanto los individuales como los sociales. Los criminólogos deben hacer juicios de la sociedad en que viven y conocen, sin omitir la verdad como primera razón, ni incluso por su trascendencia política. No cabe la menor duda que el criminólogo ha de ser imparcial y apolítico, aunque tiene en la mayor parte de los casos el peligro de depender del Estado o de instituciones para las que trabaja, por lo que a veces decir la verdad puede crearle problemas profesionales o incluso de índole universitario. De todos modos, debe buscar la verdad y ponerla en conocimiento de quienes tengan el deber de corregir errores.

(22) Véase, SERRANO GÓMEZ, A.: *Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1980, págs. 611 y ss.

(23) Este movimiento ha sido más pacífico en Europa. Véase, PRIESTER, J. M.: *La nuova criminologia e la politica criminale in Germania Occidentale*, en *La questione criminale*, 1975, 1, 2, págs. 355 y ss.; TRAVERSO, G. B., y VERDE, A.: *Criminología crítica*, Padua, 1981, págs. 195 y ss.

(24) Sobre la criminología como crítica del Derecho penal en la literatura alemana véase CUELLO CONTRERAS, J.: *La definición de criminalidad. Competencias del Derecho penal y las Ciencias sociales*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, págs. 439 y ss., se ocupa especialmente de las posturas de Sack y Kuhlen.

No debe el criminólogo defender un *statu quo* (25), sino buscar la objetividad, que «es algo más que lo contrario a la parcialidad subjetiva o de una investigación supuestamente carente de intereses» (26).

Schwendinger pretende resolver todos los problemas a través de la criminología, por lo que señala que corresponde a los criminólogos la defensa de los derechos humanos, y dice que «no cabe duda de que una parte considerable de la legislación penal vigente se trasladaría con una definición del delito fundada en los derechos humanos». Sostiene que hay sistemas sociales criminales y acusa a las grandes potencias en materia de crímenes de guerra, racismo, discriminación sexual y miseria (27). Como vemos, hay una gran ambición en los criminólogos críticos, que buscan una sociedad más justa, en la que piensan no habrá desviación —o no estará criminalizada—. Consideramos que por hoy esto no es posible; es una utopía, ya que el delito se da en todos los países y civilizaciones, incluso en los pueblos salvajes (28). Sin embargo, la criminología crítica, en la mayor parte de sus autores, se ocupa de problemas teóricos, sin apenas presentar trabajos de investigación, no pudiendo demostrar la realidad de los problemas que denuncian al no proponer soluciones. Los propios criminólogos radicales reconocen la falta de acuerdo entre ellos (29).

Nada de lo actual parece servir, en opinión de Quinney, y considera que la crítica del régimen legal nos llevaría a lugares nuevos no conocidos hasta ahora, por lo que estima que «todo lo que se ha hecho en criminología y en sociología del derecho tiene que rehacerse» (30). Se muestra partidario de la ley, en cuanto que es el mejor procedimiento para la defensa de los intereses de los individuos, dedicando una obra al crimen y la justicia en la sociedad (31).

Baratta pretende que se combata el derecho penal de la sociedad capitalista a través de los movimientos obreros, para conseguir un cambio social profundo; niega que el derecho penal sea igualitario y defiende de la misma forma a todos (32); continúa diciendo que la política criminal no puede ser una política de sustitutivos penales, sino de profundas «reformas sociales e instituciones para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de las reformas de la vida comunitarias y civiles alternativas y más humanas y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superposición de las relaciones de producción capitalista» (33).

(25) KAISER, G.: *Criminología*, trad. Belloch Zimmermann, Madrid, 1978, pág. 30.

(26) KAISER, G.: ob. cit., pág. 32.

(27) SCHWENDINGER: op. cit., pág. 182 y ss.

(28) MALINOSWKY: ob. cit., págs. 87 y ss.

(29) TAYLOR, WALTON y YOUNG: ob. cit., pág. 51.

(30) QUINNEY: op. cit., pág. 254.

(31) QUINNEY: *Crime and Justice in Society*, Boston, 1969.

(32) BARATTA, A.: *Criminología crítica y política penal alternativa*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, núm. 1, 1979, págs. 43 y ss.

(33) BARATTA: op. cit., pág. 50.

3. *Críticas al delito y teorías sobre la conducta desviada.*—La criminología crítica presenta una perspectiva nueva en el terreno de la desviación, apartándose de la criminología tradicional, en donde había un férreo conservadurismo social con pequeños grupos marginales. Sin embargo, no puede sostenerse hoy la inexistencia de una cultura única y generalizada, sino que hay amplios sectores de la población con una cultura propia y una serie de valores que no coinciden con los de la sociedad dominante, en donde se encuentran los ciudadanos de las clases media y superior y que son, en definitiva, quienes marcan las pautas sociales, e incluso políticas, de un país. Se rompe con la criminología tradicional, donde se aceptaba el delito y el ordenamiento social como tal (34).

Cada persona tiene su propio código de lo que considera justo o injusto y suele evolucionar de la infancia a la madurez. Normalmente coincide con las normas legales, aunque no en todos los estratos sociales se da en la misma proporción, y de ahí que no se dé el mismo criterio de conducta desviada en los grupos normalmente integrados en la estructura media social, que en los marginados y áreas sociales de subcultura (35). Hay una serie de estratos sociales donde la desviación y la violencia brotan con relativa frecuencia (35). Entre nosotros, por ejemplo, no tiene los mismos valores el «quinqui» que pertenece a una familia delincuente (la mayoría de los «quinquis» no son delincuentes) que el timador o el atracador de bancos, por lo que incluso en el mundo del delito varían los valores. Dice Young, que difícilmente tienen los mismos valores el profesional de la Mafia, el delincuente que actúa dentro de una gran empresa, el negro de un gueto o el matón (37).

En la conducta de la desviación entran en juego tanto valores biológicos como sociales, teniendo más incidencia el mundo circundante (37) que la propia constitución biológica del sujeto (39). Eysenck, por el contrario, estima que la herencia es un factor muy importante en la predisposición para cometer delitos. Taylor, Walton y Young entienden que «el análisis de Eysenck es erróneo, no porque omita los factores sociales, sino porque tiene una noción falsa de la interrelación biología y sociedad...», pensamos que la conciencia del hombre no es un producto de lo que la sociedad hace con sus atributos biológicos. Una característica distintivamente humana la constituye el hecho de

(34) TAYLOR, WALTON y YOUNG, ob. cit., págs. 22-23.

(35) Véase, TRAVERSO y VERDE, ob. cit., págs. 65 y ss.

(36) Véase, WOLFGANG-FERRACUTI, *La subcultura de la violencia*, págs. 120 y siguientes.

(37) YOUNG, J.: *The drugtakers: the social meaning of druguse*, Londres, 1971, pág. 37.

(38) Véase, SERRANO GÓMEZ-FERNÁNDEZ DOPICO, *El delincuente español*, cit., págs. 437 y ss.

(39) Véase, SERRANO GÓMEZ, *Herencia y criminalidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1969, págs. 529 y ss.

poder replegarse e interpretar tanto la constitución corporal como las circunstancias sociales» (40).

Dentro de la sociedad hay dos factores importantes, uno de cooperación, mediante el cual se busca un equilibrio entre los miembros que la componen, y otro de competencia, en donde cada cual busca la forma de conseguir recursos (41). Estos dos factores tienen relación con los conflictos y conducta desviada, ya que a mayor cooperación y solidez del estamento social la conflictividad y desviación es menor; por otra parte, las dificultades y medios empleados en la competencia influyen también en la conflictividad. Una competencia donde se violan las normas de cooperación lleva a incrementar el índice de conflictividad y desviación.

También los nuevos criminólogos ponen de manifiesto la importancia del aprendizaje, por la influencia que tiene en el campo de la desviación y del comportamiento correcto. Los sujetos desde niños van adquiriendo unos hábitos y pautas de conducta que condicionan el futuro de su forma de actuar. No sólo el aprendizaje es importante para la vida ordenada, sino incluso también en la desviación, donde entra en juego el mundo de la criminalidad. Sin embargo, en este terreno hay delitos que pueden llevarse a cabo sin ninguna enseñanza, aunque para otros necesariamente es preciso el aprendizaje. Hay un condicionamiento con respecto de los padres y del propio mundo circundante (42).

Las pautas de conducta, dice Quinney, en sí no son delictivas, sino en función de otras con las que se comparan y se consideran correctas (43). Hay un ataque en los criminólogos críticos al sistema de elaboración de las leyes, cuya violación califica a los desviados, pues consideran que no se sigue el criterio más adecuado, ya que son elaboradas por quienes tienen el poder político o económico o por otros a sus servicios, por lo que las normas buscan el interés de aquéllos. Se prescindía demasiado de la «dimensión social, económica y política» (44).

En cuanto a los motivos que llevan a la primera infracción, algún autor considera que tienen una importancia mínima y normalmente no influyen en el futuro (45). Esto, no obstante, aunque pueda servir para algunos casos, no debe establecerse como norma general, pues para los reincidentes lo normal es que factores que incidieron en el primer delito tengan valor posterior, aunque pueden desaparecer e incidir otros nuevos (46). Ya apuntábamos la falta de experiencia en

(40) TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología*, trad. A. Crosa, Buenos Aires, 1977, pág. 73.

(41) MORRIS, T.: *The Criminal Area*, Londres, 1957, pág. 11.

(42) Véase, TRASLER, G.: *The Explanation of Criminality*, Londres, 1962, páginas 63 y ss.

(43) QUINNEY, *The Social Reality of Crime*, Boston, 1970, pág. 233.

(44) BERISTAIN IPIÑA, *Cuestiones penales y criminológicas*, cit., pág. 488.

(45) LEMERT, E. M.: *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Nueva York, 1967, pág. 40.

(46) Véase, SERRANO GÓMEZ-FERNÁNDEZ DOPICO, *El delincuente español*, cit., págs. 319 y ss.

trabajos de investigación empírica de la mayoría de los nuevos criminólogos.

También hay una preocupación especial por el «etiquetado», que es precisamente la situación más grave a que puede llegar la desviación. Hay sujetos socialmente de lo más honorable, pese a su conducta desviada como consecuencia de la comisión de graves delitos, especialmente en el terreno económico, y, sin embargo, no son objeto de ninguna marginación social, precisamente porque no se denuncia su desviación frente al Derecho penal, o los tribunales no llegan a condenarles; por el contrario, otros autores de bajo nivel socioeconómico son etiquetados por la comisión de delitos de escasa trascendencia, como puede ser un pequeño hurto. Para la teoría de la desviación el problema no radica en la extensión del delito, sino en la falta de ellos, precisamente porque hay una esfera social donde la justicia apenas si puede penetrar; no se conocen sus delitos, que son muchos (47).

El etiquetado tiene un valor negativo muy importante para el delincuente, pues al ser presentado como tal ante la sociedad, sus posibilidades de convivencia pacífica frente al ordenamiento jurídico disminuyen con respecto de la población general o de otros delincuentes no etiquetados; la situación se agrava todavía más cuando el sujeto ha estado en prisión, ya que a la salida será objeto de un vacío social que le creará problemas graves de convivencia pacífica. Por todo ello, el desviado tendrá que volver muchas veces al delito para poder subsistir, o recurrir al mundo del hampa, que es el único que le acogerá, aunque a cambio de continuar en el delito. No resulta nada fácil para el desviado poder reintegrarse a la vida ordenada y apartarse del delito.

El problema del empleo, la vivienda (48) y los movimientos migratorios internos tienen una incidencia importante en la criminalidad (49). Taylor, Walton y Young consideran que «las causas de la desviación se encuentran, en última instancia, en las desigualdades sociales más amplias del poder y de la autoridad. En otras palabras, opinamos que la mayor parte del comportamiento desviado corresponde a acciones conscientes de los individuos destinados a hacer frente a los problemas generales por una sociedad sobre la cual ejercen escaso control» (50).

Aunque la nueva criminología pretende la creación de una sociedad donde no se criminalice la desviación, no obstante, y como señala Durkheim, el crimen —situaciones más graves de la desviación—, cumple en la sociedad la función de marcar las fronteras de la moral (51).

(47) Véase, YOUNG, op. cit., págs. 101 y ss.

(48) Véase, TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología*, cit., págs. 134 y siguientes.

(49) SERRANO GÓMEZ, A.: *Criminalidad y movimientos migratorios*, en *Revista Española de la Opinión Pública*, octubre-diciembre, 1976.

(50) TAYLOR, WALTON y YOUNG, *La nueva criminología*, cit., p. 171.

(51) Véase, DURKHEIM, E.: *The Division of Labour in Society*, Nueva York, 1960, pág. 120.

4. *Criminología de inspiración marxista*.—En «La nueva criminología», de Taylor, Walton y Young, hay un capítulo dedicado al delito y al control social en Marx, Engels y Bonger. Son constantes las referencias al capital como responsable de las injusticias sociales y del delito; a un proletariado oprimido que fatalmente ha de caer en el delito (52); a los criminólogos tradicionales defensores del capitalismo y de un Derecho penal que protege a éstos, en perjuicio de las clases más desfavorecidas (53).

Hirst ataca a los criminólogos radicales de apoyarse en las ideas del joven Marx, que varían notablemente de las del Marx ya maduro, a la vez que no saben captar las ideas marxistas sobre la desviación, que tiene unos postulados diferentes. Dice que Marx y Engels se pronunciaron a veces sobre las clases criminales de forma brutal, agria e irreflexiva (54).

Sin olvidar los aspectos positivos de la criminología crítica, insistimos en que la criminología ha de ser apolítica, ya que es la única forma de poder ser imparcial y exponer la realidad de modo objetivo; la politización, sea del signo que fuere, pone en peligro su independencia. La delincuencia se da en todos los países y regímenes políticos; no obstante, puede haber diferencias notables tanto cualitativas como cuantitativas entre los sistemas marxistas, capitalistas o de otro tipo.

Estos autores dicen que los criminólogos han interpretado mal a Marx en esos pasajes, pues, en definitiva, hay un tono irónico en la «concepción apologística de la propiedad en todas las profesiones». Sin embargo, parece que también quiso poner de relieve la naturaleza criminógena del capitalismo (55).

Aunque no todos los que se mueven en el campo de la criminología crítica son marxistas, sin embargo, hacen un frente común en sus ataques al capitalismo. Hay quien estima que esta nueva corriente tiene un desarrollo lento debido a una falta de tradición marxista en la formación universitaria o una represión hacia tales estudios (56). No falta quien hace referencia al marxismo refiriéndose a la nueva izquierda libertaria (57), mientras que para Quinney «pensar en términos marxistas significa ser genuinamente críticos» y añade que ante la crisis en que se encuentra el orden legal, que ha sido la base para sustentar la sociedad capitalista «solamente una crítica marxista nos permite salir de la ideología y de los condicionamientos de la época» (58).

(52) QUINNEY: op. cit., pág. 248.

(53) Véase, TRAVERSO y VERDE, ob. cit., págs. 9 y ss; 153 y ss.

(54) HIRST, P. Q.: *Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad*, en *Criminología crítica*, cit., pág. 269.

(55) TAYLOR, WALTON y YOUNG, *Nueva Criminología*, cit., págs. 234 y ss.

(56) PLATT, T.: *Perspectivas de una criminología radical en Estados Unidos*, en *Criminología crítica*, cit., págs. 128 y 141.

(57) PEARSON, G.: *La sociología del desajuste y la política de socialización*, en *Criminología crítica*, cit., pág. 194.

(58) QUINNEY: op. cit., págs. 241 y 243.

Hay un ataque al capitalismo y a las clases dominantes, así como a la propia estructura política del Estado. Taylor, Walton y Young estiman que «los procesos involucrados en la génesis del crimen están íntimamente vinculados, en último análisis, con las bases materialistas del capitalismo contemporáneo y sus estructuras jurídicas» (59). Por otra parte señalan que los criminólogos han de tomar postura, en favor o en contra, de los sujetos rotulados y encarcelados en una sociedad acaudalada, basada en la propiedad, pero no equitativa (60).

Platt ataca el conformismo de los criminólogos en cuanto velan más por sus intereses que por buscar la verdad (61). Quinney ataca igualmente a los que apoyan a los regímenes capitalistas (62), y sigue diciendo que el interés principal de la clase dominante en los países capitalistas es mantener el régimen que se encuentra en el poder, mientras que el control del delito «constituye el medio concreto para la protección de los intereses de la economía capitalista» (63).

Hirst hace una crítica a los criminólogos radicales de la desviación, considerando errónea su postura con relación al marxismo. En todo caso las teorías radicales toman como punto de partida de la desviación las relaciones sociales, rotulación y régimen establecido a cuyo servicio están las leyes; sin embargo, continúa diciendo que «muy rara vez cuestionan su propia posición, sus premisas y sus intereses» (64). En efecto, los críticos radicales se limitan a ir contra la criminología ortodoxa, los regímenes capitalistas e incluso contra el sistema de Derecho penal (65) de esos países, aunque en ningún caso dan soluciones a los problemas nacionales o internacionales de la criminalidad o la solución no es válida, ya que hablan de un cambio social profundo o de una sociedad nueva, lo que en definitiva es no decir nada, pues se trata de una utopía.

(59) TAYLOR, WALTON y YOUNG: *Criminología crítica*, cit., pág. 39.

(60) TAYLOR, WALTON y YOUNG: ob. cit., pág. 49.

(61) PLATT: op. cit., págs. 143-144.

(62) QUINNEY: op. cit., pág. 233.

(63) QUINNEY, op. cit., págs 247 y ss.

(64) HIRST, P. Q.: *Marx y Engels sobre la ley, el delito y la moralidad*, en *Criminología crítica*, cit., pág. 256; véase, TRAVERSO y VERDE, ob. cit., páginas 130 y ss.

(65) QUINNEY escribe en op. cit., pág. 252: «El análisis crítico precedente del derecho penal puede sintetizarse con las afirmaciones que siguen: 1) La sociedad americana está basada en una economía capitalista avanzada; 2) El Estado está organizado para servir los intereses de la clase económica dominante, la clase capitalista del gobierno; 3) la ley penal es un instrumento del Estado y de la clase dominante para conservar y perpetuar el orden social y económico vigente; 4) El control del delito en la sociedad capitalista se cumple mediante diversas instituciones y organismos establecidos y administrados por una élite gubernamental representativa de los intereses de la clase dominante, con el fin de preservar el orden interno; 5) Las contradicciones del capitalismo avanzado —el divorcio entre existencia y esencia— requieren que las clases subordinadas permanezcan oprimidas por cualesquiera medios necesarios, especialmente por la coerción y la violencia del sistema jurídico, y 6) Únicamente con el derrumbre de la sociedad capitalista y la creación de una nueva sociedad, basada en principios socialistas habrá una solución para el problema del crimen».

Dice Hirst que muchos sociólogos radicales acuden a los temas del «joven Marx», y piensan que sus obras se pueden interpretar de cualquier manera, olvidando la época de madurez de aquél en la que hace una dura crítica de los autores burgueses e incluso a los trabajos de su juventud (66).

Tanto Marx como el marxismo tuvieron poco aprecio por el delincuente, ya que no eran elementos productivos ni jugaban un papel decisivo en la lucha de clases. «Los delincuentes y desviados constituían un *lumpen-proletariado* que no desempeñaría ningún papel decisivo en la lucha de clases y que, en realidad, eran susceptibles de ser usados por fuerzas reaccionarias, los marxistas por lo común no se sintieron motivados a desarrollar una teoría sistemática del delito y la desviación. En pocas palabras, no siendo ni proletarios ni burgueses y permaneciendo en la periferia de la lucha política central, los delincuentes y desviados eran, en el mejor de los casos, los mayordomos y mucamas, los alabarderos, actores decorativos quizá, pero (y esto era lo peor) carentes de una misión histórica» (67).

Las teorías de Marx sobre el delincuente, a través de la concepción del *lumpen-proletariado*, en cuanto al desprecio que lleva consigo sobre el delincuente y el desviado, hace ya mucho tiempo que no pueden ser admitidas y todavía mucho menos hoy. Recordemos las directrices correccionalistas, de la Nueva Defensa Social, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos o incluso el contenido de los reglamentos penitenciarios de cualquier país civilizado; también cabe recordar la posición de la escuela sociológica de Chicago, para la que el delincuente no es un sujeto menos valioso que cualquiera de otro estrato social.

Marx ni fue un criminólogo ni se ocupó directamente de la realidad del delito (68), aunque haya en su obra alguna referencia, por lo que cualquier intento de querer fundamentar la criminología crítica en base a sus disquisiciones sobre el delito y el delincuente no

(66) Véase, HIRST: op cit., págs. 257 y ss.

(67) TAYLOR, WALTON y YOUNG: *La nueva criminología*, cit., pág. 14.

(68) Escriben TAYLOR, WALTON y YOUNG: «El análisis de las clases peligrosas es breve y Marx nunca expuso cabalmente su auténtica posición acerca del delito. Nunca estudió en forma sistemática el derecho penal ni la actividad delictiva bajo condiciones de división forzada del trabajo (en el capitalismo), ni dijo cómo sería la sociedad libre de delitos en la que se habría abolido la división del trabajo. Además, y esto es importante para nuestros fines, el examen de la motivación delictiva es extremadamente parcial... En otras palabras, Marx y Engels, en sus escasas referencias empíricas al delito, tendieron a subsumir la cuestión de la humanidad en las cuestiones más generales de la economía política. En la práctica, la acción delictiva se interpreta, de acuerdo con la estructura de la economía política, como un ajuste más o menos falsamente consciente a la sociedad y no como una forma inarticulada de trata de superarla... En la medida en que Marx y Engels, al escribir sobre el delito, cometen el error de suponer que que hay una relación negativa entre condiciones económicas y delito, llegan casi a adoptar una forma de determinismo económico que, no obstante todo lo que se diga, no propugnan en otras partes de su obra», en *La nueva criminología*, cit., págs. 234-235.

dejan de ser una ironía, pues le falta fundamentación científica. Por otra parte, la sociedad que pretenden conseguir los críticos —en la que no se criminalicen las conductas desviadas—, no puede ser tampoco la propugnada por el marxismo, pues también aquí existe el delito, aunque con una realidad distinta de las sociedades capitalistas. Se plantea el tema de la relación libertad-seguridad. Precisamente el delito suele ser más frecuente en los regímenes liberales que en los autoritarios, no porque la libertad no sea buena, sino por el abuso o mal uso que se hace de la misma; por el contrario, en los regímenes autoritarios hay mayor temor a la justicia y al sistema político, a la vez que la delincuencia es mayor entre los funcionarios del sistema, cosa más difícil en los democráticos, por un mayor control social de tales funcionarios (69). Resulta excesivo el papel que los criminólogos críticos dan a Marx y Engels (70).

III

Con la criminología crítica, que todavía se encuentra en sus comienzos, la criminología, que era una ciencia pacífica y apolítica, pierde su pasividad, politizándose. Los nuevos criminólogos atacan por sistema al capitalismo y los regímenes políticos que lo toleran. Sin embargo, estos criminólogos creemos que cometen el error de pensar que prácticamente todo es malo en el capitalismo y casi todo bueno en el marxismo. Consideramos que no se debe politizar la criminología, ciencia independiente, cuya misión es dar a conocer la problemática de la criminalidad, así como las injusticias sociales y legales que la fomentan; ha de descubrir todos los factores concurrentes y proponer soluciones, sin perjuicio de criticar los abusos que condicionan tal criminalidad. Los criminólogos críticos que ponen en tela de juicio a quienes están de parte del capitalismo e integrados en su sistema pueden caer en el mismo error, defender al marxismo, dependiendo también de sus instituciones; no es bueno pensar que ellos son los únicos que se encuentran poseídos de la verdad, ya que ni unos ni otros la tienen, y mucho menos si se empeñan en hacer criminología política.

Consideramos, después de todo lo expuesto, que en la criminología crítica hay cosas aprovechables, tales como que el criminólogo ha de buscar la verdad, ha de tratar los problemas desde su raíz, ha de poner al descubierto el porqué las prisiones están llenas de sujetos pertenecientes a las clases más humildes, cuando resulta difícil que ingrese en las mismas un poderoso; ha de independizarse totalmente del Derecho penal, sin perjuicio de tener en cuenta los tipos penales, aunque

(69) Véase, SERRANO GÓMEZ, A.: *Problemática criminológica del mutamiento político in Spagna*, en *Ressegna Penitenziaria e Criminologica*, fasc. 3/4, julio-diciembre 1981, págs. 343 y ss.

(70) Véase, TRAVERSO y VERDE: ob. cit., págs. 7 y ss., 152 y ss. y 234 y ss.

no ha de limitarse a ellos, pues el campo de la criminología es mucho más extenso que el del Derecho penal; no obstante, colaborará con esta ciencia en materia de política criminal. También tiene interés en cuanto pide el saneamiento de todo tipo de corrupción, en especial de quienes ostentan el poder político o económico, así como en cuanto da preferencia al estudio de la criminalidad en general sobre el delito en particular (71). Sin embargo, sus ataques al capitalismo, en los que son acertados en buena parte de los casos, hay que aceptarlos en cuanto sean objetivos, se limiten a su influencia en el terreno de la criminalidad y se quite su fundo político; por otra parte, los críticos también han de ocuparse de los problemas de las sociedades no capitalistas en donde se reproducen algunas de las situaciones de aquéllas y otras que les son propias.

Los postulados de la criminología crítica ya se vio que no son totalmente nuevos, aunque estén más elaborados y se aporten otros argumentos. Sin embargo, sería Garofalo quien se ocupara de modo más concreto sobre el tema haciendo una crítica. El ideal de la nueva criminología de encontrar una sociedad donde la desviación no se criminalice lo recogía el italiano: «Los socialistas dicen que la mayor parte de los delitos desaparecerían si se consiguiera destruir ciertas instituciones, si fuese posible realizar su ideal.» Sin embargo, vemos cómo aún con estas medidas no desaparecería la criminalidad por completo, y aunque el legislador podría hacer mucho en evitar las tres cuartas partes del delito, que provienen de causas sociales y económicas (72), siempre quedaría una parte de difícil control.

Se ocupa Garofalo de toda la problemática del proletariado y de su postura frente a la explotación del capitalismo. El delito puede ser una reacción contra los opresores, aunque no faltan quienes son incapaces de oponerse a las injusticias, que soportan con la mayor resignación. De la miseria no surge siempre el delito, sino que también se da la mendicidad, pues hay personas incapaces de cometer un delito por muy precaria que llegue a ser su situación. Considera que el proletariado es una condición social igual que las superiores; la falta de capital, que es lo que la caracteriza, no es nada anormal para los que están habituados a ella, por lo que dice que en lugar de proletariado debía de hablarse de malestar económico (73).

Sostiene que siempre existirá el delito, pues junto a las gentes honradas hay otras que no lo son, incluso aunque se llegara a la igualdad en el trabajo y salario. Si se sustituyera el dinero por bonos de trabajo, con los que pudieran comprarse bienes de consumo, y se estableciera también que cada cual pueda consumir en razón de lo que produce, siempre encontraríamos gente que estaría dispuesta a robar aquellos bonos, a robar en los almacenes o a buscar cualquier otro procedimiento para vivir a costa de los demás. Lo anterior dice que

(71) Véase, BERISTAIN: *Cuestiones penales y criminológicas*, cit., pág. 490.

(72) GAROFALO: ob. cit., pág. 237.

(73) GAROFALO: ob. cit., págs. 238 y ss.

llevaría a pensar que la supresión de la miseria no erradicaría la criminalidad (74).

Es consciente de que en todas las clases sociales hay gente que busca el procedimiento de enriquecerse, o vivir mejor, a costa de los demás, de clase superior o inferior, por lo que el delito se da en todos los estratos sociales. El delito existe aún en los pueblos y tribus salvajes, donde la situación socioeconómica es prácticamente igual (75). También es consciente de que las clases más humildes son las más castigadas por la administración de justicia. Por último, recogemos lo siguiente: «Mientras la actividad no honrada pueda ser útil, es decir, mientras proporcione una ganancia, el delito no dejará de existir entre los hombres inmorales, cuya raza se encuentra mezclada entre todas las clases en proporciones casi iguales...; por consiguiente, todos los hechos vienen a dar al traste con la ilusión de los socialistas. Las mayores facilidades en la vida y una mayor holgura en las inferiores no son bastantes para disminuir la suma total de la criminalidad. Muy al revés, con el aumento de los salarios y con la difusión de la instrucción, ha habido en este último medio siglo un aumento en las distintas clases de los delitos más graves» (76).

Aunque la criminalidad es un fenómeno social que no puede erradicarse, sin embargo, disminuiría si hubiera una mayor justicia social, un mejor funcionamiento de la administración de justicia a todos los niveles y se aplicara por igual en todos los estratos sociales; también es necesario que los gobiernos no acepten la corrupción, en la que se encuentran involucrados parte de los funcionarios del sistema. La desigual distribución de la riqueza y renta nacional afecta a la criminalidad. A veces se legisla en beneficio de un sector privilegiado o que ostenta poder político, económico o social (77). Por último, también es una realidad que proporcionalmente las clases más humildes son las que con más frecuencia sufren los efectos de la justicia penal.

Terminamos diciendo que la criminología es simplemente una ciencia que se ocupa del delito y del delincuente como fenómeno individual y social. Que el criminólogo ha de ser por su propia función crítico, y en la medida de lo posible apolítico e independiente, pues a mayor independencia más eficaz será el resultado de sus investigaciones. Cada cual ha de ocuparse especialmente de sacar a la luz los problemas de su área. No hay que olvidar la criminología comparada, pero que nadie, por imposición o intereses particulares, se ocupe de forma especial y a veces tendenciosa, de sacar defectos de otros

(74) GAROFALO: ob. cit., págs. 244-245.

(75) Véase, MALINOSWSKY: ob. cit., págs. 120 y ss.

(76) GAROFALO: ob. cit., págs. 248 y 262.

(77) Que la ley no es igual para todos se desprende de las inmunidades parlamentarias recogidas en los textos constitucionales y otras reflejadas en las leyes procesales. Algunos de los que ostentan parcelas de poder se consideran por encima de la ley, estimando que sus violaciones a la misma están más o menos justificadas, lo que se confirma en la práctica, ya que son delitos que casi siempre quedan impunes.

países o regímenes políticos, lo que es loable, pero siempre que no se desentienda de la problemática de su propio país. Políticamente el criminólogo ha de ser imparcial o estar en la oposición, ya que es la única forma de poder ser liberal e independiente en su función, pese a los riesgos que esto lleva consigo, pues de no ser así no podrá cumplir fielmente con su cometido. Difícilmente un político puede ser liberal e independiente, ya que ha de estar sometido a la disciplina del partido o de sus líderes y no se le permitirá que descubra cualquier tipo de corrupción que proceda de sus correligionarios. Si él se inclina por participar en política, debe dejar su labor como criminólogo, pues se convertirá en un obstáculo para la investigación criminológica imparcial. La política todo lo mancha. En cualquier proceso de corrupción suele haber una cabeza principal y una serie de colaboradores, también sin escrúpulos, que son los meros ejecutores, que buscan beneficiarse, sin preocuparles el delito o la humillación. A veces pretender ser honrado en el seno de un grupo no sólo no es posible, sino peligroso para la estabilidad laboral o profesional e incluso para la propia integridad, el honor, la libertad o la seguridad física, quien pretende defender la legalidad es perseguido y con demasiada frecuencia prevalecen los intereses de los violadores del derecho.

Los criminólogos han de buscar dónde se encuentra la corrupción y la injusticia, así como las conductas no tipificadas o tipificadas de forma incorrecta (78), que ponen en peligro la pacífica convivencia social, mostrándolas al poder constituido y al legislador para que las tenga en cuenta en el terreno de la política criminal y a los ciudadanos para evitar que sean víctimas; todo ello sin olvidar la criminalidad en general, tanto convencional como no convencional. Por otra parte, hay que afrontar y romper las barreras que tradicionalmente vienen poniendo los penalistas europeos, y en particular algunos españoles, al desarrollo e independencia de la criminología, pese a la importancia de esta disciplina (79), que últimamente se ve en la necesidad de tener que ocuparse de las consecuencias que se derivan de la crisis de las ciencias humanas.

(78) Dice BERISTAIN IPIÑA que frente al método de la criminología tradicional que heredó de los penalistas clásicos su formalismo lógico, y el individualismo analítico de los positivistas, la criminología crítica «toma en consideración no sólo las motivaciones de la conducta individual del desviado y del delincuente, sino también, y no menos, las estructuras del poder y de los intereses que crean y mantienen las leyes y las normas que, a su vez, son en gran parte la causa eficiente de la conducta desviada y delictiva», en *Cuestiones penales y criminológicas*, cit., pág. 487.

Por corrupción hay que entender los beneficios económicos obtenidos o concedidos ilegalmente en base al poder que se ostente, así como las concesiones otorgadas por quienes tienen cualquier tipo de poder y que van en perjuicio de terceros o de la propia comunidad.

(79) Véase, BACIGALUPO, E.: *Sobre la dogmática penal y la criminología*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 66, 1982, págs. 7 y ss.

La caución en el proyecto de Código penal

(Una caución en blanco)

Por JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Letrado del Ministerio de Justicia, Magistrado y Profesor Adjunto
de Derecho Penal

Hace ya años que en un trabajo monográfico sobre la pena española de caución —materia muy escasamente estudiada— destacábamos cómo aquélla se había convertido en una «rara avis», poco menos que extinguida (1). Efectivamente, ni las colecciones de sentencias del Tribunal Supremo recogían ejemplos de su aplicación, ni conocíamos, directamente o por simple referencia, un sólo caso en que una caución hubiera sido impuesta. No parece que desde entonces, 1976, el panorama haya variado lo más mínimo. Dejando de lado los cambios y contradicciones sufridos por el concepto de caución, su contenido y aun su naturaleza en nuestro derecho positivo, la pobre normativa del Código penal de 1944, sustancialmente idéntica a la de los Códigos de 1848-50, 1870 y 1932, justifica la generalizada alergia judicial frente a aquella sanción.

Como indicábamos entonces, el Tribunal ha de salvar una verdadera carrera de obstáculos para llegar a una imposición racional de la caución: desde preguntarse por su duración mínima, pasando por sus posibles límites económicos y siguiendo por la debatida cuestión de su individualidad en grados, hasta dar con los criterios de individualización personal, atendiendo no sólo al reo, sino también al fiador, cuyas condiciones y responsabilidades ofrecen numerosas zonas oscuras. Y todo ello —añadíamos— en relación con una sanción sólo prevista en delitos de amenazas y, además, con carácter facultativo. Si tan deficiente normativa constituía de por sí grave escollo a la aplicación de la caución, la innovación que en el Código de 1944 supuso su artículo 67 acabó por arrumbarla definitivamente. Nuestra conclusión era muy clara: en tales circunstancias lo mejor sería pasar la página o trasladar la caución al museo de curiosidades.

(1) *Consideración especial de la caución española*, Anuario, 1976, págs. 505 y ss. Continuación de *La caución penal*, publicado en el Anuario, 1976, páginas 261 y ss.

Llegamos así al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal («Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de Diputados número 108-I, de 17 de enero de 1980), que, pronunciándose por la supervivencia de la caución, se ocupa de ella en dos artículos, el 135 y el 191. El artículo 135, situado en el capítulo I del título VI del libro I, declara que «Son medidas de seguridad: ... 15. Caución de conducta...» (2). Por su parte, según el artículo 191: «En todos los casos de este capítulo se podrá imponer, además de las penas correspondientes, la medida de caución o, en su defecto la prohibición de residir en el lugar en que aquél habite, por tiempo que no podrá exceder de cinco años». El capítulo en cuestión es el capítulo III del título II del libro II, y lleva la rúbrica «De las amenazas».

El artículo 67 del Código vigente se convierte con ligeros retoques en el 90 del Proyecto. A su tenor: «Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrán acordar, en sus sentencias, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de seis años» (3). Su ubicación en la Sección 2.^a del capítulo II del título III, es decir, dentro de las «Reglas especiales para la aplicación de las penas», se mantiene en la línea del Código vigente, lo que resulta criticable desde el momento que el Proyecto contiene todo un título dedicado a las medidas de seguridad y su ya citado artículo 135 enumera entre ellas, como 8.^a, la «prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe». Cierto es que el vocablo «residir» implica una continuidad o permanencia que no tiene el simple «volver», pero en todo caso el nuevo artículo 90 contiene una medida de seguridad que debería ser recolectada y desarrollada en el lugar correspondiente a su naturaleza. El Proyecto —a diferencia de los Códigos anteriores— no contempla ni la pena de destierro ni ninguna otra restrictiva de la libertad de movimientos.

(2) No es muy correcta la redacción de este artículo 135. Al enumerar las medidas de seguridad se comienza empleando el artículo determinado (1.^a el internamiento... 2.^a El internamiento... 3.^a El internamiento... 4.^a El internamiento... 5.^a El internamiento... 6.^a La sumisión...), pero después los artículos desaparecen (7.^a Obligación de residir... 8.^a Prohibición de residir..., etcétera). En nuestra opinión, el uso del artículo determinado debería extenderse a toda la numeración.

(3) La misma duración máxima que tiene la caución en el Código vigente, pues si en su artículo 44 falta todo máximo temporal, éste viene dado en el artículo 30, de acuerdo con el cual la caución durará «el tiempo que determinen los Tribunales, sin que pueda exceder de seis años. En el artículo 191 del Proyecto, el límite de la caución queda, por el contrario, en cinco años.

Comparando la actual normativa sobre la caución con la ahora propuesta, destaca en primer lugar que desaparece sin sucesor el artículo 44 del Código vigente, lo que, de no remediarse, significaría dejar sin contenido la sanción. Por ese camino se llega a una sanción penal totalmente en blanco (si se prescinde del límite temporal máximo de cinco años recogido en el artículo 191). El vacío es de tal entidad que no puede explicarse por la transformación de la caución en medida de seguridad, ya que también éstas requieren un mínimo de determinación. Procede, pues, entender que se trata de un lapsus, que, si bien de entidad poco común, no deja de insertarse en la larga cadena de errores, imprecisiones y contradicciones que el Proyecto ofrece.

Nada hay que objetar en principio a que la caución se incluya entre las medidas de seguridad (4). La doctrina no ha dudado en reconocer que esa es su naturaleza material, y en el aspecto formal la caución se encuentra como medida de seguridad en el Código español de 1928 (art. 129), en la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 (art. 4.º-7.º) y en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 (art. 5-14.º), si bien en los dos últimos textos carazca de referencia expresa, figurando más o menos inserta en la medida de «sumisión a la vigilancia de la autoridad», de la que se dice, in fine, que «podrá ser reemplazada por caución de conducta». Los Reglamentos de ambas leyes, de 3 de mayo de 1935 (arts. 48, 49 y 50) y de 13 de mayo de 1971 (arts. 61 y 62), regulan de diversa forma sus respectivas ejecuciones, con lo que ambas cauciones adquieren contenidos muy dispares. Volviendo a la laguna que sobre el contenido de la caución se observa en el Proyecto de 1980, no queremos pensar que el nuevo Código pretenda seguir ese ejemplo, reservando a la potestad reglamentaria la configuración efectiva de una sanción penal. Aunque el artículo 25 de la Constitución de 1978 sólo recoja de modo expreso la garantía criminal, guardando silencio sobre la penal (tanto en sentido estricto como en relación con las medidas de seguridad) (5),

(4) *La caución*, ya citada, págs. 271 y ss.

(5) En realidad el artículo 25, 1.º de la Constitución no basta para recoger el principio de legalidad referente a las penas, si bien puede llegarse al mismo mediante la exégesis conjunta de varios preceptos. Así, algunos autores, como Cerezo Mir, acuden a los artículos 9, 3.º, 25-1 y 53-1 (Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Tecnos, Madrid, 1981, págs. 165 y 197). Quizá sean Cobo del Rosal y Boix Reig quienes más acertadamente se hayan ocupado de la cuestión. Para éstos, no hay duda de que nuestra Constitución recoge el principio de legalidad. De una parte —escriben—, la reserva de ley existente en esta materia, y de otra, la irretroactividad de la Ley Penal en su aspecto sancionatorio, prescrita en el artículo 25, 1.º, e igualmente establecida en el artículo 9-3.º, confirman lo dicho (Comentario a la Legislación Penal, Tomo I, Derecho Penal y Constitucional, Edersa, Madrid, 1982, pág. 211). Nosotros quisiéramos añadir la referencia del artículo 10, 2 a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales como guía interpretativa para las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución establece. Véanse el artículo 11, 1.º, inciso último, de aquella Declaración, el 7, 1.º, in-

conviene recordar que, a tenor del artículo 130 del propio Proyecto, «nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen *legalmente* establecidas». Si no queremos burlar conjuntamente los más elementales principios penales y el espíritu del precepto, habrá de reservarse a la Ley el concepto, contenido y alcance de la medida, sin dejar a un posible Reglamento otra cosa que el simple desarrollo de la ejecución.

El Derecho comparado nos presenta la caución como medida de seguridad en el Código de Defensa Social cubano de 1936 (artículo 583), en el Código penal peruano de 1924 (Título IV del Libro I) y en el Código penal uruguayo de 1933 (art. 100), entre otros. En México, el artículo 24 de su Código penal de 1931 (texto según el Decreto de 31 de diciembre de 1943) incluye la caución de no ofender en la relación indistinta de penas y medidas de seguridad. El Código boliviano de 1834 (art. 28), el colombiano de 1936 (art. 42), el hondureño de 1906 (art. 24) y el venezolano de 1926 (art. 10) optan por la consideración de pena, quizá debido a la influencia española. El vigente Código penal italiano regula la caución de buena conducta, como medida de seguridad patrimonial, en sus artículos 237 a 239. El Código suizo sigue una nueva vía y prefiere separar la caución tanto de las penas como de las medidas de seguridad, colocándola bajo la rúbrica de «Otras medidas», acompañada por el comiso, el destino o uso a favor del perjudicado, la publicación de la sentencia y la inscripción en el Registro Penal.

En nuestra opinión, la naturaleza jurídico-sustantiva de la caución la aparta de las penas, pero sin que necesariamente haya que ir a la medida de seguridad. Cuando —como nosotros creemos que ocurre con la caución del Código penal español todavía vigente— el parentesco con la sumisión a vigilancia de la autoridad es uno de sus rasgos predominantes (6), y falta toda repercusión económica gravosa para la persona del sancionado, la caución constituye verdadera medida de seguridad. Si, por el contrario, lo que se halla en juego es el patrimonio del reo, cabría preguntarse, con Florián (7), si las sanciones patrimoniales toleran su utilización como medidas de seguridad, o si, más bien, la corrección y la educación del sujeto sólo pueden obtenerse con medidas de carácter personal. A estas dudas parece responder, además del Código suizo, ya citado, el alemán, cuya parte General de 1969, si bien prescinde de la caución, se inclina por una clasificación tripartita de sanciones penales, situando junto a las penas y las medidas de mejora y aseguramiento («Massregeln der Besserung und Sicherung») unas

ciso último, del Convenio Europeo de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, y el artículo 15, 1.º del Pacto Internacional de Derechos Públicos y Civiles de 19 de diciembre de 1966.

(6) *Consideración*, pág. 510.

(7). FLORIAN: *Parte General del Diritto Penale*, Milán, 1934, núm. 758. Para más información véase mi artículo *La caución penal*, ya citado, páginas 271 y ss.

consecuencias accesorias («Nebenfolgen»), entre las que comprende el comiso y la inutilización de cosas.

Como resumen de nuestra postura en este punto diremos que, supuesta la muy discutible decisión de mantener la caución en el nuevo Código, celebramos su inclusión entre las medidas de seguridad. Esa será también su naturaleza sustantiva si se conserva la caución tradicional de los Códigos penales españoles que, girando sobre el «fiador abonado» y no sobre la fortuna del sancionado, arranca del Código de 1822 (art. 28) y, va en la forma de 1850, llega hasta la actualidad sin otra excepción que la representada por el Código de 1928. Incluso si la caución se estructurara haciendo descargarse su peso económico sobre el sancionado (inequívocamente, como en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y en su Reglamento (arts. 8 y 9), o de modo alternativo con el reo, como por vía de prestación de fianzas permitía el Código de 1928) (10), resulta evidente que, al carecer nuestro Proyecto de una tercera opción, la alternativa entre penas y medidas de seguridad aconseja ubicar la caución entre estas últimas.

Una ventaja adicional de la colocación de la caución en el lugar que le corresponde, es su liberación de las reglas de aplicación de las penas, con lo que desaparecen problemas como su división en grados, su sorprendente imposición por desgravación dentro de una escala (al margen de que el Proyecto prescinda del sistema de escalas, vivo aún en el art. 73 del Código vigente), y su posible idoneidad para beneficiarse de la prisión preventiva.

Llegados a este extremo, y aprovechando precisamente la laguna del Proyecto, hay que adoptar un criterio claro respecto al contenido de la caución que queremos. Repetir simplemente el texto del actual artículo 44 sería tanto como asegurar la inaplicación de una normativa no más valiosa que el papel que la soporta. Sabido es que las mismas causas producen idénticos efectos. Si no avanzamos en lo que por fiador abonado haya de entenderse, si el artículo 67 del vigente Código se reproduce en el artículo 100 del Proyecto, y si la caución sólo juega, como hasta ahora, en los delitos de amenazas, cabe imaginar que su futuro será fiel continuación del pasado.

Tal vez el camino a seguir pase por la regulación contenida hoy en los artículos 61 y 62 del Reglamento de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, aprobado por Decreto 1.144/1971. Es de destacar que «la caución podrá ser prestada por cualquier persona de notoria buena conducta, tomándose especialmente en consideración la posibilidad de que el fiador colabore a la regeneración social del peligroso» (art. 61, 2), que «el fiador podrá solicitar en

(8) Artículos 61 y 62 del Reglamento.

(9) El Reglamento de 3 de mayo de 1935, de la Ley de Vagos y Maleantes, parece admitir la fianza (en bienes propios, pero de su artículo 50 pudiera deducirse la necesidad de un tercero como fiador).

(10) Artículo 129.

cualquier momento, la cancelación de la fianza prestada», que «al hacerlo, deberá expresar los motivos que le inducen a ello» y que «el Juez accederá siempre que estime que resulta aconsejable... aceptar otra fianza, si se le ofreciera» (art. 62, 1). Aunque en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, como en la de Vagos y Maleantes, la caución se regula en un segundo plano, orientada únicamente a reemplazar a la sumisión a la vigilancia de la autoridad —lo que pone de relieve su semejante naturaleza—, y esto no ocurre en el Proyecto de 1980, donde se recoge con verdadera independencia en su artículo 135, o se la relaciona con la prohibición de residencia en su artículo 191, es lo cierto que las referencias a la función resocializadora del fiador constituyen un principio aprovechable. La posibilidad expresa de cancelar anticipadamente la fianza representa a su vez un progreso en su incompleta estructura.

Ahí se encuentra el punto de partida para un mínimo despegue. Luego, progresando en esa dirección, deberá admitirse también la cancelación de la fianza no sólo cuando sea sustituida por otra, sino siempre que el fiador acredite el fracaso o inoperancia de su actividad correctora o resocializadora y, como es natural, en caso de su fallecimiento. Todo ello con independencia absoluta de que la falta de caución se traduzca en un destierro (Código vigente), en una prohibición de residir (Proyecto de 1980) o en la sumisión a la vigilancia de la autoridad (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social). Desde otro ángulo, si el gravamen económico —en caso de producirse— no recaerá sobre el sancionado, sino sobre el fiador, y si su finalidad consiste en garantizar hasta cierto punto el interés del fiador en la función tutelar que ha contraído voluntariamente, cabrá prescindir de ese componente patrimonial en determinados supuestos. Lo fundamental es la garantía moral del fiador, en el doble sentido de gozar de ascendiente sobre el sancionado y hallarse dispuesto a utilizarlo en beneficio de éste y, en definitiva, de la sociedad. Entre el fiador acomodado, pero de vida irregular o carente de autoridad sobre el sancionado, y la persona ejemplar, pero de humilde condición, la elección no es dudosa. Al Estado no le interesa el cobro, sino evitar la ejecución de males o delitos.

El horizonte se amplía con el fiador colectivo, una posibilidad rechazada implícitamente en el artículo 61,2 del Reglamento de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social —«persona de notoria buena conducta»— y quizá también en el artículo 44 del vigente Código penal —«fiador abonado»—, si bien en este último texto quepa intentar una exégesis correctora que, de acuerdo con el artículo 3,1 del Título Preliminar del Código civil, tenga en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, así como su espíritu y finalidad.

Ciertamente que los colectivos no tienen en los países democráticos occidentales igual importancia y proyección pública que en

los del área del denominado socialismo real, pero no han de olvidarse ni el inevitable fenómeno de ósmosis entre ambos bloques —incluido el campo jurídico— ni el principio de intervención mínima. Con otras palabras, no debe rechazarse de antemano que determinadas agrupaciones laborales, sociales, culturales y aun deportivas asuman la función del fiador, incluso cuando carezcan de personalidad jurídica. El Derecho penal opera en el plano de las realidades, no en el de las ficciones. Habrá casos en que la influencia del grupo en que se desarrolla una parte importante de la vida del sancionado superará a la de una persona individual. El aprovechamiento racional de esta circunstancia contribuirá eficazmente a facilitar la prestación y el éxito de la caución. Repárese, por otro lado, en que precisamente en relación con dichos colectivos resulta más fácil prescindir del afianzamiento económico. Cualquier avance en esa línea disminuirá correlativamente el número de supuestos en que la directa intervención estatal ha de suplir la falta de fiador.

Los ordenamientos de los países del Este encierran un rico muestrario de usos de la caución, que no se agota en el área estrictamente sancionadora, antes al contrario se conjuga con la suspensión del fallo, la remisión condicional de la pena y la libertad condicional. A tenor del artículo 52 del vigente Código de la República Socialista Rusa, de 2 de octubre de 1960, la caución se emplea incluso como medio de sobreseer el procedimiento, lo que enlaza con el sistema noruego de remisión (11). Aunque nuestro Proyecto no parece haber considerado siquiera este abanico de posibilidades, sí convendría ver en aquellos ordenamientos un ejemplo para no limitar la caución a los delitos de amenazas. Como ni en nuestro Derecho vigente ni en el Proyecto de 1980 se contempla la sustitución de penas por la caución (12), y aquélla es aún más difícil cuando la caución se considera medida de seguridad, pensamos que su revitalización ha de buscarse rompiendo el estrecho marco en que ahora se desenvuelve (dos artículos tanto en el Código vigente como en el Proyecto), y proyectándola hacia toda delincuencia que apunte a una repetición.

Entre los escasos autores partidarios del uso de la caución exclusivamente dentro de las amenazas destaca Groizard. Alaba éste «la parsimonia del Código» (el de 1870), y rechaza el empleo de la caución en las tentativas y delitos frustrados, aun si se cometieran contra personas. A su entender, esta sanción «sólo tiene

(11) *La caución penal*, ya citada, págs. 290-292. Con más extensión se toca este extremo en mi comunicación *Aspectos actuales de la intervención ciudadana en la Justicia Penal*, presentada en las Jornadas de Estudios sobre el poder Judicial organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado en mayo de este año.

(12) El Código de 1850, al igual que el de 1848, preveía esta sanción, además de para las amenazas, como medio de liberar de las penas de arresto mayor y sujeción y vigilancia de la Autoridad a los reos de vagancia, delito éste marginado luego en el Código de 1870.

exacta aplicación y justo enlace con las amenazas, delito especial, especialísimo, si así puede decirse, y que no puede confundirse con otro» (13). Más numerosos son quienes sostienen la opinión contraria. Para Ferrer Sama «es de lamentar que nuestro Código (el de 1944) haya restringido la caución hasta el punto de permitir que se aplique tan sólo en el delito de amenazas», celebrando, por el contrario su extensión en el Código de 1928 (14). Díaz-Palos glosa en parecidos términos el ámbito alcanzado por la caución en el Código de la Dictadura, donde se aplicaba no sólo a los delitos de amenazas, sino también al de provocación y al inductor sin resultado de numerosos delitos (arts. 90, 1.º y 91, 1.º) (15). Quintano Ripollés adelanta nuestra posición, cuando escribe que «sería de desear una mayor amplitud de esta medida a toda especie de delito cuya repetición sea presumible, especialmente a los frustrados o intentados» (16). Añadamos que, a nuestro entender, la ampliación recogida en el Código de 1928 peca de insuficiente, aunque se refiera, además de a las amenazas, a «cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos I, II, III, y Sección primera, Capítulo I al IX, del Libro II de este Código y artículos 517, 519, 521, 525 y 526», es decir, a los delitos contra la seguridad exterior del Estado, delitos contra los Poderes Públicos y contra la Constitución, delitos contra el orden público, delitos de estragos y otros afines cometidos maliciosamente, auxilios o inducciones al suicidio, asesinatos, parricidios y abortos.

Volviendo a la regulación propuesta en el Proyecto, se advierte que su artículo 191 no se corresponde exactamente con el artículo 495 del Código todavía vigente, cosa lógica, tanto por las modificaciones estructurales o sistemáticas que el Proyecto aporta como por la inclusión de la caución entre las medidas de seguridad. En esta línea, mientras el actual artículo 495 se refiere a «todos los casos de los artículos anteriores», el nuevo artículo 191 prefiere hacerlo a «todos los casos de este capítulo», lo que responde al hecho de que el Proyecto lleve las cauciones a un capítulo propio. El cambio de naturaleza formal de la caución se traduce, a su vez, en que la fórmula actual, «se podrá condenar... a dar caución», se transforme en que «se podrá imponer... la medida de caución...», manteniéndose en ambos textos el carácter facultativo.

Más importancia tiene otra consecuencia, la de que, suprimida la pena de destierro y, en todo caso, para evitar que una medida de seguridad acabe siendo sustituida por una pena, ha sido preciso acudir, en defecto de la caución, a la «prohibición de residir en el

(13) GROIZAR: *El Código Penal de 1870*, Burgos, 1872, Tomo II, pág. 249.

(14) FERRER SAMA: *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Murcia, 1947, página 222.

(15) DÍAZ PALOS: *Caución*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo III, 1951, página 779.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS: *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 1966, página 337.

lugar en que aquél habite» (el amenazado), que es la medida recogida como 8.^a en el artículo 135 del Proyecto. Precisamente, la especificación del artículo 191 en el sentido de que la imposición se hace «por tiempo que no podrá exceder de cinco años» viene del propio artículo 135 —«por un tiempo no superior a cinco años»— y, colocada al final del precepto, lejos de resultar superflua, sirve de abrazadera tanto para la caución como para la prohibición de residencia, dando a aquélla un límite temporal del que carece en el número 15 del repetido artículo 135. En cuanto a la sustitución de la conjunción «y», que enlaza las dos sanciones del vigente artículo 44, por la «o», a que acude el Proyecto, puede resultar peligrosa. La subsidiaridad de la segunda sanción en el texto tradicional no admitía dudas, pero ahora, al socaire de la alternatividad gramatical de la «o», cabe pensar que el cambio de conjunción pretende efectivamente unir en relación de alternatividad las dos medidas del nuevo artículo 191.

Creemos, como hemos indicado en otro lugar, que la caución con fiador abonado se aproxima a la sumisión a vigilancia de la autoridad o, si se prefiere dentro del Proyecto, a la asistencia y observación por delegado del Juez de Vigilancia, prevista como 14.^a medida de seguridad en su artículo 135. Su parentesco con la custodia familiar (10.^a del artículo 135) es mayor, si cabe. Las tres son medidas tutelares, reeducativas y correctoras, mientras que la prohibición de residencia constituye medida restrictiva de libertad. Sin embargo, el Proyecto, inspirado posiblemente en los textos anteriores, ha preferido establecer la sustitución atendiendo más a los fines propuestos que a la identidad o similitud de naturaleza.

La selección de medidas en el artículo 191 del Proyecto —único, como se ha dicho, que prevé la imposición de la caución— posiblemente explique las enmiendas de los grupos socialistas (núm. 396) y socialistas de Cataluña (número 135), que proponían para la medida 15.^a del artículo 135 la siguiente redacción: «Caución de conducta o prohibición de volver al lugar en el que se hubiere cometido el delito o en el que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, por un tiempo máximo de cinco años». En opinión de Cerezo Mir —coincidiendo con la nuestra— dichas enmiendas son rechazables, porque tratan de vincular a la caución una medida de naturaleza esencialmente diferente.

Acción, capacidad de acción y dolo eventual

JOAQUIN CUELLO

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

1. Cerezo Mir es el autor que más recientemente se ha planteado la cuestión acerca de si la acción en Derecho penal presenta una estructura unitaria en todas las formas de aparición del delito (1). A esta temática, conocida tradicionalmente como *planteamiento ontológico* (2), pertenece de lleno la doctrina final de la acción. La pregunta entonces es, ¿presenta el concepto de acción penal una estructura final?

(1) JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, 2.ª ed., 1981, págs. (315-339) 334-339; también publicado en «Homenaje a E. Gómez Orbaneja», 1978, págs. 103-129. Intentos recientes en esta misma línea son los de MANFRED MAIWALD, *Abschied von strafrechtlichen Handlungsbegriff?*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (86), 1974, págs. 626-655; RENÉ BLOY, *Finaler und sozialer Handlungsbegriff*, *ZStW* (90), 1978 págs. 609-657; GIORGIO MARINUCCI, *Il reato come «azione»*. *Crítica di un dogma*, 1971 (del que el trabajo de Maiwald constituye una recensión). Otras investigaciones encaminadas a la construcción de una base unitaria para el sistema penal actual son mucho más sofisticadas e introducen elementos nuevos distintos a los discutidos tradicionalmente en torno a la acción; por eso no serán objeto de nuestra consideración: ROLF DIETRICH HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972; GÜNTER JAKOBS, *Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem*, *Festschrift für H. Welzel*, 1974, págs. 307-325; LOTHAR PHILIPPS, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, 1974; HANS JOACHIM BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlagen*, 1979; URS KONRAD KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis von Handlung im Strafrecht*, 1980. La amplia bibliografía sobre el tema, que aquí no pretendemos recoger, se encuentra en las obras generales. No puede omitirse, sin embargo, la alusión expresa a nuestro JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 2.ª ed., 1978, recién reeditado.

(2) Cfr. GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho penal, Parte general I, El hecho punible* (trad. española de G. Romero de la 2.ª ed. alemana, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 1976), 1982, pág. (50-54) 51.

Lo que la doctrina cuestiona en este lugar es la posibilidad de encontrar un concepto de acción que cumpla las siguientes *funciones*: 1. La de elemento básico del sistema comprensivo de acciones y omisiones, conductas dolosas y culposas. 2. Elemento de unión o enlace de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. 3. Elemento limitativo que permita excluir conductas o acontecimientos que carezcan de relevancia en Derecho penal (3).

La acción que, según Cerezo, puede desempeñar esa triple función es la acción final, pues sólo ella es conducta humana (a los efectos del Derecho penal) (4). Arrancando de esta premisa, precisa la funcionalidad del concepto en los siguientes términos: la de elemento base, en cuanto comprende el contenido de voluntad: es valorativamente neutra, al no prejuzgar los siguientes elementos del concepto de delito; y cumple la función de elemento limitativo, en cuanto excluye todo movimiento corporal o actitud pasiva que no responda al concepto de acción (si faltó la capacidad concreta de acción).

Antes de confrontarnos con la brillante tesis de Cerezo, es necesario exponer cómo rechaza sutilmente el planteamiento de Armin Kaufmann, contrario al reconocimiento de funcionalidad alguna al concepto de acción en la teoría del delito.

Según Kaufmann, la acción no cumple la función de elemento básico o unitario del sistema porque podemos prescindir de ella en la definición del delito (5). Podemos definir a éste como la realización del tipo antijurídica y culpablemente. No es, por tanto, necesario el género —la acción— para definir la especie —el delito—. Esto es así, sin embargo, porque sólo una acción puede realizar el tipo. La acción está en el centro del tipo. Kaufmann así lo razona; pero estima que es sólo una consecuencia de la función que desempeña la acción en el tipo, lo que no implica una tarea en orden a la elaboración de un concepto genérico de acción. Contra este planteamiento objeta Cerezo (6): Si la realización del tipo sólo es posible por medio de una acción, y no por un mero movimiento corporal no constitutivo de acción, es indudable que la acción es el primer elemento del concepto de delito y que la acción típica es una especie del género acción.

Para Kaufmann no es necesario un elemento de enlace entre la

(3) CEREZO, *Curso I*, págs. 332-333, siguiendo a KLAUS OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechen* u. f. bau 1973 que a su vez, hace lo propio con ARMIN KAUFMAN, *Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht*, Lección inaugural de Tübingen (mecanografiada), 1962; del mismo, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, Fest. f. Welzel, págs. (393-414) 393-394 (versión española de L. Schiffrin en *Nuevo Pensamiento Penal (NPP)* (4), 1975, págs. 159-181). La formulación de esta triple función que ha de cumplir el concepto de acción en la sistemática del delito procede de WERNER MATHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, páginas 6-9.

(4) CEREZO, *Curso I*, pág. 339.

(5) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 393.

(6) CEREZO, *Curso I*, pág. 335.

tipicidad, antijuricidad y culpabilidad porque cada uno de estos elementos presupone y engloba al anterior (7). Una conducta antijurídica ha de ser típica; siendo la tipicidad, por tanto, un elemento de la antijuricidad. Una conducta culpable ha de ser típica y antijurídica; siendo la tipicidad y la antijuricidad elementos de la culpabilidad. Contraargumento de Cerezo (8): Esto es cierto, pero esa relación lógica, necesaria, se vería perturbada si uno de tales elementos prejuzgara otro posterior; por ejemplo, si la tipicidad prejuzgara la culpabilidad. Por otra parte, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son atributos o predicados de un sustantivo, que no es otro sino la acción —cuyo concepto ha de ser formulado de tal modo que no prejuzgue alguno de los elementos posteriores del concepto de delito.

Finalmente, el concepto de acción no puede cumplir la función de elemento limitativo, según Kaufmann (9), de modo que queden excluidas de antemano, con anterioridad al examen de la tipicidad, las formas de conducta que carezcan de relevancia para el Derecho penal. Esto se advierte en los movimientos reflejos, por ejemplo los del epiléptico cuando sufre un ataque. Si se excluyen estos movimientos del ámbito del Derecho penal, se excluye demasiado; porque el epiléptico se ha dirigido al lugar donde sufrió el ataque que causó unos daños. Con su conducta puede realizar el tipo de daños dolosa o imprudentemente. Si no se excluyen estos movimientos reflejos, porque siempre, salvo en el bebé, van precedidos de un acto voluntario, se esfuma la función del concepto de acción como elemento limitativo.

Este argumento no convence a Cerezo (10): Si los movimientos reflejos que sufre el epiléptico durante su ataque no constituyen acción, no puede realizar *con ellos* un tipo delictivo. Puede realizarlo únicamente con otros movimientos corporales que constituyan una acción, por ejemplo andar.

2. Todo el planteamiento de Cerezo está condicionado por su representación de la acción que luego va a ser objeto de valoración jurídicopenal; y son sus caracteres lo que él quiere definir en el *plano ontológico* (11). Sin embargo, para Armin Kaufmann, la acción objeto de valoración jurídicopenal no se presenta así en la realidad que aquí nos interesa (12); la realidad de la *valoración* y

(7) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 394.

(8) CEREZO, *Curso I*, pág. 335.

(9) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 394.

(10) CEREZO, *Curso I*, pág. 335.

(11) CEREZO, *Curso I*, pág. 326; ya antes, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal. Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel*, ANUARIO DE DERECHO PENAL (ADP), 1959, págs. 561-570.

(12) Este planteamiento está implícito en toda la obra de Armin Kaufmann, basta leer el capítulo IV de su *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (versión española de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik* 1954), 1977; y, expresamente, en *Lehre*

determinación del deber jurídico. La acción es *siempre* acción *debida*, exigida por la norma —mandato o prohibición de llevar a cabo una acción.

Dado el presupuesto de parte, se comprende que Cerezo haga hincapié en ver la acción realmente relevante no en el acto reflejo («si los movimientos reflejos que sufre el epiléptico durante su ataque no constituyen una acción, no puede realizar con ellos el tipo delictivo») sino en algo previo («andar»). Sin embargo, como el mismo Cerezo reconoce para la omisión —no existe obstáculo en hacerlo extensivo a la acción—, «la conciencia del deber en un momento anterior no supone aún la voluntariedad (de la omisión)» o de la acción.

Y, no obstante, el movimiento reflejo (algo parecido ocurre con los impulsos y movimientos automáticos) ha de distinguirse en alguna firma del acto deliberado, voluntario. Así, la Psicología define a aquél en comparación con éste, a éste en comparación con aquél (13). Naturalmente, ambos constituyen «comportamiento humano». Ahora bien, ¿en qué consiste su común denominador «comportamiento humano»? Simplemente en la capacidad de dominarlos. A esto lo llama Armin Kaufmann *capacidad de acción*.

Si nos detenemos en esta temática (actos reflejos, impulsos, movimientos automáticos) es porque un sector de la doctrina los excluye del concepto de acción mientras que otro se esfuerza en integrarlos sin modificar el concepto de acción; y porque, además, tal discrepancia se ha producido incluso dentro del finalismo. En efecto, frente a la tesis de Stratenwerth, según el cual existe una *dirección final inconsciente* allí donde el autor pudo realizar la misma acción de un modo consciente (finalmente dirigida), sostiene Cerezo (14) —siguiendo a Welzel y Krümpelmann— que en

vom personalen Unrecht, pág. 395, a propósito de destacar cómo la discusión en torno a la acción (causalismo-finalismo) constituye una sobre el injusto. Cfr. sobre la «ontología» en el Finalismo, Joaquín Cuello, ADP, 1982, págs. 525-526, de una parte; de otra, reprochando su ambigüedad, JUSTUS KRÜMPELMANN, *Vorsatz und Motivation*, «Strafrecht und Strafrechtsvergleichung» (ed. G. KaKiser y Th. Vogler), 1975, pág. (53-64) 56.

(13) Cfr., por ejemplo, PHILIPP LERSCH, *La estructura de la personalidad* (trad. española de A. Serrate de la 8.ª ed. alemana *Aufbau der Person*, 1962), 3.ª ed. (estudio preliminar de R. Sarró), 1964, pág. (413-445) 416.

(14) HANS WELZEL (*Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pág. 144), KRÜMPELMANN (*Motivation und Handlung im Affekt*, Fests. f. Welzel, págs. 327-341, 335-338) y CEREZO (*Curso I*, pág. 338, nota 88) se esfuerzan por hacer de la *acción real realizada* fundamento ontológico de la responsabilidad penal. KAUFMANN (lugares citados en la nota 12), STRATENWERTH (*Unbewusste Finalität?*, Fests. f. Welzel, pág. 289-305, 299-300) y, a mi entender, GUNTER SCHEWE (*Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, 1972), en cambio, comparan en estos casos la acción real realizada con otra pensada y *consciente en la misma dirección* (cfr. *infra* II). Según Schewe, pág. 67, cuando la reacción refleja ha fallado y se ha producido un grave accidente al pretender esquivar el conductor al pequeño animal que se ha cruzado en la calzada, la maniobra realizada parece absurda. Sin embargo, contemplada al detalle la situación, también aquí ha existido un momento volitivo y no una simple causalidad determinada por el impulso; lo que ocurre es que en un momento

las acciones automatizadas (como desviar el coche cuando se cruza un animal en la carretera, pisar el freno cuando se está sentado al lado del conductor o cuando el coche resbala, etc.) no puede negarse que el autor tenía una representación al menos esquemática e instantánea del fin; estando la automatización al servicio de su realización. Cerezo reconoce que la automatización puede dar lugar a la elección de un medio equivocado; pero ello no impide hablar aquí de finalidad consciente, pues de negarse se suprimiría toda base para adivinar el fin perseguido por el autor (la supuesta finalidad inconsciente).

En efecto, como estima Cerezo, la automatización puede dar lugar a la elección de un medio equivocado. Cuando así ocurra puede concluirse que el autor responderá (parece que Cerezo también lo admite). Pero, ¿por qué responderá? La respuesta no puede ser otra: No por el empleo del medio equivocado, sino por *no haber llevado a cabo la misma acción finalmente*, para la que el autor —en el momento del hecho— estaba capacitado y que habría evitado la producción del resultado.

3. De lo expuesto hasta aquí se derivan argumentos que nos permiten confrontarnos tanto con la aceptación de la funcionalidad del concepto de acción final que propugna Cerezo como con el rechazo de la funcionalidad tal como sostiene Kaufmann.

En cuanto a la *función definidora o básica* del concepto de acción, a menos que se pretenda hacerla coincidir con la tercera función, la delimitativa («si la realización del tipo sólo es posible por medio de una acción u omisión humana, y no por un mero movimiento corporal o actitud pasiva que no constituya acción u omisión...»), lo que no parece ser la intención de Cerezo, no añade nada al concepto de acción que se derive del tipo concreto. Y, desde luego, el *contenido de voluntad* no cumple tal función; pues tal contenido de voluntad puede ser irrelevante o inexistente y pese a ello haber responsabilidad penal.

Lo que decimos se ve muy claramente en la imprudencia. Allí, «la última finalidad de la acción valorada como imprudencia es irrelevante», sin que ello obligue a acudir a un rendimiento exigido que se ponga en relación con el contenido de la acción final ordenada. Como ha puesto de relieve muy gráficamente Kaufmann (15), no se le reprocha al autor el no haber pintado una cala-

posterior no se capta por su insignificancia aparente en la totalidad de lo ocurrido. A ese momento volitivo lo denomina Schewe «regulative Anpassung». Se trata de un «tipo ideal» que permite definir la acción en Derecho penal como «acción dirigida voluntariamente» (*willkürs-gesteuerte Handlung*), en tanto que en Psicología permite explicar la existencia de «comportamientos voluntarios» no constitutivos de acción. La acción, por tanto, supone capacidad de dirigir voluntariamente los acontecimientos, sin más (pág. 63-77, 146).

(15) ARMIN KAUFMANN, *Des fahrlässige Delikt*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (ZRV), 1961, pág. (41-55) 46 (trad. española *El delito culposo*, NPP, 1976, págs. 467-486, de M. Moreno). El comportamiento conforme a deber de quien manipule con veneno no consiste en la obligación de pintar una cala-

vera en el frasco de veneno sino haber utilizado el frasco sin precaución. Esa es la *acción final no realizada* que se le reprocha al autor en la imprudencia. La función definidora atribuida por Cerezo al concepto de acción se ve así vaciada de contenido.

Por lo que se refiere a la *función de enlace* entre los restantes elementos del concepto de delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, parece claro que tal función —en todo caso— podría exigirse de la acción «esperada», ordenada por el Derecho y que no coincide con la acción realizada de que parte Cerezo. La acción realizada a la cual Cerezo le atribuye tal función de enlace nunca puede cumplirla, porque dicha acción sólo es *objeto de valoración* en diversos planos —los correspondientes a la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad respectivamente.

De la importancia de la acción valorada como típica, antijurídica y reprochable para la culpabilidad nadie duda después de imponerse la teoría de la culpabilidad. La acción, con sus correspondientes predicados que la hacen penalmente relevante, es el *objeto* de la valoración en que consiste la reprochabilidad (valoración del objeto «voluntad de acción» en sí misma) (16). A los efectos que aquí nos interesan, sin embargo, la acción no cumple función de enlace alguna en la teoría del delito. En la medida en que Cerezo atribuye a la acción una función de enlace («relación lógica necesaria» que «se «vería perturbada si uno de estos elementos prejuzgara otro posterior»), está invirtiendo los términos en que tan correctamente planteó Binding (y después fueron completados por el Finalismo) el problema de la concreción de la *norma en deber*. En este sentido, la norma sólo se concreta en deber cuando su destinatario (en principio cualquiera) estuvo en condiciones de conocer su deber, la situación en la cual surgió el deber y su propia capacidad de acción. El «*prius*» lógico, por tanto, estará en la capacidad de culpabilidad, que exige entre otros presupuestos la capacidad de acción; pero no al revés (17).

Especialmente significativa, por último, es la tercera *función —de enlace—* del concepto de acción. Aquí se comprueba con toda

vera en el recipiente que lo contiene. Si fuese así, efectivamente el resultado (no haberla pintado) —evitable— sería el atribuido al autor como causante de la muerte. En realidad, de quien manipula venenos lo que se espera es que lo haga cuidadosamente (desvalor-acción), es decir, mediante acciones finales conscientes; con independencia de que fortuitamente (riesgo permitido) se produzcan o no resultados de muerte por su causa.

(16) Cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pág. 140.

(17) «Puesto que mediante la voluntad el autor pudo dirigir su comportamiento conforme a la norma, es aquella *objeto primario* del reproche de culpabilidad y sólo a través de ella también la totalidad de la acción» WELZEL, *Strafrecht*, pág. 139. O más claramente «Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por tanto, aquellos momentos exigidos para que el autor capaz de culpabilidad en relación con el *hecho concreto* pudiese haberse formado una voluntad de acción *conforme a la norma* en lugar de la *antijurídica*» *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, pág. 58 (existe traducción parcial anotada de J. CERESO, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964).

claridad cómo el rechazo por parte de Cerezo de la tesis antifuncional de Kaufmann se basa en la relevancia que el primer autor concede a la acción como *acción real, realizada*, distinta a la *acción exigida* (en este sentido puede hablarse de distintas variantes del *planteamiento ontológico* dentro del Finalismo). La tesis de Cerezo de que únicamente es relevante la acción anterior, previa al ataque epiléptico, al objeto de atribuir al autor el resultado producido después, no puede convencer. Dicha acción, en el supuesto que nos ocupa, es penalmente irrelevante, como el propio Cerezo reconoce (18).

La norma prohibitiva se concreta en deber en un momento posterior; momento que coincide con el ataque epiléptico (o después de que el guardagujas se haya dormido: omisión). Lo relevante aquí es la *capacidad de acción* acuñada por Armin Kaufmann, es decir: el autor, si no se hubiese dormido o no se hubiese dirigido al lugar donde se produjo el ataque epiléptico, habría evitado el resultado que su acción —irrelevante en sí misma— produjo; o la acción no realizada que lo habría evitado y que Stratenwerth compara con la productora del resultado (19).

Como se ve, lo relevante es una acción que el autor no llevó a cabo, pudiendo hacerlo: la capacidad de acción conforme a deber de Kaufmann. Cerezo lo reconoce así, correctamente, en la omisión («no acción con posibilidad concreta de acción; es decir, no realización de una acción finalista que el autor había podido realizar en la situación concreta») (20). Pero yerra en la acción, al aferrarse a la premisa ontológica de que *acción* ha de serlo la *acción realizada*.

II

1. *Capacidad de acción* en Derecho penal significa siempre *capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa*; es decir, aquella que lesiona el bien jurídico y es, por tanto, objeto de la norma de prohibición (en lo sucesivo circunscribiremos nuestra exposición al delito de acción). En suma, el autor del delito doloso lleva a cabo la *acción pensada* por la norma de prohibición que lesiona el delito doloso.

(18) CEREZO, *Curso I*, pág. 319, nota 12.

(19) STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 58 («La circunstancia de que la finalidad cumpla un doble papel en los delitos culposos de acción, por un lado —como finalidad «potencial»— en la valoración jurídica, es decir, en la formulación de las exigencias de comportamiento que rigen con respecto a la situación concreta, y por otro —como finalidad real— como objeto de la valoración, o sea, de la acción realmente llevada a cabo, ha dado lugar a múltiples confusiones. Sin embargo, una clara conciencia de este doble rol será suficiente para esclarecer de una vez por todas el hecho de que tanto el delito culposo como el doloso se apoyan sobre el substrato de la voluntad real de acción del autor»).

(20) CEREZO, *Curso I*, pág. 339.

Presupuesto de realización de tal acción, previamente pensada por el Derecho, es la capacidad del autor de crear *esa* acción en la realidad. «El deber exige no abofetear al señor Müller aún *cuando se pueda* hacerlo» (21). Tal capacidad de acción la tiene sin duda el autor de la tentativa (también de la imposible), pues él «*puede* tomar la decisión de realizar la acción prohibida» —único requisito para que surja su «deber de omitir la realización de este acto concreto».

Entendida la capacidad de acción como «capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa» —lo que hace de la acción final elemento común a todas las formas de aparición del delito (*planteamiento ontológico*)—, serán los elementos constitutivos del dolo los que habremos de utilizar como criterios diferenciales del hecho punible. Aquí nos limitaremos a hacer un par de consideraciones sobre aquellas formas del hecho punible que están más estrechamente relacionadas con el tema que nos ocupa en la segunda parte de la investigación —el ámbito del delito doloso, al objeto de encontrar un criterio diferencial entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

2. Al identificar la «capacidad de acción» con la «capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa» estamos facilitando así la solución del dolo eventual en cuanto éste no aparecerá como ampliación de la intencionalidad (previsión de consecuencias secundarias o circunstancias concomitantes) sino, desde el principio, como *realización de una acción con posibilidad concreta de resultado*: lo que parece comprender los supuestos que hasta ahora se quieren incluir dentro del delito doloso mediante la «construcción» *dolo eventual*. Lógicamente ello no excluye la necesidad de comprobar, conforme a ese criterio, el límite entre el dolo y la imprudencia consciente.

Antes de pasar a esta cuestión, permítasenos apuntar, en un plano prejurídico, el «verdadero» problema a que responde la construcción «dolo eventual»: La capacidad de acción o capacidad de llevar a cabo una conducta dolosa *no la tiene* quien duda sobre tal posibilidad y *no puede deshacer tal duda*. La duda a la que nos estamos refiriendo no la tiene quien cuenta con la posibilidad de producir el resultado y —en orden a conseguir su meta— actúa (aunque tal posibilidad sea mínima). Ahora bien, el autor que duda no tiene capacidad para realizar los dos *extremos* de su duda: quien sabe que va a matar a «B» o a «C» pero no a ambos no puede querer matar a «B» y a «C» (el llamado, incorrectamente, *dolo alternativo*) (22).

3. La capacidad de acción en el delito imprudente de acción

(21) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 186.

(22) STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 108, ha llamado la atención sobre este subgrupo del dolo eventual, retomando una tradición que se remonta a Feuerbach y von Hippel (cfr. *infra* V 3).

consiste en la producción del resultado lesivo del bien jurídico mediante una acción —en sí indiferente— por quien *pudo producir tal resultado lesivo a través de una acción dolosa en el mismo sentido* (23). Al disponer de tal capacidad de acción, *debió* omitir actuar; lo que no hizo —momento omisivo de la imprudencia— pese a que *pudo* (24). De ahí que sea evitable el error de prohibición inherente a toda conducta imprudente.

La diferencia entre la imprudencia *consciente* y la imprudencia *inconsciente*, por tanto, reside únicamente en la representación (actual) de la acción lesiva del bien jurídico en la primera, y ausente en la segunda; lo que, en cualquier caso, es irrelevante para la penalidad. Lo relevante y común a ambas es la capacidad de conocer la acción dolosa (no realizada) lesiva del bien jurídico en el mismo sentido que la *causante* de su lesión (realizada pero *irrelevante* jurídicamente). Esa capacidad, existente en ambos casos, es actual en la imprudencia consciente y potencial en la inconsciente (25).

El llamado *dolo eventual*, por su parte, es una construcción jurídica que únicamente designa el margen que media entre el dolo directo o «intencionalidad» (sólo relevante cuando el tipo de injusto contiene algún elemento de necesaria concurrencia que caracterice la conducta del autor mediante circunstancias subjetivas situadas más allá o más acá de la mera producción del resultado: fundamentalmente metas y motivos) y la mera voluntad de producción del resultado sin más aditamentos que procedan de la ley. La «voluntad de producción del resultado», en cambio, no

(23) Ello no quiere decir que el delito doloso y el imprudente lesionen la misma norma. Cfr. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, págs. 146-161 y 298-303 (criticando a Binding y Engisch). Excéptico frente a tal dicotomía normativa, EBERHARD STRUENSEE, *Die Struktur der fahrlässigensdelikte*, *Juristenzeitung* (JZ) 1977, pág. (217-222) 220, nota 46. En cualquier caso, no se trata aquí de describir la acción que dolosamente lesiona el bien jurídico y la que lo hace porque su autor no pone el cuidado debido. Se trata, mejor, de cómo describir la acción que se debió omitir en la imprudencia; y esa acción —en sí indiferente— sólo puede ser descrita en Derecho penal por relación con la acción que dolosamente lesiona el bien jurídico en cuya evitación y sustitución por una conducta final consiste el desvalor-acción del delito imprudente. En conclusión, el modo de describir cualquier acción u omisión penalmente relevante es mediante acciones finales.

(24) La capacidad de acción es una concreta que no puede ser otra sino la que previamente ha sido desvalorada por el Derecho como lesiva del bien jurídico; extraída de la realidad prejurídica, pero convertida en mandato de omitir o exigencia de actuar a partir de ese momento. Sobre el momento omisivo de la imprudencia, que debe ser completado en el sentido aquí expuesto, cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959 pág. 167; sobre la conexión imprudencia-error de prohibición, KAUFMANN, *Fahrlässige Delikt*, pág. 52; ECKHARD HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, 1969, págs. 13-16. Cfr. también la nota anterior.

(25) Cfr. recientemente MICHAEL KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982, págs. 259-267, 385-414.

contiene elemento alguno que se añade a la acción dolosa realizada capaz de producir el resultado. Constatada la realización de tal acción (*desvalor-acción*), la acción dolosa valorada por el ordenamiento jurídico como susceptible de producir el resultado que lesiona el bien jurídico, se ha realizado la totalidad del injusto del delito doloso (26). La producción o no del resultado, entonces, es una condición objetiva de punibilidad.

III

Los numerosos supuestos de hecho que, extraídos de la jurisprudencia o ideados por la doctrina científica para explicar la «construcción» dolo eventual, es decir, para deducir una responsabilidad criminal a título de dolo, pueden reunirse en tres grandes grupos (27).

(26) DIETHART, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973, pág. 191 («También en los delitos de imprudencia inconsciente consiste el injusto en una acción antijurídica (final) que como acción —y sólo como acción— es contraria a deber»), describe muy claramente la acción final (dolosa) que está en la base de todo injusto penal (también en la imprudencia inconsciente) (cfr. STRUENSEE, *Fahrlässigen Unterlassungsdelikte*, pág. 221, nota 54); en cambio, por lo que se refiere a la imprudencia consciente y al delito doloso, debido a la ambigüedad característica del Finalismo respecto al concepto ontológico de acción y su inclinación a identificarla con la realizada, se ve en dificultades que le lleva incluso a renunciar a la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente. Expresamente caracteriza Zielinski el resultado en el delito doloso de la siguiente forma: «¡Quien con sus propios ojos ve cómo pone en marcha una cadena causal no se verá libre de responsabilidad por la puesta en marcha de esta cadena causal por el simple hecho de que, al tiempo, se esforzó por evitar las consecuencias de la cadena causal! Y este deber responder está ya sustancialmente justificado, pues antes y después es el autor quien tiene por completo en sus manos el poder evitar las consecuencias: bastará con que omita la dirección final (Zielfinalität)» (pág. 166). Esto es cierto, sólo que caracteriza perfectamente a la imprudencia consciente, pues la omisión de la «Zielfinalität» no es ni más ni menos que la inversión de la acción final lesiva del bien jurídico dolosamente productora del resultado en otra que, incluso, aunque puede producir el resultado, ya no es contraria a deber o en un simple no actuar; pues lo importante, en ambos casos, es que la acción realmente realizada merece desaprobación penal en cuanto coincide con la que el autor habría realizado dolosamente *de haber querido producir* el resultado. Si no fuese posible tal ponderación el autor no respondería por el delito imprudente, al carecer de capacidad de acción: capacidad de acción del autor que lesiona imprudentemente el bien jurídico sólo existe cuando ese mismo autor pudo lesionarlo dolosamente (mediante una acción final en el mismo sentido). De no ser consecuentes con esta exigencia estaría de más el requisito, hoy unánimemente compartido, de la «causalidad entre la infracción del deber de cuidado y el resultado» como elemento distinto al de la simple producción del resultado (condición objetiva de punibilidad) (cfr. WELZEL, *Strafrecht*, pág. 136; en general, sobre esta problemática, KLAUS ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, 1965).

(27) Sin ánimo de ser exhaustivos, valga la siguiente bibliografía sobre el dolo eventual, en el buen entendimiento de que —al abarcar un amplio

1. Un primer grupo de casos está formado por aquellos donde el autor al realizar una acción, finalmente dirigida pero irrelevante a los efectos de la punición, produce un resultado desvalorado jurídicamente que aquél previó como posible consecuencia unida a su hacer. A este grupo pertenecen los ejemplos de la doctrina clásica; como el *caso-Lacmann*, de la señorita del puesto de tiro al blanco (el autor quiere sacar con su disparo la esfera de vidrio que aquélla tiene en sus manos); el *caso-Löffler*, de los mendigos rusos que mutilaban a niños para utilizarlos de cara a sus fines mendicantes; y el *caso-Welzel*, del criado resentido que penetra en el granero de su amo con un cigarro encendido (28).

En todos estos casos la característica fundamental común es que, sin duda, el autor no ha querido (intencionalidad) (29) producir el resultado ocasionado (lesión de la señorita, muerte de algunos niños e incendio del granero). La construcción según la cual los autores que han elaborado estos ejemplos y la doctrina poste-

período de tiempo— la discusión evoluciona con la misma evolución de la dogmática del delito doloso: KARL ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1939, págs. 85-238 (con tratamiento exhaustivo de la literatura anterior); HORST SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, Fest. f. W. Sauer, 1949, págs. 207-248; ARMIN KAUFMANN, *Des dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze*, ZStW (70), 1958, págs. 64-86 (trad. española de R. F. Suárez, *El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo*, ADP, 1960, págs. 185-206); STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, ZStW (71), 1959, págs. 51-71; H. H. JESCHECK, *Aufbau und Stellung des bedingten Vortatzes in Verbrechenbegriff*, Fest. f. E. Wolf, 1962, págs. 473-488; CLAUD ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, Juristische Schulung (JuS), 1964, págs. 53-61 (también en «Strafrechtliche Grundlagenprobleme», 1973, págs. 209-235); JÜRGEN AMBROSIOUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, 1966; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *¿Cuándo se «conoce» la existencia de una víctima en la omisión del deber de socorro del último párrafo del artículo 489 bis CP?*, Revista de Derecho de la circulación, 1969, págs. 1-23 (también publicado en «Estudios de Derecho penal», 1976, págs. 123-151); GUNTHER JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, págs. 104-119; PHILIPPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, ZStW (85), 1973, págs. 27-44; ERNST AMADEUS WOLFF, *Die Grenzen des dolus eventualis und der willentliche Verletzung*, Fest. f. W. Gallas, 1973, pág. 197-226; FRITJOF HART, *Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs*, ZStW (88), 1976, págs. 365-392 ALF ROSS, *Über den Vorsatz; Studien zur dänischen, englischen, deutschen und schwedischen Lehre und Rechtsprechung*, 1979; EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat («dolus eventualis» und bewusste Fahrlässigkeit)*, JuS, 1980, págs. 241-252; KÖHLER, *Bewusste Fahrlässigkeit*, páginas 296-309.

(28) Los casos «Lacmann» y «Löffler» están pedagógicamente expuestos en EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho penal, tomo II* (trad. y notas de J. A. Rodríguez Muñoz puesta al día —3.ª ed.—, por A. Quintano Ripollés de la segunda edición alemana del *Lehrbuch*, 1933), págs. 176-177. El caso «Welzel» está tratado por el propio Welzel en la 5.ª ed. de su *Strafrecht*, pág. 57 y por KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 197.

(29) Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Strafrecht*, 11 ed., pág. 69, para el caso «Lacmann».

rior permite atribuir esos resultados a sus autores se resume en estos términos: en la medida en que han contado con su probabilidad estadística de producción (elemento común a las teorías del «asentamiento» y de la «probabilidad»), puede hablarse de una *decisión por el injusto* suficiente para estimar el dolo (30).

Por tanto, para nuestro concepto de acción como «acción con posibilidad concreta de producción del resultado» parece que esta solución doctrinal es dogmáticamente irreprochable. Sin embargo, falta por constatar si la *acción realmente llevada a cabo* por el autor soporta la *equiparación* con la acción pensada por la norma de prohibición y que sustenta el desvalor-acción de la conducta del autor. La cuestión entonces es, ¿cómo se determina el límite más allá del cual el resultado producido no conecta con la acción pensada por la norma y realizada por el autor, y sí sólo con lo que el autor pudo realizar para lesionar el bien jurídico (imprudencia consciente)?

2. Un segundo grupo de casos tratados como «dolo eventual», de estructura aparentemente igual a los anteriores (31) pero esencialmente distintos, son aquellos donde el autor realiza la conducta productora del resultado desvalorado de una forma que a nadie haría dudar de que ese resultado fue la finalidad de la acción. Precisamente porque la misma acción aparece directamente conectada con el resultado producido la coartada del autor —apelando a lo más íntimo de su subjetividad— consiste en sostener que, pese a ser consciente de la posible producción del resultado desvalorado, él confió en detenerse en alguna fase previa (32).

Típico ejemplo de esta constelación de supuestos es el *caso del cinturón* de la jurisprudencia alemana (los autores, pese a que habían desechado la solución del cinturón al cuello de la víctima para hacerle perder el conocimiento por los peligros de producirle la muerte, acuden a ese sistema cuando les falla el menos peligroso que habían elegido) (33).

Este grupo de casos es el que más problemas crea en la juris-

(30) WELZEL, *Strafrecht*, pág. 68, apoyándose en HELMUTH MAYER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1953 («El comienzo del 'contar con' debe ser ya supuesto si el autor concede a la producción del resultado 'más de la simple posibilidad y menos de la segura probabilidad'»). Cfr. también JAKOBS, *Studien*, págs. 115-116.

(31) El ejemplo aparece colocado indiferenciadamente junto a los tradicionales en los tratadistas actuales; así, por ejemplo, en STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 109, se estudia el «caso-Lacmann» junto con el que ahora nos ocupa.

(32) Este supuesto no debe ser confundido con el propuesto por KAUFMANN del jardinero que guía su azada con cuidado para que, al quitar la hierba, no resulten deteriorados los tallos de las flores (*Dolo eventual*, pág. 196), del que después nos ocuparemos. Aquí, el autor en realidad no hace nada por evitar la producción del resultado.

(33) Recogido detalladamente en ROXIN, *Grundlagenprobleme*, págs. 209-210.

prudencia (34) porque las posibilidades de estimar imprudencia resultan más difíciles que en el grupo anterior. En efecto, allí el «telos» de la acción permite descartar que la voluntad se dirija a la producción del resultado desvalorado; mientras que aquí sólo puede aducirse la «buena fe» del autor, que sólo tiene en su favor su propia interioridad y la futilidad de los motivos que le llevaron a ocasionar un resultado tan grave.

En realidad, la dificultad para excluir estos supuestos de la calificación «dolo eventual», es decir, responsabilidad a título de delito doloso, reside en que aquí el acento no recae sobre el resultado producido sino sobre la *acción realizada* como capaz de producir el resultado desvalorado y, por tanto, *ella misma acción desvalorada*. La cuestión, entonces, es exactamente la inversa a la que planteaba el grupo de casos anterior. ¿Existe alguna posibilidad de excluir del ámbito del delito doloso aquellos supuestos donde el autor ha realizado la acción desvalorada como capaz de producir el desvalor-resultado —lo que sabe sin hacer nada por evitarlo (aunque lo desee)?

Si nuestra respuesta a esta pregunta deviene lógicamente negativa, habremos encontrado una solución segura al problema del dolo eventual y, además, lo que es más importante, dispondremos de un criterio objetivo de delimitación entre el delito doloso y el delito imprudente que habrá de residir —necesariamente— en la acción, no en la simple producción del resultado

3. Un tercer grupo de casos está constituido por aquellos donde lo que se cuestiona es el conocimiento de circunstancias que, en principio, son ajenas a lo que el autor tiene en sus manos realizar (35). Típicos ejemplos dentro de este grupo son el conocimiento de la edad de la víctima en los delitos contra la libertad sexual o la ajenidad de la cosa en los delitos contra el patrimonio (el autor duda si la pieza de caza que va a cobrar se encuentra a este o al otro lado del coto).

La mayor dificultad que presenta el grupo, sin duda derivada de la técnica empleada por el legislador a falta de otra mejor, es la de aplicar la fórmula antes enunciada sobre la actuación en caso de duda. En contra del parecer de Mezger (36) y Armin Kaufmann (37), no podemos resignarnos a ver aquí un resto de «dolo malo». No basta, para estimar el dolo, como sostiene Welzel (38), contar con la posibilidad de que la víctima sea menor de edad; ni siquiera exigiendo la seriedad de la duda en los términos formula-

(34) Cfr. el ejemplo jurisprudencial de CEREZO, *Curso I*, págs. 443-444.

(35) MEZGER, *Tratado II*, pág. 175; *Strafrecht*, pág. 69; KAUFMANN, *Dolo eventual*, págs. 199-200. Sobre este grupo cfr. CEREZO, *Curso I*, págs. 442-443, nota 122.

(36) MEZGER, *Tratado II*, pág. 175.

(37) KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 200.

(38) WELZEL, *Strafrecht*, 6.^a ed. Con posterioridad parece haber abandonado tal planteamiento.

dos por Engisch (39). Y ello porque en tales casos el contenido de voluntad del autor nunca puede concretarse en conducta comprobada por el Derecho.

El estupro, por ejemplo, remite a una conducta que en sí misma no es merecedora de punición, ni siquiera en lo que contiene de engaño en orden al yacimiento. Lo que hace delito muy grave a tal conducta —en otro caso la edad de la víctima no tendría la relevancia que tiene— es la edad de la víctima precisamente (40). Por tanto, no basta realizar la acción del yacimiento; ni el engaño más la duda acerca de la edad de la víctima. Más bien ocurre al revés, que el conocimiento de la edad de la víctima colorea —desvalorándolo penalmente— el yacimiento y el engaño.

El notorio esfuerzo realizado por Schmidhäuser (41) y Platzgummer (42) en orden a sustanciar el elemento intelectual del dolo en circunstancias tales como el desarrollo fisiológico y psíquico de la víctima ilustra bien lo que queremos decir —sin que de estas aportaciones se deduzca una ampliación del dolo—: los casos más relevantes de duda acerca de la edad de la víctima, lógicamente, serán precisamente aquellos donde está a punto de alcanzarse la edad límite para la punición de estas conductas; por tanto, aquellos donde resulta más desaconejado hacer soportar al autor la duda sobre la ilicitud del acto (43).

(39) ENGISCH, *Untersuchungen*, pág. 220; del mismo, *Anmerkung zu BGHStr. 7 s. 363ff.*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, pág. 1688.

(40) Es la edad de la víctima la que determina la punición de estas conductas, en cuanto que se entiende que comportamientos sexuales tan normales en el adulto como el yacimiento o la masturbación representan un serio peligro para la madurez sexual del menor. Sobre esta concepción «individualista» del Derecho penal sexual y su opuesta, cfr., entre nosotros, JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo. Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual*, 1981, págs. 227-241.

(41) SCHMIDHÄUSER, *Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins*, Fest. f. H. Mayer, 1966, págs. 317-338.

(42) WINFRIED PLATZGUMMER, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, 1964, páginas 86-87. Críticamente también KÖHLER, *Vorsatzbegriff und Bewusstseinsform des Vorsatzes. Zur Kritik der Lehre vom «sachgedanklichen Mitbewusstseins»*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1981, págs. (285-300) 288-295.

(43) Muy interesante y esclarecedora resulta la situación en el Derecho penal danés y la jurisprudencia de aquel país de que refiere ALF ROSS, *Vorsatz*, págs. 44-46. En el Código penal danés, el § 226 prevé la posibilidad de sancionar por imprudencia en los casos donde el autor no conoció la edad de la víctima de un delito sexual y no puede serle atribuido el hecho a título de dolo (de aquí deduce Ross que el Derecho penal danés admite el dolo eventual en estos casos). Sin embargo, la jurisprudencia, en casos en los que cabría aplicar la construcción «dolo eventual» fácilmente, no lo hace (lo que según Ross confirma su tesis de que el Derecho penal danés no reconoce esta figura del dolo eventual). Entre las sentencias comentadas está ésta: «A» yace con «B» quince días antes de cumplir los quince años (supongo que ésta es la edad límite en la figura delictiva pertinente) y anteriormente con «C», de trece años y diez meses de edad. «B» es la hija de sus vecinos, a los que conoce desde hace tiempo; por eso sabía una serie de datos importantes, como que «B» todavía iba al colegio, etc. «A», en

La alternativa dogmática y políticocriminal más adecuada no será la de extender a estos supuestos la responsabilidad por el delito doloso. Por el contrario, exigir en estos casos el conocimiento seguro de la edad de la víctima —por lo que tiene de elemento rector del tipo de injusto— ofrece la posibilidad de no tener que cargar con un resto de «dolus malus» ni renunciar a la delimitación dolo eventual —culpa consciente (44).

Ni el sustrato ético, en su doble vertiente —moralizante y protector de la moralidad—, del Derecho penal se resiente por ello ni se administrativiza —en contra del temor de Stratenwerth (45).

A los efectos que aquí nos interesan, la exigencia del dolo directo en estos casos hace superfluas posteriores consideraciones sobre esta temática.

En *conclusión*, los casos de circunstancias dadas no susceptibles de configuración final por parte del autor exigen el conocimiento de las mismas por su parte en el momento de actuar. Conocido este elemento rector del tipo, el dolo eventual, es decir, la configuración personal-final del autor podrá recaer sobre cualquier otro elemento del tipo; por ejemplo, el prevalimiento de la superioridad o el engaño (46) —si el autor duda sobre si su oferta de matrimonio ha sido tomada en serio o no por la víctima.

IV

1. Un capítulo fundamental de la Filosofía anglosajona está constituido por el *análisis de la acción*. Esta tradición, que comienza a dar sus frutos en las Ciencias sociales y se ha visto re-

cambio, ignoraba la edad exacta de las víctimas. «C», por su parte, era una amiga de «B» a la que había visto un par de veces con motivo de sus visitas a casa de los padres de «B», y daba la impresión de ser claramente más joven que «B». En el proceso no se constata que «A» conociera las edades de las víctimas y todo hace suponer que, por haber tenido motivos suficientes para llevar a la conclusión de que al menos «C» no tenía quince años, no habría renunciado a su acción de haberlo sabido con certeza (recuérdese la fórmula del dolo eventual). El Tribunal Supremo del Este, sin embargo, condena por el delito imprudente del § 226. Dejando aparte la punición imprudente de estos delitos, que es técnicamente incorrecta y políticocriminalmente desaconsejado (cfr., no obstante, entre nosotros, JAVIER BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, 1979, págs. 312, 314, en favor de la punición por imprudencia en los casos de desconocimiento de la edad de la víctima), los ejemplos de Ross ponen de relieve que los casos más importantes son aquellos en que está a punto de alcanzarse la edad más allá de la cual la conducta del autor es atípica; por eso, las decisiones de los tribunales daneses son irreprochables.

(44) Así lo hace ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, págs. 162-168, siguiendo a ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, Fest. f. E. Kohlrausch, 1944, pág. (141-179) 155.

(45) STRATENWERTH, *Parte general I*, pág. 112.

(46) El autor que ha engañado o ha querido prevalerse de su superioridad (conductas siempre intencionadas), duda de que efectivamente el asentimiento de la víctima se haya producido de resultas (relación causal) de su maquinación.

talizada con una serie de aportaciones recientes y su recepción en el Continente, apunta a constituirse en meta-teoría de las disciplinas que se ocupan del acontecer humano (47). Su influencia sobre la Ciencia del Derecho, del Derecho penal en concreto, puede ser grande. Tal aportación, sin duda, encontrará el terreno abonado por la Dogmática penal de los últimos cincuenta años. Sin embargo, es curioso destacar que tal enlace se produce cuando la discusión entre penalistas en torno a la acción comienza a languidecer.

2. En la literatura filosófica inglesa, que no duda en ejemplificar muy frecuentemente sus postulados con supuestos de carácter penal, no aparece para nada construcción alguna que tenga cierta similitud siquiera lejana con el *do!o eventual* de los penalistas. A explicar por qué ocurre así van encaminadas las siguientes líneas; en el buen entendimiento de que puede ayudarnos a resolver el problema, sin duda real, que para el Derecho penal suponen los casos incluidos en la «construcción» dolo eventual

Cuando los filósofos describen la acción intentan aclarar ante todo qué se pregunta; pues la correcta formulación acerca de qué hizo ese hombre es la garantía para encontrar una respuesta inequívoca (48). A estos efectos no basta con encontrar un sujeto y un verbo —transitivo o intransitivo— para tener descrita una

(47) Existen dos importantes libros colectivos sobre la Filosofía analítica de la acción muy útiles por la completa panorámica que ofrecen para los no familiarizados con la literatura inglesa: *La Filosofía de la acción*, ed. Alan R. White (trad. española de S. Block del original inglés *The Philosophy of Action*, Oxford, 1968), 1976, con introducción de A. R. White (bibliografía) y trabajos de Austin, Danto, Prichard, Melden, Davidson, Feinberg, Fitzgerald, Anscombe, y Urmson; *Analytische Handlungstheorie*, tomo I: *Handlungsbeschreibungen* (ed. Georg Meggle), 1977, con «Introducción» de Meggle (bibliografía) y trabajos de Rescher, Austin, Forguson, Rayfield, Danto, Martin, Baier, Anscombe, Hapshire/Hart, Feinberg, Pitcher, Geach, Hare, Kenny, Davidson, Goldman, Chisholm, Hempel y Meggle. Tomo II: *Handlungserklärung* (ed. Ansgar Beckermann), 1977, que incluye trabajos de Beckermann, Hamlyn, Peters, Melden, MacIntyre, Gean, Chihara/Fodor, Brandt/Kim, Dray, Churchland, Malcolm, Putnam, Lewis y Fodor. Más recientemente la base metodológica de la discusión en torno al análisis de la acción —que ha dado lugar a un importante redescubrimiento de la vieja polémica ciencia natural-ciencia cultural— se ha planteado en torno al libro de GEORG HENRIK VON WRIGHT, *Explicación y comprensión* (traducción española de L. Vega, del original inglés *Explanation and Understanding*, 1971), 1979, estando recogido el debate consiguiente en JUHA MANNINGEN y RAIMO TOUMELA (eds.), *Ensayos sobre explicación y comprensión* (traducción española de L. Vega, del original inglés *Articles from «Essays on Explanation and Understanding»*, 1976), 1980, con trabajos de Hintikka, Winch, MacIntyre, Stoutland, Martin y von Wright. En este mismo debate se incluye el libro de KARL-OTTO APEL, *Die Erkären: Verstehen-Kontroverse in transzendental-pragmatischer Sicht*, 1979. Como brillante introducción a esta temática es muy útil el libro de PAUL RICOEUR, *El discurso de la acción* (trad. española de P. Calvo, del original francés *Le discours de l'action*, 1977), 1981, con perspectiva fenomenológica.

(48) DONALD DAVIDSON, *Handeln*, en «Handlungstheorie I» (original inglés *Agency*, publicado en R. Binkley y otros (eds.) «Agent, Action, and Reason», Oxford, 1971, págs. 3-25, versión alemana de W. R. Köhler) págs. (282-307) 283.

acción. Para poder distinguir entre lo que «A» *ha hecho* y lo que a «A» *le ha ocurrido*, entre «A ha tropezado con el escalón» y «A ha subido el escalón», hace falta algo más: en estos casos sólo sabremos si estamos ante una acción si conocemos algo situado más allá del verbo empleado (49). En el ejemplo «A ha tropezado con el escalón» tan sólo si sabemos que «A» lo ha hecho intencionadamente podremos ver en él la descripción de una *acción*; en otro caso estaremos sólo ante un *acontecimiento*.

Si la *intención* es el carácter esencial de la acción, podemos concluir que verbos que únicamente pueden conjugarse con acciones intencionales, como «afirmar», «engañar», «mentir», etc., describen acciones; aún en el caso de que el autor yerre sobre la dirección de su intencionalidad: quien suma puede sumar mal. quien mente puede decir erróneamente la verdad, etc. Por tanto, «alguien ejecuta una acción cuando lo que hace puede ser descrito como lo que hace intencionadamente» (50). Alguien es el agente de un acontecimiento sólo si existe una descripción del mismo donde la afirmación de que lo ha realizado intencionadamente es verdadera. Y ello con independencia de cómo se describa la acción (51). «A ha hundido el Bismarck» describe una acción aunque esa acción por él realizada estuvo dirigida a hundir el «Tirpitz», al que confundió con el «Bismarck». «Yo he tropezado con la alfombra» no describe una acción; pero «Yo he ocasionado —al entrar en la habitación— mi tropiezo con la alfombra» sí lo hace.

El concepto de *causa* puede ayudar a la comprensión de la acción (52). Si «Bruto» mató a «César» para acabar con el tirano, el deseo de matar al tirano será la causa de la acción de «Bruto» y la muerte de «César» su efecto. En cualquier caso algo parece claro: aunque digamos que el autor *mató* a la víctima no será sino una *elipsis* para significar que el agente *ha causado la muerte* de la víctima. A este núcleo de la acción no afecta en nada el hecho habitual de que la atribución de «intencionalidad» persiga una finalidad de justificación o disculpa y la atribución de acciones una finalidad de justificación o disculpa y la atribución de acciones una finalidad de reprochabilidad o culpabilidad. Contemplada desde la causalidad, la acción exige que lo hecho por el agente sea descrito intencionadamente; lo que, a su vez, sólo es posible cuando lo realizado por el actuante aparezca —para él mismo— como una descripción. Y por ello porque el actuante sabe siempre cómo mueve su cuerpo si, al hacerlo, actúa intencionadamente —en el sentido de que eso proporciona una descripción del movimiento en la dirección en que, como él sabe, apunta tal movimiento (53).

Si pasamos de la *causalidad-acontecimiento*, como hemos hecho hasta ahora, a la *causalidad-acción* la formulación lingüística acu-

(49) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 284.

(50) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 286.

(51) DAVIDSON, *Handeln*, págs. 286-287.

(52) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 289.

(53) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 293.

ñada no es aplicable, pues la causalidad no puede clarificar la acción del agente. El agente sólo puede causar lo que causan sus acciones: si alguien frena el automóvil que conduce y ocasiona con ellos que el auto se detenga no le atribuimos dos acciones. Ciertamente podemos ampliar la responsabilidad por una acción a sus consecuencias; pero no atribuyéndole una nueva acción, sino en la medida en que concluimos que su acción originaria ha tenido esas consecuencias (54).

En *conclusión*, la relación agente-acción no tiene nada que ver con el concepto de causalidad. El conocimiento de que una acción ha tenido un efecto determinado nos permite describir al agente como causante de ese efecto. En cambio, respecto a la acción del agente no puede decirse lo mismo, que el agente sea su causa. La causalidad nos permite describir acciones de una manera distinta a la que podemos utilizar para los acontecimientos (55); esta circunstancia («descriptibilidad») es una propiedad de la acción que, sin embargo, no nos proporciona un análisis del actuar.

3. La causación de un resultado no es acción. La atribución del resultado al agente, sin embargo, sólo es posible a través de una acción (intencional). Cuando autores como Stratenwerth o Kaufmann apuntan la posibilidad de atribuir el resultado ocasionado en estado de inconsciencia al agente que en un momento anterior *se ha colocado* en tal estado están utilizando el mecanismo que, como acabamos de ver, incluye en la acción las consecuencias ocasionadas por la misma del tipo «pisar el freno» y «detener el coche». En cambio, la construcción que pretende atribuir un resultado simplemente ocasionado (no intencional en la misma dirección) por la mera representación o deseo de producción sólo puede apoyarse en la atribución de una acción (la acción de fumar y la acción de incendiar, ambas intencionales). *Lo que no es sino acontecimiento aparece descrito como acción.*

V

Excluidos del tratamiento conforme a la «construcción» *dolo eventual* los supuestos de duda acerca de circunstancias que el autor no tiene en sus manos modificar en el momento de actuar, por las razones que en su momento veíamos, quedan tres grupos de casos que van a encontrar diversa solución en función de los criterios que acabamos de desarrollar. Dos de ellos son tradicionalmente tratados por la doctrina científica de modo unitario al estudiar el *dolo eventual*, sin percibir que se trata de problemas de muy diversa índole que obligan a un tratamiento dispar; el último, en cambio, es nuevo y comienza a ser tratado por la doctrina como

(54) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 304.

(55) DAVIDSON, *Handeln*, pág. 306.

problema que afecta fundamentalmente a la concreción del dolo, es decir, su posible desvío. Los grupos son tan distintos que hacen prácticamente imposible reducirlos a algún elemento común al que designar como *dolo eventual*.

1. *El autor, mediante una acción en sí indiferente, prevé la producción del resultado.* Aquí, ni la representación por parte del autor sobre la posibilidad de producción del resultado ni la voluntad de que ese resultado se produzca justifican una atribución a título de dolo, pues ese resultado no es el resultado de una acción dirigida finalmente a su producción (finalidad «potencial»).

Conocida es la crítica de Armin Kaufmann a las teorías del *asentimiento* (el autor debió querer la producción del resultado) y de la *probabilidad* (alta de producción del resultado) (56): Si la voluntad incluye consecuencias no deseadas se volatiliza la distinción con la culpa consciente; si no las incluye, no se comprende la «construcción» dolo directo. El resultado no probable, por su parte, puede ser deseado; pero si se niega el dolo en estos casos la probabilidad no puede ser criterio delimitativo.

Estas críticas alcanzan también a las posiciones de Stratzenwerth, Roxin y Ambrosius, pues la «decisión por la posible lesión tomada en serio» es una brillante síntesis refundidora de las tesis intelectuales y volitivas tradicionales que hace imposible la delimitación con la imprudencia consciente desde el momento en que descansa sobre el autor, no sobre su acción (57). Por eso, las dificultades probatorias de estas posiciones se soslayan mediante apelaciones a actitudes hipotéticas del autor, experiencias objetivas generalizables sobre los acontecimientos tipificados, etc. (58).

Tales acontecimientos, sin embargo, nunca pueden caracterizar una actitud del autor de cara a un resultado, sino que son características con las que sustanciar una acción. Si no existe tal posibilidad, y los ejemplos propuestos lo muestran (recuérdense los casos Lacmann, Löffler y Welzel), al caracterizar la acción como penalmente neutra, no cabe estimar una responsabilidad a título de dolo; en su lugar sólo queda un resto de responsabilidad a título de imprudencia consciente (la categoría «imprudencia temeraria» puede jugar aquí un importante papel). Por tanto, al poner el acento sobre el desvalor-acción y no sobre el desvalor-resultado, no sólo somos coherentes con la doctrina del *injusto personal*, hoy dominante, sino que además resolvemos un importante problema probatorio (las características de la acción que la hacen portadora del desvalor-acción son todas objetivas).

(56) KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 193.

(57) STRATZENWERTH, *Dolus eventualis*, págs. 58, 60; ROXIN, *Grundlagen-probleme*, pág. 224; AMBROSIUS, *Untersuchungen*, pág. 70.

(58) Ilustrativo sobre la apelación a tales criterios, HANS-JOACHIM RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, vol. 1, Allgemeiner Teil., eds. Rudolphi/Horn/Samson, 3.ª ed., 1981, comentario al § 16, pág. 66.

2. *El autor dirige su acción a la producción del resultado, pero confía en que éste no se producirá si él interpone los contrafactores adecuados.* Esta es la conocida tesis de Armin Kaufmann. Sabido es también que Kaufmann no se conforma con el mero deseo de evitación del resultado a que conduce la acción, exigiendo, por contra, un juicio de adecuación objetiva accesible a todos (también al autor) (59). Entendido así el planteamiento de Kaufmann no se distingue en nada del sustentado por la doctrina mayoritaria acerca del «dolo eventual»; tampoco aquí puede decirse que el autor «se ha decidido por el injusto». Y no se comprende el rechazo prácticamente unánime de su tesis (60). Este grupo de supuestos, que sólo aparece como subnormalidad del anterior, se explica mejor con la tesis de Kaufmann que con la mayoritaria, al poner el acento sobre el curso que el autor ha dado a su acción y no sobre la representación del posible resultado. Las dificultades probatorias son las comunes a todo el dolo y, en cualquier caso, inferiores a las restantes tesis sobre el «dolo eventual». Posibles *presunciones* están descartadas: En el ejemplo típico representado por el «caso del cinturón», la responsabilidad por el delito doloso no es el producto de una «*praesumptio doli*» derivada de la «voluntariedad» (61) más o menos dirigida a la producción del resultado,

(59) KAUFMANN, *Dolo eventual*, pág. 195.

(60) Los autores se limitan a reproducir la crítica de Stratenwerth (cfr. AMBROSIUS, *Untersuchungen*, págs. 66-68), para quien la concurrencia de las metas representadas por la producción del resultado y, a la vez, su evitación, no es lo que se cuestiona en los casos de dolo eventual. La voluntad de evitación puede dejar todavía un resto de posibilidad de producción del resultado que, al parecer de Stratenwerth, permite fundamentar aún una responsabilidad por delito doloso si efectivamente el autor cuenta con esa posibilidad y la acepta.

(61) LUIS SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Parte segunda, 2.ª ed., 1903, págs. 110-118, tras entender el término *voluntarias* del art. 1.º I CP como «intencionalidad» o dolosidad de la acción («determinación de la voluntad que se desenvuelve en actos para alcanzar algo como término y resultado de su movimiento») (pág. 111), con exclusión de las acciones imprudentes, entiende la *presunción* del párrafo I en el sentido de que «el que se decide a obrar y pone en movimiento su actividad exterior, lo hace en orden a algún fin, con algún fin, con algún propósito o pensamiento, esto es, con intención» (pág. 118); aunque admite la prueba en contrario, es decir, de la falta de intencionalidad (la presunción es, pues, *iuris tantum*). Ahora bien, ¿existe alguna base para la presunción? El filósofo JOHN L. AUSTIN, *Un alegato en pro de las excusas* (publicado por primera vez en «Proceedings of the Aristotelian Society», 1956-1957, con el título *A Plea for Excuses*, págs. 1-30), «Ensayos filosóficos» (original inglés *Philosophical Papers*, ed. por J. O. Urmson y G. J. Warnock, 1961), traducción y presentación de A. García Suárez, 1975, páginas 169-192, se ha planteado esta cuestión utilizando un ejemplo jurídico. En el «caso de la Corona contra Finney» (págs. 185-186), el acusado era celador de un manicomio y, estando al cuidado de un demente al que bañaba, abrió el agua caliente y con ello «lo escaldó» hasta causarle la muerte. Según el relato del propio acusado, al pretender introducir a la víctima en un baño limpio después de haberlo lavado le pidió que se saliera del ocupado hasta entonces. En ese momento otro celador atrajo su atención, desviando su mirada del baño ocupado por el demente. Bajó la mano para

sino de la representación previa de la producción del resultado empleando tal medio y que lleva a los autores a descartarlo al final, mediante una modificación del plan, volverlo a retomar. Aquí como se ve, todo sigue siendo objetivo.

3. *El «dolo eventual», hoy por hoy, equivale al erróneamente denominado «dolo alternativo» tal como lo entendió Fauerbach.* Es mérito de Stratenwerth haber recordado como Feuerbach —en contra de como lo interpreta von Hippel— aludía al dolo eventual en aquel supuesto donde «el autor no tiene preferencia por ninguno de los resultados posibles»; entonces «estaremos ante un caso especial de concurrencia entre diferentes fines de la acción, como ocurre cuando aquél dispara sobre varios de sus perseguidores, resultándole indiferente a quien alcanza con sus disparos» (62). Este autor y el propio Feurbach yerran, sin embargo, si estiman dolo eventual con respecto a ambas consecuencias del hecho, pues el autor nunca puede realizar *ambas* finalidades (alcanzar a uno y a otro de los perseguidores) cumulativamente (delito consumado e intentado en concurso ideal) y sí *alternativamente*; de aquí posiblemente la confusión terminológica de von Hippel (63). El supuesto debe ser tratado con el mismo criterio del «error en el golpe»; siempre que se haga, con Welzel y Puppe (64), en el sentido de

llenar el baño ocupado hasta entonces con agua y fría y se equivocó de grifo. No supo lo que hacía hasta que oyó a la víctima gritar, y no cayó en su equivocación hasta ver el vapor del agua. Abogado y juez estiman que la negligencia, de haberla, no fue tan grave como para calificar de homicidio. Atendiendo al relato del acusado, el deber de no dejar entrar agua en el baño mientras éste está ocupado se incumple porque aquél no creía estar dejando entrar agua en un baño ocupado. El demente, además, como se demostró, era un hombre capaz de salir por sí mismo y de entender lo que se le dijo. Si el detenido hubiese sabido que el demente aún estaba en el baño, su conducta de abrir el agua, pese a la confusión, habría sido de negligencia grave y, por tanto, homicidio. Según Austin, el relato del acusado contrasta con el de la defensa y el del Tribunal en que se limita a describir lisa y llanamente lo ocurrido, mientras que éstos aducen una serie de excusas empleando términos distintos como si fuesen iguales y distinguiendo lo indistinguible. Volviendo al tema que nos ocupa, no se trata de presumir que quien ha ocasionado un resultado, conociendo su producción, lo ha querido —como sostiene Silvela—, para después abrir la posibilidad de admitir excusas al estilo de los jueces de la Corona inglesa. Se trata mejor de encontrar y probar hechos que hablen por sí mismos, y en la duda absolver. Sobre la interpretación moderna del art. 1.º II CP cfr., de una parte, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, ADP, 1965, págs. 33-84, y, de otra, JOAQUÍN CUELLO, *La estructura de la acción punible*, ADP, 1980 (págs. (641-661) 632-645).

(62) STRATENWERTH, *Parte general*, I, pág. 108.

(63) ROBERT VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, volumen II, 1930, pág. 335, reconoce acertadamente que en estos casos sólo uno de los objetos va a ser alcanzado, pero, por analogía con la doctrina del error en el golpe, estima un concurso ideal entre el delito consumado correspondiente al objeto alcanzado y la tentativa del no alcanzado.

(64) WELZEL, *Strafrecht*, pág. 73; INGBORG PUPPE, *Zur Revision der Lehre vom «konkreten» Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus*, GA, 1981, págs. 1-20. Obsérvese bien que con ello equiparamos «aberratio ictus»

estimar ese desvío como *inesencial*. El autor, en el ejemplo, responderá por un único delito de homicidio, lesiones, etc. Y ello porque, como decíamos al principio, estos casos de dolo eventual «auténtico» se caracterizan porque el autor cuenta con la posibilidad de realizar uno de los extremos de la duda, pero no ambos.

VI

En *resumen*, presupuesto ontológico común a todas las formas de aparición del delito es la *acción*. La acción aparece en el mundo del Derecho como acción pensada, es decir, *real-posible*; por eso, resulta mejor caracterizada desde el sujeto responsable como *capacidad de acción* surgida en un momento dado (el de concreción de la norma en deber de hacer u omitir el resultado). Esta capacidad de resultado es una característica *inseparable* de la acción. Por eso, a la hora de atribuir un resultado a su autor debe comprobarse si ese resultado es el resultado de la acción típica pensada por el Derecho. Si para ello hemos de presumir una nue-

y dolo alternativo o eventual, lo que el propio Welzel no hace. Welzel acierta en el tema «*aberratio ictus*» al equipararlo con el desvío inessential y, por tanto, irrelevante también; lo que da lugar a una responsabilidad por el delito consumado (se elude la solución concursal) siempre que sea el mismo tipo delictivo el realizado. En cambio, en los casos de dolo alternativo, influido sin duda por su discípulo GÜNTHER JAKOBS, *Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten*, 1967, págs. 145-158, se inclina por la solución concursal. Los problemas prácticos que se plantean —determinación de la penalidad— pueden ser resueltos mejor sin forzar la base ontológica del dolo. Ya VON HIPPEL (*Strafrecht*, II, pág. 335, nota 4) objetaba a LOBE que su solución de la unidad de delito llevaba a resultados insatisfactorios en el siguiente caso: Si quien huye sólo dispara contra su perseguidor responderá únicamente por tentativa de homicidio (no alcanza a la víctima) si en cambio dispara contra aquél y contra el perro que le acompaña, alcanzado a éste, sólo responderá por un delito de daños (consumado). Ejemplos semejantes recoge JAKOBS (*Konkurrenz*, pág. 147), en favor del concurso entre el delito intentado y el consumado pese a indicar expresamente que «también si el autor sabe que, en definitiva, sólo se va a producir un resultado infringe con su acción de normas». En casos como éste, el art. 5.º de nuestro CP modifica la norma del concurso ideal de delitos (art. 71) y vuelve expresamente a la unidad de delitos. En Códigos que carecen de una norma como la de nuestro art. 50 puede llegarse a las mismas conclusiones aplicando principios elementales de Hermenéutica jurídica (cfr. CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito «sui generis»*, ADP, 1978, págs. (35-95) 79-80). Con mejor criterio, PUPPE, «*Konkreten*» *Vorsatz*, págs. 9-10, aplicando coherentemente el principio de la *individualización*, concluye que el «error en el golpe» no debe someterse a tratamiento distinto del «error en la persona», pues la única diferencia entre ambos es que mientras allí se individualiza el mismo objeto, pero conforme a características distintas a las pensadas aquí concuerdan ambas características (la pensada y la realizada). Lo que aplicado al caso que nos ocupa («dolo alternativo») quiere decir que, cuando el autor carece de la posibilidad de «individualizar» dos objetos diferentes (de diferentes características) a la vez, ambos objetos no pueden ser incluidos en su dolo como resultados a producir, a «individualizar».

va acción distinta de la meramente causante de ese resultado y dirigida a finalidad distinta e irrelevante penalmente, carecemos del requisito mínimo para fundamentar una responsabilidad por delito doloso: la acción *finalmente* dirigida a producir *ese* resultado. La finalidad es una característica *objetiva* de la acción tipificada socialmente mediante fórmulas «standars» asumidas por todos. Esta finalidad «objetivada» puede estar encaminada tanto a la producción del resultado como a su evitación. En el primer caso no habrá inconveniente en estimar una responsabilidad a título de dolo sin necesidad de examen ulterior acerca de representaciones subjetivas del autor que vayan más allá de lo realizado (acción) en relación con un resultado *causado* por él. En el segundo, la voluntad de evitación también se exterioriza en actos («objetivos») que pueden llevar a desestimar el dolo. El *dolo eventual*, por tanto, sólo surgirá cuando se produzca una *conurrencia* de finalidades, es decir, cuando la misma acción puede concretarse en distintos resultados. En cualquier caso, el resultado que en tal concepto va a ser atribuido al autor es uno que posee todas las características genéricas del dolo, sin aditamento alguno, las que singularizan al dolo eventual.

Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980 (II)*

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Profesor Adjunto Contratado de Derecho penal
en la Universidad de Zaragoza

II. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD A LA LUZ DE LA EXIGENCIA DE IMPRUDENCIA

En Alemania, la doctrina es ampliamente favorable a la presencia de delitos calificados por el resultado siempre que se exija cuando menos culpa respecto al resultado más grave. En cuanto al problema que a nosotros nos interesa, los que así piensan no dejan de repetir que tales estructuras típicas, es decir, una acción inicial dolosa, ya de por sí constitutiva de delito, vinculada a un resultado más grave culposo, son perfectamente compatibles con un Derecho penal rigurosamente respetuoso del principio de culpabilidad (70).

Ahora bien, ello no obsta a que exista acuerdo general entre estos autores en mostrar sus reservas respecto a que el principio de culpabilidad se realice plenamente a tenor de los elevados marcos penales de estos tipos, que, opinan, deben ser urgentemente rebajados si no se quieren empañar los satisfactorios resultados que la exigencia de imprudencia logra en esta cuestión (71).

Esta importante matización hace que las acusaciones que estos autores reciben de que la exigencia de imprudencia no evita que sigamos estando ante una responsabilidad por el resultado, ya que los marcos

(*) La primera parte de este trabajo se publicó en el fascículo anterior.

(70) Vid. HIRSCH, op. cit., págs. 74-75; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 496; RUDOLPHI, op. cit., pág. 154; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 133; OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm*. Golttdammer's Archiv für Strafrecht. 1954, pág. 33; GEILEN, *Unmittelbarkeit und Erfolgsqualifizierung*. Festschrift für Hans Welzel. 1974. Walter de Gruyter, pág. 656.

(71) Vid. HIRSCH, op. cit., pág. 67, 75, 77; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 496; RUDOLPHI, op. cit., pág. 154; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 133; JAKOBS, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*. Walter de Gruyter. 1974, pág. 36; GALLAS, op. cit., pág. 257; SCHAFHEUTLE, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, 2. Band. Allg. Teil. Bonn, 1958, pág. 259.

penales no corresponden a la mera adición de una conducta culposa (72), se vean en buena parte, pero no totalmente, neutralizados (73).

Efectivamente, rechazadas explícitamente por todos las elevadas penas que estos tipos comportan, el problema se centra en determinar qué argumentos existen para justificar penas que, pese a todo, sus partidarios piensan han de ser superiores a las que resultarían de añadir a la pena del delito doloso la del delito culposo.

Rudolphi (74) nos dirá que se pena más que con los habituales delitos culposos porque se considera el resultado más grave como la realización de un riesgo contenido de modo característico en el delito base. Así, el autor que produce el resultado más grave al crear el riesgo de su aparición, infringe un deber por medio de un delito base doloso al que le es característico tal riesgo, dándose un desvalor de acción que sobrepasa la mera causación culposa.

Hirsch (75) habla de tipos básicos en cuyo resultado realizado dolosamente aparecen unos riesgos característicos respecto a un resultado más grave; se trata de acciones básicas con una peligrosidad general. En ese sentido, si bien es cierto que cuando un hecho doloso conlleva una consecuencia fáctica previsible por el autor, ésta se tiene en cuenta elevando la pena según las reglas generales de medición, y que, si en algún caso ya se puede hablar de delito culposo, estaremos ante un concurso ideal, que de todas formas lleva a que la pena se obtenga a partir del marco penal del delito doloso (76), en otros supuestos el riesgo peculiar de la lesión realizada dolosamente, puesto en relación con el tipo de consecuencia más grave previsible, puede exigir una agravación de la pena del tipo doloso que no puede cubrirse en el marco penal de éste. Desde luego, añade Hirsch, todo delito culposo presenta ya en la acción un cierto grado de riesgo, lo que ocurre es que en los delitos calificados la acción peligrosa ya constituye por sí sola un tipo doloso, con un resultado, el del tipo básico, que posee una tendencia característica hacia la consecuencia más grave.

F. C. Schroeder (77) estima que las penas más altas se deben a que el autor prescinde del aviso dado por la peligrosidad típica del delito base. Del gran número de lesiones del deber de cuidado estos tipos entresacan unas especialmente productoras de riesgo y exigen además

(72) Vid JESSCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., pág. 463; ART. KAUFMANN, op. cit., págs. 242-243, 246; SCHONKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 17, Auflage. Verlag C. H. Beck, págs. 496, 497; SCHUBARTH, op. cit., págs. 755, 756; LANGE, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* 2. Band. Allg. Teil, Bonn, 1958, pág. 255.

(73) ART. KAUFMANN, op. cit., pág. 240, y el *Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches*. «Allgemeiner Teil». 2. Auflage. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, pág. 55, entre otros, no dejan de reconocer que la exigencia de imprudencia atenúa algo el ataque al principio de culpabilidad que suponen estos tipos. Vid., además, cita de Jescheck en nota 76.

(74) Op. cit., pág. 154-155.

(75) Op. cit., pág. 71.

(76) Dada la vigencia en Alemania, como luego veremos, del principio de abstracción para resolver los casos de concurso ideal.

(77) Op. cit., págs. 133-134.

en tal medida dolo. Se trata de una clase de imprudencia especialmente digna de pena en función de la lesión consciente del deber (78).

Dicho de un modo breve, la doctrina citada justifica la mayor penalidad debido a que considera que existe en tales tipos un contenido de lo injusto adicional que no se tiene en cuenta si nos limitamos a superponer el contenido de lo injusto del delito doloso y del delito culposo.

Los críticos a la actitud de exigir imprudencia no han prestado, en mi opinión, la debida atención a los razonamientos arriba expresados, ocupándose, como luego veremos, de otros aspectos que no dejan de ser accidentales. Sólo Schubarth ha atendido directamente al núcleo de la cuestión, si bien, a mi entender, no llega al fondo del problema.

Parece claro que los defensores de la exigencia de imprudencia integran en el tipo básico doloso el peligro de cara al resultado más grave. Ello por más que, como pone de relieve Schubarth (79), sólo lo hagan si el tipo básico está inserto en una estructura típica más amplia calificada por el resultado.

Esto último, sin embargo, ya despierta objeciones: En primer lugar, pienso yo, ¿por qué apreciar en el tipo doloso básico el contenido de peligro unas veces sí y otras no, según esté el tipo básico inserto o no en un delito calificado por el resultado? Si el contenido de lo injusto del peligro se da en todos los supuestos, como parecen dar a entender estos autores, el no valorarlo en determinado tipo de casos (cuando el tipo básico no se inserta en un delito calificado por el resultado) implica una peculiar valoración de lo injusto de las conductas en cuestión (80).

(78) CRAMER, op. cit., pág. 264, dirá que son supuestos en que la acción posee una peligrosidad típica y el autor la puede reconocer. La peligrosidad debe estar ya en el tipo básico. JAKOBS, op. cit., págs. 36, 37, si bien no muy convencido de la corrección de la actitud de mantener estos tipos exigiendo imprudencia, dirá que se liga la consecuencia culposa a la peligrosidad inmediata del resultado realizado dolosamente. MAURACH-ZIP, op. cit., pág. 496, sostendrán que estos tipos se entienden si se parte de la potencialidad peligrosa de la acción dolosa.

BOLDT, *Zur Struktur der Fabrlässigkeitst. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1956, pág. 356, tras afirmar que el injusto, en el tipo básico inicial, es mayor debido al peligro doloso, considera que la producción culposa de la consecuencia es la actualización del peligro potencial existente de modo característico en el delito básico doloso, rechazando que estemos ante una mera combinación de delito doloso y culposo.

KÜPER, op. cit., pág. 546, considera que la conexión específica entre tipo básico y calificación consiste en que con el resultado calificado se realiza un riesgo característico que es elemento del tipo básico; tal peculiaridad prueba que el tipo calificado, debido al riesgo implícito en el tipo base, contiene un desvalor de acción adicional, que sobrepasa el de la mera causación culposa del resultado y que justifica una pena mayor.

ULSENHEIMER, op. cit., págs. 266-268, 270-271, considera que el núcleo de lo injusto en estos tipos, que da la auténtica razón de la punición elevada, consiste en el peligro especial, inherente al delito básico, típicamente propio.

(79) SCHUBARTH, op. cit., pág. 767.

(80) Y no se diga, como hace SCHUBARTH, op. cit., pág. 768, nota 62, que esta actitud es equiparable a la de no penar si no hay resultado, adoptada en los

En segundo lugar, como señala Schubarth (81), si al decir de los defensores de esta solución el peligro es tan importante, ¿por qué no se ha construido un tipo básico doloso de peligro, sin esperar a que se produzca el resultado? Si se alude tanto al peligro es porque se le da una entidad y significado propios. Además, normalmente, el legislador pena acciones peligrosas porque quiere intervenir antes de que se produzca el resultado.

Ese es el auténtico motivo legislativo que lleva a penar el mero peligro. ¿Por qué proceder a la inversa en los delitos calificados por el resultado, y valorar el peligro sólo cuando se produce tal resultado? Desde luego, pienso, no es dogmáticamente incorrecto el procedimiento, pero sí inhabitual, pues la insistencia en la idea de peligro referida a una determinada conducta a lo que tiende es a crear estructuras típicas de peligro, y no de lesión y resultado materiales (82).

No obstante, Schubarth estima que estos tipos así estructurados en realidad no contradicen el principio de culpabilidad, pues *reflejan un contenido de lo injusto adicional*. Ello no obsta a que atenten contra el principio de igualdad jurídica, ya que valoran el peligro de forma distinta a como se hace habitualmente en otros lugares del Código, y a que sean incoherentes al incluir el peligro en una misma conducta unas veces sí y otras no. Si se desean evitar tales críticas, el peligro debiera valorarse siempre en el tipo básico, aun en los supuestos en que éste no está calificado por un resultado más grave. Pero, si así se hace, si el tipo básico doloso, con independencia de si se produce el resultado más grave o no, se concibe conteniendo en todo caso el peligro respecto al resultado, entonces está de más un tipo específico calificado por el resultado, pues ya no habrá un contenido de lo in-

delitos culposos, pues, entre otras razones, en los supuestos que ahora estamos viendo la conducta básica inicial se pena de todas formas, también si no se produce el resultado más grave, y se ha de hacer por tanto, antes de determinar la pena en el Código, entre otras tareas, una valoración del contenido de lo injusto que tal conducta posee.

Sin compartir plenamente su razonamiento, y teniendo en cuenta que alude a la postura de Oehler, que posee ciertas peculiaridades y que luego veremos, a este problema se refiere TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen in Nebenstrafrecht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1969, pág. 237, cuando afirma que si la ejecución del delito base se ha de considerar como indicio de un peligro que viene a continuación, pero la pena sólo ha de elevarse si se produce el resultado de lesión, la ley está renunciando a la penalización del mero peligro: Con ello, dice, se aproximan estas formas delictivas más a las condiciones objetivas de punibilidad, si bien con un signo inverso. Si en las condiciones objetivas de punibilidad el legislador no pena el injusto típico tipificado y digno de pena más que excepcionalmente, cuando aparecen especiales condiciones que fundamentan la necesidad de pena, en estos otros supuestos el merecimiento de pena del peligro permanece en general como mero motivo legislativo, que no necesita ser descrito típicamente y que sólo excepcionalmente, con la producción del resultado descrito en la ley, lleva a una necesidad de pena. El peligro es decisivo, pues, no bajo el punto de vista del tipo de garantía, sino bajo el de la culpabilidad.

(81) SCHUBARTH, op. cit., págs. 767, 768, 769.

(82) SCHUBARTH, op. cit., págs. 768-769, aún añadiría que peligros dolosos para, por ejemplo, la vida, se presuponen en numerosas muertes culposas, sin que se creen tipos calificados. Se suelen tener en cuenta en la medición de la pena, a no ser que exista un tipo de peligro específico.

justo adicional al que resulte de agregar a lo injusto del tipo básico doloso así concebido lo injusto del delito culposo de resultado (83).

Ahora bien la postura de Schubarth, que lleva a solicitar la supresión de los delitos calificados por el resultado, concede más de lo que debiera a los partidarios de estos tipos, cuando reconoce que no lesionan el principio de culpabilidad y acepta que exista un contenido de lo injusto adicional. El mismo Schubarth, con quien, en lo demás, coincido, nos da algunas claves para rechazar las concesiones precedentes (84).

Aceptemos la hipótesis de que en el tipo básico doloso va insito un peligro de cara al resultado más grave, y, por el momento, pensemos que se trata de un peligro concreto.

Si nos centramos en las repercusiones que ello tiene en el tipo objetivo, observamos, como Hirsch con razón ha dicho, que en todo delito culposo se contiene ya un cierto riesgo (85). Efectivamente, continúo yo, el derivado del juicio de previsibilidad objetiva que, vinculado al de causalidad adecuada, considera que el resultado *no es improbable*. Sin embargo, con ello todavía no estamos ante un peligro, concepto en el que ya se habla en términos de *probabilidad*, y menos aún ante un peligro concreto (86). Por consiguiente, puede decirse que una situación de peligro, y con más motivo si es de peligro concreto, consume, o abarca dentro de sí, en cuanto que la sobrepasa, a una situación de mera previsibilidad objetiva. Esto, en relación con el tema

(83) SCHUBARTH, op. cit., págs. 767-771. Esa referencia a la lesión del principio de igualdad o de justicia, más que a la del principio de culpabilidad se encuentra formulada por GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., págs. 170-173, aludiendo a que en los delitos calificados la producción culposa del resultado más grave se pena igual que su producción dolosa. Ya hemos llamado la atención sobre este hecho anteriormente, y sobre los posibles correctivos. Baste decir que el requisito de el «al menos» institucionaliza tal igualdad de trato inicial.

(84) Vid. lo dicho en nota 90, complementado por otra afirmación posterior en la que señala que, si pese a todo se quisiera seguir manteniendo los delitos calificados por el resultado exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave, dado que el peligro doloso ya se valora en algunas muertes culposas insertas en marcos penales normales, se habrá de exigir en el tipo básico un peligro especial. SCHUBARTH, op. cit., pág. 777.

Asimismo, cuando estima que el peligro al que aluden los defensores de los delitos calificados por el resultado ha de ser doloso, señalando que si cupiera el culposo se atacaría el principio de culpabilidad, pues lo injusto del peligro culposo ya se contiene en lo injusto de la causación culposa de resultado, por lo que el delito de peligro vendría a estar en concurso de leyes con el delito de resultado culposo. SCHUBARTH, op. cit., pág. 768, nota 63.

(85) HIRSCH, op. cit., pág. 71. En la misma línea GEILEN, op. cit., pág. 657.

(86) Vid. CEREZO MIR, op. cit., págs. 350-354, 397-402. En estricta relación con los delitos calificados por el resultado, ULSENHEIMER, op. cit., pág. 268, ha recordado que la previsibilidad objetiva del resultado producido», y la «realización del peligro ligado específicamente al delito base no son conceptos intercambiables. Desde luego, cuando el peligro típico del delito base se concreta en el resultado más grave siempre este resultado ha sido objetivamente previsible, pero no vale la inversa; es decir, la afirmación de la previsibilidad objetiva del resultado no implica al mismo tiempo la constatación positiva del peligro específico. La confusión entre ambos conceptos es, sin embargo, frecuente, como veremos, y conlleva trascendentales consecuencias en el ámbito de nuestro estudio.

que a nosotros nos interesa, implica que si en el tipo básico doloso exigimos la presencia de una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, al tener que exigir a continuación, para configurar la conducta culposa, la previsibilidad objetiva respecto a ese mismo resultado más grave, apreciamos un mismo elemento del tipo objetivo dos veces en relación a un mismo delito, o, dicho de otro modo, valoramos unas mismas circunstancias objetivas dos veces para configurar el injusto de una conducta, por más que un juicio, aunque en la misma dirección que el otro, sea más estricto. Ello, obviamente, es inaceptable (87).

Algo similar ocurre si atendemos al tipo subjetivo: Si la situación de peligro, como dicen estos autores, está inserta en el tipo base, en concreto en su resultado, deberá abarcarse por el dolo del autor, al igual que el resultado material del tipo básico; es decir, el tipo básico doloso contiene un dolo respecto al resultado material, y un dolo de peligro respecto al resultado más grave. Ahora bien, si en los supuestos de dolo de peligro se ha de entender que el autor conoce y quiere el peligro de lesión del bien jurídico (su probabilidad), en la culpa consciente de lesión se entiende que el autor conoce la posibilidad de que se produzca la lesión, pero confía en que no sea así, y en la culpa consciente de peligro se entiende que el autor considera posible que se produzca el peligro pero confía en que no sea así (88), parece claro, no sólo, como dice Schubarth (89), que lo injusto de la culpa consciente de peligro se contiene en la culpa consciente de lesión, sino que, refiriéndonos ahora a la culpa de lesión y al dolo de peligro, y dejando

(87) TENCKHOFF, *Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1976, págs. 910-911, partiendo de problemas de medición de pena, en donde señala que uno de los principios fundamentales de tal medición es la prohibición de la doble valoración de los elementos típicos, dado que ya fueron tenidos en cuenta por el legislador en el establecimiento del marco penal, y que tal prohibición no se limita a los elementos típicos en sentido estricto, sino que vale también para las ideas básicas político-criminales de cada precepto, da un paso más y pone de relieve que también la elección de un marco penal especial, y no sólo la medición de pena, se ve afectada por tal prohibición. Eso significa que en los delitos calificados aquellas circunstancias que llevan a la formación del marco penal de los tipos básicos no pueden otra vez ser utilizadas para la constatación de los presupuestos de la calificación. El autor pretende con ello criticar determinadas posturas de Maiwald.

(88) Vid. JESCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 236, 460, quien por culpa consciente de lesión entiende el reconocimiento por el autor de la existencia del peligro concreto para el bien jurídico y su confianza en que no se produzca tal lesión; estimo más acertada la definición de F. C. SCHROEDER, op. cit., págs. 54-55, en par. 51, recogida en texto, y que, de acuerdo con el juicio de previsibilidad objetiva existente en la imprudencia, habla de «posibilidad», si bien yo diría, siguiendo a Engisch y Cerezo, «no improbabilidad».

La confusión entre culpa consciente de lesión y dolo de peligro, equiparándolas, está muy extendida entre los autores que polemizan sobre los delitos calificados por el resultado. Al margen de Art. Kaufmann y Stratenwerth, que veremos más adelante, MEZGER, *Leipziger Kommentar*, op. cit., pág. 428 b-428 c; BACKMANN, op. cit., págs. 974-975; GEILEN, op. cit., pág. 680; OEHLER, *Das erfolgshaft qualifizierter Delikt als...*, op. cit., págs. 517-518, entre otros.

(89) SCHUBARTH, op. cit., pág. 768, nota 63.

al margen el determinar cuál de los dos desvalores de acción es mayor, y si siempre uno está contenido completamente en el otro, en todo caso, si en un tipo se valora por un lado un dolo de peligro respecto a un resultado más grave, y por otro, *adicionalmente*, una culpa, consciente o no, *respecto a ese mismo resultado más grave*, se está *repetiendo* sobre una única conducta causante de un solo resultado más grave el juicio desvalorativo de acción, actitud manifiestamente improcedente.

Dicho de otro modo, y sin pararnos a considerar por ahora la necesaria apreciación del dolo respecto al resultado material del tipo básico: En los supuestos en que pretendidamente estamos ante un tipo básico doloso con dolo de peligro respecto al resultado más grave, y un delito culposo respecto a ese mismo resultado, no estamos más que ante una situación de *concurso de leyes* (90).

La pretensión de poner de manifiesto un contenido de lo injusto adicional al del delito doloso y culposo está viciada en la medida en que pretende apoyarse en una injustificada *doble* consideración del desvalor de acción de una única conducta causante de un solo resultado más grave (91).

(90) No de otra forma se procede en el Código penal español, en los delitos contra la seguridad del tráfico de peligro concreto, art. 340 bis a), 2.º y parrafo 3.º del mismo artículo, por más que se discuta luego respecto a si es correcto resolver tal concurso de leyes en base al principio de la alternatividad, o mejor por el de consunción.

(91) En el marco de la problemática alemana, la forma en que algunos autores partidarios de los delitos calificados por el resultado, con exigencia de imprudencia, tratan el hecho de que el Código penal alemán exija en algunos delitos calificados imprudencia temeraria respecto al resultado más grave, es muy aleccionadora de lo que sostengo. HIRSCH, op. cit., págs. 73-74, considera que la imprudencia temeraria se justifica si los supuestos de imprudencia no temeraria se cubren perfectamente en el tipo básico y en su marco penal; en tal caso penar sólo por imprudencia sería responsabilidad por el resultado; aunque es ello difícil de probar, si a un tipo básico está ligado normalmente un riesgo muy claro de producción de una consecuencia más grave, de forma que tal riesgo sólo con la realización del tipo básico ya es previsible por el autor, pudiéndose considerar que se incluye en el marco penal básico, entonces, en la calificación, procede temeridad; si el tipo básico no abarca ese riesgo muy claro, y el marco penal es, por ello, inferior, procede penar toda imprudencia. De modo semejante, F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 134.

En mi opinión, el que estos autores admitan que hay supuestos en que la imprudencia simple se integra en el delito base doloso, y precisamente en función de si existe un riesgo muy claro de producción de una consecuencia más grave, riesgo que es el mismo sobre el que han construido el dolo de peligro, muestra claramente, y *ahora incluso en el mismo tipo básico doloso*, cómo se está vinculando el juicio desvalorativo de acción de la imprudencia y del dolo de peligro a una misma situación objetiva. *Es más*, estos autores integran la imprudencia simple en el concepto de dolo de peligro, pues sólo así se explica que digan que si en tales casos no se exige imprudencia temeraria para la calificación estaremos ante una responsabilidad por el resultado. Si pensaran, cosa que no hacen, que la imprudencia simple no se integra en el dolo de peligro, o si se quiere, que su juicio desvalorativo versa sobre un comportamiento distinto de aquel al que va referido el juicio desvalorativo del dolo de peligro, cuando para la calificación se exigiera imprudencia temeraria, y en el caso concreto sólo se diera simple, no apreciarían sólo el tipo básico doloso, sino éste en concurso ideal de delitos con el tipo culposo normal.

¿Y qué decir si ese peligro respecto al resultado más grave estos autores consideran que es un peligro abstracto?

En primer lugar, cabe decir que es criticable que estos autores no se preocupen de precisar si aluden a un peligro abstracto o concreto, dada la trascendencia que ello posee. De todas formas, la mayoría de los indicios apunta a que piensan en un peligro concreto.

Sólo la postura de Geilen, edificada en torno a la exigencia de que la realización del peligro provenga «inmediatamente» del delito base, requisito para cuya comprobación estima que, del círculo de circunstancias que fundamentan la peligrosidad *ex ante* y que ha conducido, con la aparición del resultado, a la realización del peligro, ha de atenderse sólo a los elementos típicos abstractos del delito base, eliminando los momentos de peligro concreto que simultáneamente se dan, por más que estos últimos factores de peligro se hayan de considerar en el suceder global constitutivo del tipo, puede pensarse que atiende a un peligro abstracto y no concreto (92).

Ahora bien, si partiéramos de un peligro abstracto, difícilmente podría hablarse, como quieren estos autores, de un contenido de lo injusto adicional, pues sabido es que el peligro abstracto no es un elemento de lo injusto, sino únicamente la *ratio legis*. En tal sentido, el dolo del delito base no abarcaría al peligro abstracto, desapareciendo el asidero sobre el cual constituyen estos autores su tesis del contenido de lo injusto adicional, ya que ella tiene su punto de partida en la pretendida constatación de que en el tipo básico doloso existe un dolo respecto al resultado material y un dolo de peligro respecto al resultado más grave.

Incluso si se aceptara la propuesta de Escrivá Gregori, de concebir los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro implícito, o de aptitud para la producción de un daño, exigiéndose la peligrosidad de la acción en el momento de su realización (93), planteamiento del que parece partir Geilen en la postura acabada de citar, no podría mante-

Por otro lado, no se comprende cómo pueden afirmar que bastará con exigir imprudencia simple en la calificación cuando el riesgo en el tipo básico no sea muy marcado, pues olvidan que en el tipo básico han alojado a un peligro doloso en todo caso, y éste presupone una situación de riesgo muy pronunciada, la propia del peligro concreto, desde luego mucho más marcada que la que exige la imprudencia, no sólo la simple, sino también la temeraria.

(92) Vid. GEILEN, op. cit., págs. 676-682. A la «conexión inmediata entre el resultado del tipo básico y la consecuencia más grave» llama también HIRSCH, *Leipziger Kommentar*. 9. Auflage. Walter de Gruyter, 1974, pág. 91, par. 224, y pág. 104, par. 226, pero un análisis cuidadoso de sus afirmaciones muestra que lo único que pretende es adoptar en los delitos calificados la teoría de la causalidad adecuada frente a la de la equivalencia de las condiciones. También GÖSSEL, op. cit., pág. 231, alude a un «peligro abstracto» en el delito base, pero en un contexto distorsionado por su consideración de los delitos calificados como delitos culposos, a lo que enseguida aludiremos. Además, el requisito de peligro abstracto implica en él la identificación, incorrecta, entre previsibilidad objetiva y peligro abstracto.

(93) ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho Penal*, Bosch, 1976, págs. 72 y ss., 115-118; CEREZO MIR, op. cit., páginas 401-402.

nerse la tesis del contenido de lo injusto adicional, si bien ahora con argumentos similares a los utilizados en el supuesto de que se exija peligro concreto, ya vistos (94).

Las argumentaciones precedentes no se modifican sustancialmente si acudimos a autores que, como Oehler, consideran que la inobservancia del cuidado objetivamente debido pertenece a la culpabilidad y no a lo injusto de los delitos culposos (95). También él considera que en el tipo básico va inserto un peligro respecto al resultado más grave, peligro que se deriva de las peculiaridades del tipo básico, estando ligado de modo especial a la índole de la acción típica, de modo que puede hablarse de que se da una tendencia objetiva al resultado en el tipo básico, que forma parte de su injusto. A su vez, respecto al injusto culposo, dirá que, dado que se incluye el resultado concreto en los límites de la tendencia objetiva al resultado se da la relación causal y con ello el injusto concreto de la acción culposa. Ahora bien, pienso yo, las afirmaciones precedentes son merecedoras plenamente de la primera de las críticas formuladas; también aquí estamos ante una doble valoración de unas mismas circunstancias objetivas para configurar el injusto de una conducta. Pero es que también la segunda de las críticas expuestas sigue manteniendo *mutatis mutandi* su valor.

Efectivamente, Oehler considera que en el hecho doloso de los delitos calificados por el resultado, inserto en el dolo referido propiamente al tipo básico, se encuentra al mismo tiempo un dolo de peligro, o un desconocimiento contrario al deber del especial peligro típico, referido al resultado más grave. Ahora bien, al margen, en el delito culposo, nos encontramos con la inobservancia del cuidado objetiva y subjetivamente debido. Naturalmente, estas afirmaciones las refiere Oehler a la culpabilidad y no a lo injusto. En mi opinión, el razonamiento precedente es merecedor de la segunda de las críticas formuladas, si bien teniendo presente que ya no se trata de que se formule, sobre una misma conducta, el juicio desvalorativo de acción dos veces, sino de que se le *reprocha* al autor una misma conducta dos veces. Así, pues, tampoco Oehler consigue convencer en su pretensión de considerar que en los delitos calificados por el resultado no puede hablar-

(94) Efectivamente volvería a darse el doble juicio desvalorativo de acción, ahora entre el dolo de peligro abstracto y la culpa. Situación que en Geilen aún resultaría más insostenible, dado que parece estimar que, a nivel objetivo, el juicio de previsibilidad objetiva es en estos tipos siempre sobrepasado, llegándose a situaciones de peligro concreto. Vid. GEILEN, op. cit., págs. 676-682.

Nótese, por otra parte, a favor de la existencia del doble juicio en todos estos autores, que Geilen corrobora en buena medida nuestra tesis de un modo explícito cuando afirma que resulta difícil de distinguir ese peligro existente en el tipo básico, del juicio de imprudencia, de forma que lo que queda de éste, más allá de aquél, es algo rudimentario. GEILEN, op. cit., págs. 657, 675.

(95) El razonamiento de Oehler se encuentra en su obra *Das erfolgsqualifizierte Delikt als...*, op. cit., págs. 512-518. Se adhieren a sus posturas, MÜLLER-DIETZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Verlag C. F. Müller, 1967, pág. 18; STREE, *Zur Auslegung des par. 224, 226 StGB*. Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1960, pág. 292, entre otros. Postura sustancialmente idéntica en MEZGER, *Leipziger Kommentar*, op. cit. pág. 428 b-428 c.

se de una mera adición de un delito doloso y otro culposo en la medida que existe un plus en lo injusto y en la culpabilidad.

A la luz de todas las reflexiones precedentes, pienso que adquieren su auténtico significado afirmaciones como la de Lange (96) que señala que la exigencia de imprudencia no supone más que un «compromiso» de cara al principio de culpabilidad, pero no una auténtica instauración de éste, como la de Jakobs cuando advierte del peligro de estar ante un versari más o menos subjetivizado, pero versari (97).

En efecto, los autores estudiados, como señala Schubarth (98), parece que han partido de la idea de que las calificaciones por el resultado más grave si han durado tanto tiempo, por algo será, debiéndose proceder únicamente a buscar argumentos nuevos que sustituyan a los antiguos, ya no convincentes. En esa búsqueda de argumentos, han arrinconado a los tradicionales, basados en consideraciones de prevención general y que asumían la quiebra del principio de culpabilidad (99), y, presionados por el cada vez mayor prestigio de este principio, han confiado en respetarlo y en salvar simultáneamente la existencia de estos tipos hablando de la presencia de un contenido de lo injusto adicional que, en resumidas cuentas, no es tal sino la mera traslación del versari a la teoría de lo injusto.

Porque, realmente, lo que pesa en toda la construcción analizada sigue siendo el «arranque inicial ilícito», o dicho de otro modo, que la acción inicial ya constituye un ilícito penal, un tipo doloso. Bien patente lo deja ver Hirsch cuando afirma: «Desde luego, todo delito culposo presenta ya en la acción un cierto grado de riesgo, lo que ocurre es que en los delitos calificados la acción peligrosa *ya constituye por sí sola un tipo doloso*, con un resultado, el del tipo básico, que posee una tendencia característica hacia la consecuencia más grave». A la luz de las consideraciones precedentes sobre la relación entre dolo de peligro y culpa de lesión, esta frase muestra el auténtico argumento que subyace a la postura de exigir imprudencia: *Se impone una pena superior a la que resultaría de añadir a la del delito doloso la del delito culposo porque la acción no observadora del cuidado objetivamente de-*

(96) LANGE, op. cit., pág. 255.

(97) JAKOBS, op. cit., págs. 37-38.

(98) SCHUBARTH, op. cit., pág. 770.

(99) Es significativo a este respecto el marcado segundo plano, por no decir desaparición, en que han quedado las antes habituales reflexiones sobre los efectos preventivo-generales de los delitos calificados por el resultado, en la moderna doctrina alemana, que exige al menos culpa respecto al resultado más grave. Ello es un indicio de que tal doctrina se siente convencida de haber logrado compatibilizar tales tipos con el principio de culpabilidad, de forma que no es preciso acudir a argumentos de prevención general que intenten justificar la violación de tal principio. Baste como prueba de ello MÜLLER-DIETZ, op. cit., págs. 14-15. Sintomático es también que sea en el marco de posturas abolicionistas, que piden la supresión sin más de los delitos calificados por el resultado, donde se ha planteado, tras la instauración de la exigencia de culpa, la virtualidad de los argumentos basados en la prevención general. Vid. JESCHECK y MEZGER, en *Niederschriften...*, op. cit., págs. 247 y 255, respectivamente. Naturalmente, como hemos visto, ellos siguen vigentes entre los que preconizan el mantenimiento de los delitos calificados por el resultado en su forma original.

bido ya es por sí, antes de realizar sobre ella el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido, ilícita penal.

Puesto que tal ilicitud penal previa ya se pena por su parte, su apreciación para configurar la pena del delito culposo de resultado, dando lugar a una pena superior a la suma de las del delito doloso y culposo normales, no es otra cosa que responsabilidad por el resultado.

Algunos autores, opuestos al mantenimiento de estos tipos calificados aun exigiendo imprudencia, en lugar de centrarse en la cuestión decisiva, la de si realmente existe un contenido de lo injusto adicional, ponen especial énfasis en quitar relevancia práctica a la exigencia de imprudencia. Jescheck, en especial, sostendrá que la realización del tipo básico doloso implica ya la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto a la consecuencia más grave, de forma que la exigencia de imprudencia queda reducida a la previsibilidad subjetiva de tal resultado más grave (100). Y estima este autor que, dada la precedente situación, y para acercar más estos tipos al principio de culpabilidad, se han adoptado dos tipos de medidas, exigir cada vez en mayor número de tipos imprudencia temeraria, y restringir la imputación objetiva del resultado exigiendo que éste sea consecuencia *inmediata* del delito base (101).

En mi opinión, las afirmaciones de estos autores han de entenderse como una mera expresión de una regla de experiencia general que no exige de probar la falta de observancia del cuidado objetivamente debido en el caso concreto (102), en coherencia con conocidas exigencias dogmáticas. La rápida réplica de Hirsch y Rudolphi (103) señalando que es preciso probar la inobservancia del cuidado objetivamente debido en cada caso en mi opinión es, en buena medida, superflua.

Sin embargo, la formulación reiterada de esa regla de experiencia general no supone, en contra de lo que piensan quienes la exponen, un menoscabo de las posturas que quieren mantener los delitos calificados exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave, sino más

(100) De diversas afirmaciones de Jescheck, en Lehrbuch y Niederschriften, se saca la conclusión de que, si bien a veces cuando afirma que todo queda reducido a la previsibilidad del resultado, alude a la previsibilidad subjetiva, en otros supuestos parece aludir también a la objetiva, idea esta última que se contradice con la simultánea observación que hace en todo momento, de que la lesión del deber de cuidado se da con la mera realización del tipo doloso, pues la lesión del deber de cuidado contiene dentro de sí la previsibilidad objetiva. Vid. JESCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 209-210, 463-464, 232, 234 y, del mismo autor, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 249-250. Además, lo ya citado antes respecto a su postura secundaria de sólo exigir causalidad adecuada. Aluden igualmente a la reducción práctica de la exigencia de imprudencia a la previsibilidad subjetiva, STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 1., 3. Auflage. Carl Heymans Verlag, pág. 297; MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 495, mencionando una sentencia del Bundesgerichtshof en tal sentido.

(101) JESCHECK, *Lehrbuch...*, op. cit., págs. 210, 234, 467. Véase lo ya dicho respecto a estas dos actitudes.

(102) Vid. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal.* Traducción de José Cerezo Mir. Ariel, 1964, págs. 72-73.

(103) Vid. HIRSCH, op. cit., pág. 73, nota 44 a, y RUDOLPHI, op. cit., página 155.

bien lo contrario. Efectivamente, esa afirmación va en la línea, aunque no llega hasta allí, de reconocer que en el tipo básico doloso va inserto siempre un peligro respecto al resultado más grave. Es más, en el fondo resulta contradictorio que Hirsch y Rudolphi se hayan apresurado a minimizar la regla de experiencia general que vincula al tipo básico doloso la inobservancia del cuidado objetivamente debido respecto al resultado más grave, pues si estos autores estiman (104) que en el tipo básico doloso se da una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, eso ya contiene dentro de sí el juicio de previsibilidad objetiva e implica, por tanto, la conformación de una buena parte de los elementos que presuponen el juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido. Incluso podría llegarse a aceptar que con tal situación ya se sobrepasa, dado que estamos en una acción básica por sí ya delictiva, el riesgo permitido (105).

Es decir, y aunque pudiera parecer lo contrario, la insistencia en que el tipo básico doloso implica ya la inobservancia del cuidado objetivamente debido supone una aproximación a las tesis que consideran justificable la existencia de los delitos calificados por un resultado culposo con penas que responden a la existencia de un contenido de lo injusto adicional a los de los delitos doloso y culposo normales concurrentes.

III. LA SUPRESION DE LA CALIFICACION POR EL RESULTADO MAS GRAVE CULPOSO, Y LA REALIZACION DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Un importante sector doctrinal alemán no duda en afirmar que la vigencia del principio de culpabilidad sólo puede asegurarse suprimiendo totalmente los delitos calificados por el resultado (106). Postura que, a la luz de los razonamientos antes expresados, comparto.

(104) Y *exigen*. De ahí que la referencia al caso concreto sigue siendo válida.

(105) Y ya no digamos si, como han afirmado estos autores, al tratar del problema de la imprudencia temeraria, se considera que la culpa de lesión está contenida plenamente en el dolo de peligro.

No podemos dejar de mencionar en este contexto las posturas de GÖSSEL, op. cit., pág. 232-239 y SEEBALD, *Teilnahme am erfolgsqualifizierten...*, op. cit., páginas 166-167, que consideran a la totalidad del delito calificado por el resultado como un delito culposo, de forma que la realización dolosa del tipo base no sería más que la inobservancia del cuidado objetivamente debido, sólo que tipificada y constitutiva del desvalor de acción del delito culposo, siendo la consecuencia más grave el resultado de lesión o de peligro constitutivo del desvalor de resultado.

Estas posturas, sin duda rechazables, desde distintos puntos de vista, llevan, sin embargo, a sus últimas consecuencias la idea de que con el tipo básico doloso se da normalmente la inobservancia del cuidado objetivamente debido, hasta el punto de que, de un modo sin duda dogmáticamente incorrecto, no consideran preciso atender a las circunstancias del caso concreto, bastando con las reglas generales de experiencia concretadas en un tipo. Vid. una crítica a tales posturas atendiendo a otros factores en HÄNLE, op. cit., págs. 46-50.

(106) Vid. *Alternativ-entwurf...*, op. cit. *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, 1970, pág. 45; STRATENWERTH, *Tendencias y posibilidades de una*

Con ello no se ha acabado la discusión, sin embargo. Hay que comprobar, por un lado, si todos los autores entienden por supresión de los delitos calificados lo mismo, y por otro lado, cuáles debieran de ser los modos de proceder jurídico-penalmente ante las conductas que ahora se incluyen en las calificaciones por el resultado más grave.

Respecto a lo primero, hay que tener bien presente el concepto de delito calificado por el resultado del que parte el Proyecto Alternativo alemán, y que también defienden Art. Kaufmann y Stratenwerth. Según el Proyecto Alternativo, estaremos ante delitos calificados por el resultado si la calificación se aprecia cuando se da respecto a ella caso fortuito o culpa inconsciente, pero no en los supuestos en que se aprecia con culpa consciente. En ese sentido, Kaufmann dirá que en el par. 56 alemán se puede hablar de delitos calificados por el resultado sólo en la medida en que se abarca la culpa inconsciente (107).

Este autor nos dirá que la completa realización del principio de culpabilidad se logra sólo si, además del dolo referido al tipo básico, se exige la conciencia de la causalidad adecuada en relación a la consecuencia más grave; esto es, conciencia de que la conducta es apta para producir resultados cuestionables. Así, pues, dice, se exige un doble dolo: Dolo de lesión respecto al primer resultado, y dolo de peligro respecto al segundo, *o lo que es lo mismo*, dolo para el delito base, y culpa consciente respecto al resultado más grave (108).

A su vez, Stratenwerth considera que la culpa consciente de lesión respecto al resultado más grave se abarca en el dolo de peligro, de forma que el agresor consciente de la creación de un peligro de lesión grave merece mayor pena (109). Los delitos calificados, dirá, son aquéllos en que la producción de una consecuencia más grave agrava la pena, no siendo tal consecuencia abarcada por el dolo: Tales supuestos son sólo los de presunción de dolo, y tal presunción se da si al autor que produce un resultado más grave culposamente en el sentido del par. 56 (por tanto eventualmente sólo con culpa inconsciente) se le pone pena más alta por suponer que ha actuado con auténtico dolo (110).

Con tales planteamientos, ambos autores pasan a defender un tipo propuesto en el Alternativo en el que, según palabras de tal Proyecto,

reforma del Derecho penal, en *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, página 46; SCHUBARTH, op. cit., págs. 762-763; JESCHECK, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 248; NOLL, *Diskussionsvotum an der Strafrechtslehrtagung vom 21. bis 23. Mai 1964 in Hamburg*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 1964, pág. 711; SCHNEIDER, *Par. 56 StGB und die Strafrechtsreform*. Juristische Rundschau, 1955, pág. 415, entre otros.

(107) *Alternativ-entwurf...*, *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, op. cit., pág. 49; KAUFMANN, op. cit., págs. 244-245.

(108) KAUFMANN, op. cit., págs. 240-245, y, del mismo autor, en *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1970 in Regensburg*, de Jürgen Meyer. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1971, pág. 276.

(109) El primer uso del término «lesión» alude a lesión del bien jurídico, el segundo, a delito de lesiones.

(110) Vid. STRATENWERTH, *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1970 in Regensburg*, op. cit., págs. 275-276.

existiendo un dolo de maltrato o lesión, se produce un resultado de lesión grave con dolo eventual o culpa consciente respecto a él. Este tipo, sigue el Proyecto Alternativo, que es un delito de resultado cometido con dolo de peligro, se distingue del delito de resultado cometido con dolo directo; en ambos casos, el dolo directo y el dolo de peligro van referidos al resultado de lesiones graves. No basta con la producción de un mero riesgo (111).

Kaufmann y Stratenwerth dirán que el tipo en cuestión, el par. 110 Abs. 2 del Proyecto Alternativo, no es un delito calificado porque no abarca la culpa inconsciente. Se trata, dice Stratenwerth, de un tipo que exige una lesión dolosa del tipo base, y una culpabilidad menor, es decir dolo de peligro, o lo que es lo mismo, dolo eventual o culpa consciente, respecto a la consecuencia más grave, si bien Kaufmann dirá que en realidad el dolo eventual no es dolo de peligro sino dolo de lesión, de forma que el auténtico dolo de peligro coincide con la culpa consciente (112).

Discrepo de la pretensión de dejar reducidos los delitos calificados por el resultado a aquéllos en que basta el caso fortuito o la culpa inconsciente, refiriéndose la petición de supresión sólo a estos supuestos.

Ante todo, como señala Hirsch, se parte de un concepto de delito calificado por el resultado distinto al absolutamente mayoritario en la doctrina, con lo que la propuesta de supresión de tales tipos no es tal, al menos a tenor de los conceptos doctrinales habituales, sino una mera reducción de su ámbito (113). En segundo lugar, como también dirá Hirsch, la pretensión de graduar la mayor o menor culpabilidad de los delitos imprudentes, de forma que en el primer caso está justificado mantener una regulación específica, en función de si la culpa es consciente o inconsciente, ignora que muchas veces es más grave la culpa inconsciente, ya que el autor ni siquiera se plantea la posibilidad del resultado más grave. El criterio de graduación ha de ser la temeridad, como hace el legislador en los delitos culposos normales (114).

Por otro lado, si estos autores fueran consecuentes, deberían renunciar a la producción del resultado material más grave, y confor-

(111) *Alternativ-entwurf...*, *Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person*, op. cit., págs. 48-49.

(112) KAUFMANN, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 276; STRATENWERTH, *Tagungsbericht...*, op. cit., págs. 275-276.

(113) HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 70 y, del mismo autor, *Tagungsbericht. Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 1970 in Regensburg*, op. cit., pág. 278. En la misma línea, SIMSON, *Der Alternativentwurf zu den Straftaten gegen die Person*, *Juristenzeitung*, 1970, pág. 571.

(114) HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 73. Este autor, en todo caso piensa que, en la tesis que critica, los supuestos de culpa inconsciente quedan asumidos en el tipo básico doloso. Tal conclusión, condicionada por sus propias posturas ante los delitos calificados, no corresponde a la opinión de los autores criticados. En tales supuestos acuden al concurso ideal entre el tipo básico doloso y el tipo imprudente de culpa inconsciente. Vid. STRATENWERTH, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 276.

marse, dado el dolo de peligro, con la producción del resultado de peligro, como indica Hirsch (115).

No obstante, hay en mi opinión, al margen de los argumentos precedentes, sin duda muy dignos de consideración, otro que atiende directamente al núcleo del problema. Hay que poner de relieve que tanto Kaufmann, como Stratenwerth, y el propio Proyecto Alternativo, realizan una serie de equiparaciones que estimo dogmáticamente incorrectas: Así, no puede afirmarse, como hace Kaufmann, que la conciencia de la causalidad adecuada sea lo mismo que la culpa consciente de lesión, pues parece claro que para llegar al juicio de inobservancia del cuidado objetivamente debido han de intervenir elementos normativos que se han de sumar al juicio de previsibilidad objetiva (116). De modo especial, no se pueden equiparar, como hacen Stratenwerth, Kaufmann y el Proyecto Alternativo, la culpa consciente de lesión y el dolo de peligro (117). Y tampoco es insertable en el concepto de dolo de peligro el concepto de dolo eventual, como hace Stratenwerth. Estas, en mi opinión, confusiones dogmáticas, de modo destacado la segunda, son las que han promovido una actitud que ha creído posible excluir del concepto de delito calificado por el resultado a los supuestos de culpa consciente respecto al resultado más grave pensando que en tales casos no se estaba ante una mera combinación de un delito doloso y otro culposo, sino ante una combinación dolo-dolo que justificaba una pena superior a la resultante de la combinación dolo-culpa (118). Sin embargo, dado que culpa consciente de lesión o dolo de peligro no se identificaban, la imposición en los supuestos aludidos de una pena superior a la suma del delito doloso y culposo nos retrotrae a la responsabilidad por el resultado.

Hecho este inciso, vamos a analizar a continuación los dos modos de proceder jurídico-penalmente que se han propuesto respecto a las conductas ahora insertas en los delitos calificados por el resultado.

La actitud que, con mucha diferencia, ha tenido un mayor eco en la doctrina abolicionista es la que propugna acudir a un concurso ideal de delitos entre la conducta básica dolosa y la culposa referida al resultado

(115) HIRSCH, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 279. Si bien la exigencia de resultado material tiene «cierta» lógica si se incluye en el dolo de peligro la culpa consciente de lesión. Hirsch, a su vez, hace otras críticas intrasistemáticas, al recordar a los del Alternativo que se contradicen en la solución dada en el par. 110 abs. 2, con su actitud en el delito culposo en general, donde no distinguen en sí el resultado se abarca con culpa consciente o inconsciente. Y también son incoherentes con la actitud tomada en el par. 100, que incluye la muerte dolosa eventual en el tipo de muerte dolosa en general, a diferencia de lo que hacen en par. 110. Vid. HIRSCH, *Hauptprobleme einer Reform des Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit*. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 1971, pág. 159, nota 36 y, del mismo autor, *Tagungsbericht...*, op. cit., pág. 279.

(116) Vid. WELZEL, op. cit., págs. 71 y ss.

(117) Vid. las definiciones recogidas precedentemente de estos conceptos, y la bibliografía allí citada.

(118) No se olvide por otra parte que, como hemos visto en el primer apartado de este trabajo, la mera combinación dolo-dolo no justifica sin más una pena superior a la resultante de penar los dos delitos dolosos por separado. Pero éste no es el problema ahora.

más grave. Esta solución, ya propuesta de antiguo por Radbruch entre otros, parece a estos autores que sólo puede adoptarse si se abandona previamente el principio de absorción como criterio determinante de la pena en el concurso ideal, principio que, actualmente, y desde hace tiempo, rige en el Código penal alemán (119).

Según tal principio, formulado ahora en el par. 52, la pena a imponer se obtiene del marco penal del precepto con pena mayor, marco penal que se puede recorrer en toda su extensión con la única salvedad de que no se puede imponer una pena que quede por debajo del límite mínimo de los marcos penales del otro u otros preceptos aplicables (120). Efectivamente, tal principio, que lleva a que el marco penal en el que se ha de aplicar la pena sea sustancialmente idéntico al del delito más grave concurrente, parece no ajustarse bien, según estos autores, a unas conductas que, si bien no poseen un contenido de lo injusto adicional al del delito doloso y culposo concurrentes, sí que constituyen conductas merecedoras de mayor pena que la imponible al delito básico doloso por sí solo, no habiendo razones que justifiquen la imposición de una pena que no atienda a toda la medida de la culpabilidad.

Naturalmente, que en Alemania toda propuesta de acudir al concurso ideal presuponga, *de lege ferenda*, la modificación de las reglas de éste, es un importante lastre que los autores que no comparten la idea de suprimir los delitos calificados no dejan de resaltar, recordando que tampoco la nueva Parte General del Código penal alemán se ha decidido a prescindir del principio de absorción (121). Hecho incontestable que sólo palian afirmaciones como las de Schubarth que hacen notar que si las reglas de resolución del concurso ideal dan lugar a resultados insatisfactorios lo que procede es cambiar tales reglas, pues es obvio que las críticas relativas a los inadecuados marcos penales resultantes de la aplicación del concurso ideal van contra las reglas del concurso ideal y no contra la supresión de los delitos calificados (122).

Se han sucedido, por consiguiente, las propuestas de formulación de nuevas reglas resolutorias del concurso ideal inspiradas en el principio de la exasperación, y que pretenden que el marco penal aplicable contenga un límite máximo superior al del marco penal del delito más grave (123). Propuestas que, en la medida en que han sido motivadas por

(119) Son partidarios de esta solución, propugnando la modificación del principio que regula el concurso ideal en Alemania, *Alternativ-entwurf... Besonderer Teil...*, op. cit., pág. 45; MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 255-257; JESCHKE, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 248; STRATENWERTH, *Tagungsbericht...*, op. cit., págs. 275-276; SCHUBARTH, op. cit., págs. 763, 776; NOLL, op. cit., página 711; SCHNEIDER, op. cit., pág. 415; KOFFKA, op. cit., págs. 244-245, parcialmente, entre otros.

(120) Vid. *Strafgesetzbuch mit den wichtigsten Nebengesetzen*, 47. Auflage. Verlag C. H. Beck, 1979.

(121) Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 67-68, y del mismo autor, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-161; F. C. SCHROEDER, op. cit., página 134; MAURACH-ZIPP, op. cit. pág. 496.

(122) Vid. SCHUBARTH, op. cit., págs. 772-773, 776.

(123) El Proyecto alternativo proponía, en par. 64, que este límite máximo fuera el resultante de añadir al límite máximo del marco penal del delito más

el deseo de suprimir los delitos calificados por el resultado, han sido criticadas por conllevar una elevación de las penas en los supuestos normales de concurso ideal por razones ajenas a ellos mismos (124).

Es importante hacer notar que este grave inconveniente con el que tropiezan los partidarios de la supresión de los delitos calificados en Alemania (125), no existe en España. Nuestro Código ha seguido de antiguo el principio llamado de la combinación, según el cual se impone la pena del delito más grave en su grado máximo (126), que, entre otras ventajas que enseguida veremos, logra evitar los inconvenientes del principio de absorción relativos a la remisión, sin más matizaciones sustanciales, al completo marco penal del delito más grave, sin necesidad para ello, por otra parte, de acudir al principio de la exasperación. El Proyecto de Código penal español de 1980 ha tenido el buen criterio de adoptar esencialmente el mismo sistema en el artículo 88, con la salvedad de que ya no remite, como el Código vigente, al tercio superior del delito más grave, sino a su mitad superior (127).

Ha sido Jescheck el que se ha ocupado con más detenimiento, una vez presupuesta la adopción del principio de exasperación, de analizar las consecuencias a que la valoración de las conductas estudiadas a través del concurso ideal, originaría en Alemania. Estima que en lo referente al límite máximo de los marcos penales resultantes, se llega a soluciones satisfactorias: Ciertos delitos graves pasarían a ser menos graves, lo que es correcto pues los delitos calificados no pueden catalogarse entre las conductas más graves, dadas sus limitaciones respecto al dolo. En general, el límite máximo sería menor que el exigido en los delitos calificados, aunque no siempre; en todo caso, los resultados coincidían con las conveniencias político-criminales, como lo demuestra el desuso por la jurisprudencia de ciertos niveles de pena. En dos supuestos habría problemas, dado que la calificación no es un delito independiente ni doloso ni culposo, o lo es sólo doloso; Jescheck pretende solucionar el problema, sea afirmando que la pena del tipo doloso ya es suficientemente alta, sea acudiendo al recurso de los «casos especialmente graves».

Ahora bien, en lo que concierne a los límites mínimos, Jescheck ha de reconocer que la situación deja de ser satisfactoria, pues los marcos

grave, la mitad de este límite. Vid. *Alternativ-entwurf..., Allgemeiner Teil...*, op. cit., págs. 122-125. JESCHECK, *Niederschriften...*, Anhang nr. 59. op. cit., página 163, propuso en las deliberaciones del Proyecto alemán de 1962, que el límite máximo del marco penal del delito más grave pudiera duplicarse, al igual que el Ministerio de Justicia Federal. *Niederschriften...*, Anhang nr. 63, op. cit., página 191.

El Código suizo vigente asume el principio de la exasperación y admite elevar la pena hasta la mitad de la cifra máxima del marco penal del delito más grave. Vid. su artículo 68 en «Code Penal Suisse». Chancellerie Federale, 1978.

(124) Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 67-68. Obviamente ahora no podemos ocuparnos de cuál sea, de modo general, el criterio resolutor del concurso ideal más adecuado.

(125) No en Suiza, como hemos visto.

(126) Vid. art. 71.

(127) Vid. *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, op. cit.

penales quedan muy rebajados respecto a los de los actuales delitos calificados, y a lo que es realmente procedente. Jescheck, en los supuestos político-criminalmente insostenibles, propone acudir al recurso de los «casos especialmente graves», debiendo citar expresamente la ley, como ejemplo de tales, al «resultado culpable»; así, dice este autor, en estos casos el problema de los delitos calificados pasa a ser un problema de medición de pena, teniendo el juez el suficiente arbitrio para abarcar las peculiaridades de los casos aislados (128). Mezger, que también ve el problema, considera, aunque sin demasiada convicción, que se podría evitar elevando de modo general las penas mínimas de los tipos en cuestión (129). El problema, sin embargo, que también existe en Suiza dada la concreta formulación del principio de exasperación vista, intenta ser minimizado por Schubarth (130), señalando que no se ha probado que los límites mínimos altos tengan efectos preventivos mayores que la punición en cuanto tal, y que tales límites mínimos altos a veces llevan a penas no deseadas, en vez de aliviar la medición de pena.

Las críticas a los resultados que conlleva el concurso ideal regido por la exasperación no se han hecho esperar, centrándose fundamentalmente en los bajos límites mínimos a que da lugar, que se considera no reflejan adecuadamente ni el contenido de lo injusto y la culpabilidad, ni las exigencias político-criminales de estas conductas, ni siquiera desde el punto de vista de los partidarios de la supresión de los delitos calificados por el resultado, debiendo acudir a diversos recursos adicionales para obviar tal inconveniente (131).

Tales recursos adicionales, evidentemente, no son convincentes. Como dice Hirsch, la propuesta de elevar el límite mínimo del tipo básico doloso de modo general para así, llegado el caso, incluir satisfactoriamente los delitos calificados en él a través del concurso ideal por exasperación, supone elevar injustificadamente las penas de los supuestos leves del tipo básico doloso (132). Y el acudir a los «casos

(128) Vid. JESCHECK, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 246-248.

(129) Vid. MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 255.

(130) Vid. SCHUBARTH, op. cit., pág. 774.

(131) Así DREHER, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 252; MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 255; SCHAFHEUTLE, op. cit., pág. 259; BALDUS, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 256; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, op. cit., pág. 245.

HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 68, como muestra de los resultados insostenibles a los que se llega, y queriendo contrarrestar los resultados de Jescheck, más optimistas, aunque también los considera inadmisibles, afirma que si nos ajustamos a las reglas del concurso ideal por exasperación y a las penas propuestas en los delitos pertinentes, todo ello del Proyecto Alternativo, se observa que en ocasiones el límite máximo de la pena del Alternativo coincide con el límite mínimo del delito calificado por el resultado del vigente StGB; otras veces, y con cierta frecuencia, el límite mínimo son multas o penas privativas de libertad ínfimas, con el consiguiente daño al efecto preventivo de la pena y renuncia a orientar a la administración de justicia.

Sin negar la fundamentación de las críticas de Hirsch, como enseguida veremos, no hay que olvidar, en todo caso, que el Proyecto alternativo no quiere llegar a los mismos niveles penales que los actuales delitos calificados, precisamente porque niega que haya un injusto adicional a la suma del delito doloso y culposo (al menos con culpa inconsciente).

(132) HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 69.

especialmente graves» ha recibido un aluvión de críticas, de la que no es la menor la de que con ello lo único que se logra es trasladar inalterada la problemática de los delitos calificados al ámbito de la medición de la pena, donde se volverán a plantear los mismos problemas que se quieren presumiblemente evitar con la supresión de estos tipos, con el inconveniente adicional de que la medición de pena es un ámbito mucho más sensible a la responsabilidad por el resultado (133).

Efectivamente, creo que el defecto de los límites mínimos de los marcos penales resultantes del concurso ideal resuelto por la exasperación, es de gran entidad. No obstante, es un defecto fácilmente resoluble sin salirse del concurso ideal, y aun del principio de la exasperación. Los autores alemanes abolicionistas han pasado por alto que tan importantes o más que los límites máximos, que eran los que a ellos fundamentalmente les preocupaban dado que criticaban el principio de absorción, son los límites mínimos, y que cabe formular reglas de concurso por exasperación que recorten por abajo el marco penal resultante, sin que ello deba generalizarse a los marcos penales de los tipos en cuestión cuando no estén en concurso.

De nuevo la situación española es notablemente mejor. En el Código penal vigente, como en el Proyecto de 1980, el límite mínimo resultante de las reglas de concurso siempre será más alto que el del delito más grave cuando no esté en concurso ideal (134). Las críticas centradas, por tanto, en el límite mínimo resultante no nos afectan.

Si, por otra parte, y sin ánimo de ser exhaustivos, ponemos en práctica las reglas de concurso del Proyecto, y comparamos los marcos penales resultantes con los propuestos para los delitos calificados por el resultado, teniendo siempre bien presente que, como ya hemos dicho, con concurso ideal las penas han de ser menores, ya que no se acepta la hipótesis de que los delitos calificados poseen un contenido de lo injusto adicional, observamos que se llega a resultados satisfactorios, tanto en los límites mínimos como en los máximos. Así, en supuestos de lesión con resultado de muerte, el tipo calificado establece penas que pueden ir de cuatro a ocho años o de dos a cuatro años, a tenor de los artículos 173 y 155: Si acudimos al concurso ideal, y partimos del supuesto más grave, esto es, mutilación de propósito del artículo 169 y homicidio culposo por imprudencia grave, del artículo 175, la pena será de seis años y seis meses a ocho años. Si partimos de una

(133) Y más teniendo en cuenta que estos autores, al suprimir delitos calificados suprimen también el par. 18.

Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 68, 69, 75, 77; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 134; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, op. cit., pág. 245; DREHER, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 252-253; BALDUS, op. cit., pág. 256.

Dado que la problemática de los «casos especialmente graves» está alejada de los planteamientos de nuestro actual Código penal, y del Proyecto de 1980, no voy a insistir en la abrumadora crítica que se ha hecho a esta pretendida corrección de los resultados del concurso ideal, crítica por lo demás convincente. Además, como ahora veremos, en España obviamos los problemas del límite mínimo sin necesidad de acudir a estos recursos.

(134) Vid. artículo 71 del Código penal vigente y artículo 88 del Proyecto de Código penal de 1980.

lesión grave del artículo 167 y un homicidio culposo por imprudencia grave del artículo 175, la pena será de cuatro a seis años. Si partimos de una lesión del artículo 166, y un homicidio culposo por imprudencia simple del artículo 175, que es el supuesto prácticamente menos grave (a reserva del último inciso del artículo 166), la pena será, cuando más, de quince meses a dos años. Como se puede apreciar, resultan unos marcos penales que no son en absoluto objetables en lo que respecta a los límites mínimos, y, todo lo más, son susceptibles de crítica, aunque de escasa consideración, respecto a sus límites máximos, mostrando por lo demás los marcos penales una muy conveniente graduación según la gravedad de la conducta, graduación que quedaba reducida, y en todo caso al arbitrio del juez, en el delito calificado por el resultado (135).

Si atendemos al delito calificado del artículo 183 del Proyecto, de detención ilegal, raptó o secuestro con resultado de muerte, y que conlleva una pena de quince a veinte años, observamos que propone un marco penal considerablemente más alto que el del concurso ideal que, en el mejor de los casos, artículos 181, 2.º inciso, 1.ª parte, artículo 182, y artículo 175, 1.º párrafo, 1.º inciso, no pasa del marco penal de once a doce años. Sin embargo, ello no lo considero ningún demérito, dado que la elevada pena del artículo 183, totalmente desproporcionada con el contenido de lo injusto a que alude, no es más que una reminiscencia, remozada, del insostenible delito de sospecha del artículo 483 del Código penal vigente.

Las comparaciones hasta ahora hechas, sin ser exhaustivas, nos van confirmando en la idea de que el concurso ideal es una buena alternativa a los delitos calificados por el resultado, en el contexto del Proyecto de Código penal español de 1980. Por lo demás, en los presu-

(135) Si atendemos a los supuestos de lesión con resultado de lesión más grave, y teniendo presente que esta calificación por el resultado queda en buena medida, pero no totalmente, desprovista de contenido, dado el delito determinado por el resultado del artículo 167, 2.º, siempre que se le siga considerando un caso de dolo genérico, la pena del delito calificado, si, por ejemplo, la lesión más grave resultante fuera una del artículo 169 no contenida en el artículo 167, 2.º, sería de dos años y seis meses a cinco años; o de un año y tres meses a dos años y seis meses. Con el concurso ideal, si la lesión dolosa fuera la del artículo 166, y la imprudencia grave, pena de 15 meses a dos años; con imprudencia leve, lo mismo salvo último inciso del párrafo dos, y párrafo tres del artículo 88; si la lesión dolosa fuera la del artículo 168, y la imprudencia grave o leve, pena de cinco a siete años. Los marcos penales resultantes son satisfactorios sin ninguna duda; incluso en este último supuesto, pues dado el elevado contenido de lo injusto que posee la conducta dolosa básica, la pena del delito calificado resulta baja. A soluciones también satisfactorias se llega con el concurso ideal, si el resultado más grave culposo es la producción de una deformidad importante, único supuesto del artículo 168, que, dada la vigencia del dolo genérico del artículo 167, 2.º, podría dar lugar a un delito calificado a tenor del artículo 173 (a reserva de sí, como hace parte de la doctrina, en el «de propósito» se entiende sólo dolo directo).

SUÁREZ MONTES, *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1981. Págs. 795 y ss., considera que el art. 173 del Proyecto no recoge un delito calificado por el resultado más grave, sino un homicidio y unas lesiones preterintencionales.

miblemente escasos supuestos en que no se llegara a resultados satisfactorios, lo que procedería sería, dado el contexto *de lege ferenda* en que nos movemos, realizar un ajuste de los marcos penales afectados. antes que comprometer el avance que supone, de cara al principio de culpabilidad, la supresión de los delitos calificados.

No ha de olvidarse, asimismo, lo acertada que resulta la salvedad, ya existente en el artículo 71 del Código penal español vigente y que perdura en el artículo 88 del Proyecto, que prohíbe imponer, como consecuencia de las reglas de concurso, una pena superior a la suma de las penas de los delitos por separado. En el ámbito de nuestras preocupaciones eso implica recoger explícitamente la prohibición de apreciar un injusto adicional a la suma del delito doloso y culposo.

De las otras críticas que se han hecho a la sustitución de los delitos calificados por el resultado por las reglas generales del concurso ideal (136), hay una que merece ser reflexión: Según ella, la solución del concurso ideal se ve imposibilitada de funcionar si la conducta calificada no es por sí sola delito, o lo es únicamente si es dolosa (137). Como tuvimos ocasión de ver, en el Proyecto de Código penal español de 1980 tal situación se presenta en los artículos 163 p. 2, 299 p. 3 y 300 p. 2, pues la conducta creadora de un peligro concreto para la vida o salud de la embarazada, o la que pone en peligro concreto la salud o vida del menor, o la salud o moralidad de éste, no constituyen delitos independientes, en los artículos 462, 466..., entre otros.

Evidentemente, una posible solución del problema, ya propuesta por Jescheck (138), sería considerar que la pena del tipo básico doloso ya es suficientemente alta y dejar impune, al destipificarla, la conducta calificada en estos casos.

(136) Así, HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 69 y, del mismo autor, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-161; F. C. SCHROEDER, op. cit., pág. 134, aluden a que en Alemania, si se suprimen los delitos calificados, el delito de lesiones graves culposas quedaría impune, situación que, aparte de la solución parcial que SCHUBARTH, op. cit. págs. 772-773, da desde dentro del Código penal alemán, en España tiene perfiles bien distintos, pues, como hemos visto en Nota anterior, el Proyecto contempla las lesiones graves culposas cabiendo concurso ideal con lesiones dolosas, a salvo siempre el ámbito de acción del delito determinado por el resultado del artículo 167, 2.º.

La crítica de HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., págs. 70-71, y, del mismo autor, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-61; y KOFFKA, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 257, a la que dieron pie unas afirmaciones de MEZGER, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 255, 257, y consistente en tachar de incoherentes a los partidarios de la supresión de los delitos calificados por no aceptar calificaciones culposas que se penen con pena superior a la suma del delito doloso y culposo, mientras que sí aceptan calificaciones dolosas, ya constitutivas por separado de un delito doloso independiente, y con penas superiores a la suma de los dos delitos dolosos por separado, señalando, así, que si fueran coherentes no debieran aceptar la figura del robo con violencia o intimidación, sino propugnar un concurso ideal entre hurto y coacción, tal crítica, digo, aparte de merecer ciertas objeciones hechas por SCHUBARTH, op. cit., págs. 773-774, dentro del propio contexto alemán, ignora que una cosa son los delitos complejos y otra los delitos calificados por el resultado.

(137) Vid HIRSCH, *Hauptprobleme...*, op. cit., págs. 160-161. JESCHECK, como ya hemos hecho notar, también ha visto el problema.

(138) Vid *supra*.

Veamos, sin embargo, otro modo de proceder jurídico penalmente, referido a las conductas que se insertan en los delitos calificados por el resultado, y que también hace suya la idea de suprimir estos tipos. Quizá ella nos aporte soluciones que pudieran complementar a la del concurso ideal, solución esta última que desde luego se perfila como muy adecuada en el contexto del Proyecto de Código penal español de 1980.

Lange considera que, aunque la solución del concurso ideal no contradice el principio de culpabilidad, hay que ir más lejos: En los delitos calificados, lo injusto de tales conductas está en el peligro doloso en ellas existente, debiendo ser su principio básico la inclusión de tal peligro doloso culpable. No se pena más porque junto a la responsabilidad dolosa haya otra culposa, sino porque se actúa sin tener en cuenta el riesgo. Y no se ha de creer que mezclamos los conceptos de lesión y peligro si creamos un tipo de lesión que abarque también la tendencia adicional de poner en peligro ulteriores bienes jurídicos. Se debería procurar crear tipos como el par. 223 alemán, en la medida en que alude a comportamientos peligrosos para la vida partiendo de un delito de lesiones (139).

Gallas, por su parte, que mantiene una doble postura en esta cuestión, manteniendo para algunos supuestos los delitos calificados exigiendo una imprudencia calificada o especial, y suprimiéndolos en otros casos en función de la idea de peligro, estima, en esta segunda alternativa, que se debería, partiendo del delito base doloso, aludir a la peligrosidad de tal tipo para la vida, exigiéndose dolo respecto a ese peligro, que justificaría una pena más alta (140). Asimismo, Blume

(139) LANGE, *Niederschriften...*, op. cit., págs. 255-256, 259. Esta postura de Lange está ya casi totalmente desembarazada, probablemente por moverse en un contexto de «lege ferenda», de los defectos dogmáticos existentes en sus posturas precedentes de interpretación de los delitos calificados por el resultado del Código penal alemán a la luz de la introducción en 1953 del artículo 56 que exigía culpa.

Tales interpretaciones, formuladas en *Koblrusch-Lange. Strafgesetzbuch*. 42. Auflage. Walter de Gruyter. 1959, págs. 211 y ss., tuvieron una gran trascendencia ya que a partir de ellas desarrolló Oehler, más allá de lo pretendido por Lange, su idea de que la peligrosidad de la acción básica era la que dotaba de un mayor contenido de lo injusto y de la culpabilidad a estas conductas, lo que luego, con modificaciones sobre todo en función del concepto personal de lo injusto, se convirtió en opinión mayoritaria. Sin embargo, como digo, adolecían de graves defectos ya que, con la pretensión inmediata de sustituir en estos casos la teoría causal de la equivalencia de las condiciones por la de la causalidad adecuada equiparaba el juicio de causalidad adecuada con el de inobservancia del cuidado objetivamente debido y a renglón seguido éste con el juicio de peligro, terminando por afirmar la existencia de un dolo de peligro respecto al resultado más grave en todos los supuestos. En realidad, tal interpretación ya la empezó a esbozar en *Der gemeinegefährliche Rausch. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939, pág. 583, nota 47. Criticaron esas equiparaciones, aunque sólo parcialmente, pues se siguió dando por buena, entre otras, la confusión entre culpa consciente de lesión y dolo de peligro MEZGER, *Leipziger Kommentar*, op. cit., págs. 428b-428c; MÜLLER-DIETZ, op. cit., pág. 17; OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als...*, op. cit., págs. 517-518; SEEBALD, op. cit., págs. 165-166.

(140) GALLAS, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 257.

(141) sostendrá que la regulación legal debería partir de la magnitud del riesgo en que el autor pone culpablemente a sus víctimas, con independencia del resultado producido, y Schneider manifestará que la idea fundamental de estas figuras debiera ser el peligro producido dolosamente, desligado del resultado más grave producido, proponiendo reducir toda la casuística de los delitos calificados por el resultado a dos figuras, un tipo genérico de peligro individual y un tipo genérico de peligro colectivo, debiéndose castigar más duramente la causación culposa del resultado más grave de lesión a través de un concurso ideal que agudice las penas (142).

Tales posturas han recibido críticas variadas de los autores que abogan por el mantenimiento de los delitos calificados exigiendo imprudencia respecto al resultado más grave. Así, se ha dicho que tales estructuras de peligro obligarían a describir muy precisamente la acción peligrosa, y que todo tipo de peligro presupone siempre un cierto pronóstico ulterior que no siempre se logra correctamente (143). Sorprende, sin embargo, tal objeción y más de los que se declaran partidarios de los delitos calificados con exigencia de imprudencia, pues son ellos los que más han insistido en que la acción peligrosa se superpone con la acción del tipo básico de resultado material, acción ésta que ha de estar necesariamente bien descrita. De ahí que baste con aludir a que con tal acción se cree una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave.

Se alega también que los tipos de peligro conllevan una ampliación de la punición, cosa que el legislador sólo hace si el delito de lesión no basta para la protección (144). Ciertamente, se amplía el ámbito de lo punible pero, como decíamos antes, eso no debe preocupar a quienes dan tanta importancia al resultado más grave como para justificar un delito calificado, pues con la estructura de peligro se trata de asegurar la no producción de ese resultado más grave. Además, la pena será menor que la de los delitos calificados, ya que sólo se valorará el contenido de lo injusto del peligro.

Las afirmaciones de algún autor relativas a que esta solución no resuelve nada, pues lo que preocupan son los supuestos en que se produce el resultado más grave (145), muestran cómo en el fondo se sigue trabajando con la idea de la responsabilidad por el resultado. Lo que ha de interesar no es el resultado, sino la correcta valoración de lo injusto y la culpabilidad de tal comportamiento, y allí se ha de integrar el resultado (146).

(141) BLUME, *Erfolgstrafrecht heute?*. Neue Juristische Wochenschrift, 1965, págs. 1261-1262.

(142) SCHNEIDER, *Par 56 StGB und die Strafrechtsreform*, Juristische Rundschau, 1955, págs. 414-415.

(143) Vid. BALDUS, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 258; KRILLE, *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*. Allg. Teil. 2. Band. Bonn, 1958, pág. 257.

(144) Vid. HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 72.

(145) Vid. SCHAFHEUTLE, *Niederschriften...*, op. cit., pág. 259.

(146) La afirmación de HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 73, relativa a que con la propuesta de Lange quedan fuera los supuestos de culpa inconsciente

Como hemos visto antes, la solución del concurso ideal encuentra en el Proyecto de Código penal español de 1980 escasas dificultades para su puesta en práctica, y esto es lo decisivo, llega a soluciones dogmáticamente correctas. Es tal solución la que pienso ha de adoptarse.

No obstante es susceptible de algunos perfeccionamientos a través, precisamente, de la creación de tipos de peligro.

No hay duda, en mi opinión, de que las conductas que estamos estudiando son peculiares. Efectivamente, lo característico de estas conductas es que la acción inicial dolosa comporta en la mayoría de las ocasiones un peligro respecto al resultado más grave y que, además, resulta frecuente que tal peligro sea abarcado por el dolo del autor.

Dicha peculiaridad ha sido entrevista por los partidarios de la exigencia de imprudencia quienes, sin embargo, en pos de una justificación de los delitos calificados por el resultado y de sus elevados marcos penales, la introdujeron por partida doble, y confusamente, en el delito doloso y culposo, para así poder afirmar a continuación un inexistente mayor contenido de lo injusto.

La pregunta es si podemos tener en cuenta esa peculiaridad de estas conductas sin incidir simultáneamente en el error de afirmar que estamos ante un contenido de lo injusto adicional al propio del delito doloso y del delito culposo.

La solución del concurso ideal, con ser la básicamente correcta, resulta demasiado tosca en ocasiones para apreciar esa peculiaridad a la que venimos aludiendo. En su afán por romper esa doble consideración del desvalor de acción que erróneamente realizan los partidarios de los delitos calificados con exigencia de imprudencia, pasa por alto matices importantes, ya que todo queda reducido, en cualquier caso, a la confrontación de un delito doloso de lesión y un delito culposo de resultado.

Se trataría de construir unos delitos de peligro concreto constituidos por un tipo básico doloso de resultado material, y un tipo doloso de peligro concreto (147). Ello no impediría que existiera un tipo básico doloso sin unirse a tal tipo de peligro y un tipo culposo de resultado referido a la efectiva realización del resultado a que alude el peligro, pero estos dos tipos serían, claro es, independientes del tipo compuesto precedente. Este tipo podría formularse en la media docena de sitios del Código en donde suelen aparecer los delitos calificados, o en los lugares de entre ellos que se considerara más preciso, aludiendo en cada caso al tipo básico doloso (148) correspondiente, y al peligro

respecto al resultado más grave nos muestra cómo Hirsch tampoco se ve libre de la confusión entre dolo de peligro y culpa consciente, pues está claro que con la tesis de Lange tanto la culpa inconsciente como la consciente quedan fuera del tipo de peligro concreto doloso. La confusión también se aprecia cuando afirma, pretendiendo hacer resaltar la relevancia del resultado, que éste se tiene también en cuenta en los delitos culposos con culpa consciente, n los qu también se abarca un peligro concreto doloso. Vid. HIRSCH, *Ibidem*, pág. 72.

(147) La medida en que estos tipos compuestos merecerían el calificativo de delitos complejos es algo que queda fuera de nuestras consideraciones.

(148) O varios tipos básicos dolosos similares; véase el método utilizado, aunque para un delito calificado, en el artículo 183 del Proyecto de Código penal español de 1980.

concreto que en tales lugares preocupa (suele ser el de muerte o lesiones, pero no siempre).

Se podría decir, especialmente por los partidarios del concurso ideal, que se está exagerando la frecuencia con que, en las conductas hasta ahora incluidas en los delitos calificados, aparece el dolo de peligro respecto al resultado más grave, siendo lo normal que, con independencia de que el tipo básico doloso cree una auténtica situación de peligro, ésta no sea abarcada dolosamente. Pues, aunque así fuera, se ha de recordar de nuevo que esta propuesta en realidad es complementaria de la del concurso ideal, pues cuando no se dé ese dolo de peligro lo que se hará es aplicar las reglas del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado material (149), independientes ambos del delito de peligro concreto.

Es más, en los supuestos en que se dé el dolo de peligro respecto al resultado más grave, y, además se produzca tal resultado, tampoco se apreciará el tipo compuesto. En tales casos, dado que el apreciar un concurso ideal de delitos entre el tipo compuesto y el tipo culposo de resultado supondría de nuevo realizar el juicio desvalorativo de acción dos veces, y que, entre el delito compuesto y el culposo de resultado, supuesto que lo injusto de un peligro doloso ha de ceder ante lo injusto de un resultado, realización de ese peligro, culposo (150), se da un concurso de leyes en la medida en que el delito culposo de resultado consume al tipo de peligro doloso del delito compuesto, lo precedente sería estimar un concurso ideal de delitos entre el delito doloso básico independiente y el culposo de resultado.

Por consiguiente, el ámbito de aplicación del delito compuesto queda circunscrito a los casos en que, existiendo dolo de peligro, no se produce el resultado material más grave. Tal limitación es plenamente satisfactoria, pues sólo entonces, si no existiera tal delito compuesto, quedaría sin apreciar lo «peculiar» de estas conductas, a que antes hemos aludido (151). Naturalmente, y si queremos ser consecuentes con nuestra idea de no apreciar contenidos de lo injusto adicionales realmente inexistentes, la pena de este tipo compuesto de peligro concreto no podrá ser superior ni igual a la que resulte del concurso ideal entre el tipo básico doloso y el delito culposo de resultado.

Considero que lo arriba dicho perfecciona, desde un punto de vista

(149) Siempre que se produzca el resultado más grave, claro. De lo contrario, sólo se apreciará el tipo básico doloso.

(150) Como sucede en el art. 340 bis a), párrafo tercero, del Código penal español, si bien utilizando, en contra de un sector doctrinal, el criterio de la alternatividad en lugar del más correcto de la consunción.

Vid. líneas más abajo lo que digo sobre la cuantía de la pena en el delito compuesto.

(151) Los planteamientos precedentes, en los que se tiene bien presente el desvalor del resultado material más grave, muestran lo infundadas que resultan las objeciones de HIRSCH, *Zur Problematik...*, op. cit., pág. 72 y, del mismo autor, *Hauptprobleme...* op. cit., pág. 160, cuando señala, entre otras afirmaciones, que la creación de delitos de peligro favorece la responsabilidad por el resultado, pues si no se valora el resultado en el tipo, cuando se produzca, se tendrá en cuenta por el juez, a su arbitrio, en la medición de la pena.

dogmático, la solución del concurso ideal. Esa es, en mi opinión, su principal virtud.

Por otro lado, aunque en un plano secundario, indica un posible camino para resolver aquellos supuestos ya vistos en que la supresión de los delitos calificados por el resultado y del artículo 3.º del Proyecto en su segundo inciso, deja en el aire determinadas calificaciones que no constituyen por sí solas un delito independiente. Así los artículos 163, núm. 2,299, p. 3 y 300, p. 2, que resultaban problemáticos con la solución estricta del concurso ideal, adquirirían un significado coherente y ejemplificador respecto a esos tipos compuestos de peligro concreto por crear (152). Efectivamente, tales artículos podrían interpretarse como tipos compuestos de delito doloso de resultado material y delito doloso de peligro concreto, y no habría problemas aparentes para apreciar un concurso ideal de delitos al margen del tipo compuesto, cuando procediera según lo antes dicho, pues el concurso se habría de dar entre el tipo básico doloso y el delito culposo de *resultado material*.

De todas formas, hay que ser consciente de que la decisión de suprimir los delitos calificados del Proyecto exigiría quizá determinadas modificaciones en los tipos. Ni siquiera los preceptos acabados de mencionar quedarían indemnes, así el tipo compuesto del 163, 2.º, debería revisarse en su penalidad frente a la resultante del concurso ideal entre tipo básico doloso y delito culposo de resultado material, y el 300, p. 2, tropezaría con problemas a la hora de acudir al delito culposo de resultado relativo a la «moralidad». Además, restan otros preceptos en que la calificación no es por sí sola delito y que no admiten tan fácilmente una nueva consideración, como los supuestos precedentes, así los artículos 462, 466... La medida en que, en especial en los dos últimos supuestos, sería conveniente proceder o no a una revisión de los tipos, de forma que la conducta calificadora constituyera ya por sí sola siempre delito o lo constituyera también cuando sea culposa, es algo que debe resolverse en cada situación en particular, existiendo serias dudas relativas a que siempre fuera procedente.

En todo caso, lo anterior no supone un obstáculo a mi propuesta. En el marco de «lege ferenda» en que nos movemos, pienso que la ponderación de las ventajas que tal solución aporta, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de todo este trabajo, frente a los inconvenientes de una eventual revisión de tipos, en todo caso, muy delimitada, inclina claramente la balanza a mi favor.

ADDENDA

El Consejo de Ministros de 2 de febrero de 1983 ha acordado el envío a las Cortes de un proyecto de reforma parcial del Código penal en el que se modifica el artículo 1.º del vigente Código, de forma que el último inciso proyectado del citado artículo recoge *literalmente* el inciso del artículo 3.º del Proyecto de Código penal de 1980 por nosotros aquí estudiado.

Por consiguiente, toda la problemática tratada en las páginas precedentes adquiere una mayor significación dada la inminencia de la discusión parlamentaria de la aludida reforma parcial.

(152) El art. 167, 1.º, del Proyecto de Código penal, al ser un supuesto de peligro abstracto, no se adapta a nuestros fines.

Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales (*)

MERCEDES ALONSO ALAMO

Doctora en Derecho
Prof. Adjunta Interina
Valladolid

SUMARIO: 1. Referencias históricas y de Derecho comparado.—2 Ambito de incidencia de la prueba de la verdad. La imputación de hechos.—3. El criterio del bien jurídico.—4. La función del *animus iniuriandi*.—5. Derecho a la libre emisión del pensamiento, ejercicio de un derecho y prueba de la verdad.—6. Consideraciones finales.

1. La protección del honor en el Derecho penal español se realiza básicamente en el Título X del Libro segundo del C. p. El Título procede del C. p. de 1848. En el C. p. de 1822, bajo el epígrafe «de las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados», aparecen ya, sin embargo, algunos de los rasgos más sobresalientes de la regulación actual (1). El legislador español desde 1848, con la única excepción del C. p. de 1928, que introduce la difamación, describe la acción típica bajo las formas de injurias y calumnias (2). La protección del honor, en cuanto tal, se completa con la tipificación de la falta de injurias (las llamadas injurias livianas, del artículo 586, 1.º) en el Libro tercero del Código (3).

(*) La autora desea hacer constar su reconocimiento al Max-Planck-Institut für ausländisches und internationale Strafrecht por la beca concedida para su estancia en Freiburg i. Br. en el último trimestre de 1981, durante la cual se ha elaborado este trabajo.

(1) Así, la inadmisión de la prueba de la verdad respecto a las injurias graves, artículos 704 y 710 del C. p. de 1822.

(2) Sobre la calumnia como delito contra la administración de justicia, SÁINZ CANTERO, J. A., *El contenido sustancial del delito de injurias*, en A.D.P. C.P., 1957, pág. 86; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 3.ª ed., Universidad de Sevilla, 1979, pág. 94. En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. I., Vol. II, 2.ª ed. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E., Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1972, pág. 1151.

(3) Por el contrario, en las injurias al Jefe del Estado (arts. 146 y s. del C. p.), a altos organismos de la nación (arts. 156 y ss., y 161 y s. del C. p.), a ministros de la religión católica o de otro culto (art. 210 del C. p.), o en los desacatos (arts. 240 y ssi. del C. p.), el legislador ha estimado preponderantes otros bienes jurídicos. Así, por ejemplo, las injurias al Jefe del Estado constitu-

La falsedad de la imputación es en la calumnia, como puso de relieve Rodríguez Muñoz, siguiendo a Silvela, «un elemento conceptual del delito, relativo a la antijuricidad tipificada». No existe duda, dice el citado autor, de que si el hecho imputado es verdadero no surge la figura de este delito (4). La ley penal no prohíbe, por tanto, la imputación de un delito perseguible de oficio si dicha imputación es verdadera (5). La falsedad de la imputación es, pues, elemento del tipo. El honor no se protege, entoces, frente a todo ataque, sino sólo frente a aquellos ataques que consisten en una imputación falsa. De acuerdo con ello, el legislador reconoce en el párrafo primero del artículo 456 del C. p. la llamada *exceptio veritatis* al declarar que «el acusado de calumnia quedará exento de toda pena pobando el hecho criminal que hubiere imputado». La verdad de la imputación determina en la calumnia la ausencia de tipo. Si la imputación es verdadera parece que existe un interés, diverso al honor, que no puede ser desatendido, a saber, el interés a que se persiga el delito imputado. Por ello se ha podido sostener que la calumnia, en tanto imputación *falsa* de un delito es, en rigor, un delito contra la administración de justicia (6).

A diferencia de lo que sucede en la calumnia, el legislador español no admite de ordinario en las injurias la prueba de la verdad. El C. p. de 1848 establecía una excepción: cuando las injurias fueran dirigidas contra empleados públicos, sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo. La regulación de la calumnia y la injuria en el C. p. de 1848 sigue muy de cerca la del C. p. de Brasil de 1830 (arts. 229 y ss.). En el C. p. de Brasil la falsedad de la imputación es elemento conceptual de la calumnia (7). En la injuria, en cambio, el C. p. de Brasil de 1830 sólo admite la prueba de la verdad de las imputaciones hechas a una corporación, depositario o agente de la autoridad pública sobre hechos u omisiones contra los deberes de su funciones (8). La excepción úni-

yen un delito independiente en que lo decisivo es la dirección de ataque, fundamentalmente política, a la representación suprema del Estado; en los desacatos se discute si se protege el orden público, el principio de autoridad o el normal funcionamiento de la vida del Estado, etc. V. MORILLAS CUEVA, L., *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, en A.D.P.C.P., 1981, Homenaje a ANTÓN ONECA, págs. 681 y s. V. también, críticamente, con relación a las injurias a altos organismos de la nación, MUÑOZ CONDE, F., *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis» al delito previsto en el artículo 161, 1.º, del vigente Código penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 17, 1982, págs. 258.

(4) RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER, T. I., Ed. Rev. Dcho Priv., 2.ª ed., Madrid, 1955, pág. 160.

(5) Calumnia es, dice el art. 453 del C. p., la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio.

(6) V. supra, nota 2.

(7) Según el art. 229 del C. p. de Brasil de 1830, es culpable del crimen de calumnia quien atribuya falsamente a un tercero un hecho que la ley califica criminal y que da lugar a la acción pública o a una instrucción oficial de justicia.

(8) Según el art. 239 del C. p. de Brasil de 1830, las imputaciones hechas a alguna corporación, depositario o agente de la autoridad pública, sobre hechos u omisiones contra los deberes de sus funciones, no serán sometidos a ninguna pena cuando se puebe la verdad. Por el contrario, no se admitirá la prueba de

ca del C. p. español de 1848 se mantiene en las reformas de 1850 y 1870 y en el Código de la República, de 1932. El C. p., texto refundido, de 1944 introduce una nueva excepción, que se hallaba ya en el artículo 631, 2.º del C. p. de 1928: cuando el acusado de injurias tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del núm. 1 del artículo 458 (imputación de un delito perseguible a instancia de parte) (art. 461 del C. p. vigente) (9). El análisis de la regulación de las injurias muestra que, salvo las excepciones del artículo 461, el honor se protege incluso frente a imputaciones verdaderas. Ello ha permitido sostener que la imputación verdadera de un delito perseguible de oficio no es calumnia, pero puede ser constitutiva de injuria (10).

El estudio del Derecho comparado pone de relieve que, en la regulación de esta materia, hay diversas respuestas legislativas. Rodríguez Devesa ha señalado que apenas existe otro delito en que las diferencias entre las diversas legislaciones sean mayores (11). La disposición se observa, de modo particular, en el papel que juega la falsedad de la imputación.

Así, el C. p. italiano distingue entre injuria y difamación, mientras que la calumnia es un delito contra la administración de justicia. Para distinguir entre injuria y difamación se atiende a la presencia (injuria, art. 594 del C. p.) o ausencia (difamación, art. 595 del C. p.) de la persona ofendida. Respecto a la cuestión de la *exceptio veritatis* el criterio del C. p. italiano coincide, en líneas generales, con el seguido por el C. p. español. Consiste en el rechazo inicial de la prueba de la verdad para ser admitida ulteriormente en supuestos excepcionales específicamente descritos (12). Esta técnica legislativa se ha visto

la verdad de las imputaciones que versen sobre hechos u omisiones de la vida privada, sea contra empleados públicos, sea contra particulares.

(9) En el Derecho histórico español, sin embargo, la falsedad de la imputación era elemento de las injurias. V. Fuero Juzgo, Libro XII, Título III, Leyes I, II, III, IV, V y VI. Sobre otros aspectos de la injuria en el *Liber Iudiciorum*, v. SERRA RUIZ, R., *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1969, págs. 21 y ss. También en las Partidas, v. Partida VII, Título IIX, Leyes I, II y III.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, 8.ª ed., Madrid, 1980, pág. 242.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 226.

(12) Según el art. 596 del C. p. italiano, el culpable de los delitos previstos en los dos artículos precedentes (injuria y difamación) no es admitido a probar, en su disculpa, la verdad o la notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida (párrafo primero). El párrafo tercero del mismo artículo dispone que, cuando la ofensa consiste en la atribución de un *hecho determinado*, la prueba de la verdad del hecho es siempre admitida en el procedimiento penal en los siguientes casos: 1) Si la persona ofendida es un funcionario público y el hecho a él atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones; 2) Si por el hecho atribuido a la persona ofendida está todavía abierto o se inicia un procedimiento penal; 3) Si el querellante demanda formalmente que el juicio se extienda a comprobar la verdad o la falsedad del hecho a él atribuido. Para los supuestos de difamación cometida por medio de la prensa, el art. 596 bis dispone que son aplicables las disposiciones del artículo anterior al director o vicedirector responsable, al editor y al impresor, por los delitos referidos en los arts. 57, 57 bis y 58 (delitos

sometida en los últimos tiempos a crítica por un sector de la literatura (13).

En el Derecho francés, la ley sobre libertad de prensa, de 29 de julio de 1881, en la que se tipifican estos delitos, prevé asimismo la injuria y la difamación, pero la acción típica prohibida bajo esta denominación, no es coincidente con la del Derecho italiano. El Derecho francés no atiende a la presencia o ausencia del ofendido, sino a que se formule un juicio de valor, en cuyo caso puede estar presente una injuria (art. 29, párrafo 2.º de la Ley de Prensa), o se impute un hecho, lo que puede dar lugar a una difamación (art. 29, párrafo 1.º de la Ley de Prensa) (14). Durante un largo período se excluyó la admisión, por regla general, de la prueba de la verdad de las imputaciones. Sin embargo, el párrafo tercero del artículo 35 de la citada Ley sobre libertad de prensa, introducido por O. de 6 de mayo de 1944, rompe con la situación anterior, según la cual se admitía sólo excepcionalmente la prueba de la verdad, en atención al interés público, y dispone que la verdad de los hechos difamatorios puede ser probada siempre, salvo: a) que la imputación concierna a la vida privada de la persona; b) que se refiera a hechos que se remontan a más de diez años; c) que la imputación se refiera a un hecho constitutivo de una infracción amnistiada o prescrita, o que ha dado lugar a una condena cancelada por la rehabilitación o la revisión (15). Se invierte, por tanto, la relación regla-excepción, en el sentido de que lo que era excepcional, esto es, la admisión de la prueba de la verdad, pasa a ser la regla, si bien sometida a su vez a excepciones.

En esta misma línea se hallan los códigos penales austriaco y suizo. El C. p. austriaco tipifica la injuria (parágrafo 115), el reproche

cometidos por medio de la prensa periódica, de la prensa no periódica, y de la prensa clandestina). La injuria o, en su caso, la difamación, estarán presentes a pesar de la prueba de la verdad, en los supuestos excepcionales en que ésta es admitida, cuando los modos empleados hagan por sí mismos apreciables los citados delitos, según lo dispuesto en el último apartado del art. 596. Los supuestos excepcionales en que se admite la prueba de la verdad han sido introducidos por D. L. L. de 14 de septiembre de 1944.

(13) Así, MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1973.

(14) Según el art. 29 de la Ley de Prensa, toda alegación o imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona o de la corporación a la que el hecho es imputado es una difamación. La publicación directa o por vía de reproducción de esta alegación o de esta imputación será castigada, incluso si es hecha en forma dubitativa o si se dirige a una persona o una corporación no nombrada expresamente, pero cuya identificación es posible por los términos de los discursos, gritos, amenazas, escritos o impresos, pasquines o carteles incriminados. Toda expresión ultrajante, términos de desprecio o invectiva que no encierre la imputación de un hecho es una injuria.

(15) La regulación de la *exceptio veritatis* se completa en los párrafos primero y segundo del mismo art. 35 de la ley sobre libertad de prensa; v. VOUIN, R., *Droit pénal spécial*, T. I, 3., ed. Dalloz, 1971, pág. 262; VERÓN, M., *Droit pénal spécial*, Masson, París, 1976, págs. 168 y s. En el Derecho francés se ha adoptado el criterio de admitir generalmente la prueba de la verdad. Sin embargo, la falsedad del hecho imputado no es elemento constitutivo del delito de difamación; v. *Diffamation*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, 2. ed., Chap. 2,19.

de una acción punible decidida ya judicialmente (parágrafo 113) (16), y la difamación (parágrafo 111). Tras la regulación de la difamación, dispone el núm. 3 del parágrafo 111 que no se impondrá pena si el autor demuestra que la imputación es verdadera (e incluso si cree erróneamente que su imputación es verdadera) (17). El parágrafo 112 establece los límites a esta regla: no se admitirá la prueba de la verdad o de la buena fe sobre hechos que conciernen a la vida privada o familiar, ni sobre acciones punibles sólo a instancia de un tercero.

El C. p. suizo, que distingue entre injuria, calumnia difamación, parte asimismo de la admisión de la prueba de la verdad en la difamación. El artículo 173, 2, dispone que el inculpado no incurrirá en ninguna pena si prueba que las manifestaciones que ha formulado o divulgado son conformes a la verdad, o que tenía razones serias para tenerlas de buena fe por verdaderas. El núm. 3 del mismo artículo establece los límites a esta regla: no se admite la prueba de la verdad de las manifestaciones formuladas o divulgadas sin consideración al interés público o sin otro motivo fundado, así, con la intención de hablar mal de otro, especialmente si hacen referencia a la vida privada o familiar.

También en el C. p. alemán es decisiva la falsedad de la imputación en la injuria. Se refleja aquí la célebre fórmula de A. D. Weber, a menudo recordada entre los autores, según la cual «las verdades no son nunca injurias». Esto se mantiene hoy con las matizaciones que a continuación se verán. La técnica del C. p. alemán es el último término coincidente con la del Derecho austriaco, suizo y francés, pero se aparta de ellos en la no formulación de excepciones, en particular el límite de la vida privada, a la regla general de admisión de la prueba de la verdad en las injurias. Las injurias sólo están presentes, a pesar de la prueba de la verdad, cuando el carácter injurioso derive de la *forma* o *circunstancias* en que se han proferido (parágrafos 185 y 192). En la injuria (parágrafo 185) la falsedad de la imputación es, según

(16) Según el párrafo 115, 1) del C. p. austriaco, comete injuria quien públicamente o ante varias personas injurie a otro, se burle de él, le maltrate físicamente o le amenace con malos tratos físicos, si el hecho no está castigado con pena más grave. El parágrafo 113 dispone que comete el delito de reproche de una acción punible decidida ya judicialmente quien reproche a otro de modo perceptible por un tercero una acción punible cuya pena haya sido cumplida o prevista o remitida condicionalmente o aplazado provisionalmente el pronunciamiento de la pena.

(17) Parágrafo 111, 1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta seis meses o pena de multa de hasta 360 fracciones de un día el que atribuya a otro, de modo perceptible por un tercero, una cualidad o actitud espiritual despreciable, una conducta deshonrosa o un comportamiento contrario a las buenas costumbres, apropiados para hacerle despreciable o rebajarle ante la opinión pública. 2) El que cometa el hecho mediante impresos, radiodifusión u otro modo por el que la difamación pueda tener amplia publicidad, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa de hasta 360 fracciones de un día. 3) No se impondrá pena alguna si el autor demostrara que la afirmación es verdadera. En el caso del apartado 1 tampoco habrá lugar a imponer una pena si se acredita que, dadas las circunstancias, el autor tenía razones suficientes para considerar su afirmación como verdadera.

un sector de la doctrina, elemento del tipo (18). El párrafo 185 no contiene un concepto legal de injuria. Doctrina y jurisprudencia entienden comprendido aquí, junto a las injurias reales, esto es, las que consisten en la realización de una acción, el ataque al honor realizado con expresiones irrespetuosas o de desprecio. Tales manifestaciones de desprecio pueden consistir en juicios de valor o en la imputación de hechos (19). El C. p. alemán tipifica además la difamación (párrafo 186), que consiste en la afirmación o difusión de una circunstancia de hecho idónea para desprestigiar o desacreditar a otro ante la opinión pública, si el hecho afirmado no puede ser probado como cierto, y la calumnia (párrafo 187) en la que el sujeto imputa un hecho falso de mala fe.

El estudio comparativo de la regulación de esta materia muestra que, en el reconocimiento legal de la prueba de la verdad, se presentan dos líneas diversas que tienden a encontrarse. Así, en el Derecho alemán se admite la prueba de la verdad en la injuria habiéndose sostenido incluso por un sector de la literatura que la falsedad de la imputación es el elemento del tipo. Ello ha permitido hablar de un fanatismo hacia la verdad (20). En esta situación aparecen tendencias dirigidas a establecer límites a la admisión general de la prueba de la verdad, en especial si las imputaciones hacen referencia a la vida privada (21). El

(18) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20 Aufl., C. H. Beck, München, 1980, pág. 1269. En sentido diverso, con base en la regulación de la difamación, v. MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, 6 Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 1977, págs. 221 y s.

(19) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., página 1269.

(20) ARZT, G., *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1970, pág. 144. La injuria puede estar presente, sin embargo, a pesar de la prueba de la verdad, en atención a la forma o circunstancias en que se ha proferido, de acuerdo con el párrafo 192 antes citado.

(21) A diferencia del C. p. austríaco, por ejemplo, no establece el Derecho alemán un límite a la prueba de la verdad si la imputación contraria al honor hace referencia a la vida privada personal o familiar. Respecto a la relación entre admisión de la prueba de la verdad y tipificación del llamado delito de indiscreción, v. ARZT, G., *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, cit., págs. 144 y ss. Para la historia del problema, v. también SCHMIDT, G., *Zur Problematik des Indiskretionsdelikts*, ZStW, 79, 1967, págs. 742 y ss. El Proyecto de Código penal alemán de 1962 tipificaba, dentro del capítulo relativo a las lesiones al ámbito personal de vida y secreto, un particular delito (párrafo 182), consistente en la afirmación de hechos injuriosos relativos a la vida privada o familiar de otro. El hecho era considerado punible con independencia de la verdad o falsedad de la afirmación, no procediendo en ningún caso la prueba de la verdad. Un precepto semejante no es recogido, sin embargo, por la Ley de Introducción al Código penal, de 1974, de donde procede la actual regulación de la materia del capítulo 15 del C. p. Sobre estas cuestiones, antes de la reforma, HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, págs. 226 y ss.; TENCKHOFF, F., *Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände*, Duncker/Humboldt, Berlín, 1974, págs. 134 y ss. Con relación a Derecho austríaco, anterior al nuevo C. p. de 1975, que ya excluía, sin embargo, la prueba de la verdad de las imputaciones relativas a la vida privada o familiar, v. ROEDER, H., *Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt*, Festschrift für R. MAURACH, C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, págs. 360 y ss.

Derecho francés ha seguido el proceso inverso: desde la no admisión de la prueba de la verdad por regla general se pasa al sistema opuesto caracterizado por la admisión inicial, pero sometida a límites. Como luego se pondrá de relieve, el reconocimiento del derecho a probar la verdad de las imputaciones supone un tránsito desde la protección del honor formal o aparente hacia una materialización del concepto de honor. Los códigos italiano y español no han experimentado una evolución paralela. Partiendo de una situación análoga a la del Derecho francés no se han modificado en el mismo sentido que éste, sino que han permanecido anclados en la admisión sólo excepcional de la prueba de la verdad. Según H. Roeder, cabe advertir en este punto la diversa orientación de los sistemas germánicos y latinos (22). Mientras aquéllos admiten, por regla general, la *exceptio veritatis*, éstos se muestran reacios a su admisión. De acuerdo con ello se ha podido afirmar que se protege en estos países (Italia y España como más representativos) el honor aparente o formal respecto al cual es indiferente la verdad o falsedad del hecho imputado. Tal restricción de la prueba de la verdad en los países latinos ha sido interpretada con evidente exageración, como ha observado Quintano Ropollés. «como un desinterés por éstos hacia la verdad y hasta como un inconfesado homenaje a la hipocresía» (23).

En el Proyecto español del C. p. de 1980 esta situación permanece básicamente inalterada. El Proyecto introduce algunas modificaciones particulares en la tipificación de las injurias por su gravedad, a las que luego se hará referencia. Respecto al debatido tema de la prueba de la verdad en las injurias, el artículo 227 del Proyecto de C. p. mantiene la fórmula del artículo 461 del C. p. vigente, al disponer que «al acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando éstas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo o cuando tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso del número primero del artículo 224», esto es, la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio. Y concluye el párrafo segundo «en estos casos será absuelto el acusado si probate la verdad de las imputaciones». El Proyecto mantiene, por tanto, el criterio general de que en las injurias no cabe invocar la verdad de las imputaciones.

2. La cuestión de la prueba de la verdad se plantea en las injurias que consisten en la formulación de imputaciones. El C. p. español prevé, sin embargo, no sólo injurias verbales, sino también injurias simbólicas e injurias reales (24). El C. p. español proporciona, por

(22) ROEDER, H., *Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt*, cit., págs. 348.

(23) QUINTANO ROPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, II, Ed. Rev. Dcho. Privado, Madrid, 1963, pág. 156.

(24) Según el art. 457 del C. p., «es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». Y el art. 462 del C. p. dice «se comete el delito de calumnia o de injuria no sólo manifiestamente, sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones».

tanto, una noción amplia de injuria cuyos orígenes se remontan al Derecho romano, en el que la injuria era un acto contrario a derecho. La acción procesal de injurias comprendía numerosos supuestos concretos, entre los que se hallan algunos que hoy se consideran delitos contra el honor (25). El antiguo derecho distinguía las injurias verbales y las reales, entendiendo por estas últimas «las que se cometen por medio de las manos, elevadas contra el cuerpo, violando una casa (domicilio), o afrentando la dignidad y honestidad del prójimo» (26). Sin embargo, la injuria en el Derecho romano, especialmente en los comienzos, no era propiamente un delito contra el honor, que entendido como *status dignitatis*, equivalía al pleno disfrute de los derechos civiles y, una vez alcanzado, estaba sustraído al ataque de los particulares (27).

Las injurias reales aparecen previstas, junto a las injurias verbales, en Las Partidas (Partida VII, Título IX, Ley I) y en el C. p. de 1882 (art. 703). La fórmula del citado artículo 457 del C. p. vigente, procede del C. p. de 1848 (art. 379).

Por otra parte, la admisión de las injurias reales en el C. p. español se halla en la línea de los Códigos suizo, austriaco y alemán. Se caracteriza al injuria en el C. p. suizo (artículo 177), frente a la calumnia y a la difamación, porque el ataque al honor puede realizarse no sólo mediante la palabra, la escritura, la imagen o el gesto, sino también mediante las vías de hecho. Asimismo, el C. p. austriaco prevé las injurias consistentes en malos tratos físicos e incluso la amenaza de malos tratos físicos si el hecho no está castigado con pena más grave (28), mientras que la difamación (parágrafo 111) y el reproche de una acción punible decidida ya judicialmente (parágrafo 113) se mantienen en el plano de la formulación de imputaciones. El C. p. alemán distingue también entre injurias, que pueden consistir en la formulación de juicios de hecho o de valor, o ser realizadas por medio de las vías de hecho, lo que fundamenta una agravación de la pena (parágrafo 185), y, de otra parte, difamación (parágrafo 186) y calumnia (parágrafo 187), que consisten básicamente en la imputación

(25) SERRA RUIZ, R., *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1969, págs. 12 y s.

(26) MEHESZ, K. Z., *La injuria en Derecho penal romano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, págs. 23 y ss. Sobre la injuria en los diversos momentos del Derecho romano, v. BARBERO SANTOS, M., *Honor e injuria en el Derecho romano*, en *Estudios de criminología y Derecho penal*, Universidad de Valladolid, 1972, págs. 305 y s. V. también, MOMMSEN, T., *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1976, págs. 484 y ss.; BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B. T., I, 2. Aufl., Leipzig, 1902, págs. 132 y s.; MESSINA, S., *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, Libreria Ricerche Editrice, Roma, 1953, páginas 17 y ss.

(27) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, Giuffrè, 5.^a ed., Milano, 1966, pág. 159; BINDING K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B. T., I, cit., págs. 132 y s.; LISZT, F. V., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 23 Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1921, pág. 348. Sobre el honor como objeto de la injuria en el Derecho romano, BARBERO SANTOS, M., *Honor e injuria en el Derecho romano*, cit., págs. 326 y s.

(28) Parágrafo 115, citdo supra, nota 16.

de hechos cuya verdad no puede ser probada (difamación), y de mala fe (calumnia), como antes se puso de relieve. La Ley francesa sobre libertad de prensa sigue un criterio diverso. Según el artículo 29 de dicha ley, la difamación consiste en la alegación o imputación de un hecho que atente contra el honor o la consideración de la persona o de la Corporación a la que el hecho es imputado, y la injuria es toda expresión ultrajante, términos de desprecio o invectiva que no encierra la imputación de ningún hecho. No se prevén, por tanto, las injurias reales consistentes en ejecutar acciones directamente sobre el ofendido. El Derecho italiano se orienta en este mismo sentido, si bien se admiten, como indica Antolisei, las injurias «reales» cometidas con actos materiales ofensivos (por ejemplo, mediante gestos) (29). Sin embargo, sólo impropriadamente puede hablarse de injurias reales en tales supuestos. De acuerdo con el artículo 457 del C. p. español las injurias pueden consistir en la ejecución de una acción o en una expresión proferida. Se admite de ordinario que las injurias que consisten en la ejecución de una acción pueden ser reales, si recaen directamente en la persona ofendida (la bofetada es el ejemplo más característico), o simbólicas, si lo hacen indirectamente (30). Las injurias simbólicas son, según esto, injurias que consisten en la ejecución de una acción, pero ello debe entenderse limitado, en principio, a los gestos en sí mismos ofensivos, que no encierran la formulación de un juicio sobre el ofendido. Los juicios «simbólicos», o sea, los formulados mediante alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones no manifiestos, deben considerarse, por el contrario, expresiones proferidas. Una vinculación estricta a los términos de la ley llevaría a negar esto, pues proferir es etimológicamente «pronunciar», «articular», «echar afuera de la boca», del latín *proferre*, derivado de *ferre*, llevar (según Corominas), lo cual puede no darse en caricaturas, alegorías o alusiones (así como tampoco en injurias realizadas por escrito y con publicidad, estimadas, sin embargo, injurias verbales consistentes, por tanto, en una expresión proferida). Una comprensión de los términos legales no vinculada al significado etimológico y de acuerdo con las orientaciones de la semiótica (31) lleva a consecuencias diversas. De conformidad con ellas, en las «expresiones proferidas» a que hace referencia la ley encontrarían cabida no sólo las manifestaciones injuriosas que se pronuncien o articulen de viva voz y las realizadas por escrito y con publicidad, sino también las que se valen de un lenguaje diverso al hablado cual es, por ejemplo, el uso de emblemas o caricaturas, signos, o sea, sustitutos significantes de cualquier otra cosa (32). Por tanto, bajo la denominación «expresión proferida»

(29) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, cit., pág. 142.

(30) Sobre esto, DÍAZ PALOS, F., *El delito de injurias. Estudio técnico-jurídico*, separata de la *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XII, F. Seix, Barcelona, 1965, pág. 8.

(31) V., por ejemplo, ECO, U., *Tratado de semiótica general*, 2.ª ed., Lumen, Barcelona, 1981.

(32) ECO, U., *Tratado de semiótica general*, cit., págs. 31, 48 y ss. y 257 y ss.: ¿Qué ocurre cuando se produce un signo o una secuencia de signos? Ante todo, dice, se tiene que realizar una tarea en términos de *fatiga física*, ya que hay que

se hallan no sólo las injurias proferidas de viva voz y las hechas por escrito (y con publicidad) (arts. 459 y s., y 463 del C. p.) (injurias verbales), sino también los juicios simbólicos, esto es, formulados mediante alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones no manifiestos (injurias simbólicas).

Establecer estas distinciones posee interés en orden a delimitar la base sobre la que puede plantearse la cuestión de la prueba de la verdad. El interés práctico es, sin embargo, diverso según que el derecho positivo admita o no de ordinario la prueba de la verdad. Quedan fuera de esta problemática, en primer lugar, las injurias que consisten en la ejecución de una acción, sean éstas reales o simbólicas, en los términos antes señalados. Respecto a tales injurias no sabe hablar de verdad o falsedad. El problema de la prueba de la verdad se circunscribe, en consecuencia, a las injurias que consisten en una expresión proferida, esto es, a las injurias verbales y a las injurias simbólicas que comporten la formulación de un juicio. Con ello no tenemos delimitado todavía el ámbito de las injurias en que cabe suscitar la cuestión de la prueba de la verdad. Esta no se plantea, en efecto, en toda injuria que consiste en una expresión proferida, sino que se halla limitada, en segundo lugar, a las que consistan en un *juicio de hecho*. Expresión injuriosa puede ser lo tanto un juicio de valor como un juicio de hecho; pero de ordinario se entiende que de verdad y falsedad sólo puede hablarse en relación con los juicios de hecho (33). Y así se observa que allí donde es admitida la prueba de la verdad se hace siempre en relación con las ofensas que consisten en la formulación de un juicio de hecho. Así, en el derecho francés, en la difamación que es precisamente la imputación de un hecho que atenta contra el honor o la consideración de una persona. En el derecho español, en las hipótesis excepcionales en que se admite la prueba de la verdad, no hay duda de que se trata de injurias consistentes en la imputación de un hecho (de un delito no perseguible de oficio, de un hecho relativo al cargo cuando se dirige a un funcionario público). Más restrictivo es en este punto el C. p. italiano, que exige que la imputación consista en un *hecho determinado* (art. 596, párrafo tercero) (34).

'emitirlo'. En este caso se entiende 'emitir' (significante) no sólo en el sentido de la emisión de sonidos, dado que se refiere a cualquier clase de producción de signos físicos, «así, pues, hemos de decir que se 'emite' una imagen, un gesto, un objeto que, más allá de sus funciones físicas, esté destinado a *comunicar* algo».

(33) Los juicios de valor de naturaleza moral —juicios morales— no son contrastables, v. TOULMIN, S. E., *El puesto de la razón en la ética*, Alianza Universidad, Madrid, 1979, págs. 166 y ss., 227 y ss. MUGUERZA, J., *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid, 1977, págs. 24 y ss. Los juicios morales pueden ser conformes o no con una determinada moral. Al decir que no pueden ser verificados ni refutados se quiere significar, sin embargo, la imposibilidad de dar razón última sobre su verdad o falsedad. Lo mismo cabe decir de los juicios de valor con contenido jurídico, si bien éstos tienen la ventaja, señalada por LARENZ, de que las pautas de valoración últimas vienen dadas por la Constitución y los principios jurídicos aceptados por ésta, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1980, pág. 286.

(34) Sobre esto, críticamente, MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio*

Cuestión diversa y de difícil solución es decidir cuándo se está ante un juicio de hecho y cuándo ante un juicio de valor. La frontera entre los juicios de hecho y los juicios de valor es, se ha dicho, fluctuante (35). Por otra parte, se observan criterios diversos en los diferentes autores. En Italia se abre camino la tesis que entiende que las calificaciones denigratorias que suponen la atribución de un *habitus* o de una deficiencia (borracho, morfinómano, analfabeto) son indudablemente susceptible de prueba (36). Otra cuestión es que el derecho positivo cierre el paso a esta posibilidad. En la literatura alemana se observa una orientación semejante. Se entiende, por ejemplo, que decir de una persona que es un ladrón es tanto como decir que ha robado (37). A propósito del enjuiciamiento jurídico del hecho, distingue Larenz: de los juicios de valor los que se basan en percepciones, en la interpretación de la conducta humana y los proporcionados por la experiencia social (38). Las calificaciones denigratorias, antes citadas, pueden estimarse, en este sentido, apreciaciones realizadas conforme a la experiencia social y, por consiguiente, susceptibles de verificación. En sentido diverso se orienta el derecho francés. Con relación a la difamación, que es la alegación o imputación de un hecho, la Corte de casación ha sostenido que tal hecho, para constituir difamación, debe presentarse bajo a forma de una articulación precisa, capaz de ser objeto, sin dificultad, de una prueba y de un debate contradictorio. En defecto de tal articulación precisa se entiende que no podrá haber más que una injuria. De acuerdo con ello se entiende que las simples calificaciones, cualquiera que sea su gravedad, incluso si es una calificación extraída de un crimen o delito (asesino, ladrón, estafador, etcétera), si no van acompañadas de la articulación de un hecho no tienen el carácter de una difamación (39). Así, también en el Derecho español para estimar presente la calumnia, o falsa imputación de un delito perseguible de oficio, la jurisprudencia del T. S. señala que no bastan alusiones genéricas o vagas ni la atribución de hechos equívocos. El T. S. tiene declarado que se ha de tratar de la atribución de hechos o supuestos de los que se deriva la realización del delito público, y que esta forma de atribución debe ser analizada con sumo cuidado sobre

veritatis e libertà di manifestazione del pensiero, cit., págs. 25 y ss., especialmente, págs. 33 y ss., págs. 50 y s.

(35) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., página 1274; MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T. 1, cit., pág. 214.

(36) Sobre esto, GAITO, E., *La verità dell'addebito nei delitti contro l'onore*, Giuffrè, Milano, 1966, pág. 46.

(37) BINDING, K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, B. T., I, cit., págs. 148 y s.; LISZT, F. v., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., pág. 355; MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, pág. 222.

(38) LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., págs. 277 y ss. Los juicios proporcionados por la experiencia social pueden comportar una ponderación o valoración de hechos, pero si no se habla, con relación a tales juicios, de juicios de valor «es porque la orientación a hechos sociales, considerados relevantes, es suficiente en la mayoría de los casos», loc. cit., pág. 282.

(39) *Diffamation*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., Chap. 2., sect. 1., art. 2.

todo en los denominados casos límites (S. 18 de febrero de 1981). En este sentido se entiende que imputaciones tales como llamar ladrón a otro podrían ser constitutivas, en su caso, de injurias, pero les falta la concreción fáctica que reclama el delito de calumnia. Rodríguez Devesa señala a este respecto que la acción en la injuria puede consistir tanto en la afirmación de hechos deshonrosos como en la formación de juicios de valor. Injuria, dice, tanto el que atribuye a otro embriagarse con frecuencia como el que dice de él que es un ladrón (40). La consecuencia es que las cualificaciones denigratorias se consideran juicios de valor o a lo sumo juicios de hechos no determinados y respecto a los cuales se entiende que no cabe hablar de verdad o falsedad. No pueden fundamentar en ningún caso, en consecuencia, la calumnia que reclama la falsedad de la imputación y, por tanto, la susceptibilidad del hecho para ser probado, y así, en cambio, la injuria que, por lo demás, no reclama en nuestro derecho la falsedad de la imputación. Partiendo de esta situación se ha de sostener que las cualificaciones deshonrosas, evoquen la realización de un delito (tú eres un «ladrón», «asesino», etc.) o no («morfinómano», «borracho», etc.), no son susceptibles de prueba. En el actual estado de nuestro derecho positivo, dada la inadmisión, por regla general, de la prueba de la verdad en la injuria, constatar esto no presenta el interés práctico que tiene en el derecho comparado. La literatura alemana se inclina por ver en tales supuestos juicios de hecho susceptibles de prueba y de que se pruebe la falsedad del hecho imputado va a depender la existencia de la injuria. En el derecho francés, en cambio, si el hecho no es articulado de forma precisa no es difamación, y, por tanto, no cabe probar la verdad de la imputación, sino que dará lugar, en su caso, a una injuria (41).

De todo ello se deriva que, como antes se dijo, los límites entre juicios de hecho y juicios de valor son imprecisos y que, si bien existe acuerdo en que sólo los juicios de hecho pueden ser probados, no existe acuerdo, en absoluto, sobre qué debe entenderse por tal: si deben limitarse a las imputaciones de hechos determinados o hacerse extensivos a las cualificaciones, entendidas como juicios proporcionados por la experiencia social (42).

Delimitado el ámbito de las injurias al que se circunscribe el problema de la prueba de la verdad, esto es, las injurias que consisten en

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 229.

(41) La prueba de la verdad, de la exactitud o de la notoriedad de los hechos contenidos en las expresiones o imputaciones injuriosas no es jamás autorizado, v. *Injure*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., art. 3, parágrafo 2, B, 98. En un supuesto se admite, sin embargo, la prueba de la verdad de las imputaciones injuriosas: en las dirigidas contra directores o administradores de una empresa industrial, comercial o financiera, en los términos del art. 35, párrafo segundo de la Ley de Prensa. V. *Diffamation*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, cit., Chap. 6, sect. 1, art. 3, parágrafo 1, 562.

(42) V. TORIO LÓPEZ, A., *Introducción al testimonio falso*, en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, págs. 51 y s., sobre los juicios de hecho y los juicios de valor como materia de la prueba testifical.

la formulación de imputaciones o juicios de hecho mediante un lenguaje verbal (oral o escrito) o simbólico, una profundización mayor en estos temas no posee hoy gran interés con relación al Derecho español (por la inadmisión por regla general de la prueba de la verdad en las injurias), a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado.

3. El criterio general de inadmisión de la prueba de la verdad en las injurias ha permitido sostener que se protege el honor formal o aparente. Puesto que, a efectos de la existencia del delito, carece de relevancia la verdad o falsedad de las imputaciones, se entiende que no se protege el honor *real* de la persona (43). Esta afirmación presupone, sin embargo, una concepción del honor que abarque el honor objetivo externo, o sea, la buena reputación y el valor interno. A partir de aquí, la no admisión de la prueba de la verdad permite afirmar que se protege incluso «la apariencia de una buena reputación». Sin embargo, el concepto de honor es polémico. La doctrina está lejos de haber llegado a un acuerdo sobre el mismo. Ante las dificultades que presenta su concreción se ha dicho que es uno de los bienes jurídicos más sutiles y, por tanto, de más difícil protección (44). También se ha podido afirmar que preocupación del jurista no debe ser tanto el logro de un concepto de honor mejor elaborado cuanto determinar los límites de su protección jurídica (45). Sin embargo, aun partiendo de la circunstancialidad del concepto de honor y, en conexión con ello, de las acciones aptas para ponerlo en peligro, la delimitación de su protección jurídica presupone necesariamente una determinada concepción del honor. Durante un amplio período de tiempo ha predominado el criterio de ver en el honor un bien jurídico que comprende tanto la reputación o consideración social de la persona (el conjunto de representaciones que de ella tienen los demás) como el sentimiento y la conciencia del propio honor (las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo y la voluntad de afirmar el propio valor) (46). En este sentido se habla de un concepto fáctico (47). Los

(43) V. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, II, cit., págs. 150 y 155.

(44) MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, cit., pág. 199; HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., pág. 1; ROEDER, H., *Wahrheitsbeweis und Indiscretionsdelikt*, cit., pág. 347; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 87. Sin embargo, la conveniencia de su protección por el Derecho penal no se pone hoy en duda, recordándose a menudo que, históricamente, llegó a ser estimado como un valor superior a la vida.

(45) BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidación, Comentarios a la legislación penal*, I, *Derecho Penal y Constitucional*, EDERSA, 1982, págs. 124.

(46) Esto es, el honor objetivo externo, y la conciencia y el sentimiento del honor, de la conocida clasificación propuesta por FRANK, quien distinguía entre honor *objetivo*, comprensivo del honor interno o valor que una persona tiene y del honor externo o consideración que los otros tienen del valor de una persona o buena reputación, y honor *subjetivo*, comprensivo de las representaciones de una persona sobre su propio valor o sobre su reputación —conciencia del honor— y de la voluntad de mantener el propio valor y la reputación —sentimiento del honor. V. FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 17 Aufl., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1926, pág. 400.

partidarios del concepto fáctico de honor ven en él, ante todo, un hecho con contenido psicológico que comprende la consideración social, la buena reputación u honor externo, y el sentimiento y la conciencia del honor, o sea, el llamado honor subjetivo (48). El concepto puramente fáctico de honor ha sido objeto de importantes críticas. Se considera que la reputación fundada en hechos puede ser inmerecidamente buena o mala y que el sentimiento subjetivo del honor puede ser escaso o muy exagerado (49). Frente al concepto fáctico de honor se formula, en primer lugar, un concepto normativo-fáctico que ve en el honor un complejo bien jurídico integrado tanto por el valor intrínseco del hombre como por su buena reputación u honor externo y, en segundo lugar, un concepto normativo de honor fundado en la dignidad de la persona en quien se consideran comprendidos valores *éticos y sociales* de actuación. A estos valores corresponde o sigue la pretensión de no ser inmerecidamente ofendido o menosprecio. La «buena» reputación sin más no halla cabida en el concepto sólo normativo de honor. Se entiende que la buena reputación sólo debe ser protegida cuando es ganada y que, en tal supuesto, no existe en verdad diferencia entre el concepto de honor normativo y el normativo-fáctico (50). El concepto personal de honor, sostenido por Hirsch, es también un concepto normativo. Frente al honor social o buena reputación, el concepto personal de honor ve en éste un aspecto de la dignidad de la persona y, en consecuencia, un valor que pertenece a todo hombre por el hecho de ser tal. Al propio tiempo, la conducta individual es valorada desde el punto de vista social-ético. El honor, así entendido, puede disminuir por la falta de integridad moral o por graves defectos de la personalidad pero no puede aumentar ni tampoco desaparecer del todo (51). Es preciso destacar que la referencia a la dignidad de la persona por los partidarios del concepto normativo de honor no supone en modo alguno una recaída en las viejas concepciones que identificaban el honor con la dignidad y etendían ésta como el valor

(47) Sobre la distinción entre un concepto fáctico, normativo-fáctico y normativo de honor, v. LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 1266; HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., págs. 1 y ss.; OTTO, H., *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Walter de Gruyter, Berlín, 1977, págs. 112 y s.

(48) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, cit., páginas 136 y s.; MESSINA, S., *Teoria generale dei delitti contro l'onore*, cit., págs. 78 y ss.; MAURACH/SCHRÖDER, *Strafrecht*, B. T., T. 1, cit., págs. 199 y ss.

(49) LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., páginas 1266 y s.

(50) LENCKNER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., páginas 1266 y s. y 1270 y s. V. también, con diferencias, ENGISCH, K., *Bemerkungen über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff*, *Festschrift für R. LANGE*, Walter de Gruyter, Berlín, 1976, págs. 412 y ss; OTTO, H., *Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre*, *Festschrift für E. SCHWINGE*, P. Hanstein, Köln, 1973, págs 76 y ss., y 81 y s.

(51) HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., págs. 29 y ss., 50, 72 y ss., sintéticamente, pág. 90.

moral de una persona (52). La protección del valor ético de la persona no es sostenida hoy ni siquiera por los partidarios de un concepto normativo de honor. Tal concepto normativo puro hoy se halla prácticamente abandonado. Los partidarios actuales del concepto normativo de honor ven en él el valor ético y social fundado en la dignidad de la persona a la cual sigue, como consecuencia, una pretensión de respeto, pero no lo confunden con ella. La dignidad de la persona (*Personwürde*) se distingue, por otra parte, del postulado de la dignidad del hombre (*Menschenwürde*) que se halla en la base de los derechos humanos (53). El postulado de la dignidad del hombre constituye una aspiración, lo todavía-no-realizado (54) y a ello no puede extenderse la protección del Derecho penal (55). La dignidad de la persona entendida, en sentido diverso, como lo específicamente humano, situada en la base de los derechos de la personalidad, puede, en cambio, ser ofendida directa o, como sucede en los delitos contra el honor, indirectamente: mediante ofensas o apectos de la misma. En la literatura española, Rodríguez Devesa entiende el honor como un derecho derivado de la dignidad humana con independencia de la capacidad física o psíquica, de la fortuna, raza, religión, posición social o de los méritos o deméritos contraídos con los propios actos (56). Únicamente el reconocimiento de que la palabra honor se emplea como equivalente a dignidad humana permite encontrar solución satisfactoria, dice el citado autor, a que el Derecho penal dispense protección, en este título del Código, como lo hace, a «índignos, enfermos mentales o niños, cuyo

(52) KOHLER, J., *Ehre und Beleidigung*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 47 Jahrgang, 1900, pág. 29; LISZT, F. v., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, cit., pág. 350, nota 3.

(53) HIRSCH, H. J., *Ehre und Beleidigung*, cit., pág. 53. Sobre la distinción entre derechos del hombre y derechos de la personalidad, v. también, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del hombre (su fundamentación filosófica y sus declaraciones políticas)*, Reus, Madrid, 1968, págs. 21 y s., aunque no puede compartirse su conceptualización como derechos naturales. Sobre el honor como un derecho de la personalidad, DE CUPIS, A., *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, T. I, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1959, págs. 229 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 17 y ss. El honor es reconocido como uno de los derechos fundamentales del hombre en las Declaraciones internacionales de derechos (así, Declaración Americana de los Derechos del Hombre, 1948, art. 5; Declaración Universal de Derecho Humanos, 1948, art. 12; Convención Americana sobre Protección de los Derechos del Hombre, 1969, art. 11) y constitucionalmente (Constitución española, art. 18; Ley Fundamental de Bonn, art. 5,2: como límite al derecho a la libre emisión del pensamiento).

(54) BLOCH, E., *Dignidad humana y Derecho Natural*, Aguilar, Madrid, 1980, págs. 211 y s.; GONZÁLEZ VICEN, F., *Ernst Bloch y el Derecho natural*, en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979, págs. 358 y ss.

(55) A esto se refiere ROXIN cuando señala que la dignidad del hombre (*Menschenwürde*) no constituye un bien jurídico susceptible de ser lesionado por acciones externas, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 3. Aufl., Walter de Gruyter, Berlín, 1975, pág. 413.

(56) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 223.

valor social o ético, en ocasiones, es muy dudoso e incluso puede ser negativo». Interesa destacar la referencia que Rodríguez Devesa hace a la dignidad, si bien en estos sujetos lo que puede faltar es el sentimiento del propio honor. Por otra parte, según este autor, el valor ético y social de una persona, producto de sus acciones y del cumplimiento de sus deberes ético y sociales, acrecienta el derecho al respeto de los demás y ello se refleja en la gravedad de las conductas delictivas y en especiales figuras de delito (57). El concepto de honor sostenido por Rodríguez Devesa puede ser caracterizado como un concepto normativo-fáctico particular, según el cual se protege tanto la dignidad, entendida como valor inherente a la persona (valor interno) —pese a la referencia que el citado autor hace a la común opinión según la cual el honor interno no puede ser menoscabado más que por acciones del mismo interesado—, cuanto la consideración social u honor externo. Por lo demás, la referencia a la dignidad humana se halla extendida en la literatura española donde adquiere un acogida creciente (58).

Los ataques al honor, sin embargo, no son directamente ataques a la dignidad de la persona, como antes se puso de relieve, sino a su valor ético y social de actuación del cual surge una pretensión de respeto. Dentro del mismo halla cabida la consideración social efectivamente ganada: admitido esto no existe en verdad diferencia entre un concepto de honor normativo y normativo-fáctico, como antes se dijo. Ahora bien, el reconocimiento de este concepto de honor parece que presupone la admisión de la prueba de la verdad de las imputaciones aptas para ponerle en peligro: solamente así parece que puede sostenerse, con rigor, que es protegida la reputación o consideración social merecida, y no la simple apariencia de honor. En efecto, de la concepción del honor expuesta deriva, en primer lugar, que en tanto aspecto de la dignidad se le reconozca a todo hombre por el hecho de serlo y, en conexión con ello, que si bien en ocasiones puede disminuir (por graves defectos de la personalidad, etc.) no puede nunca desaparecer del todo ni, de otro lado, aumentar: se cierra así el paso al concepto social de honor en virtud del cual se entiende que, según la situación social, hay personas que poseen más honor que otras (como también se ha podido hablar de una mayor o menor dignidad) (59). Se

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 225 y s.

(58) Según MUÑOZ CONDE, hoy se tiende a equiparar el honor a la dignidad humana. Al propio tiempo, señala, el honor se democratiza, se le concede a toda persona por el hecho de serlo; v. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 88; QUINTANO RIPOLLÉS ponía ya de relieve la democratización o socialización del honor «antaoño privilegio de castas, o por lo menos de sujetos realmente morales», v. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, T. I, Vol. II, cit., pág. 1150. V. también BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidad*, cit., página 125; SÁINZ CANTERO, en términos no coincidentes plenamente con los aquí expuestos, entiende que el C. p. español protege el honor objetivo y el subjetivo considerando el honor subjetivo como equivalente a la dignidad; v. *El contenido sustancial del delito de injurias*, cit., págs. 91 y s.

(59) ENGELHARD, H., *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, J. Bensheimer, Mannheim, 1921, págs. 67 y ss.

concreta en este punto, por tanto, el principio de igualdad de las personas ante la ley (60). Pero, de otra parte, y en segundo lugar, el honor se entiende como un valor social mediante cuya protección se hace posible la vida de relación. Es en este sentido en el que se afirma que se protege la consideración social merecida (y no la reputación o consideración social que no responde al propio comportamiento en la vida). El Código penal español responde, en parte, a la primera de las exigencias o aspectos del concepto de honor que se acaban de exponer, al dispensar protección, como ha destacado la doctrina, a persona de vida deshonrada, etc. (61), en las que puede faltar la reputación o, en su caso, el sentimiento del propio honor. Sin embargo, al reputar injuria «grave» las que racionalmente merezcan esta calificación, atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor (art. 458, 4.º), parece que se otorga protección al honor «social» (no personal) y que se admite que existen personas en quienes concurre más honor que en otras (62). En segundo lugar, parece que tampoco responde el Código penal español al segundo de los aspectos del concepto de honor, antes señalado, pues no puede en rigor sostenerse que se protege la consideración social merecida o ganada cuando la buena reputación, el prestigio o la consideración social es protegida (a salvo de lo que luego se dirá con relación al *animus iniuriandi*) incluso frente a imputaciones verdaderas de interés público (que no hacen referencia a la vida privada), dada la regla general de no admisión de la prueba de la verdad en las injurias.

El Proyecto de Código penal modifica sólo en parte esta situación. Admite excepcionalmente la prueba de la verdad en las injurias, como antes se dijo. De otro lado, mantiene la clasificación de las injurias por su gravedad, estimando injuria grave las que «por su naturaleza, ocasión o circunstancia del hecho o de las personas fueren tenidas en el concepto público por afrentosas» (art. 224, 3.º del Proyecto de C. p.). Por tanto, se viene en definitiva a mantener, junto al carácter eminentemente circunstancial de las injurias, que éstas pueden ser estimadas graves atendiendo a las circunstancias *de las personas* (y del hecho). Por otra parte, se abandona la referencia al «estado de dignidad» como fundamentador de la gravedad de la injuria y, en consecuencia, parece que cede en el Proyecto el concepto social de honor.

La protección jurídico-penal del honor frente a acciones aptas para ponerlo en peligro (63), como la protección de otros bienes jurídicos,

(60) A la incidencia del principio de igualdad ante la ley en esta materia se refiere BAJO FERNÁNDEZ, M., *Protección del honor y de la intimidad*, cit., páginas 124 y s.

(61) SÁINZ CANTERO, J. A., *El contenido sustancial del delito de injurias*, cit., págs. 116 y s., RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 225.

(62) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español, Parte especial*, cit., págs. 225 y s.

(63) La injuria es un delito de peligro hipotético. Sobre los delitos de peligro hipotético, TORIO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, en A. D. P. C. P., 1981,

responde a los momentos histórico-culturales en que se formulan las normas jurídicas de conformidad con las valoraciones dominantes. El bien jurídico se presenta, entonces, como un valor histórico y, por tanto, cambiante. Ello determina que cuando las valoraciones de una sociedad cambian el Derecho penal deba ser paralelamente reformado (64).

Se plantea a partir de esto la cuestión de si la protección actual del honor en el Código penal español debe ser reconsiderada a la vista de las valoraciones hoy dominantes. A este respecto debe señalarse, en primer lugar, que la protección del llamado honor «social», en los términos en que éste es protegido por el artículo 458, 4.º del Código penal no puede hoy sostenerse, por lo que parecen acertadas las modificaciones que en este punto introduce el Proyecto de Código penal, y, en segundo lugar, cabe plantear si el sistema del Código penal, y del Proyecto de Código penal, caracterizado por no admitir por regla general la prueba de la verdad de las imputaciones injuriosas, con la consiguiente protección de la «buena reputación», incluso no merecida (y sin perjuicio de que, como sucede en el Derecho comparado, según antes se puso de manifiesto, de admitirse de ordinario la prueba de la verdad, esto se halla sometido a límites, en particular el límite de la vida privada), es político-criminalmente sostenible. En lo que sigue se tratará de poner de relieve si, en el actual estado de nuestro derecho positivo, la exigencia del *animus iniuriandi*, que reclama en la injuria la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, cumple la función restrictiva que en el Derecho comparado (austríaco, suizo, francés, alemán) desempeña la prueba de la verdad y, en consecuencia, si dada la peculiar regulación de las injurias no es preciso suscitar entre nosotros la cuestión de la admisión general de la prueba de la verdad de *lege ferenda*.

4. En efecto, según el criterio dominante en el Derecho comparado, la verdad de la imputación que no hace referencia a la vida privada o que se formule sin atender al interés público o sin otro motivo suficiente o, en general, que no esté comprendida en alguno de los supuestos excepcionales en que no se admite la prueba de la verdad, determina que el delito de injurias no pueda estimarse presente. Con relación al Derecho español, Groizard entendía que la regulación del

Homenaje a ANTÓN ONECA, págs. 828 y 838 y ss. No es preciso que el honor sea efectivamente menoscabado. Esto es evidente para quienes sostengan que el honor es el valor interno de la persona, pues el honor así entendido no puede ser menoscabado por ataques de terceros. Pero también es así para quienes sostengan un concepto de honor normativo, normativo-fáctico, o puramente fáctico. El legislador prohíbe acciones aptas para producir un peligro para el bien jurídico. No es preciso que se cree un peligro *real*: basta con que la expresión proferida (en su caso, la acción ejecutada) tenga propiedades que impliquen la posibilidad del peligro para el bien jurídico. Para determinar el grado de probabilidad de que el honor sea puesto en peligro habrá que estar a las valoraciones sociales imperantes en un concreto tiempo y lugar.

(64) MAURACH, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, T. I, trad. por J. CÓRDOBA RODA, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 251.

Código cumple con las exigencias de la doctrina dominante respecto a los supuestos en que la verdad de la imputación debe servir de excusa, a saber, cuando el hecho se impute delante de autoridad y no sólo se divulgue entre particulares, y cuando se haya obrado por celo del bien público y no por odio o venganza. En su opinión, tales exigencias se cumplen con el requisito del *animus iniuriandi* (65). Este específico elemento subjetivo del injusto desempeñaría, según esto, la función restrictiva que en el Derecho comparado cumple la prueba de la verdad, en el sentido de que si el sujeto actúa, por ejemplo, con *animus informandi* y en defensa de un interés público, y no se acredita el *animus iniuriandi*, no surge la figura de este delito, y ello se resuelve sin entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado. Mientras en el Derecho alemán, por ejemplo, ni la injuria ni la difamación reclaman un específico elemento subjetivo del injusto (66), por lo que parece consecuente que en la injuria se exija la falsedad de la imputación; en el Derecho español, en cambio, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria (67) entienden que la injuria exige el ánimo de injuriar, por lo que parece consecuente también que, admitido éste, no se estime ya necesario reconocer en todo caso la prueba de la verdad de las imputaciones. Sin embargo, no puede sostenerse que la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto, el ánimo de injuriar, cubra el campo propio de la *exceptio veritatis*. Como la doctrina y la jurisprudencia han declarado reiteradamente, la injuria sólo puede quedar excluida si el ánimo de injuriar puede estimarse *anulado o desplazado* por el ánimo de criticar, bromear, corregir, etc. (68). Esto sucede tanto

(65) GROIZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, T. V., Salamanca, 1873, págs. 367 y s.: «El que injuria ante la autoridad, ó el que injuria en ocasión ó con circunstancias que se presenten á hacer creer que lo hizo movido por la defensa de un interés público, tiene a su favor la presunción de que no pronunció las palabras ofensivas con el propósito de perjudicar en su fama a un ciudadano, y sobre esto nuestra ley no niega al acusado los medios de una amplia defensa, desde el momento que no puede recaer contra él sentencia si no resulta en el proceso justificado el *animus injuriandi*», loc. cit., pág. 368.

(66) LACKNER, K., *Strafgesetzbuch*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 1975, páginas 631 y 635; LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., págs. 1272 y 1278.

(67) RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Notas al Tratado de E. MEZGER*, T. I., cit., pág. 350; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1965, págs. 850 y s.; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte especial*, T. IV, Vol. 2.º, 5.ª ed., Descó, Barcelona, 1960, págs. 111 y ss.; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, T. II, *Parte Especial*, Vol. 2.º, cit., págs. 697 y s.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., págs. 90 y s. En contra se pronuncia RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 231 y s. La exigencia del *animus iniuriandi* es doctrina constante en la jurisprudencia, así, SS. 8 de junio de 1979, 16 de noviembre de 1979, 15 de octubre de 1980, 18 de febrero de 1981, 23 de junio de 1981, 2 de octubre de 1981. Sobre el carácter polémico de la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto en la calumnia, a diferencia de lo que sucede en la injuria, v. S. 25 de noviembre de 1981.

(68) SS. de 16 de noviembre de 1979, 18 de febrero de 1981, 30 de mayo de 1981, 23 de junio de 1981. La exclusión del delito por la presencia de un *animus* diverso al *iniuriandi* supone la anulación de éste. Así, por ejemplo, la

en la situación básica, en la que la injuria no surge del uso de un lenguaje *en sí mismo* ofensivo, cuanto en los supuestos en que las palabras o expresiones proferidas son en sí mismas, objetivamente, injuriosas (69), en cuyo caso la jurisprudencia entiende que el ánimo de injuriar se presume y que corresponde al presunto injuriador demostrar que otro ánimo se superpone y anula al de injuriar (S. 17 de septiembre de 1981). En consecuencia, en el caso hipotético de que concurra el *animus iniuriandi* y, por ejemplo, el *animus criticandi*, y se impute un hecho de interés público y no relativo a la vida privada, deberá afirmarse la presencia del delito, sin admitir en favor del acusado de injurias la prueba de la verdad de las imputaciones por él formuladas, siempre que el Tribunal estime que el ánimo de injuriar no ha sido anulado por el ánimo de criticar. Así, en la interesante Sentencia de 8 de julio de 1981, el T. S. entiende que, dadas las circunstancias en que la injuria se ha proferido (imputación de hechos que atenta contra el honor, en un debate político), no puede considerarse desplazado el ánimo de injuriar por el *animus criticandi* ni por el *animus defendendi* invocados por el recurrente (v. también la S. 16 de octubre de 1981). En esta situación poseería sentido plantear la prueba de la verdad del hecho imputado. De donde cabe sostener que la exigencia del *animus iniuriandi* no cubre todos los supuestos en que incidiría la prueba de la verdad.

5. En el Derecho italiano no se exige el *animus iniuriandi* (70). Ello va unido, como se sabe, a la admisión excepcional de la prueba de la verdad. No es de extrañar que, ante esta situación, se haya desarrollado en Italia un movimiento dirigido a cuestionar la constitucionalidad de la admisión restrictiva de la prueba de la verdad, en los términos del artículo 596 del Código penal, ya citado, a la luz del derecho a la libre emisión del pensamiento (art. 21 de la Constitución

S. 23 de junio de 1981 afirma que el *animus defendendi* elimina el *animus iniuriandi*. V. también CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, T. II. *Parte especial*, Vol. 2.º, cit., págs. 698 y s.

(69) La presunción del ánimo de injuriar con base en el empleo de un lenguaje *en sí mismo* incorrecto (SS. 8 de junio de 1979, 15 de octubre de 1980, 17 de septiembre de 1981) permitiría hablar, con relación a estos supuestos, de la existencia de injurias formales. Esta denominación se reserva en el Derecho alemán para las injurias del parágrafo 192, esto es, aquéllas que derivan de la forma o circunstancias en que se han producido y que están presentes a pesar de la prueba de la verdad. El parágrafo 193 contiene una disposición semejante, en virtud de la cual el delito estará presente si deriva de la forma o circunstancias en que ha tenido lugar, y ello con independencia de que el autor obre en salvaguardia de intereses legítimos o concurra cualquiera de los supuestos que el parágrafo 193 describe, como especiales causas de justificación. Sobre el contenido del parágrafo 193 se tratará después. Un paralelismo puede ser hallado también con lo dispuesto en el último párrafo del art. 596 del C. p. italiano: si la verdad del hecho es probada (en los supuestos excepcionales en que se admite la prueba de la verdad) el autor no es castigado, salvo que los modos usados hagan por sí mismo apreciable la injuria o la difamación.

(70) ANTOLISEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I, cit., páginas 144 y 148.

italiana) (71). Se ha sostenido que la *exceptio veritatis* es una exigencia lógica, una intrínseca necesidad, del derecho a la libre emisión del pensamiento y, en particular, del derecho a la información. Como destaca Mantovani, ello ha terminado por imponerse en la jurisprudencia, la cual sitúa los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento en la verdad y en el interés público-social de los hechos referidos, y limita la relevancia penal de los hechos verdaderos y socialmente relevantes a los casos de uso de un lenguaje en sí mismo ofensivo (72). Se parte, por tanto, de la afirmación del derecho a la libre emisión del pensamiento y se entiende que el honor individual y el prestigio de ciertas personas es suficientemente tutelado con el establecimiento de ciertos límites internos de contenido (relevancia pública y social, y verdad histórica) y forma (lenguaje no ofensivo de por sí), al citado derecho. El honor se lesiona, y no cabe invocar el ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento, cuando se emplea un lenguaje incorrecto o se imputan hechos falsos o del todo irrelevantes socialmente (73). La Corte Constitucional ha reconocido que el artículo 21 de la Constitución amplía las hipótesis del artículo 596 del Código penal y entiende que el referido precepto no es inconstitucional, sino que, en sentido diverso, no es aplicable cuando el culpable esté en condiciones de invocar la causa de justificación de ejercicio de un derecho, del artículo 51 del Código penal (como en el caso del periodista que, dentro de los límites que circunscriben el ejercicio de la actividad informativa, divulga por medio de la prensa, noticias, hechos o circunstancias aptas para poner en peligro el honor de otro) (74). Es de destacar que, según lo expuesto, el ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento, en tanto se halla limitado por la verdad histórica, presupone la investigación de la verdad o falsedad de las imputaciones.

En el Derecho español, la comprensión de esta materia, en particular del problema de la admisión de la prueba de la verdad, ha de ser puesta también a la luz del Derecho constitucional a la libre emisión del pensamiento (art. 20. 1 a) y d) de la Constitución). Esto ha sido destacado ya con relación a los delitos de desacato señalándose que la negación de la *exceptio veritatis*, según están tipificados e interpretados estos delitos por el T. S., supone un fuerte recorte a la libertad de expresión y a la libertad de crítica política y administrativa (75).

(71) MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., págs. 74 y s. y 105 y ss.

(72) MANTOVANI, F., *Fatto determinato...*, cit., págs. 114 y s.

(73) MANTOVANI, F., *Fatto determinato...*, cit., pág. 229.

(74) MANTOVANI, F., *Fatto determinato...*, cit., pág. 116.

(75) Así, MORILLAS CUEVA, L., *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, cit., pág. 689. La negación de la *exceptio veritatis* en los desacatos es, sin embargo, polémica. En favor de su admisión, en todo caso en la modalidad calumniosa y en las relativas al cargo en las injurias, v. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, T. III, Ariel, Barcelona, 1978, pág. 548. En contra, RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.^a, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., págs. 849 y s.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 600,

En las injurias, dada la exigencia de un específico elemento subjetivo del injusto, la incidencia del Derecho constitucional a la libre emisión del pensamiento en esta materia se ha orientado por una vía diversa a la del ejercicio de un derecho (o, en su caso, de un oficio o cargo, o el cumplimiento de un deber, artículo 8, 11 del C. p.), como causas de justificación (76). En efecto, el T. S., haciéndose eco de forma creciente de las exigencias derivadas del citado Derecho constitucional, ha subrayado (así, SS. 8 de julio de 1981, 16 de octubre de 1981 y 19 de enero de 1982) que el derecho a expresar los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de comunicación y, en consecuencia, el de emitir juicios respecto al comportamiento de personas en el ejercicio de cargos a los que se haya confiado el cuidado de intereses públicos o de indudable trascendencia social o comunitaria, se halla amparado por el artículo 20 de la Constitución. Ahora bien, tal derecho tiene su límite en el respeto al honor, como señala la propia Ley Fundamental (art. 20, 4 y art. 18, 1 de la Constitución). El trazar dicho límite, o sea, el determinar hasta dónde llega el derecho a emitir el pensamiento sin que medie ofensa al honor relevante para el Derecho penal, es una cuestión de difícil solución (77). El T. S. español entiende que no pueden establecerse «reglas apriorísticas o abstractas» que indiquen hasta dónde llega el lícito ejercicio del derecho a la crítica o censura, «sino que se ha de atender a la constelación de circunstancias fácticas concurrentes en cada caso concreto», en particular entiende el T. S. que ha de atenderse a si las palabras o frases empleadas son objetivamente injuriosas y, esto es lo que interesa destacar, a *si ha concurrido o no el ánimo de injuriar*. La afirmación del ánimo de injuriar en la situación concreta, como sucede en el caso de la S. 8 de julio de 1981, y la estimación del Tribunal de

si bien para este autor «se trataría de ejercicio legítimo de un derecho (de denuncia, por ejemplo)», *Sobre aplicación de la «exceptio veritatis»...*, cit., pág. 260.

(76) En la literatura española se admite de ordinario que la injuria puede estar justificada si el autor obra en ejercicio de un derecho. Pero no se plantea la aplicación del núm. 11 del art. 8 del C. p. con relación al derecho a la libre emisión del pensamiento sino en supuestos como recursos «imposibles de sostener sin enjuiciamiento desfavorable de la aplicación de las leyes hechas por los órganos inferiores», quejas contra la actuación de los colegiados ante sus respectivos colegios, etc., v. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.º, *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., pág. 233; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 91. Por otra parte, condicionar su apreciación a que no esté presente el ánimo de injuriar, como pretende CUELLO CALÓN, parece inconsecuente, pues el ejercicio de un derecho como causa de justificación sólo puede plantearse si se ha afirmado el *animus iniuriandi*; v. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, T. II. Parte especial, Vol. 2.º, cit., pág. 698.

(77) El problema de los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento ha sido objeto de numerosos estudios. Con carácter general, v. NUVOLONE, P., *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento, in Legge penale e libertà del pensiero*, III.º Convegno di Diritto penale, Bressanone, 1965, CEDAM, Padova, 1966, págs. 351 y ss. También v. MANTOVANI, F., *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, cit., págs. 90 y ss.; SORIA, C., *Derecho a la información y derecho a la honra*, A. T. E., Barcelona, 1981, págs. 33 y ss.; MORILLAS CUEVA, L., *El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato*, cit., págs. 674 y s.

que éste no es desplazado por el ánimo de criticar (en su caso, de narrar, informar, etc.) determina la existencia del delito, con independencia de la verdad histórica del hecho imputado, de su interés público, y de que no se haya empleado un lenguaje en sí mismo incorrecto. El derecho a la libre emisión del pensamiento, ideas y opiniones es así ampliamente recortado, aun cuando reiteradamente se afirma su primacía y que debe prevalecer aunque padezca («nada más que en la medida de lo necesario», dice la S. 16 de octubre de 1981) el honor y fama de los enjuiciados. Por tanto, a pesar del interés público del hecho afirmado, y del empleo de un lenguaje correcto, puede apreciarse el delito de injurias, sin entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado, si se entiende que el límite de injuriar no es desplazado o anulado por el de informar, narrar, criticar, etc.

Por el contrario, en el Derecho italiano, como antes se vio, se invoca en estos supuestos la causa de justificación de ejercicio de un derecho y, en consecuencia, sólo cuando se sobrepasan los límites *internos*, entre los que se halla la verdad histórica y el interés público, al derecho a la libre emisión del pensamiento, puede hablarse en rigor de ofensa al honor. Dicho en otros términos, la afirmación de hechos verdaderos de interés público, con un lenguaje correcto, no se estima extralimitación del derecho a la libre emisión del pensamiento. En sentido diverso, la verdad histórica y, por tanto, la posibilidad de entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado, es una exigencia intrínseca al derecho a la libre emisión del pensamiento.

En el Derecho alemán la relación entre el derecho al honor y el derecho a la libre emisión del pensamiento se plantea también en términos diversos al derecho español. El punto de partida es, sin embargo, análogo. La Ley Fundamental de Bonn contiene una declaración semejante a la del artículo 20, 4 de nuestra Constitución. Según el artículo 5 de la Ley Fundamental el derecho al honor es un límite al derecho a la libre emisión del pensamiento. Pero la protección del honor en el Código penal alemán (y el concepto de honor subyacente a esta regulación) no es paralela a la del Código penal español. En primer lugar, porque la prueba de la verdad es de ordinario admitida, como antes se vio —en la injuria la falsedad de la imputación es elemento del tipo, según un sector de la doctrina, y sólo está presente a pesar de la prueba de la verdad cuando surge de la forma o circunstancias en que se ha producido; en la difamación, la verdad de la imputación no puede ser probada—. En segundo lugar, el Derecho alemán amplía los márgenes de protección del derecho a la libre emisión del pensamiento al establecer una causa de justificación especial en virtud de la cual, después de que se ha comprobado la falsedad de la imputación en la injuria, o si la verdad del hecho no puede ser probada y cabe apreciar la difamación, todavía puede excluirse la antijuricidad del comportamiento si el sujeto actúa en defensa de intereses legítimos (salvo que la existencia del delito surja de la forma o circunstancias en que se ha producido), en virtud de lo dispuesto en el

parágrafo 193 (78). En los supuestos del parágrafo 193 el ordenamiento jurídico aprueba acciones objetivamente incorrectas en atención al fin perseguido por el autor. De aquí que la aplicación del parágrafo 193 se haga depender de que el sujeto haya procedido a la comprobación cuidadosa de los presupuestos objetivos de la causa de justificación (79). La salvaguarda de intereses legítimos se presenta, pues, como una causa de justificación de los ataques al honor fundada en la *finalidad* del autor: el conflicto entre el honor y el interés legítimo que se pretende defender se resuelve en favor del último, siempre que se cumplan las exigencias del parágrafo 193. Y así, el Tribunal Supremo Federal ha declarado, como señala Larenz, que la prensa salvaguarda los intereses legítimos, en el sentido del parágrafo 193 del Código penal, cuando «informa o toma posición sobre asuntos sobre los que existe un serio interés de información de la opinión pública», siempre que concurren una serie de circunstancias, y así la prensa ha de preocuparse «de examinar cuidadosamente la autenticidad de las fuentes de información, de abstenerse de intromisiones injustificadas en la esfera privada, de evitar exageraciones y, además, de ponderar si existe una relación defendible entre el fin que con la publicación se pretende, y el menoscabo de su honor que sobreviene al afectado» (80). En el Derecho alemán, por tanto, el derecho a la libre emisión del pensamiento tiene un límite en la verdad histórica (también en la forma o circunstancias en que las alegaciones se producen), pero incluso este límite puede ser sobrepasado y no haber ni injuria ni difamación a pesar de la falsedad del hecho imputado o de que la verdad no haya podido ser probada, respectivamente, si el sujeto actúa en interés público y procedió a una «comprobación cuidadosa» de los hechos afirmados, salvo que la injuria o, en su caso, la difamación, surjan de la forma o circunstancias en que han tenido lugar.

6. El presente trabajo ha pretendido mostrar los criterios para una caracterización jurídico-penal del honor. De acuerdo con una concepción normativo-fáctica el honor es un complejo bien jurídico, concreción de la dignidad de la persona aunque no se confunde con ella, y que se

(78) Según el parágrafo 193, los juicios críticos sobre obras científicas, artísticas o profesionales, expresiones similares formuladas para el ejercicio o defensa de derechos o para la protección de intereses legítimos, los reproches y censuras del superior al inferior, las denuncias de servicio o juicios por parte de un funcionario público, y casos similares, sólo son punibles si surge la existencia de una injuria de la forma de la exteriorización o de las circunstancias en que ha tenido lugar. En opinión de la doctrina, el parágrafo 193 no es aplicable a la calumnia; v. LENCKNER, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 1284.

(79) JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, I, traducción y adiciones de Derecho español, por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 450. Es preciso que el sujeto haya procedido de forma cuidadosa a comprobar la veracidad de las imputaciones que formula con la finalidad de defender un interés legítimo. La aplicación del parágrafo 193 presupondrá, de ordinario, una situación originaria o básica de error respecto a los hechos imputados.

(80) LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, cit., págs. 405 y s.

protege en tanto consideración social merecida o ganada. Ello quiere decir que, en principio, se le reconoce a todo hombre por el hecho de serlo, pero también que no se protege la «apariencia» de una buena reputación u «honor formal». Esta posición ha llevado a plantear sus consecuencias de cara al reconocimiento legal de la *exceptio veritatis*. Pues parece que sólo si se entiende protegida la *apariencia de una buena reputación* puede adoptarse el criterio general de no admisión de la prueba de la verdad.

El presente trabajo ha procurado también delimitar el ámbito en que puede ser planteada la cuestión de la prueba de la verdad en las injurias, esto es, las que consisten en la formulación de *juicios de hecho*, suscitándose la cuestión, siempre dudosa, de la delimitación entre juicios de hecho y juicios de valor.

El criterio general —sometido a excepciones— de inadmisibilidad de la prueba de la verdad en las injurias, seguido por el Código penal español, ha sido puesto en relación, por otra parte, con la exigencia de un específico elemento subjetivo de lo injusto, el *animus iniuriandi*, en orden a determinar si cumple la función restrictiva del tipo que en el Derecho comparado desempeña la prueba de la verdad. Quien sostuviese esta posición habría de proceder de la forma siguiente: puesto que no se da el injusto típico si el sujeto actúa con ánimo de informar o criticar, por ejemplo, y sin ánimo de injuriar, carece de sentido suscitar de *lege ferenda* la cuestión de la admisibilidad general de la prueba de la verdad. Este trabajo ha pretendido mostrar, sin embargo, que esta posición deja sin resolver los supuestos en que el ánimo de injuriar no es desplazado o anulado por otro diverso, por ejemplo el de informar, sino que concurre con éste. Asimismo se ha destacado, a la vista del Derecho comparado, que la admisibilidad general de la prueba de la verdad ha de estar sometida, a su vez, a excepciones —por ejemplo, no cabría admitir ésta en las imputaciones relativas a la vida privada—, lo que supone una inversión de la relación actual regla-excepción, en el sentido de que lo hoy excepcional, admisión de la prueba de la verdad, pasaría a ser la regla.

Por último, se han puesto estas cuestiones a la luz del Derecho constitucional a la libre emisión del pensamiento.

La relación entre protección penal del honor y derecho a la libre emisión del pensamiento no es coincidente en los diversos sistemas positivos.

En el Derecho alemán, según resulta de la exposición precedente, la protección penal del honor se caracteriza por la admisión de la prueba de la verdad. La falsedad de la imputación viene así a delimitar, en principio, el propio concepto de honor jurídico-penalmente protegido. De otra parte, a pesar de la falsedad del hecho imputado o de que la verdad no puede ser probada, estará justificada la injuria o la difamación si el sujeto obra en defensa de un interés legítimo de conformidad con lo previsto en el parágrafo 193, salvo que la existencia del delito surja de la forma o circunstancias en que ha tenido lugar,

según dispone el mismo párrafo. De ello deriva que el derecho a la libre emisión del pensamiento se halle ampliamente garantizado.

En el Derecho italiano no se admite con carácter general la prueba de la verdad, pero se ha entendido que el derecho a la libre emisión del pensamiento se garantiza mediante el recurso al ejercicio de un derecho como causa de justificación. Tal causa de justificación está sometida a límites internos y externos, en especial la verdad histórica, el interés público de las alegaciones y el uso de un lenguaje correcto.

En el Derecho español se admite también sólo excepcionalmente la prueba de la verdad en las injurias. Pero, a diferencia de lo que ha sucedido en Italia, no se invoca una causa de justificación, al amparo del número 11 del artículo 8 del Código penal, en los supuestos en que el sujeto obra en ejercicio del derecho a la libre emisión del pensamiento, sino que el T. S. entiende que es preciso que, en la situación concreta, concorra un ánimo de informar, narrar, criticar, etc., que desplace o anule al ánimo de injuriar. No se recurre a una causa de justificación y, en consecuencia, tampoco se determinan con precisión los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento (interés público, verdad histórica, lenguaje correcto, etc.) (81), sino que habrá que esta a que en el caso particular pueda estimarse anulado o desplazado el ánimo de injuriar.

Detrás de las diversas orientaciones se advierte, como a lo largo de este trabajo se ha intentado poner de relieve, una diversa concepción del honor y de los límites del derecho a la libre emisión del pensamiento.

(81) Respecto a los hechos relativos a la vida privada se admite generalmente que no cabe hablar de verdad o falsedad; v. NOVOA MONREAL, S., *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*. Siglo Veintiuno ed., Méjico, 1979, págs. 62 y s., Como se puso de manifiesto en su momento, en el Derecho comparado predomina el criterio de establecer un límite a la prueba de la verdad, allí donde es admitida por regla general, en las imputaciones que hacen referencia a la vida privada.

CRONICA INTERNACIONAL

La *Fundación Internacional Penal y Penitenciaria* organiza unas Jornadas sobre el tema «Las sanciones en materia de delincuencia económica», que tendrán lugar en Christiansand (Noruega) los días 10 al 13 de septiembre de 1983.

* * *

El *IX Congreso Internacional de Criminología*, Viena, 25 al 30 de septiembre de 1983, se ocupará de los temas siguientes: I. El estatuto y funciones de la Criminología y sus relaciones institucionales con las políticas y prácticas sociales. II. La creación de las leyes y su recepción por la sociedad. III. Las políticas y las prácticas sociales propias al sistema penal. IV. Las políticas y las prácticas de control social e informal. Idiomas: Está prevista una traducción simultánea al francés, inglés y alemán, aceptándose comunicaciones científicas en español y ruso. Secretaría del Congreso: Interconvention, P. O. B. 80-A-1107. Viena/Austria.

* * *

El *II Congreso Mundial sobre Atención Médica Penitenciaria* tendrá lugar del 28 al 31 de agosto de 1983 en Ottawa (Canadá). Temas: Tendencias internacionales. Desarrollo de política y comparaciones en la administración de cuidados médicos penitenciarios. Coordinación de la administración de los cuidados médicos a los reclusos. ¿Quién debe ser responsable? Normas. Evaluación de los cuidados médicos penitenciarios. Función de las enfermeras. Una perspectiva internacional. Función de la Psicofarmacología en el tratamiento de los reclusos. Salud mental de los reclusos. ¿Cuál es la línea divisoria? Problemas especiales de salud en las prisiones. La mujer delincuente. Delincuentes juveniles. Delincuentes extranjeros. Uso, abuso y mal uso de las drogas en las prisiones. Tratamiento del delincuente de mente. Problemas especiales de salud en las prisiones. Los delincuentes sexuales. Abuso del alcohol. Suicidio y heridas autoinflingidas. La ley y el contexto de la salud penitenciaria. La ética en la medicina penitenciaria. Los derechos de inscripción son de 150 dólares canadienses por delegado y 80 dólares por acompañante. Secretariado del Congreso: The Correctional Service of Canada. Ottawa, KIA OP9. Canadá.

* * *

Organizado por el Ministerio de Justicia italiano y el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale para conmemorar el trigésimo quinto aniversario de éste, se celebrará en Milán, del 14 al 17 de junio de 1983, un Congreso Internacional sobre *Evolución y perspectivas de la justicia penal en un mundo cambiante*, tema que fue inscrito en el orden del día provisional del VII Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Inscripciones en el C. I. C. Secretariado del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Piazza Castello, 3, Milán. Idiomas del Congreso: Inglés, francés, italiano y español, estando prevista traducción simultánea a los cuatro idiomas.

* * *

El John Jay College of Criminal Justice organizó el XXX Curso Internacional de Criminología, bajo el patrocinio de la Sociedad Internacional de Criminología, sobre los temas: Terrorismo. Piratería. Tráfico de armas. Secuestros. Fraudes. Contrabando. Narcóticos. Prostitución. El curso se celebró los días 14 al 20 de junio de 1981, bajo la dirección de Philip John Stead y Donal E. J. MacNamara, con traducción simultánea al español y al inglés.

* * *

El IV Simposio Internacional de Victimología se celebró los días 19 de agosto a 4 de septiembre de 1982, en Tokio y Kioto (Japón).

* * *

Del 17 al 21 de mayo de 1982 se celebró en Siracusa una Conferencia internacional sobre filosofía de la justicia penal y la política criminal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Sociedad Internacional de Defensa Social y la Sociedad Internacional de Criminología.

* * *

Del 13 al 29 de junio de 1982 se celebró en San José (Costa Rica) un Seminario sobre control y prevención del crimen.

SECCION LEGISLATIVA

Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. («Boletín Oficial de las Cortes Generales». Congreso de los Diputados. Serie A, 25 de febrero de 1983, número 10-I) (*).

EXPOSICION DE MOTIVOS

Junto a la reflexión, que conduce a la necesidad de disponer de tiempo para redactar un nuevo Proyecto, el Gobierno ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal y penitenciaria cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo, y ello no sólo por la gravedad intrínseca de ciertas situaciones, sino también porque la tarea antes expuesta de revisión del Proyecto de Código penal requiere un período de reflexión más profundo.

Asimismo, existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Tales principios, hoy ajenos a nuestro ordenamiento punitivo, anclado aún en los criterios de determinación de la responsabilidad penal propios del pasado siglo, ni pueden ver tampoco retardada su incorporación al derecho positivo, máxime teniendo en cuenta que no plantean problemas de adecuación al aún vigente Código ya que entrañan esencialmente la posibilidad, hoy inexistente, de que los Tribunales dispongan de principios positivos que permitan avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal en el marco de las garantías antes mencionadas.

Entrando con mayor precisión en las materias abordadas por el presente Proyecto, destaca en primer lugar la modificación del texto del artículo 1.º del actual Código penal. Con ello se pretende, de un lado, resolver la equívocidad de la referencia a la voluntariedad en el modo en que lo hace el texto actual; de otra parte, se desea sentar el principio básico para desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. La exigencia del dolo o culpa como únicos fundamentos de responsabilidad penal se juzga, por consiguiente, como inaplazable. Evidentemente, las consecuencias de la modificación del artículo 1.º del actual Código inciden, por las mismas razones, en los

(*) Aprobado en Consejo de Ministros del 2 febrero de 1983. El plazo para la presentación de enmiendas expiró el día 15 de marzo.

artículos 8, núm. 8; 64 y 50, párrafo primero del mismo, así como en la interpretación que habrá que dar a los diferentes supuestos de responsabilidad criminal se entiende preciso, además, regular los efectos del error, según sus clases, sobre el tipo o sobre la prohibición, si bien las reglas punitivas que se ofrecen se acomodan a las que en el texto actual existen en materia de determinación de pena o de título de imputación.

La reforma aborda seguidamente el problema de la enajenación mental, atendiendo a las censuras que ha recibido la actual configuración del artículo 8, núm. 1, que, como es sabido, no permite distinguir entre las múltiples variantes de las situaciones de anormalidad, sino que conduce a una sola medida de internamiento hasta que el Tribunal sentenciador lo considere oportuno. Con la reforma de los Tribunales podrá, de acuerdo con los informes que recaben, decidir la clase de medida que mejor se adecúe a las condiciones del sujeto, dando mayor importancia al fin terapéutico de la misma, sin perjuicio del aseguramiento que sea preciso, que no siempre ha de requerir la total privación de libertad. Cercano a este problema se plantea el de la sordomudez y otras graves alteraciones en la percepción de la realidad.

En el propósito de simplificar ciertas disposiciones que en el Código actual resultan innecesariamente complejas cuando no tautológicas entre sí, se inscribe la simplificación de la descripción legal de la legítima defensa y la de los [*recte*, las] atenuantes referidos a estados emotivos, que quedan reducidos a una sola fórmula para la que hasta ahora eran tres en cada caso.

Mayor alcance tiene sin duda la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, pues no sólo se funde en una sola descripción la reincidencia y la reiteración, sino que además se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia establecidos hasta ahora en el artículo 61, 6.º del Código penal. Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: La exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contraria al principio "nom bis in idem", puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho.

Suficientemente protegida en los oportunos tipos de delito, la libertad religiosa y el debido respeto a los sentimientos de esa índole, así como a los actos, cultos y miembros o ministros de todas las confesiones religiosas legalmente reconocidas, no se aprecia razón alguna para la subsistencia de la agravante genérica de ejecución del hecho en lugar sagrado, toda vez que entre aquellos delitos contra la libertad religiosa aparece modificado el artículo 206, que funde en una amplia fórmula los actuales artículos 205 y 206, de manera tal que no parece en modo alguno necesario aumentar la protección penal de la religión, su práctica y

sus edificios con reglas punitivas que, en conexión con otros delitos distintos de los antes mencionados, carecen de sentido.

Evidentemente, la urgencia de la reforma impide abordar con el necesario rigor el problema de los llamados delitos económicos. Mas no por eso se oculta la gravedad de la situación actual, en la que se aprecia cómo dentro de una importante crisis económica se cometen además abusos frente a los que el Derecho penal no tiene sino los muy angostos preceptos del Código vigente, en modo alguno concebidos para tales hechos. El problema se agranda cuando de individualizar la responsabilidad se trata, de ordinario en el marco de la actividad de las personas jurídicas o de las actuaciones en nombre de otro. La rigurosa interpretación de la autoría en función de los tipos de delito dificulta la imputación de responsabilidad en aquellas figuras de delito cuya aplicación requieren que el autor reúna determinadas condiciones, cualidades o relaciones. Los esfuerzos que en busca de la justicia material ha realizado la jurisprudencia en este terreno han puesto de manifiesto la necesidad de que nuestras leyes penales incorporen una regla especial, la que aparece en el nuevo artículo 15 bis, que amplíe los casos de responsabilidad de autor descritos en el actual artículo 14. La, al principio expuesta, exigencia de dolo o culpa para poder derivar responsabilidad criminal, disipa cualquier temor en relación con los aparentes peligros que entrañará la aplicación de la regla que se incorpora.

La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y, con ella, la regulación del encubrimiento en el artículo 18, se modifica a fin de adaptar su fórmula como se hace en otros preceptos a los cambios legales producidos en la conceptualización de la filiación. Además se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores [*recte*, superiores] a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente con la razón de ser de estas normas no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas.

La necesidad de limitar el contenido de la pena a lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la función de la misma, ha aconsejado aprovechar esta urgente ocasión para limitar la pena accesoria de inhabilitación para profesión u oficio a aquellos casos en que éste o aquélla guardan relación con el delito cometido, tal como venía reclamando la doctrina y sosteniendo la más reciente jurisprudencia.

Varias son las modificaciones introducidas en el Capítulo IV del Libro I. En el artículo 61, de tanta importancia en la determinación de la pena, se pretende dar cabida, dentro del reducido margen que concede un Código que como el vigente se asienta en una métrica penal tasada y cerrada, a los modernos postulados político-criminales, que aconsejan evitar reglas de medición que inexorablemente obliguen al juez a imponer el límite máximo de la pena; del mismo modo es preciso garantizar cierta homogeneidad en las decisiones punitivas, a cuyo objeto se tiene por excesivamente amplia la actual regla núm. 4 del artículo 61, ya que en combinación con la regla 2.^a del mismo artículo, que se modifica para dar cabida a las consideraciones antes expuestas, podría provocar que resultara igual en orden a la medición de pena la concurrencia de

una circunstancia agravante o la de ninguna. Para obviar tal riesgo se dispone que la inexistencia de circunstancias conduce, como menos, a que no se pueda recorrer el tiempo total de castigo más allá del grado medio del mismo.

Sabido es que los conceptos de delito continuado y de delito masa son importantes creaciones jurisprudenciales desconocidas por el derecho positivo, aunque no impedidas. No obstante, la experiencia enseña que ese vacío legal ha dado lugar a oscilaciones en la apreciación de aquellas estructuras de responsabilidad, e incluso variaciones en los requisitos que exige la propia jurisprudencia y la doctrina científica. A partir del principio de conceder primacía valorativa, en orden a la calificación del hecho o hechos, a la lesión jurídica, única o plural, por encima de la unidad o pluralidad de acciones, se introduce un nuevo precepto, el artículo 69 bis, destinado a cubrir el vacío legal existente y a fijar positivamente los elementos que no pueden faltar para la apreciación del delito continuado, que adquiere así fundamento en el derecho positivo. Se introduce una regla de medición de pena que no tiene otro fin que castigar con mayor severidad lo que sea realmente más grave, evitando así la actual posibilidad de que el recurso al delito continuado sea aleatoriamente gravoso o beneficioso; para ello se otorga a los Tribunales un amplio grado de arbitrio en la fijación del castigo y en su exasperación si lo entienden adecuado, al igual que tampoco será posible que las reglas limitadoras del concurso de delitos, o la cuantía mínima exigida en las infracciones patrimoniales para constituir delito, se tornen en beneficios para los autores de delitos masa.

Se modifica la regulación de la remisión condicional de la condena, aceptando la de rehabilitación como equiparada a la condición de delincuente primario y suprimiendo la exclusión de los declarados rebeldes que tan injusta se ha mostrado en ocasiones en la práctica.

Muchas son las críticas formuladas a la institución de la redención de penas por trabajo, conocido es el origen de la misma y su supuesta orientación. El penitenciarismo moderno contempla el trabajo de los reclusos en el marco del tratamiento recuperador. Pero si bien un nuevo Código podrá abordar la transformación de esta institución, en el momento actual ello no parece posible porque sin previa modificación total de nuestro sistema de penas es difícil plantear la supresión de algo que, en función del sistema anterior, se plantea como beneficioso para el reo, lo cual, así enfocado, resulta evidente.

Importantes e inaplazables son los cambios que se introducen en materia de rehabilitación, que se contraen a lo siguiente: la cancelación de antecedentes puede llevarse a cabo de oficio por el Ministerio de Justicia, y no sólo a instancias del interesado como venía sucediendo. Por otra parte, en la búsqueda de una rehabilitación que no sea simplemente formal obliga a limitar el uso de las inscripciones registrales de antecedentes. Uso solamente posible hasta la cancelación de la inscripción, a los casos expresamente previstos por ley. En la misma finalidad se inscribe la supresión de la actual vigencia eterna del antecedente en orden a la apreciación de la agravante de reincidencia; con la modifi-

cación que se propone la rehabilitación supone la cancelación definitiva del antecedente escrito.

En el catálogo e infracciones concretas las reformas necesarias que exigía o propiciaba esta ocasión eran de diversos caracteres. Por una parte, y ante todo, era urgente modificar aquellas figuras delictivas cuya actual regulación se ha mostrado, amén de excesivamente severa, jurídicamente defectuosa, de tal manera que los Tribunales tropezaban en ellas en sus mejores deseos de ajustar la pena a la entidad humana y social del hecho —como, por ejemplo, acontecía con el sistema de cuantías en determinados delitos patrimoniales—. Por otra parte, una serie de delitos incluían referencias en las penas conminadas a castigos que, como la pena de muerte, vienen prohibidos por la Constitución, o bien a penas que como las de presidio se supriman (*sic*) en esta Reforma por no corresponderse con contenidos penitenciarios específicos. Finalmente, era preciso dar cabida en el Código penal, sin demora, a realidades constitucionales que el aún vigente texto primitivo ignora.

En el sentido últimamente apuntado se inscribe la modificación del artículo 161-1.º del Código, extendiendo la protección que dispensa frente a injurias o amenazas al Regente, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y a sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia. Entre los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes se ha apreciado la necesidad de que la ley penal contribuya a garantizar la realidad del principio de igualdad entre las personas, penalizando comportamientos discriminatorios determinados por razones étnicas, raza, religión y opinión política o sindical.

En otro orden de consideraciones, se apoya la incorporación del artículo 177 bis, orientado a proteger, por vía de amenaza contra los ataques que se les dirijan, la libertad de sindicación y el derecho de huelga, a fin de garantizar su libre ejercicio.

La Sección Tercera del Capítulo II del Título II aún no se había acomodado a un principio como el contenido en el artículo 16-3 de la Constitución que, además de establecer la aconfesionalidad del Estado, declara la libertad de conciencia y el respeto por igual a todas las creencias religiosas. Siendo así resulta evidente que la actual configuración de este grupo de delitos se opone al mandato constitucional, tanto por llevar implícita en su rúbrica misma una imagen de confesionalidad manifiesta abiertamente en el artículo 206 cuanto por tratar de modo expreso y preferente a la religión católica frente a otras creencias.

En el ámbito de los delitos contra la seguridad del tráfico, la reforma se contrae a la supresión del párrafo segundo del artículo 340 bis a), en primer lugar, toda vez que el criterio primitivo en que se apoya —el de la plurirreincidencia— se ve también modificado en esta misma reforma. El delito de conducción sin permiso descrito en el artículo 340 bis c), que en esta Reforma se suprime, atendiéndose así a un sentimiento generalizado en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo.

Como es sabido, el artículo 344 del Código penal, concerniente al grave e importantísimo problema del tráfico de estupefacientes, es de hecho el único precepto penal del que se dispone para abordar materia tan compleja. La experiencia acumulada desde su introducción en nuestro sistema punitivo pone de manifiesto defectos cuya trascendencia no permite postergar una profunda modificación. Únicamente obedece al deseo ya mencionado de suprimir los más graves defectos que presenta el vigente artículo 344, defectos que fundamentalmente se cifran en los siguientes: el marco punitivo, que de hecho va desde seis meses a veinte años, resulta inaceptable en el modo en que hasta ahora se regulaba, desvinculado de toda indicación normativa y fiado al exclusivo arbitrio del Tribunal. Ciertamente, la variedad de situaciones posibles en relación con el tráfico de estupefacientes impone la necesidad de disponer un margen punitivo que permita dar respuesta diversa a lo que sea diferente; pero para alcanzar tal propósito no es preciso poner en peligro la seguridad jurídica, que exige un equilibrio entre el actual sistema general de métrica penal cerrada y el extremo contrario, que sería la práctica indeterminación de pena. Tal es lo que encierra potencialmente la regla que hasta ahora obraba en el párrafo tercero del artículo 344. En su lugar se indican las circunstancias en que la pena debe reducirse y aquélla en que debe exasperarse.

Recientes tragedias presentes en la mente de todos justifican por sí solas la inaplazable necesidad de mejorar los preceptos penales relativos a productos alimenticios, que hasta ahora se contraían prácticamente al artículo 346, cuyo contenido se modifica profundamente en el propósito esencial de aumentar la protección penal extendiendo al ámbito de conductas reprimidas.

La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal.

Sin perjuicio de la subsistencia del actual artículo 499 bis, la protección penal del trabajo venía planteando la necesidad de introducir un delito de peligro que, de una parte, no exija el grado de intencionalidad en la conducta que se deriva de aquel precepto, y, de otra, acentúe la obligación de prevenir el daño. A tal fin se introduce un tipo de estructura claramente omisiva, el nuevo artículo 348 bis a), en el que puede subsumirse la conducta del responsable de una actividad laboral que permita el incumplimiento de las medidas de seguridad dando lugar a situaciones de concreto peligro.

Siendo la regulación del juego de competencia netamente administrativa a partir de su autorización, carece de sentido la subsistencia del actual Título VI, rubricado "De los juegos ilícitos".

La necesidad de adecuar la legislación penal en materia de aborto a

la actual realidad sociológica del país, ha hecho necesario la introducción de un artículo 417 bis en el cual se establece la no punibilidad del aborto, siempre que sea realizado por un médico y con el consentimiento de la mujer en tres supuestos, siguiendo el sistema de las indicaciones, en concreto la terapéutica, ética y eugenésica. La primera de ellas no viene sino a recoger, lo que ya había hecho la doctrina jurisprudencial, el supuesto de grave peligro para la vida y salud de la madre, como manifestación de un supuesto de estado de necesidad y las otras dos no son sino el reconocimiento de que en tales supuestos no es exigible otra conducta y por tanto se procede a la despenalización en ambos supuestos.

En el grupo de los hoy llamados delitos contra la honestidad, las reformas comenzaron con la Ley de 7 de octubre de 1978 que, como es sabido, clarificó y redujo el ámbito de algunas figuras, como la de estupro, a la vez que modificaba las edades que debía tener la víctima. La materia, no obstante, requiere profunda reflexión dados los imprecisos contornos que a veces separan lo legítimo y lo punible en el ámbito de las relaciones sexuales. Pero la precipitada ley perdió la ocasión de actualizar, de acuerdo con realidades observadas en la práctica, la regulación de la acción persecutoria y, en especial, el perdón, cuya operatividad extraordinaria abre el riesgo de transformarlo en objeto de cambio, voluntario o coactivo, todo ello combinado con el estrecho margen de opinión concedido a los Tribunales. En consonancia con este enfoque del problema se modifican los dos últimos párrafos del artículo 443; en virtud de la reforma que se propone la eficacia del perdón se limita en el tiempo hasta que recaiga sentencia firme, devolviendo así a estos delitos la condición de semiprivados, que había sido desdibujada a través de tan lata concesión de eficacia al perdón.

Las especiales reparaciones que por vía indemnizatoria señala el artículo 444 han sido objeto de justas y atinadas críticas. La triple obligación de dotar, reconocer y mantener aparece formulada en función de una concepción de la posición social de la mujer en buena parte desforada (*sic*). Sin poner en duda la necesidad de la indemnización cabe cuestionar la idea de dote. Otro tanto sucede con el problema de la filiación; la actual regla 2.ª del artículo 444 es de tal rotundidad que no deja margen a los Tribunales para tener en cuenta, además, la opinión de la mujer y lo que haya de ser mejor para el nacido a causa del delito. A atender ambos fines se encamina la modificación que se propone.

En la misma línea de actualización, y en esta ocasión de acuerdo con la igualdad de la posición de los cónyuges legalmente reconocida ya fuera del Derecho penal, se suscribe la supresión a la mención de la "autoridad marital", presente aún en el artículo 452 bis g).

Inaplazables eran las reformas que requerían los delitos contra la propiedad. La que ahora se propone es sólo una pequeña aproximación, si bien perentoria, a la que en su día habrá que llevar a cabo en el marco del futuro y nuevo Código penal. Este grupo de delitos viene siendo citado por la doctrina española como uno de los máximos exponentes de la excesiva dureza de nuestro sistema punitivo. A ello hay que añadir la defectuosa técnica con la que están contruidos, basada

ante todo en la mediación [*recte*, medición] de pena en función de cuantificaciones económicas —método común a delitos de apoderamiento directo o de apoderamiento fraudulento—. El panorama actual se completa con un desequilibrio entre ciertos abusos del método casuístico —la estafa es un ejemplo frente a la desatención hacia valores patrimoniales o situaciones económico-patrimoniales que merecen particular respeto por parte de la Ley penal. Estas y otras consideraciones mueven al Gobierno a proponer las siguientes reformas en el Título XIV [*recte*, XIII] del Libro II del Código penal.

En el artículo 501 se aborda ante todo la tan discutida interpretación de la figura compleja de robo con homicidio que se describe en el número 1.º de dicho artículo, optándose por la que mejor favor ha encontrado en doctrina y jurisprudencia recientes, cual es la de limitar la aplicación de esta figura compleja a la relación entre muerte y homicidio doloso. A tal interpretación podía llegarse también, descartada la responsabilidad objetiva, comprendido que la inclusión indistinta del delito de homicidio culposo hubiera conducido a un inaceptable tratamiento igual de hechos diferentes. No obstante, parece más seguro camino proceder a la expresa limitación legal, ello sin perjuicio de regular la calificación de delito complejo y su pena cuando con el robo concorra homicidio culposo, cosa que se hace en el número 4.º del mismo artículo. Las modificaciones de este importante precepto se completan con una serie de mejoras técnicas en los números 2.º, 3.º y 5.º.

Teniéndose por incompatible con el Derecho penal propio de un Estado de Derecho el recurso a las presunciones en la fijación de algo tan transcendental como es el haber realizado o no un acto típico, se suprime la presunción establecida en el último párrafo del artículo 502, exponente, en el fondo, de un defensismo antigarantista apoyado en ideas tan peligrosas como la de la culpabilidad “por el modo de vivir”.

El artículo 505 ha venido conteniendo hasta ahora precisamente la escala de cuantías para la graduación de la pena en el delito de robo con fuerza en las cosas. En el deseo, por demás ampliamente compartido, de terminar en lo posible con el sistema de cuantías se deja tan sólo la de 30.000 pesetas como límite entre falta y delito. Las ulteriores agravaciones de la pena, que puede pasar a ser de prisión menor o de prisión mayor, dependerán de la concurrencia de las circunstancias comisivas descritas en el artículo 506, que, evidentemente sufre una profunda modificación.

La derogación del artículo 509 —con la consiguiente modificación del artículo 510— obedece al propósito de eliminar aquellos preceptos que se opongan al principio de legalidad por contrariar la seguridad jurídica.

En el ámbito del delito de hurto la reforma comienza por una reducción de la definición del mismo a la que ofrece el número 1.º del artículo 514, dado que la conducta descrita en el artículo 514-2.º, amén de no quedar impune en su caso, provoca con su expresa regulación actual confusión, además de dejar en la duda la punición separada de los daños. Por último, el artículo 514-3.º contempla un caso de apropiación de cosa de la que se ha adquirido cuando menos la posesión, título jurídico que

obliga a desplazar tal hecho a la espera [*recte*, esfera] de la apropiación indebida, a cuyo fin se introduce la oportuna ampliación en la formulación que el artículo 535 hace de la apropiación indebida.

Paralelamente a lo establecido en el robo se modifica el sistema de cuantías fijado en el artículo 515. Las variaciones agravatorias del hurto, en lugar de las anteriores, se contraen a las que enumera la nueva redacción del artículo 516, que se inspiran en criterios similares a alguno de los que por razones análogas se utilizan para el robo en la nueva redacción del artículo 516.

Antes se hacía referencia a la casuística que dominaba la formulación de la estafa en nuestro sistema primitivo [*recte*, punitivo], en contraste con la ausencia de una definición fundamental de tal delito, defecto que se obvia con la introducción, en una nueva configuración del artículo 528, de una definición esencial de la estafa, capaz de acoger los diferentes supuestos planteables. Además, y siguiendo la pauta anteriormente marcada, se prescinde del sistema de cuantías dando paso a cualificaciones agravatorias descritas en una nueva redacción del artículo 529 que acogen, además, hipótesis de estafa que requieren expresa mención, como acontece con la estafa procesal —reconocida por doctrina y jurisprudencia pero no expresamente por el derecho positivo—, la de abuso de firma en blanco, ya existente, la estafa de seguro y otras, como ésta de nueva concreta regulación, como son la estafa de tráfico de influencias.

El nuevo tratamiento de la reincidencia obliga a la supresión del artículo 530. Por diferentes motivos, explicables merced a la nueva formulación genérica de la estafa, procede también dejar sin contenido, por falta de objeto, al artículo 533. Igualmente resulta adecuado eliminar la mención a la reincidencia específica que actualmente hace el artículo 537.

Dentro de las disposiciones generales para el Título XIII enunciadas en el Capítulo X del mismo, hasta ahora reducido a la excusa absolutoria por parentesco formulada en el artículo 564, se introducen además a través de la adición de un nuevo artículo 564 bis, medidas de seguridad aplicables a empresas cuyos directivos, en el ámbito de la actividad de la empresa o usando su organización, hubieran cometido delitos contra la propiedad, medidas que podrán consistir en la clausura, suspensión temporal de actividades, o, incluso, prohibición de actividades, y que hasta hoy, pese a su evidente necesidad, no estaban expresamente previstas.

Modificado el artículo 340 bis a) en orden a suprimir la posibilidad de retirada definitiva del permiso de conducir, se impone paralelamente operar similar modificación en el párrafo sexto del artículo 565. Una y otra reforma obedecen al convencimiento de la inutilidad recuperadora de las sanciones penales eternas.

De acuerdo también con la decisión que se propone para los juegos ilícitos procede la supresión de la falta descrita en el artículo 575. Dentro también del Libro III queda sin contenido el artículo 580-1.º, introduciéndose en su lugar el artículo 583-6.º bis, que sitúa en su correcto emplazamiento de falta contra las personas las faltas de maltrato de los enajenados. Por último, la igualdad entre cónyuges obliga a fundir en un solo y nuevo precepto —el artículo 583-2.º— las faltas hasta ahora descritas en los números 2.º y 3.º de dicho artículo 583.

ARTICULO 1.º

Los siguientes artículos del Código penal quedan suprimidos, modificados o incorporados al mismo en los términos que a continuación se expresan:

ART. 1.—Queda así redactado:

“Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley.

No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.”

ART. 6 bis a).—Queda así redactado:

“El error invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que grave [*recte*, agrave] la pena, —excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada únicamente y en su caso como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66.”

ART. 6 bis b).—Queda así redactado:

“Si el hecho se causare por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible.”

ART. 7.—Se añade el siguiente párrafo:

“No obstante sí les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo.”

ART. 8.1.—Se añade como párrafo tercero:

“Cuando el Juez o Tribunal sentenciador lo estimen procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas:

- a) Sumisión a tratamiento ambulatorio.
- b) Privación del derecho de conducir durante el tratamiento o por plazo que se señale.
- c) Privación del derecho a portar armas, para cuya tenencia se exija autorización administrativa, durante el tratamiento o por el plazo que se señale.”

ART. 8.2.—Queda así redactado:

“El menor de dieciséis años.

Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho castigado por la Ley, será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.”

ART. 8.3.—Queda así redactado:

“El sordomudo o aquellas personas que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad.

Cuando estas personas hayan cometido un hecho que la Ley sancionare como delito, se les aplicará la medida de internamiento en un Centro Educativo especial, durante el tiempo necesario para su educación, del cual no podrán salir sin autorización del Tribunal.

Cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida será sustituida por alguna o algunas de las medidas del último párrafo del número 1 de este artículo."

ART. 8.4.—Queda así redactado:

"El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

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

2.º Necesidad racional del medio empleado para impedir la o re-
pelerla.

3.º Falta de provocación suficiente por parte del defensor."

ART. 8.5.—Queda sin contenido.

ART. 8.6.—Queda sin contenido.

ART. 8.8.—Queda sin contenido.

ART. 9.1.—Se añade el siguiente párrafo:

"En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento."

ART. 9.5.—Queda sin contenido.

ART. 9.6.—Queda sin contenido.

ART. 9.8.—Queda redactado así:

"La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató obcecación y [*recte*, u] otro estado pasional de semejante entidad."

ART. 10.14.—Queda sin contenido.

ART. 10.15.—Queda así redactado:

"Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieren podido serlo."

ART. 10.17.—Queda sin contenido.

ART. 11.—Queda así redactado:

“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor.”

ART. 15 bis.—Queda así redactado:

“El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, responderá penalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obra, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.”

ART. 18.—Queda así redactado:

“Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número uno del artículo anterior.

ART. 20.—Se añade el siguiente párrafo al final del artículo:

“En todos los supuestos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen.”

ART. 41.—El segundo párrafo queda así redactado:

“Cuando esta pena tenga carácter accesorio, sólo se impondrá si la profesión u oficio hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia.”

ART. 43.—Queda sin contenido.

ART. 48.—Se añade el siguiente párrafo al final del artículo:

“Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente.”

ART. 50.—Queda sin contenido.

ART. 61.2.—Queda así redactado:

“Cuando concurriese sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrá en el grado máximo.”

ART. 61.4.—Queda así redactado:

“Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio.”

ART. 61.6.—Queda sin contenido.

ART. 64.—Queda sin contenido.

ART. 69 bis.—Queda así redactado:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado mínimo o medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior, las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”

ART. 93.—Queda así redactado:

“Serán condiciones indispensables para suspender el cumplimiento de la condena:

1.º Que el reo haya delinquido por primera vez o, en su caso, haya sido rehabilitado. La primera condena por imprudencia no temeraria no se tendrá en cuenta a estos efectos.

2.º Que la pena consista en multa o en privación de libertad cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia.

En los casos comprendidos en los dos números anteriores, los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional, según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución.

El Tribunal Sentenciador podrá ampliar el beneficio de la condena condicional a los reos condenados a penas hasta de dos años de duración cuando así lo estimare procedente, en resolución expresa y motivada, si en el hecho delictivo concuriera alguna atenuante muy calificada, apreciada como tal en la sentencia.”

ART. 100.—Queda así redactado:

“Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la Sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.

No podrán redimir pena por el trabajo:

1.º Quienes quebranten la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.

2.º Los que reiteradamente observen mala conducta durante el cumplimiento de la condena.”

ART. 118.—Queda así redactado:

“Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables:

1.º No haber delinuido durante los plazos que se señalan en el número 3.º.

2.º Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción.

3.º Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves, dos años para las de arresto mayor, las impuestas por delito de imprudencia y penas no privativas de libertad, tres años para las de prisión, cinco para las de reclusión y ocho para los supuestos de reincidencia.

El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurriesen los plazos precedentemente señalados y un año más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedará (sic) extinguida la pena, pero si ello ocurriere mediante la remisión condicional, el plazo una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquél en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces y Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se diere, esta última circunstancia.

En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiere instado la rehabilitación, el Juez o Tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación.”

ART. 161.—El número 1.º queda así redactado:

“Los que injuriaren, calumniaren o amenazaren gravemente al Regente o Regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas.”

ART. 165.—Queda así redactado:

“Incurrirá en la pena de arresto mayor y multa de treinta mil a trescientas mil pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no perte-

nencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona, le denegare una prestación a la que tuviere derecho.

Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos requeridos se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo, o situación familiar de sus miembros o de algunos de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada.”

ART. 165.—El actual artículo 165 pasa a constituir el artículo 165 bis.

ART. 165 bis.—El actual artículo 165 bis pasa a constituir el artículo 165 bis a).

ART. 173.—Se añade el siguiente número:

“4.º Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella.”

ART. 177 bis.—Queda así redactado:

“Los que de cualquier manera impidieran o limitaran el ejercicio legítimo de la libertad sindical o del derecho de huelga serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 mil pesetas.”

ART. 181 bis.—Queda así redactado:

“Los funcionarios públicos que cometieren alguno de los actos previstos en el artículo 165 incurrirán en la misma pena en su grado máximo y en la de suspensión.”

ART. 204 bis a).—Queda así redactado:

“Lo dispuesto en los artículos 178 a 204 se entenderá sin perjuicio de lo ordenado en otros preceptos de este Código que señalarán (*sic*) mayor pena a cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos mencionados en esta Sección.”

Sección 3.ª del Capítulo II del Título II del Libro II

La rúbrica de la presente Sección 3.ª queda así redactada: “Delitos contra la libertad de conciencia”.

ART. 205.—Queda así redactado:

“Incurrirán en la pena de prisión menor:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidieren a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos del culto que profese o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios forzaren a otros a practicar o concurrir a actos de culto, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una creencia religiosa, o de mudar de (*sic*) la que profesare.”

ART. 206.—Queda sin contenido:

ART. 207.—La expresión “de la religión católica o los autorizados de las demás confesiones legalmente reconocidas”, se sustituye por “de las confesiones religiosas”.

ART. 209.—La expresión “de la religión católica o de confesión reconocida legalmente”, se sustituye por “de una confesión religiosa”.

ART. 210.—La expresión “de la religión católica o de otro culto que esté inscrito en el Registro establecido al efecto”, se sustituye por “de una confesión religiosa”.

ART. 212.—Queda así redactado:

“Los que cometieren los delitos de que se trata en los artículos anteriores, cuando ejercieren la enseñanza, incurrirán, además de las penas en ellos señaladas, en la de inhabilitación especial para el ejercicio de la enseñanza pública y privada.”

ART. 340 bis a).—El párrafo segundo queda suprimido.

ART. 340 bis c).—Queda sin contenido.

Sección 2.ª del Capítulo II del Título V

Su rúbrica queda así redactada: “Delitos contra la salud pública y el medio ambiente”.

ART. 344.—Queda así redactado:

“Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin, serán castigadas con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud.

Se impondrá la pena de arresto mayor, cuando sin concurrir las circunstancias del párrafo anterior, se trate de sustancias que no causen un daño grave, inmediato y eventualmente irreversible.

Se impondrán las penas superiores en grado cuando la sustancia psicotrópica se difunda entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviere como finalidad difundir sustancias psicotrópicas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia.

Si los actos anteriores fueron realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial. La sanción del facultativo comprende a los médicos y personas en posesión de títulos sanitarios, al farmacéutico y a sus dependientes.

En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los Jueces o Tribunales podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.

b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.

c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Las condenas de Tribunales extranjeros por delitos de igual entidad a los previstos en el artículo producirán ante los españoles los mismos efectos que las de éstos, en cuanto a lo establecido en el número 15 del artículo 10 de este Código.”

ART. 346.—Queda así redactado:

“El productor, distribuidor o comerciante que ofreciere en el mercado productos alimenticios, omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad o composición y pusiere en peligro la salud de los consumidores, será castigado con la pena de prisión menor y multa de 750.000 a 3.000.000 de pesetas.

En la misma pena incurrirá quien, con cualquier mezcla nociva a la salud, alterase las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiese géneros corrompidos, o fabricare o vendiere objetos cuyo uso sea nocivo a la salud.

Si dichos actos u omisiones se realizaren por negligencia inexcusable la pena será de arresto mayor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas.”

ART. 347 bis a).

“Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier naturaleza, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que puedan perjudicar gravemente la salud de las personas, de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.

Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionare clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubiere (*sic*) desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.

También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.

En todos los casos previstos en este artículo, podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.”

Se incorpora la siguiente: *Sección 3.ª del Capítulo II del Título V del Libro II:*

“*Delitos contra la seguridad en el trabajo*”.

ART. 348 bis a).—Queda así redactado:

Los que estando legalmente obligados no vigilen o faciliten los medios para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 150.000 pesetas.”

Título VI del Libro II.—Queda sin contenido.

ART. 405.—Queda así redactado:

“El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor.”

ART. 417 bis.—Queda así redactado:

“El aborto no será punible si se practica por un médico con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.

2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de la gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.^a Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidos primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.”

ART. 420.—El *último párrafo* queda suprimido.

ART. 422.—El *final del primer párrafo* queda redactado así:

“Y serán penados con arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas, según el prudente arbitrio del Juez o Tribunal.”

ART. 423.—Queda redactado así:

“Las lesiones graves inferidas a padres o ascendientes serán castigadas siempre con prisión menor.

En la misma pena incurrirá quien infiera dichas lesiones, o las comprendidas en el número 4.º del artículo 420 a su autor [*recte*, tutor], maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública.”

ART. 443.—Los párrafos 4.º y 5.º quedan así redactados:

“En los delitos mencionados en el párrafo 1.º de este artículo. el perdón del ofendido, mayor de edad, o el del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, que se produzca antes de que recaiga sentencia en la instancia, extingue la acción penal.

Dicho perdón necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio ordenará que continúe el procedimiento representando al menor, o incapaz, en su caso, el Ministerio Fiscal.”

ART. 444.—Queda así redactado:

“Los reos de violación, estupro o raptó serán también condenados a indemnizar al ofendido.

Los Tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación, conforme a la legislación civil.”

ART. 452 bis g).—De la última parte queda suprimida la expresión: “Autoridad marital”.

ART. 468.—El segundo párrafo queda así redactado:

“Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere a un hijo con ánimo de hacerle perder su estado civil.”

ART. 501.—“El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado:

1.º Con la pena de reclusión mayor, cuando con motivo o con ocasión del robo se causare dolosamente la muerte de otro.

2.º La misma pena se impondrá cuando el robo fuere acompañado de violación o mutilación de las previstas en el artículo 418, en el párrafo 1.º del artículo 419, o de alguna de las lesiones penadas en el número 1.º del artículo 420, si bien en estos supuestos la pena no excederá del grado medio.

3.º Con la pena de reclusión menor cuando el robo fuere acompañado de una mutilación de las previstas en el párrafo 2.º del artículo 419 o de alguna de las lesiones penadas en el número 2.º del artículo 420.

4.º Con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión de robo se causare homicidio culposo, se infieran torturas, se tomaren rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable, o cuando el robo fuere acompañado de lesión de las penadas en los números 3.º y 4.º del artículo 420.

5.º Con la pena de prisión menor, en los demás casos, salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 106 [*recte*, 506] corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste.

Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevasen, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare a los que acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.”

ART. 502.—El último párrafo queda sin contenido.

ART. 505.—Queda así redactado:

“El culpable de robo comprendido en alguno de los casos del artículo anterior, será castigado con la pena de arresto mayor, si el valor de lo robado no excediere de 30.000 pesetas y de prisión menor en los demás casos.”

ART. 506.—Queda así redactado:

“Son circunstancias que agravan el delito, a los efectos del artículo anterior:

1.º Cuando el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos.

2.º Cuando el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias.

3.º Cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo.

4.º Cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra persona que los custodie o transporte.

5.º Cuando se verifique en edificio público o alguna de sus dependencias.

6.º Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, pro-

duciéndose una grave perturbación del mismo, o de cosas de primera necesidad, cuando produzca una situación grave de desabastecimiento.

7.º Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico.

8.º Cuando revistiere especial gravedad, atendido el valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración.

9.º Cuando el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o cuando se cometa abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

Quando concurrieren la circunstancia primera del párrafo anterior junto con la segunda, la tercera, o la cuarta, podrán aplicarse las penas superiores en un grado."

ART. 511.—Queda sin contenido.

ART. 514.—Queda así redactado:

"Son reos de hurto los que con ánimo de lucrarse y sin violencia o intimidación en las personas, ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño."

ART. 515.—Queda así redactado:

"Los reos de hurto serán castigados con la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído excediera de 30.000 pesetas.

Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy calificada, la pena será de prisión menor."

ART. 516.—Queda así redactado:

"Son circunstancias que agravan el delito a efectos del artículo anterior:

1.º Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio, o de cosas de primera necesidad cuando produzcan una situación grave de desabastecimiento.

2.º Cuando recaiga sobre cosas de valor histórico, cultural o artístico.

3.º Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de (*sic*) efectos sustraídos o se produzcan perjuicios de especial consideración.

4.º Cuando coloque a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima."

ART. 528.—Queda así redactado:

"Cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de tercero.

El reo de estafa será castigado con la pena de arresto mayor si la cuantía de lo defraudado excede de 30.000 pesetas. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy calificada, la pena será de prisión menor. Si concurrieren las circunstancias 1.ª ó 7.ª con la 8.ª, la pena será de prisión mayor."

ART. 529.—Queda redactado así:

"Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

1.º Cuando se cometa alterando la sustancia, calidad o cantidad de cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal análogo.

3.º Cuando se realice con abuso de firma en blanco.

4.º Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

5.º Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

6.º Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

7.º Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.

8.º Cuando afecte a múltiples perjudicados.”

ART. 530.—Queda sin contenido.

ART. 531.—Queda así redactado:

“Incurrirá en las penas señaladas en el artículo 528, quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare o gravare.

En la misma pena incurrirá el que dispusiera de una cosa como libre, sabiendo que estaba grabada [*recte*, gravada].”

ART. 533.—Queda sin contenido.

ART. 535.—Queda así redactado:

“Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido. La pena se impondrá en grado máximo en el caso de depósito miserable o necesario.

Igual pena se impondrá a los que encontrándose una cosa perdida se la apropiaren con ánimo de lucro.”

ART. 537.—Se suprime la frase “y caso de reincidencia, con arresto mayor y la multa sobredicha”.

ART. 565.—Su párrafo 6.º queda así redactado:

“Las infracciones penadas en este artículo, cometidas con vehículos de motor, llevarán aparejada la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a diez años.”

ART. 575.—Queda sin contenido.

ART. 580.1.—Queda sin contenido.

ART. 583, 2 y 3.—Se suprimen los apartados 2 y 3, que quedan sustituidos por el siguiente:

2.º El que maltratare a su cónyuge de palabra o de obra aunque no le causare lesiones de las comprendidas en el párrafo [*recte*, número] anterior”.

ART. 584, 6.º bis.—Queda así redactado:

“Los encargados de un enajenado que dejaren de cumplir sus deberes de tutela o guarda.”

ARTICULO 2.º

Los siguientes artículos del Código penal quedan suprimidos o modificados en estos términos:

ART. 27.—Se suprime la palabra “muerte” y las expresiones “presidio mayor”, “presidio menor” e “interdicción civil”.

ART. 30.—Sus apartados 3.º y 5.º quedan respectivamente así redactados:

“La de prisión mayor y la de confinamiento, de seis años y un día a doce años.

La de prisión menor y la de destierro, de seis meses y un día a seis años.”

ART. 45.—Queda así redactado:

“La pena de reclusión mayor llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.”

ART. 46.—Se suprime la expresión “presidio mayor”.

ART. 47.—La expresión “presidio y prisión menores” queda sustituida por la de “prisión menor”.

ART. 73.—Las escalas graduales quedan así redactadas:

ESCALAS GRADUALES

Escala número 1

- 1.ª Reclusión mayor.
- 2.ª Reclusión menor.
- 3.ª Prisión mayor.
- 4.ª Prisión menor.
- 5.ª Arresto mayor.

Escala número 2

- 1.ª Extrañamiento.
- 2.ª Confinamiento.
- 3.ª Destierro.
- 4.ª Represión pública.
- 5.ª Caución de conducta.

Escala número 3

- 1.ª Inhabilitación absoluta.
- 2.ª Inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio, activo y pasivo, profesión u oficio.
- 3.ª Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo o pasivo, profesión u oficio.

Tabla demostrativa de la duración de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada uno de sus grados.

En los párrafos 3.º y 4.º, las expresiones “presidio y prisión mayores” y “presidio y prisión menores”, quedan sustituidas por “prisión mayor” y “prisión menor”, respectivamente.

ART. 75.—Se suprime la expresión “o aquélla fuera la de muerte.”

ART. 77.—Queda sin contenido.

ART. 83.—Queda sin contenido.

ART. 84.—Se suprime la palabra “presidio”

ART. 113.—El párrafo 1.º queda así redactado:

“Los delitos prescriben a los veinte años cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión mayor.”

ART. 115.—El apartado 1.º queda así redactado:

“Las de reclusión mayor a los 35 años.”

ART. 120.—Queda así redactado:

“El español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de reclusión mayor.”

ART. 137 bis.—Queda así redactado:

“Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional étnico, social o religioso (**) perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros.

2.º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.

En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptare (*sic*) cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro.”

ARTICULO 3.º

Se suprime la expresión “a muerte” en los siguientes artículos: 121; 122; 139; 142; 144; 163, párrafo 2.º; 215, párrafo 2.º; 219, apartado 1.º; 233, párrafo 1.º, y 406, párrafo último.

ARTICULO 4.º

Las expresiones “presidio mayor” o “presidio menor” quedan sustituidas por las expresiones “prisión mayor” o “prisión menor”, respectivamente, en los siguientes artículos: 269; 270; 272; 273; 275; 277; 278; 280; 285; 291; 292; 295; 296; 299; 302; 303; 305; 306; 325; 326; 385; 386; 394; 400; 468; 470; 509; 519; 520; 521; 524; 540; 542; 544; 546 bis a); 549; 550; 551; 552; 554; 556 y 558.

ARTICULO 5.º

Los límites económicos, cuantías de multas y cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible, consignadas en los siguientes artículos, quedan así modificados:

(**) Debería decir: “nacional, étnico, racial o religioso”.

a) El límite económico de 20.000 pesetas señalado en el artículo 28, se entenderá de 30.000 pesetas.

b) La cuantía de las multas establecidas en los artículos que se citan en los números siguientes, se entenderán modificadas por las que se expresan:

1.º La pena de multa de 20.000 a 200.000 pesetas establecida en el artículo 74, por la de 30.000 a 300.000 pesetas.

2.º La pena de multa de 20.000 a 40.000 pesetas establecida en los artículos 184, 191, 240, 309, 311, 322 primer párrafo, 326 segundo párrafo, 364 número segundo, 367, 478 segundo párrafo, 480, 482, 489 bis y 517 segundo párrafo por la de 30.000 a 60.000 pesetas.

3.º La pena de multa de 20.000 a 100.000 pesetas establecida en los artículos 188, 189, 191 número dos, 192, 196, 197, 208, 210, 232 último párrafo, 237, 239, 240, 246 bis, 247, 275, 277, 278, 279 bis primer párrafo, 281, 282, 292, 300, 301, 312, 320, 322 segundo párrafo, 323, 324, 325, 327 segundo párrafo, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 343 bis, 360, 361, 364 número primero, 365, 366, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 376, 377, 380, 382, 390, 404, 420 número cuarto y segundo párrafo, 431, 452 bis a), 452 bis b), 459 segundo párrafo, 478 primer párrafo, 487 primer párrafo, 488, 490, 493, 497 segundo párrafo, 498 y 546 bis c), por la de 30.000 a 150.000 pesetas.

4.º La pena de multa de 20.000 a 200.000 pesetas establecida en los artículos 175, 177, 188, 190, 201, 202, 204, 232 primer párrafo, 244, 249 bis, 266, 295, 296, 302, 303, 310, 321, 326 primer párrafo, 327 primer párrafo, 329, 332, 338 bis, 340 bis a), 340 bis b), 345, 351, 379, 415 segundo y tercer párrafo, 420 número dos, 432, 436, 454, 459 primer párrafo, 468, 470, 486, 487 segundo párrafo, 489, 492 bis, 496, 499, 516 bis, 537, 560, 563 bis b) y 561, con la de 30.000 a 300.000 pesetas.

5.º La pena de multa de 20.000 a 400.000 pesetas establecida en los artículos 238 número tercero, 279 bis segundo párrafo, 416, 452 bis d), 460, 497 primer párrafo, 499 bis, 534, 545 y 546 bis a) primer párrafo, por la de 30.000 a 600.000 pesetas.

6.º La pena de multa de 20.000 a 1.000.000 de pesetas establecida en los artículos 132, 198, 223, 291, 540, 542 y 544, por la de 30.000 a pesetas 1.500.000.

7.º La pena de multa de 20.000 a 2.000.000 de pesetas establecida en los artículos 148 bis y 200, por la de 30.000 a 3.000.000 de pesetas.

8.º La pena de multa de 20.000 a 4.000.000 de pesetas establecida en el artículo 344 bis primer párrafo, por la de 30.000 a 6.000.000 de pesetas.

9.º La pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas establecida en los artículos 165 bis, 165 bis a), 166, 167, 168, 169, 172, 175, 195 primer párrafo, por la de 30.000 a 300.000 pesetas.

10.º La pena de multa de 50.000 a 100.000 pesetas establecida en el artículo 242, por la de 75.000 a 150.000 pesetas.

11.º La pena de multa de 50.000 a 200.000 pesetas establecida en el artículo 195 segundo párrafo, por la de 75.000 a 300.000 pesetas.

12.º La pena de multa de 50.000 a 500.000 pesetas establecida en el artículo 174, por la de 75.000 a 750.000 pesetas.

13.º La pena de multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas establecida en los artículos 415 primer párrafo y 546 bis a) último párrafo, por la de 75.000 a 1.500.000 pesetas.

14.º La pena de multa de 50.000 a 2.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238 número segundo, por la de 75.000 a 3.000.000 de pesetas.

15.º La pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas establecida en los artículos 174 bis a) y 174 bis b), por la de 150.000 a 750.000 pesetas.

16.º La pena de multa de 100.000 a 4.000.000 de pesetas establecida en el artículo 238 número primero, por la de 150.000 a 6.000.000 de pesetas.

17.º El límite máximo de 4.000.000 de pesetas establecido en el artículo 349 segundo párrafo, se entenderá en lo sucesivo de 6.000.000 de pesetas.

18.º Las penas de multas establecidas en los artículos 180, 297, 319, 331, 337, 375, 385, 386, 387, 392, 395 primer párrafo, 379, 398 último párrafo, 401, 402, 517 primer párrafo, 518, 536, 539, 546, 562 y 563, tendrán como límite mínimo el de 30.000 pesetas.

19.º La pena de multa establecida en los artículos 570, 571, 580, 585, 589 número segundo, 590, 594 y 596 se entenderá en lo sucesivo de 750 a 7.500 pesetas.

20.º La pena de multa establecida en los artículos 568, 569, 574, 576 y 578 se entenderá en lo sucesivo de 750 a 15.000 pesetas.

21.º La pena de multa establecida en los artículos 572, 573, 579, 584 y 589 número primero, se entenderá en lo sucesivo de 1.500 a 15.000 pesetas.

22.º La pena de multa establecida en los artículos 566, 567, 575, 581, 586, 591, 595, 597 y 600 se entenderá en lo sucesivo de 1.500 a 30 000 pesetas.

23.º Las penas de multa establecidas en el artículo 592 se entenderán en lo sucesivo: en su número primero de 30 a 75 pesetas, en su número segundo de 15 a 45 pesetas y en su número tercero de 6 a 30 pesetas.

24.º La pena de multa establecida en los artículos 598 y 599 tendrá como límite máximo el de 30.000 pesetas.

c) Las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible en los artículos que se citan en los números siguientes se sustituirán por las que se expresen:

1.º La cifra de 15.000 pesetas en los artículos 286, 294, 301, 394 números primero y segundo, 518, 552, 559, 563, 573 número segundo, 587 números uno y tres, 589 número primero, 591 número primero, 593, 595, 597, 598 y 599, por la de 30.000 pesetas.

2.º La cifra de 30.000 pesetas de los artículos 553 y 587 número segundo, por la de 50.000 pesetas.

3.º La cifra de 150.000 pesetas de los artículos 549 números primero y segundo, 550 números primero y segundo, 551, 552, 558 y 559 por la de 250.000 pesetas.

4.º La cifra de 300.000 pesetas del artículo 394 números segundo y tercero, por la de 500.000 pesetas.

5.º La cifra de 1.500.000 pesetas del artículo 349 números tercero y cuarto, por la de 2.500.000 pesetas.

DISPOSICION TRANSITORIA

Los preceptos reformados del Código penal se aplicarán a los hechos punibles que se realicen a partir de su entrada en vigor. Sin embargo, también se aplicarán, aunque hubiesen sido realizados antes, cuando favorezcan al reo.

Los Jueces y Tribunales procederán de oficio, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del reo, a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas que se hayan dictado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que conforme a ella hubiera correspondido una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por la posibilidad del ejercicio del arbitrio judicial.

Las resoluciones que adoptarán la forma de auto, serán susceptibles de recurso de apelación o casación, según fueren dictadas por los Jueces de Instrucción o Audiencias Provinciales, respectivamente. El recurso de casación se admitirá únicamente por infracción de Ley y se limitará al motivo previsto en el párrafo primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El de apelación se sustanciará por los trámites del artículo 792 de la misma Ley.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán las siguientes reglas:

1.ª Si se tratare de un recurso de apelación, el Ministerio Fiscal y las partes podrán invocar en cualquier momento, antes de dictarse sentencia, los preceptos del Código penal cuando resulten más favorable al reo, preceptos que el Tribunal deberá aplicar de oficio.

2.ª Si se tratase de un recurso de casación aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos reformados.

3.ª Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o de parte por el término de ocho días para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos reformados y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado Ponente, continuando la tramitación con arreglo a Derecho.

DISPOSICION ADICIONAL

La cifra de 200.000 pesetas consignada en el apartado tercero del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedará sustituida por la de 300.000 pesetas.

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º Imputación objetiva del hecho: la posibilidad de imputación objetiva desaparece si no se crea o aumenta el riesgo.

El Tribunal Supremo casa la sentencia condenatoria recaída en instancia, y absuelve al procesado, al aducir que dadas las circunstancias en que «el accidente se produjo, la experiencia surgida de la apreciación de cómo suceden las cosas en el discurrir de la vida ordinaria, demuestra, que salvo que un vehículo circule a una velocidad mínima (lo cual no tiene justificación alguna en circunstancias como la de autos en la que la vía se halla completamente libre, máxime hallándose abierto el semáforo sito en lugar próximo que permitía discurrir libremente a los automóviles que circulaban en la dirección en que lo hacía el conducido por el procesado, lo que inspira el conocido principio de confianza en el tráfico), el accidente tenía que producirse necesariamente, aun cuando el vehículo del procesado circulase a velocidad menor que aquélla a la que circulaba». (Sentencia de 10 de diciembre de 1982.)

Artículo 3.º Consumación de los delitos permanentes, de los de tracto sucesivo y de los continuados. Efectos del indulto.

«La doctrina de esta Sala tiene que reiterar una vez más que tanto en los delitos permanentes como en los de tracto sucesivo y en los continuados no se entienden consumados, sino en el momento y día en que ha cesado la actividad delictiva y el autor ha interrumpido definitivamente su comportamiento antijurídico. Por ende el indulto no se puede aplicar, ni parcialmente, hasta que se produce el último acto del mismo». (Sentencia de 2 de noviembre de 1982.)

Artículo 4.º Conspiración: autoría anticipada.

«La conspiración es una autoría anticipada, que se pena, a pesar de su inefectividad material —mucho más si materialmente es efectiva— cuando

existe el concierto previo, pacto o convenio expreso para realizar un delito determinado, aunque sin concreción en todos sus pormenores ejecutivos; que el convenio criminal tenga por objeto la resolución de su ejecución material, con independencia de las misiones asignadas, ya que están ligados entre sí por el nexo cooperador dentro de la comunidad del hecho; aunque no lleve a cabo acto alguno de ejecución, o aunque iniciado por alguno de los concertados el delito, que estaría dentro de la tentativa, frustración o consumación delictiva, los demás, entrando en el plan, no hayan consumado las actuaciones que les asignaron por no ser su tiempo de intervención, descubrirse el hecho o cualquier otro factor, que dentro del concierto y la resolución, no les haya permitido actuar». (Sentencia de 22 de octubre de 1982.)

Artículo 8.º, número 1.º. Trastorno mental transitorio: no es equiparable a la crisis de abstinencia en el consumo de drogas. Situación próxima a la doctrina de las acciones libres en la causa.

«Una solución permisiva y exonerativa favorablemente enjuiciadora, conduciría irremisiblemente a la concesión a los drogadictos de una patente de impunidad de nefastas consecuencias para la sociedad, y, por otra, ese característico círculo vicioso o lendel de noria —ingestión de la sustancia estupefaciente, efectos consecutivos, breve lapso de normalidad, crisis de abstinencia, infracción delictiva para conseguir la droga o el dinero para adquirirla, nuevo consumo de la misma y así sucesivamente—, si no cae de lleno en la doctrina de las «acciones liberae in causae» se halla muy próximo a ella, pues el drogadicto sabe que se le van a presentar, una y otra vez, los estados carenciales y, a pesar de ello, lejos de acudir a los medios adecuados de desintoxicación o deshabituación, prefiere escudarse en una inimputabilidad que él mismo ha provocado y que, en realidad, no existe puesto que, en tales casos, el problema de la reprochabilidad no hay que situarlo en el momento en el que el sujeto al ejecutar el hecho punible carece de volición, sino que es preciso retrotraerlo al instante en que, gozando de plenitud de raciocinio y de capacidad de decidir, resolvió continuar y proseguir la cadena de drogadicción y de consecutiva delincuencia.» (Sentencia de 16 de septiembre de 1982.)

Artículo 8.º, número 3.º Sordomudez: carencia de instrucción.

«El concepto de instrucción empleado por el precepto, no es precisamente el originado en el campo de la docencia escolar, sino en el magisterio que late en toda vida de relación humana, y si con esta instrucción el sordomudo es capaz de valoraciones psíquicas que llevan en sí valoraciones sociales y aun morales, entonces se forma la conciencia base de la responsabilidad, aunque sea atenuada.» (Sentencia de 13 de octubre de 1982.)

Artículo 8.º, número 4.º, circunstancia 1.ª Agresión ilegítima: debe ser coetánea al ataque.

Si el ataque «ha cesado, si el riesgo ha pasado, si el daño se ha producido, y no hay persistencia en el ataque, si el agresor ha huido, cesó o se consumó el peligro para el agredido, porque la defensa ha de ser coetánea y sin solución de continuidad con el ataque, desaparece toda posibilidad de estimar la legítima defensa». (Sentencia de 4 de noviembre de 1982.)

Artículo 9.º, circunstancia 10.ª La situación de paro como circunstancia atenuante por analogía.

«La situación de paro que se invoca es aludida en el segundo de los Considerandos con sentido atenuatorio, y aunque de suyo y por sí solo, este hecho no es suficiente para fundar la eximente incompleta a que aluden los recurrentes [estado de necesidad incompleto] al no constar ni la carencia de medios económicos para subsistir, ni si, antes de resolver la ejecución del delito habían acudido infructuosamente a otros expedientes para remediar su situación, es una realidad sociológica que tal circunstancia crea una situación angustiosa y excepcional que si no llega, en este caso, a dar el supuesto típico de la eximente incompleta, sí el de la atenuante analógica del número 10 del artículo 9, al estar presente en menor proporción ese estado, sin que, por otro lado, pueda argüirse que esa circunstancia ya ha servido de atenuación para aplicar la atenuante específica del párrafo tercero del artículo 344 del Código penal, pues extrayendo el hecho de la situación de paro con su consecuencia económica, quedan en la sentencia datos fácticos más que suficientes para la apreciación de la referida atenuante específica.» (Sentencia de 14 de julio de 1982.)

Artículo 10, circunstancia 14. Se puede aplicar la reiteración, en el caso de que el reo haya sido castigado anteriormente por dos o más delitos a los que la Ley señala pena menor, aunque sean apreciados en una sola sentencia.

«El Tribunal a quo, con una interpretación *ad bonam partem* y adoptando bienintencionadamente una postura no exenta de originalidad, aplica, analógicamente, a la reiteración, el segundo inciso del párrafo segundo de la circunstancia quince del artículo 10, sosteniendo que es preciso, para que se aplique la dicha reiteración en su segunda hipótesis —reo castigado anteriormente por dos o más delitos a los que la ley señala pena menor—, que las condenas se hayan impuesto en varias sentencias y no en una sola; no pudiendo prevalecer esta tesis (...) donde no existe legalmente, ni tiene trascendencia, la hipótesis de multirreiteración.» (Sentencia de 16 de julio de 1982.)

Artículo 12, número 1.º Autoría conforme al artículo 12, número 1.º, si se realizan todos los elementos descriptivos del tipo.

«El Código penal sanciona en calidad de autor al que realiza todos los elementos descriptivos del tipo penal por mor del artículo 12, 1.º, del Código, y a quien o quienes «toman parte directa en la ejecución del hecho» (artículo 14, 1.º), con conocimiento de los medios empleados para cometerle, que es el caso de la recurrente.» (Sentencia de 6 de noviembre de 1982.)

Artículo 14. Contiene, en realidad, supuestos de participación en el delito de otro. Autoría principal y coautoría material.

«La doctrina científica patria más reciente, también aceptada por esta Sala, entiende que **autor principal** es el que realiza de una manera total y plenaria el tipo descrito en la parte especial, esto es, en el Libro II (y, en su caso, en el Libro III) del Código penal, de manera que el artículo 14 del mismo Código establece una extensión de la autoría, como lo denuncia la expresión inaugural del precepto **se consideran autores**, con la indeclinable consecuencia de que tales autores son más bien **partícipes** en el delito **de otro** verdadero autor del tipo, como así lo demuestra la dicción del número 1.º del artículo 14 que, en realidad, describe a un coautor material, en cuanto toma parte (sólo una parte por tanto) en la ejecución del hecho, dualismo de autoría que aún se ve más claro en los números 2.º y 3.º del mismo precepto.» (Sentencia de 22 de junio de 1982.)

Artículo 14, número 1.º Autoría mediata: servirse de un menor de edad penal para cometer una falsedad documental.

«La procesada, aprovechando que su padre era funcionario de la Organización Nacional de Ciegos y poseía un talonario de «recetas oficiales» de dicha Organización, tomó cinco de las susodichas recetas y utilizó a una amiga suya, menor de edad penal y por tanto irresponsable, para que se las rellenara en diferentes fechas, simulando la firma del médico que debía suscribirlas, es claro que su participación, en esa falsificación, no puede nunca enmarcarse en el número 3.º del artículo 14, ya que su actuación, siendo poseedora de las recetas y quien después las empleó, no fue de cooperación a la falsificación de las mismas hecho por otra persona, sino de directa y eficiente participación en cuanto que se valió de su amiga (autora inmediata), para conseguir que se las rellenase en la forma en que la interesaba, lo que la convierte en autora mediata de la falsedad y, por tanto, en responsable del delito por la vía del número 1.º del artículo 14 del Código penal.» (Sentencia de 12 de julio de 1982.)

Artículo 16. Complicidad: mera facilitación de la empresa criminal.

Existe complicidad en la realización del hecho principal si únicamente se contribuye «eficazmente a facilitar su realización, removiendo obstáculos, aumentando las comodidades y añadiendo nuevas garantías para el éxito e impunidad de la acción.» (Sentencia de 27 de septiembre de 1982.)

Artículo 16. Dolo del cómplice. Error.

«El dolo del cómplice consiste en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho constitutivo del delito o falta, de cuya doctrina se deduce la impunidad de quien cree estar cooperando a un hecho no delictivo.» (Sentencia de 15 de julio de 1982.)

Artículo 17. Favorecimiento real retribuido. Casos límite con la recepción de delitos y faltas.

«En la praxis abundan, y se dan con frecuencia, casos límite, híbridos o mestizos que podrían bautizarse con la denominación de «favorecimiento real retribuido», en los que, el agente, no aprovecha para sí directamente los efectos del delito, sino que auxilia a los delincuentes para que los aprovechen, pero, en razón a sus servicios y a su ayuda, recibe una gratificación, prima, comisión o dádiva, en dinero o equivalente, con que los autores o cómplices premian su auxilio; debiéndose, en estos casos, dirimir la cuestión, atendiendo a diversos criterios circunstanciales, pero, muy especialmente, acudiendo a dos factores, esto es, a si la gratificación supone o no la percepción directa de parte de los efectos del delito y así, el encubridor, al prestar su cooperación, lo hizo movido principalmente por «animus adjuvandi» y sólo secundariamente, por el «animus lucrandi» o viceversa, en el primer caso, su comportamiento debe subsumirse en el número 1.º del artículo 17 y, en el segundo, en el artículo 546 bis a), ambos del Código penal.» (Sentencia de 17 de diciembre de 1982.)

Artículo 22. Responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito o falta: síntesis de la moderna doctrina jurisprudencial.

«Que en relación con el artículo 22 del Código penal, sobre responsabilidad civil subsidiaria, se están abriendo paso en la doctrina de esta Sala, las siguientes orientaciones: 1.º La extensión de la responsabilidad civil a que se refiere el artículo 22, por lo que concierne a amos, entidades y cualesquiera organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos y faltas en que hubieran incurrido sus dependientes en el desempeño de sus obligaciones y servicios, ha tomado en las últimas

resoluciones un cariz dominante de prudente objetivismo, interpretándose en línea francamente aperturista en base del principio *eius commoda, eius incommoda*, en atención a la moderna doctrina de la creación del riesgo, siempre que el hecho punible lo hubiera realizado el devenido en insolvente en su servicio esencial, o con ocasión próxima del mismo con medios o instrumentos puestos a su alcance por su principal, aunque de esta disposición hiciera el autor del delito un uso ligeramente irregular o indebido por ser de elemental justicia, que las consecuencias adversas de orden económico del delito, no carguen sobre la víctima, sino sobre el amo, empresario o persona en nombre de quien se actúa, por estar los autores del delito sometidos directa, potencial o lejanamente a la posible intervención de los mismos (...). 2.º Hay una extensión de la doctrina del accidente *in itinere*, a las responsabilidades civiles subsidiarias derivadas del delito o falta, así como la completa objetividad de la responsabilidad del empresario, comprendiendo, pues, los actos realizados que tengan relación con el trabajo encomendado, aunque queden fuera del estricto período de la jornada laboral (Sentencias de 27 de septiembre de 1967 y 16 de abril de 1974), siendo indiferente la distancia del tiempo que sucedió entre la inicial imprudencia y el resultado dañoso (Sentencia de 24 de abril de 1974), abarcando los excesos del celo del subordinado para el mejor servicio de los intereses de su patrono (Sentencias de 13 de noviembre de 1974 y 23 de junio de 1981), así como sus torpezas y demasías, aunque desborden la relación funcional (Sentencia de 21 de octubre de 1976). 3.º En esta línea doctrinal, debe añadirse que sólo la prohibición expresa del principal y la desobediencia cierta y abierta del dependiente exoneran al principal de dicha responsabilidad (Sentencia de 13 de abril de 1981.) (Sentencia de 8 de noviembre de 1982.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas: escopeta de cañones recortados.

«Una escopeta de cañones recortados como la utilizada en este caso es un arma mortífera a la que no puede amparar la licencia y guía expedida para el arma de caza original.» (Sentencia de 26 de noviembre de 1982.)

Artículo 254. Las pistolas-bolígrafo son armas de fuego. La imposibilidad de obtener licencia no impide la apreciación del precepto.

«En cuanto al primero de los motivos en que se apoya el presente recurso, o sea, a la supuesta infracción del artículo 254 del Código penal, por no ser «arma de fuego», en el sentido que se establece en dicho artículo, una «pistola-bolígrafo», porque al estar prohibida por la Ley no puede, aunque se quiera, ampararse su posesión o tenencia en «la guía y la licencia oportunas», que tal motivo no puede en modo alguno merecer estimación porque, al no distinguirse en el mencionado precepto entre las armas **prohibidas** ni las **permitidas** y referirse sólo a las «armas de fuego» en general, es claro que en él se comprenden a todas las de esa clase cualquiera que sea su

prohibición o permisión, ya que sería un contrasentido que, por no poder obtener la guía y la licencia para la detentación o el uso de una prohibida, no supusiese delito la posesión de la misma y sí, en cambio, el de una permitida que se tuviere sin poseer la guía y la licencia de rigor, lo que, por absurdo, es rechazable desde luego.» (Sentencia de 27 de octubre de 1982.)

Artículo 302. Necesidad del dolo falsario.

«Por mucha que sea la objetividad y el formalismo que se atribuye a los delitos de mera actividad y, entre ellos, al de falsedad cometida en documentos públicos u oficiales, para que se pueda apreciar que se ha cometido un delito de esta naturaleza, no basta con la realización objetiva de la alteración de la verdad por alguno de los procedimientos o utilización de los medios operativos típicamente descritos en el artículo 302 del Código penal, sino que, como delitos dolosos que son, es menester que concurra el elemento subjetivo del dolo, que implica el conocimiento del curso causal, de forma tal, que queda eliminado por la existencia de error, o, cuando falta el elemento intencional representado por la aspiración subjetiva al logro de un fin, de manera que cuando la conducta objetivamente típica se realiza con una finalidad inócua, sin la menor lesividad potencial, ha de reputarse irrelevante, desde el punto de vista jurídico-penal.» (Sentencia de 23 de noviembre de 1982.)

Artículo 344. Tráfico de drogas tóxicas. Intervención de un agente provocador.

Dos inspectores del Cuerpo General de Policía se presentaron como presuntos compradores de hachís y, en el momento en que el procesado les hace entrega de la mercancía, se identifican como tales inspectores y proceden a la detención del mismo. El Tribunal de instancia estimó que se trataba de un delito provocado, y absuelve al procesado al entender que «siendo la venta de grifa concertada, una operación ficticia, faltaban, las condiciones básicas de tipicidad para incardinar los hechos en el precepto penal citado». Con ello no estaba haciendo más que aplicar la teoría elaborada por el Tribunal Supremo sobre el delito provocado y, en concreto, la tesis de la Sentencia de 8 de julio de 1980. Sin embargo, en esta ocasión, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria, y dicta otra condenando al procesado por un delito contra la salud pública, al entender que «la actuación policial lo único que hizo fue poner de relieve el delito que ya anteriormente se venía cometiendo.» (Sentencia de 16 de octubre de 1982.)

Artículo 344. Tráfico de estupefacientes: para apreciar estado de necesidad es preciso que el necesitado no pueda conjurar el mal temido por otros medios.

«Es indispensable que, el necesitado, no pueda conjurar el mal temido acudiendo a otro medio más practicable y menos perjudicial, requisito «sine

qua non» éste de la subsidiariedad que no se da en el caso de autos donde, los acusados, antes de perpetrar un delito contra la propiedad para obtener dinero con el que adquirir la heroína que anhelaban, pudieron y debieron someterse a una cura de deshabitación con la que hubieran logrado calmar sus ansias sin necesidad de atentar contra el patrimonio ajeno.» (Sentencia de 16 de septiembre de 1982.)

Artículo 344. Tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes: admisión del estado de necesidad incompleto.

El Tribunal Supremo acepta la existencia de la eximente incompleta de estado de necesidad —artículo 9, circunstancia 1.ª, en relación con el artículo 8, 7.º— al entender que el tráfico de hachís lo llevó a cabo el sujeto «agobiado por sus circunstancias individuales y familiares, esto es, por su falta de trabajo, por su carencia de medios económicos, para subvenir las necesidades de subsistencia de los suyos y para atender a los cuidados médicos y farmacéuticos que precisaba por la enfermedad que padecía, elementos todos que integran el aludido «estado de necesidad» —requisito básico de la causa exculpatoria de este nombre—, y que hacen deba apreciarse éste en favor del reo como causa modificativa de su responsabilidad criminal, si bien sólo en su modalidad o aspecto incompleto, como se dijo, en razón a que por los perniciosos efectos que el consumo de drogas tóxicas o estupefacientes provoca en quienes tienen la desdicha de caer en su dependencia, no se estima concurrente el requisito primero del número 7.º del artículo 8.º del Código penal.» (Sentencia de 23 de junio de 1982.)

Artículo 406. Asesinato: es indiferente el error sobre la persona para apreciar la alevosía.

«Que de la declaración de hechos probados aparece claramente delineada la figura delictiva que contempla el artículo 406 del Código penal al aparecer en la muerte de un hombre causada por el procesado la concurrencia de la circunstancia marcadamente objetiva de la alevosía, que cualifica el asesinato, siendo indiferente en lo concerniente a la responsabilidad, como viene sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia, el error del sujeto activo sobre la persona que pretendía dar muerte.» (Sentencia de 15 de diciembre de 1982.)

Artículo 429, número 1.º. Violación: quien contribuye mediante fuerza a que otro realice el yacimiento es cooperador necesario.

«En las hipótesis comprendidas en el número 1.º del citado artículo 429, será cooperador necesario el que contribuye y coadyuva al acceso carnal ajeno aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad de la mujer, so-

juzgándola y forzándola a capitular y a rendirse frente a una violencia que impide y hace inútil toda resistencia eficaz y victoriosa.» (Sentencia de 10 de julio de 1982.)

Artículo 457. Injurias: no constituyen delito los conceptos vertidos en informes oficiales.

«No pueden reputarse como constitutivas de injuria las expresiones o conceptos vertidos en escritos oficiales que se crucen entre funcionarios, dando cuenta de hechos o informes relacionados con el desempeño de la función, aunque sí pueden cometerse si aparece que los mismos se aprovecharon para verter conceptos que por ser ajenos a la materia o materias objeto de los escritos no tengan otra justificación o razón de ser que la de atentar a la honra o crédito de otro, de manera que queda puesto de manifiesto el ánimo de injuriar.» (Sentencia de 7 de diciembre de 1982.)

Artículo 480. Detenciones ilegales: realiza el tipo quien interna fraudulentamente en un hospital psiquiátrico a una persona que no está necesitada de tratamiento.

«Fue el ánimo de privar de libertad a su madre, anciana de ochenta y un años, el que guió al procesado a recluirla, con fraude, en el Hospital Psiquiátrico de Mérida, sin que presentara signos de alteración neurológica ni psíquica que justificase esta medida.» (Sentencia de 8 de octubre de 1982.)

Artículo 499 bis, 1.º. Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo: afiliación a un régimen de seguridad inferior al que corresponde.

«En lugar de afiliarlas al régimen de seguridad que las correspondía, lo hizo en afiliaciones concesionarias de menores derechos, lo que permite apreciar los elementos del delito examinado, en cuanto que esto implica el empleo de métodos malignos para imponer condiciones en el trabajo con intención de perjudicar los derechos de quienes lo realizan, y violar las disposiciones laborales.» (Sentencia de 26 de mayo de 1982.)

Artículo 499 bis, número 3.º Crisis empresariales fraudulentas.

«La figura que la doctrina designa con el «nomen iuris» de **crisis empresariales fraudulentas**, la cual, por su imbricación y concatenación con el delito definido en el artículo 519 de dicho cuerpo legal —al que el artículo 499 bis se remite—, podía también denominarse **alzamiento laboral de bienes**,

figura punible que se caracteriza por las siguientes notas: a) **el sujeto activo** ha de ser un empresario o empleador —terminología esta última, que, con dudoso acierto, introduce el vigente Estatuto de Trabajadores—, habiendo de tenerse por tal empresario, cuando se trata de persona jurídica —«societas delinquere non potest»—, a los administradores o encargados individuales del servicio que hubieran cometido la infracción o que, conociéndola y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para evitarla; b) **el sujeto pasivo**, lo son los trabajadores, empleados u obreros de la empresa a los que se las adeudaba, tras la crisis y a consecuencia de ella, salarios devengados o indemnizaciones provenientes del cese de las actividades de la citada empresa, de la rescisión de los contratos o de cualquiera otros derechos de índole laboral; c) **la dinámica comisiva**, y otros requisitos, han de ser los propios del delito de alzamiento de bienes, esto es: **créditos** reales y efectivos, los que, en este caso, no es necesario sean preexistentes a las maniobras elusivas del empresario, ni vencidos, líquidos y exigidos respecto al mismo; **actos de desposesión** del patrimonio del deudor, los que pueden consistir en enajenaciones, reales o ficticias, onerosas o gratuitas, de bienes, con desaparición, en su caso, del metálico conseguido, ficción de créditos preferentes, simulada constitución de gravámenes, destrucción u ocultación de los referidos bienes, y cualesquiera otros actos equivalentes y que sean producto del ingenio y de la inventiva inagotables de los deudores remisos en el cumplimiento de sus obligaciones o de los de sus mentores; que dichos actos se efectúen **con el propósito** de burlar y eludir el legítimo derecho de sus acreedores, disminuyendo o anulando el propio patrimonio y haciendo ilusorio e ineficaz el contenido de los artículos 1.111, 1.911 y concordantes del Código civil; y, finalmente, **perjuicio para los acreedores**, es decir, insolvencia, total o parcial, resultante y consecutiva a dichos actos de desposesión, con imposibilidad de que, los referidos acreedor o acreedores, cobren sus legítimos créditos, o dificultando en grado sumo la percepción de los mismos; d) el impago debe ser **posterior** a la tramitación del expediente de crisis; y e) como se deduce del término legal «maliciosamente» —dolo duplicado—, la infracción estudiada sólo puede cometerse intencionadamente o de propósito, y, de ningún modo, de forma culposa o negligente.» (Sentencia de 15 de octubre de 1982.)

Artículo 500. Robo: pueden ser objeto material del delito las mercancías de tráfico intervenido y detentadas ilegalmente, como ocurre con las drogas tóxicas.

«Los denominados «objetos de comercio o tráfico intervenido» por una reglamentación legal que les excluye del comercio normal, como ocurre con las drogas y estupefacientes, pueden ser objeto de los delitos de hurto y robo, aunque su tenedor lo sea ilegalmente o contrario a la norma legal, en cuanto que es materia de propiedad, y ello implica el carácter de ajeno que tiene para el sujeto activo de la infracción.» (Sentencia de 21 de junio de 1982.)

Artículo 501, número 2.º Robo acompañado de dos violaciones.

«Cuando se da un delito de robo seguido de dos violaciones, una de ellas da vivencia al delito complejo de robo con violación, figura agravada del artículo 501, segundo, en el que se pena realmente el atentado contra la propiedad y se agrava por el atentado contra la libertad sexual de la persona, pero resta con autonomía, a los efectos penales, la otra violación, que deberá ser penada de acuerdo con el artículo 429, primero, del Código penal, so pena de quedar impune el atentado reiterado a la libertad sexual.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1982.)

Artículo 501, número 2. Robo acompañado de violación: el perdón referido a la violación deja subsistente el delito de robo.

«En aquellos supuestos en los que como ocurre en el caso de autos existe tal perdón, parece justo romper dicho complejo en tanto no existe ninguna disposición legal que expresamente lo impida, admitiendo dicho perdón y excluyendo de las penas totales impuestas a dichos delitos las correspondientes al delito de robo que quedarán subsistentes en la extensión que les corresponda». (Sentencia de 16 de julio de 1982.)

Artículo 511. Concepto de alarma.

«La alarma surge cuando en una determinada circunstancia histórica se produce una proliferación de determinadas formas delictivas, causantes de cierto y justificado temor percibido por los individuos que integran el entorno social en el que la infracción criminal se realiza». (Sentencia de 7 de mayo de 1982.)

Artículo 514, número 2.º Hurto de cosas perdidas: remisión a la legislación civil.

«Cuando por las circunstancias en que se encuentran las cosas extraviadas, así como por el destino de éstas, se obtiene la convicción de que no han sido abandonadas por su dueño, el que las toma con ánimo de lucro, comete delito de hurto, aun cuando ignore a quién correspondan, si no practica las medidas establecidas por la legislación civil para averiguarlo». (Sentencia de 14 de julio de 1982.)

Artículo 529, número 1.º Letras de cambio vacías. Firmas falseadas.

«Cuando el contenido documental tenga una apariencia de créditos, el delito susceptible de aplicarse será el del número 1.º del artículo 529 del citado Código penal, como se deriva de la doctrina de las Sentencias de 16-5-1977, 26-6-1976 y últimamente de la de 12-5-1981, en las que se consideran delitos de estafa los cometidos a través de las denominadas letras de cambio vacías, letra con firma falsa presentada a descuento y cobros de talones con firma de librador falsificada». (Sentencia de 21 de mayo de 1982.)

Artículo 546 bis a). Receptación: distinto alcance del aprovechamiento de los efectos.

«Se entiende que se aprovecha de una cosa quien la tiene en su poder, aun sin haber obtenido ganancia con la compra de la misma (...), reputándose, en especial, aprovechamiento, la simple compra de objetos sustraídos (...), su admisión como garantía o su recepción en pago de deuda anterior (...), su uso (...) y hasta su tenencia sin justificar su procedencia (...), cerrando esta exposición de modalidades de aprovechamiento (...), cualquier goce o satisfacción obtenida por el presunto receptor, incluso el meramente contemplativo». (Sentencia de 22 de noviembre de 1982.)

Artículo 565. Concurrencia de culpas: distintas hipótesis.

«A) Por regla general, la culpa del ofendido o la de la víctima, concurrente con la del acusado, no tiene virtualidad exonerativa, pues al Derecho penal lo que interesa es la calificación de la responsabilidad culposa de aquél, aisladamente y con independencia de aquella en la que pudo incurrir el ofendido. B) Sin embargo, si el dicho ofendido, o la víctima, coadyuvaron, eficientemente y de modo culposo, a la producción del resultado, esta adición concausal de culpas puede determinar una moderación del «quantum» de la indemnización, en mayor o menor medida al compás de la influencia, más o menos poderosa, que la conducta del ofendido había tenido en la causación del evento. C) También puede influir dicha culpa concurrente con arreglo a su incidencia, en la calificación jurídica de los hechos, debilitando la intensidad que «per se» tenía la culpa del agente y degradándola en la clasificación imprudente, donde puede descender, uno o más peldaños, en la escala correspondiente; y D) En casos muy excepcionales, si la culpa del ofendido es de tal magnitud que eclipsa, anula o minimiza la del acusado, atraerá hacia sí toda reprochabilidad y diluyendo, esfumando y desvaneciendo la relevancia de la intervención de dicho acusado, asumirá la responsabilidad total de la causación del evento, exonerando enteramente de tal responsabilidad al mentado imputado». (Sentencia de 3 de diciembre de 1982.)

BIBLIOGRAFIA

DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis: «El trabajo penitenciario resocializador». Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, 487 págs.

La obra prologada por el profesor Beristain constituye la tesis doctoral de su autor, que obtuvo, merecidamente y por unanimidad, la calificación académica de sobresaliente «cum laude».

Se trata, en palabras del prologuista, de un libro «serio, científico y humano, escrito con claridad para el especialista y para el ciudadano preocupado por problemas tan acuciantes como la sanción privativa de libertad».

La obra, como su mismo título indica, constituye una exposición de la problemática del trabajo penitenciario, presentado desde una triple perspectiva: Histórica jus-comparatista y dogmática, con particular referencia al Derecho Positivo Español.

Dividida en tres partes, en la primera de ellas el autor aborda lo que se podría denominar «teoría general» de la actividad laboral penitenciaria. (antecedentes remotos y próximos, importancia del trabajo penitenciario, sistemas y finalidad atribuida al mismo).

En la segunda se desarrolla el régimen jurídico internacional, con especial alusión a las reglas mínimas de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, destacando lo que cabría intitular como «grandes principios del trabajo penitenciario».

La tercera parte se dedica toda ella a la exposición y crítica de la regulación positiva española en materia de trabajo penitenciario.

Con buen criterio, el autor finaliza virtualmente la obra con seis apretadas y jugosas páginas de certeras conclusiones; y decimos virtualmente porque a título de apéndice se nos ofrece «in fine», una exposición del trabajo penitenciario en el Reglamento de Prisiones, de 8 de mayo de 1981.

Se puede afirmar con todo rigor que la obra constituye un muy serio aporte doctrinal, acaso el más importante en lengua castellana y sin duda el más completo de la bibliografía reciente sobre el tema.

JOSÉ RICARDO PALACIO.

HACIA LA ABROGACION EN FRANCIA DE LA LEY PEYREFITTE, MAL LLAMADA DE «SEGURIDAD Y LIBERTAD»

El clamor en Francia fue unánime desde que en 1978 se publicó el proyecto de esta Ley de reforma penal. La Universidad, las asociaciones, sindi-

catos y colegios de abogados, los jueces de instrucción de París, el Sindicato de la Magistratura, la Unión Sindical de Magistrados y prestigiosas entidades como la Liga de Derechos del Hombre o la Asociación Nueva Justicia Penal, se opusieron al proyecto de Ley, objeto de vivos debates en el Parlamento y de una resolución del Consejo Constitucional, que lo pudo también de algunos preceptos anticonstitucionales.

Un llamamiento suscrito por ocho eminentes juristas, muy razonado fundaba esta oposición. Lo firmaban los abogados Badinter —hoy Ministro de Justicia— y Brunois —ex decano de París—, los profesores Leauté, Levasseur y Rivero, y los magistrados del Tribunal de Casación Arpaillange, Branuschweig y Rolland. De todo ello informamos anteriormente con el posible detalle (1).

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

(1) V. Contra las reformas penales. La protesta unánime de los «juristas» franceses, por Pascual MENÉU, ANUARIO DE DERECHO PENAL, XXXIII, páginas 746 y ss.

Pero a pesar de todo, apareció la ley con el nombre «seguridad y libertad». No pocas críticas evidenciaron la ironía o paradoja que tal nombre o título suponía y la necesidad de su derogación.

El nuevo ministro de Justicia, M. Badinter, entretanto puso en guardia al Ministerio fiscal mediante importante circular, pero la ley sigue vigente por los muchos problemas que tanto su corta vigencia como su derogación precipitada plantearían.

El congreso anual de la Federación de Uniones de Jóvenes Abogados de Francia, celebrado en Lille a finales de mayo 1982, dio ocasión al ministro Badinter, en su alocución, para anunciar solemnemente la esperanza de que en la actual sesión parlamentaria será abrogada la tan criticada como injusta ley.

Y no podía haber mejor ocasión que el congreso de los jóvenes abogados franceses, de la FNUJA de Francia con unos cinco mil asociados, bajo la presencia de Mc. Alain de La Bretesche. Porque en Europa el Joven foro tiene una organización ya centenaria y es objeto de la solícita atención de Colegios de Abogados como Amberes, Bruselas, Lieja, París y tantos otros, que en la corporación celebran su fiesta académica de apertura, la «rentrée de la Conférence du Stage» con el discurso de un miembro de la Conferencia de pasantes, asistencia de altas personalidades de todo orden y de numerosos invitados extranjeros. Otro tanto puede decirse de Canadá y de Estados Unidos, cuando al fin y amparándose en una sentencia del Tribunal Supremo a su recurso, en España los abogados jóvenes acaban de celebrar su segundo congreso anual.

Como botón de muestra citemos una publicación de nuestra biblioteca: Arthur GODVIN: *Le Casier civil. Discours prononcé a la Séance solennelle de rentrée de la Conférence du Jeune Barreau de Gand le 3 novembre 1888.* Bruxelles, Imprimerie Ferdinand Larcier, 10 rue des Minimes, 10. 1888.

Los jóvenes abogados trataron también en Lille de la reforma de los Tribunales de Comercio y de la justicia económica y social, tema general del congreso. También de la defensa gratuita y de la presión fiscal que sufren.

LA CONFERENCIA EUROPEA DE MINISTROS DE JUSTICIA Y LA POLÍTICA CRIMINAL

Los temas y problemas de política criminal han estado muy presentes, especialmente en los últimos años, en las Conferencias europeas de ministros de Justicia, organizadas por el Consejo de Europa.

La VIII Conferencia celebrada en Estocolmo (1973) trató de la criminalidad en el mundo de los negocios, ya con la presencia de un representante del Ministerio de Justicia español, en calidad de observador. La siguiente se celebró en Viena, 1974 y los ministros europeos de Justicia acordaron solicitar del Consejo de Europa preparar un conjunto de normas para reducir la duración de la prisión preventiva y no aplicarla sino en casos de absoluta necesidad, preparando la reforma de la política criminal europea mediante una reunión de altos funcionarios encargados de la prevención del delito y tratamiento de delincuentes.

Por ello se celebró en 1975 la Conferencia del Consejo de Europa sobre la política criminal, de la que fue relator Jean Dupreel, entonces Secretario Genreal del Ministerio de Justicia belga, quien resumía los debates llamando la atención sobre la criminalidad violenta, en materia económica y ecológica y la delincuencia juvenil. Y subrayando que el acuerdo fue general en cuanto a la necesidad de reducir la detención anterior a la sentencia, tanto en su duración como en su frecuencia, limitando la prisión a los casos indispensables, peligrosos, por razones de seguridad. Fueron ponentes generales el Profesor Leaute, Director del Instituto de Criminología de París; Michael Moriarty, del Home Office, Londres, y Hans H. Brydensholt, Director General de la Administración Penitenciaria de Dinamarca. Su fuste da una idea de la altura de la Conferencia, a la que asistieron delegaciones de los 18 países miembros del Consejo de Europa, observadores de estados no miembros y organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales, que acudieron también a Estrasburgo.

Tal acuerdo abundó en lo ya tratado por reuniones científicas previas, como el Comité europeo para Problemas Criminales, el Consejo Científico y Criminológico o el I Congreso Criminológico, todos del Consejo de Europa, celebrado en Estrasburgo y 1973. O en Congresos como los de las Naciones Unidas para prevención del delito y tratamiento del delincuente, Internacionales de Criminología, de Defensa Social, de Derecho Penal, etc., etc.

Con estos antecedentes se reúne la XIII Conferencia de Ministros de Justicia en Atenas (25-27 mayo 1982), tras tratar en la XI (Copenhague, 1978) de los detenidos extranjeros, acceso a la Justicia y cómo facilitarlo y abolición de la pena de muerte. Y en la XII (Luxemburgo 1980) de las penas cortas de prisión, pidiendo su sustitución por otras medidas, para prevenir la desocialización del condenado, cual la inhabilitación, retirada de permisos como el de conducir, etc.; en Luxemburgo, España ratificó el Convenio para la represión del terrorismo y 15 estados firmaron otro sobre el reconocimiento y ejecución de decisiones sobre guarda de los hijos. Los Ministros coincidieron en que el fin de su acción es también la abolición de la pena de muerte.

Los ministros decidieron en Atenas, como medidas para prevenir la criminalidad, evitar la creciente aplicación de la prisión provisional y de penas de corta privación de libertad, limitar todo lo posible la encarcelación de jóvenes delinquentes, desarrollar medidas no penales y dar información objetiva a la sociedad sobre la criminalidad y el sistema penal en período de crisis económica.

Muy dignas de tener en cuenta en las necesarias reformas legislativas.

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

LA NUEVA POLITICA CRIMINAL FRANCESA. CONTRA LA DELINCUENCIA

Tras el cambio de gobierno en Francia no se hizo esperar una circular del Ministro de Justicia Badinter definiendo la política criminal en la lucha contra la delincuencia en Francia, dando nuevas orientaciones a la política penal, y pidiendo a los fiscales «presten toda la atención necesaria» a los delitos económicos o «delincuencia de negocios», de cuello blanco por otro nombre. Su fecha 21 octubre 1981.

Poco después, en otra circular de 27 noviembre 1981, trataba de la necesidad de «dar una información rápida» a las personas que por sorteo debieran actuar como jurados en los Tribunales penales, participando en un coloquio organizado conjuntamente por magistrados y abogados escogidos entre los que no participen en el juicio. Su finalidad, informar a los jurados sobre el secreto, «que se impone de manera absoluta y definitiva» y sobre las principales normas de la ejecución de las penas, destacando «el sentido de la participación de los ciudadanos en el juicio de los asuntos penales, el carácter de deber cívico que reviste». «Importa que los jurados tengan conciencia de que no pueden, sin motivo legítimo, sustraerse a esta obligación y que nadie —su patrono especialmente— puede oponerse legítimamente a que la cumplan. En esta ocasión les serán facilitadas todas las informaciones prácticas sobre la cuantía y forma de pago de la indemnización a que tienen derecho». Subraya el Ministro francés que «en la medida que las circunstancias lo permitan, la información de los jurados sea completada útilmente por la visita de un establecimiento penitenciario, de preferencia especializado en la ejecución de penas de larga duración». Porque aunque parezca obvio, no siempre los jurados conocen bien cuanto supone la ejecución o cumplimiento de su veredicto para quienes han de sufrirlo...

Una nueva circular, de octubre de 1982, merece especial atención en lo referente a la necesidad de tener más en cuenta por los jueces el interés de las víctimas del delito, y que la lucha contra la delincuencia no puede estar condicionada por las reacciones de la opinión. Esto nos recuerda el título de cierta asociación inglesa para luchar contra las ideas dominantes sobre el delito y sobre la pena.

«La considerable obra realizada por el Parlamento desde hace un año en materia penal —escribe el ministro Badinter— habrá señalado la afirmación de un estado de derecho conforme a la aspiración fundamental de

la justicia francesa... La pena de muerte ha sido abolida, las jurisdicciones y los procedimientos de excepción han sido suprimidos, las discriminaciones entre justiciables han sido abrogadas mientras que eran restablecidas en su alcance anterior normas esenciales, como la responsabilidad individual del delincuente y la libertad de apreciación del juez. Las restricciones que la Ley de 2 de febrero de 1981 (llamada «de seguridad y libertad») traía a estas normas han sido suprimidas por el proyecto de Ley votado por la Asamblea Nacional y que próximamente debe ser sometido al Senado. «El Estado de derecho así confortado debe ser defendido con firmeza. En la lucha contra la criminalidad, principalmente contra la criminalidad organizada, *en todas sus formas*, señala como condición de éxito «la relación estrecha con los servicios de policía judicial», bajo la autoridad de los Fiscales, quienes velarán porque la acción de la policía «se inscriba en el estricto marco de la ley» según sus directrices y su control, conforme a las normas del Código de procedimiento penal.

Insiste el Ministro Badinter en la necesidad de defender por todos los medios legales a quienes tienen la difícil misión de asegurar la seguridad de personas y bienes, de aumentar la prevención y el control judicial con gran reducción de la detención preventiva o provisional, y en la necesidad de sustituir las penas cortas de prisión por las otras sanciones legales, cuidando la protección de las víctimas, según reciente informe de la Comisión presidida por el profesor Milliez.

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

MINISTERE DE LA JUSTICA: «Guide des droits des victimes». Editions Gallimard, París, 1982, 308 págs.

La victimología va ganando progresivamente el interés de ciudadanos y profesionales. De su primer congreso internacional dimos ampliamente hace pocos años, en el ANUARIO DE DERECHO PENAL.

Y, como no podía ser menos, en la política criminal del nuevo Ministro de Justicia francés M. BADINTER se proclama «el cuidado constante que la justicia debe tener de la víctima, de su información, de su acogida, de su socorro inmediato, de su acceso a los jueces, de su indemnización efectiva», según consta en su reciente circular, que recuerda la anterior de 21 de octubre de 1981, definiendo las nuevas orientaciones de la política penal francesa.

Consecuentemente, el Ministerio de Justicia de Francia ha editado esta «Guía de los derechos de las víctimas», cuya primera edición ha tenido una tirada de 50.000 ejemplares, bien acogida en los medios de difusión.

El Ministro BADINTER escribió un buen prefacio recordando las recientes medidas de su Ministerio en ayuda de las víctimas, ya que «la causa de las víctimas es una causa nacional que debe ser sostenida como tal». Por esos sus derechos serán eficazmente aumentados en las reformas que prepara del Código penal y del Código de procedimiento penal. Estima que la prevención de la delincuencia es uno de los medios más seguros para alcanzar

la disminución del número de víctimas, con una política criminal bien distinta de la de su antecesor M. PEYREFITTE en la Ley de 2 de febrero de 1981, mal llamada de «seguridad y libertad», cuyas normas restrictivas de la libertad de apreciación del juez y de la responsabilidad individual del delincuente ya han sido suprimidas por el proyecto de Ley recién aprobado por la Asamblea Nacional, pendiente ante el Senado francés (1).

Redactada con un fin práctico, su índice alfabético contiene más de cien vocablos, desde abandono de familia al robo, con remisión a las páginas donde sus posibles víctimas hallarán informaciones, consejos, aclaraciones, direcciones útiles en los caminos o procedimientos a seguir.

Política criminal, en suma, bien distinta de la de su antecesor (2).

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

(1) V. PASCUAL MENEU: *Contra las reformas penales. La protesta unánime de los juristas franceses. ANUARIO DE DERECHO PENAL*, XXXIII, págs. 746 y sig.

(2) Y bien lo explica el Ministro BADINTER en su prefacio con estas palabras: «Nada es más chocante que la explotación de la desgracia de las víctimas con fines políticos o de ambición personal».

NOTICARIO

IX CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Organizado por la Sociedad Internacional de Criminología, durante los días 25 al 30 del mes de septiembre de 1983, se celebrará en Viena el IX Congreso Internacional de Criminología.

Los temas que se tratarán tendrán como objeto preferente las diversas orientaciones de la criminología en los últimos tiempos, especialmente la problemática actual. Sin perjuicio de otros temas de interés que puedan ser presentados por los investigadores, habrá cuatro secciones que se ocuparán, respectivamente:

I. El estatuto y las funciones de la criminología, así como sus relaciones institucionales con las políticas y prácticas sociales.

II. La creación de las leyes y su recepción por la sociedad.

III. Las políticas y las prácticas sociales propias del sistema penal.

IV. Las políticas y las prácticas de control social extra-penal e informal.

Se tratarán también, en el Grupo de Trabajos Adicionales, una serie de trabajos, sin orden de preferencias y abiertos a posibles modificaciones, y que son: «El tratamiento tiene porvenir?»; «Sentencing» y disuación: ¿Relación problemática?; la etiología reevaluada; «Diversión» y regulación de conflictos; Abolir la justicia penal: ¿Alternativa realista?; Victimología: nuevas tendencias de la investigación, planificación y política; el futuro de la pena de muerte: Derechos Humanos y Justicia Penal; El Delito Organizado; Criminólogos jóvenes; Cuestiones diversas de la criminología socialista/perspectiva comparada; Defensa Social y Criminología; Derecho Penal y Criminología; Criminología aplicada en la práctica; El papel y la función de la fiscalía; Taller libre para discusiones prolongadas.

A. S.

La Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid, en sesión celebrada el día 12 de enero de 1982, adoptó el siguiente acuerdo:

DEONTOLOGIA PROFESIONAL E INTRUSISMO

En cumplimiento del encargo que se hizo al señor Presidente de la Comisión de Deontología, la Junta tiene conocimiento y aprueba el proyecto de circular realizado por aquél y que del tenor literal siguiente:

«La 'defensa de pobres', actual defensa en el turno de oficio, es obligación de los Abogados ejercientes desde los primeros años del siglo XVII.

Ha sido considerada siempre, además, como uno de los más dignos y honorables oficios profesionales que nos están encomendados.

La carga que supone indudablemente se compensa de sobra con el alcance y trascendencia social y humana que sin duda lleva consigo.

Durante muchos años, sólo honor producía; ahora, desde hace poco tiempo, se ha estimado oportuno que, además, suponga una compensación económica siquiera sea mínima.

Pero en cualquier caso, honorífica o no, retribuida o no, la defensa de oficio, una vez adscrito el Letrado a ella, adquiere características de obligación fundamental e ineludible.

No obstante ello, la Junta de Gobierno no puede ocultar su preocupación ante los frecuentes, abundantes y, en algunos casos, graves descuidos que en la defensa de oficio viene produciéndose últimamente y de los que se quejan Tribunales y Juzgados, que se ven obligados, con lamentable frecuencia, a dar cuenta al Colegio de la falta de asistencia de los Letrados adscritos al turno de oficio a juicios orales, comparecencias, y otros actos jurisdiccionales, obligando a su suspensión y nuevo señalamiento, con evidente perjuicio no sólo para la administración de justicia, sino para los propios defendidos, a veces encarcelados.

Por todo ello, la Junta de Gobierno se ve obligada a llamar la atención sobre los siguientes puntos:

PRIMERO.—Es necesario atender y cuidar las defensas aceptadas de oficio, con el máximo interés y cuidado, incluso con desvelo.

SEGUNDO.—La Junta de Gobierno velará por el cumplimiento correcto de este servicio a la comunidad, y sancionará, dentro de sus facultades estatutarias, con el máximo rigor las injustificadas actuaciones en detrimento del mismo.

La Junta de Gobierno procederá a dar de baja inmediata en el turno a todo colegiado que incumpla de alguna manera sus obligaciones en el mismo, en el que no podrán incorporarse en el plazo de dos años.

TERCERO.—Cuando el Letrado designado para la dirección de un asunto en turno de oficio prevea la imposibilidad de atender puntualmente cualquiera de sus diligencias, comparecencias, emplazamientos, etc., cuidará excepcionalmente de ser sustituido por otro compañero, de su libre elección, instruyéndole detalladamente del asunto, y pondrá el hecho en conocimiento del Colegio, justificando la razón de la sustitución.

CUARTO.—En ningún caso el Letrado designado en el turno de oficio dejará desatendido un asunto que se le haya adscrito en el mismo por atender actuaciones de su despacho particular. Así hacerlo sería considerado como falta muy grave.

QUINTO.—Los asuntos encomendados de oficio deben atenderse con el máximo interés y dedicación, acogiendo a los defendidos con consideración y deferencia, oyendo sus problemas, aconsejándoseles técnica y honestamente y dirigiendo el asunto de que se trate hasta su culminación definitiva, en el ámbito o instancia que proceda.

SEXTO.—Teniendo en cuenta que en la actualidad son muchos los Le-trados que alegan, para justificar su inasistencia a juicios orales y otros actos, no haber recibido a tiempo el correspondiente señalamiento o cita-ción, la Junta de Gobierno cuidará de realizar las gestiones oportunas cerca del Colegio de Procuradores para interesar del mismo la adopción de las adecuadas medidas funcionales que eviten tales incidencias.

SEPTIMO.—Los cambios de domicilio y de despacho que llevan a cabo los señores colegiados deberán comunicarse al Colegio de manera inme-diata, en duplicado ejemplar, uno dirigido al señor Secretario y el otro a la oficina del Turno de Oficio.»

RECTIFICACION

El Dr. Niceto ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Catedrático de Derecho procesal e Investigador Emérito de la Universidad de México, nos ruega que publiquemos unas aclaraciones sobre ciertas afirmaciones contenidas en el artículo titulado *D. José Antón Oneca. In memoriam*, del que es autor el Dr. Alfonso SERRANO GOMEZ y que apareció en el número extraordinario que se publicó en 1981 como homenaje al que fue eminente y venerado maestro de numerosas generaciones de penalistas españoles.

Por causas ajenas a nuestra voluntad no llegó a la dirección del ANUARIO la carta del Dr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO de fecha 3 de octubre de 1982 cuyo texto se publicó íntegro en la página cinco de la revista *Adarve* de Priego de Córdoba el día 30 de octubre de 1982.

A pesar del tiempo transcurrido recogemos íntegramente las rectificaciones formuladas previa transcripción del párrafo a que se refieren, que es el tercero de la página 350 del ANUARIO de 1981, y reza así: «Tuvo que sustituir a uno de los componentes del Tribunal que juzgaría al general Sanjurjo, por la sublevación del 10 de agosto de 1932, en Sevilla. Hubo presiones políticas, ya que el Presidente de la República quería que fuera condenado a muerte, para indultarle después. Pese a todo y en prueba de su honestidad, don José no consideró conforme a derecho imponer la pena de muerte, entre otras razones, porque en el levantamiento no se había derramado una sola gota de sangre y, además, se había entregado voluntariamente. Estas razones llevaron a hacer un voto particular, en base a la aplicación de una atenuante por analogía, en contra de la decisión del Tribunal, que le condenó a muerte, aunque posteriormente sería indultado».

Las rectificaciones que formula el Dr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO son las siguientes:

1.^a «a) que la condena a muerte de Sanjurjo, quienes la propiciaron fueron algunos sectores del partido radical-socialista al que jamás perteneció mi padre; b) que fue precisamente él el paladín de los indultos de significación política que bajo la República se concedieron, tanto respecto de elementos derechistas en 1932, como de la izquierda en 1934; c) que el señor SERRANO no se preocupó lo más mínimo de consultar el artículo 102, apartado 2.º, de la Constitución de 1931, a cuyo tenor, «en los delitos de extrema gravedad» podía —sí— indultar el Presidente de la República, pero "previo informe del Tribunal Supremo y a propuesta del Gobierno

responsable"; y es absurdo suponer que aquél y, sobre todo, éste, presidido por hombre tan alejado de mi padre, como Azaña (el verdadero inductor de su destitución en 1936), se dejasen presionar por él, y d) que la conducta política de mi padre fue discutida, como la de todo hombre público de cualquier signo y época, por diversas personas; pero ni antes ni después puso nadie en duda la nobleza de sus sentimientos».

2.^a Frente a la afirmación de que el levantamiento del 10 de agosto no se derramó "una sola gota de sangre" la "realidad es que hubo *varios muertos* en el fallido intento de asaltar el Ministerio de la Guerra (ahora de Defensa), entre ellos el teniente González Muñiz, hermano, por uno de esos dramas de nuestras luchas fratricidas, de otro teniente que por su fervor republicano pertenecía a la Escolta Presidencial de la Jefatura del Estado».

3.^a «Sanjurjo fue detenido por un guardia de seguridad cuando desde Sevilla marchaba hacia Huelva para refugiarse en Portugal».

Concluye el Dr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO que, aunque la rectificación que solicita lleva tan sólo su firma, sus tres hermanos se solidarizan plenamente con ella.

Dentro de la conocida línea independiente que sigue, como es sabido, este ANUARIO, deseamos aprovechar esta ocasión para dejar constancia del respeto que nos merece la honestidad personal y política del que fue Presidente de la II República Española. Esperamos haber dado satisfacción al Dr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, recogiendo sin comentario alguno las precisiones y aclaraciones que pedía.

José M.^a RODRIGUEZ DEVESA

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVI AÑO 1983

Páginas

TOMO XXXVI - FASCICULO I - ENERO-ABRIL

SECCION DOCTRINAL

<i>La perspectiva «ex ante» en Derecho penal</i> , por Santiago Mir Puig ...	5
<i>Doctrina y práctica en materia de delincuencia juvenil</i> , por Jean Pinatel ...	23
<i>«Community Service Order» como alternativa a la pena privativa de la libertad en Inglaterra</i> , por la Dra. Bárbara Huber ...	35
<i>La criminología crítica</i> , por Alfonso Serrano Gómez ...	49
<i>La caución en el proyecto de Código penal</i> , por José Luis Manzañares Samaniego ...	67
<i>Acción, capacidad de acción y dolo eventual</i> , por Joaquín Cuello ...	77
<i>Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal</i> , por José Luis Díez Ripollés ...	101
<i>Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales</i> , por Mercedes Alonso Alamo ...	127

CRONICA INTERNACIONAL ...	153
----------------------------------	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal</i> ...	155
---	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón ...	181
--	-----

BIBLIOGRAFIA ...	192
-------------------------	-----

NOTICIARIO ...	199
-----------------------	-----

	<u>Páginas</u>
<i>La criminología crítica</i> , por Alfonso Serrano Gómez	49
<i>La caución en el proyecto de Código penal</i> , por José Luis Manzanares Sa- maniego	67
<i>Acción, capacidad de acción y dolo eventual</i> , por Joaquín Cuello	77
<i>Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal</i> , por José Luis Díez Ripollés	101
<i>Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales</i> , por Mercedes Alonso Alamo	127
 CRONICA INTERNACIONAL	 153
 SECCION LEGISLATIVA	
<i>Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal</i> ...	155
 SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	181
 BIBLIOGRAFIA	 192
 NOTICIARIO	 199

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-14.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

TEL. 429 25 51

Suscripción anual: España, 3.000 pesetas
Extranjero, 3.300 pesetas
Número suelto, España, 1.300 pesetas
Extranjero, 1.600 pesetas