

## DERECHO PENAL: PARTE GENERAL



## OBSERVACIONES SOBRE EL TRATAMIENTO PENAL DE LAS PSICOPATIAS

Mercedes Alonso Alamo

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid*

I.- Apenas se discute hoy que el derecho penal deba tomar en cuenta las alteraciones psicopáticas de la personalidad. Más allá de esto no hay acuerdo, en absoluto, sobre cuál haya de ser su tratamiento.

El problema de la relevancia penal de las psicopatías es fundamentalmente un problema de culpabilidad, pero en este campo se suscita también la cuestión de la peligrosidad del autor. En las páginas que siguen se pretende comprender las psicopatías desde la perspectiva de la culpabilidad y sólo complementariamente se hace referencia al tratamiento, en su caso, de la peligrosidad.

El concepto de psicopatía no es unívoco. Existen diversos tipos de psicopatías y también diversas concepciones sobre las mismas. No procede entrar aquí en la discusión de sus causas: el determinismo disposicional o la influencia de factores sociales lo que conduce a sustituir el término por el de sociopatía. Los contrastes se pondrán de manifiesto, en la medida en que sea necesario, a lo largo de este trabajo. Baste ahora señalar que existe, por lo general, acuerdo en que la psicopatía no es una genuina enfermedad mental como la psicosis, sino una alteración, fundamentalmente afectiva, de la personalidad. Tal alteración puede afectar a los instintos, las tendencias, los sentimientos, las impulsiones<sup>1</sup>. Pero la esfera intelectual se suele encontrar intacta.

---

1.- Vid. ALONSO-FERNANDEZ, *Compendio de Psiquiatría*, Oteo, Madrid, 1978, pág. 319. Vid. también, PEREZ VITORIA, "El delincuente psicopático y su tratamiento", en *R.E.P.*, 1970, pág. 1076.

En la doctrina jurídica y psiquiátrica existe un progresivo acuerdo en que el psicópata especialmente grave, el psicópata profundo, no debe considerarse imputable y, por tanto, debe admitirse en su favor la total ausencia de responsabilidad. Frente a las psicopatías no especialmente graves no hay sin embargo unanimidad sobre la respuesta jurídica procedente. Se plantea si cabe apreciar la enajenación mental como eximente incompleta con la consiguiente posibilidad de imponer una medida conforme al sistema vicarial acogido en el art. 9, 1ª del C.p., o el trastorno mental transitorio incompleto, o si procede una simple atenuación de la pena por la vía de las circunstancias analógicas del art. 9, 10ª. Pero se plantea asimismo si debe reaccionarse exclusivamente frente a cualquier manifestación psicopática con medidas en establecimientos especializados. Y, en fin, se suscita si, en determinados casos, el psicópata debe responder con la pena criminal por el hecho constitutivo del delito que haya realizado, negándose en consecuencia toda relevancia penal a la psicopatía.

La jurisprudencia del T.S. procede a una "graduación" de las psicopatías. Ofrece serias resistencias a la exención de responsabilidad del psicópata profundo. Y aprecia unas veces la enajenación mental incompleta o el trastorno mental transitorio incompleto<sup>2</sup>, otras veces una atenuante por analogía<sup>3</sup> incluso como muy calificada y, en fin, declara en ocasiones irrelevante para el derecho penal la alteración psicopática de quien ha cometido el delito<sup>4</sup>. Significativa es la reciente s. 29 de febrero de 1988 que aprecia enajenación mental incompleta y se muestra crítica frente a la apreciación de una simple atenuante en supuestos de psicopatía, en atención a la clasificación de las enfermedades mentales de la OMS.

Detrás de la disparidad de respuestas doctrinales y jurisprudenciales se halla, sin duda, la variedad de personalidades psicopáticas que impide una respuesta jurídica unitaria. Pero se halla también, y acaso decisivamente, la deficiente regulación de los supuestos de inimputabilidad y, por lo que aquí interesa, la ausencia de una regulación que, con la nitidez imprescindible conforme al principio de legalidad, capte el problema de las psicopatías.

El presente estudio toma como punto de partida el análisis de las psicopatías a la luz de las causas de inimputabilidad legalmente reconocidas, para someterlas luego a consideración atendiendo a los contrastes sobre el concepto de culpabilidad.

Metodológicamente es preciso, pues, distinguir dos planos a menudo confundidos en el tratamiento de esta materia. Por un lado se debe decidir si las psicopatías, al menos las especialmente graves, están comprendidas legislativamente entre las causas que excluyen la culpabilidad, y por tanto suponen la ausencia de culpabilidad en sentido formal. Por otro, si, independientemente de la respuesta que se dé a la cuestión anterior, en la psico-

2.- Vid. de un lado Ss. 15 de mayo de 1985, 9 de mayo de 1986, 29 de febrero de 1988; de otro, Ss. 29 de junio de 1984, 11 de junio de 1985. Ilustrativa es la S. 28 de marzo de 1988, que debate el problema de la enajenación y el trastorno mental transitorio incompletos.

3.- Vid. al respecto Ss. 13 de mayo de 1983, 17 de diciembre de 1985, 27 de enero de 1986, 11 de marzo de 1988.

4.- Vid. Ss. 3 de junio de 1983, 13 de junio de 1985, 10 de mayo de 1988.

patía profunda debe estimarse ausente la culpabilidad en sentido material. Ello presupone obviamente la distinción entre culpabilidad en sentido material y culpabilidad en sentido formal<sup>5</sup>.

Tradicionalmente las psicopatías han sido objeto de estudio entre las causas que excluyen la culpabilidad del autor, sea para afirmar, sea para rechazar su relevancia<sup>6</sup>. Por tanto como una cuestión de ausencia de culpabilidad en sentido formal. Pero en la actualidad esta cuestión aparece confundida con la discusión sobre el concepto material de culpabilidad. El debate sobre el concepto de culpabilidad es asimismo un debate sobre la imputabilidad e incide en la relación culpabilidad-imputabilidad y por ello en el tratamiento penal de las psicopatías.

En lo que sigue se analiza primero la referibilidad de las psicopatías a los supuestos de inimputabilidad legalmente reconocidos (base de ausencia de culpabilidad en sentido formal). A continuación, se abre el debate sobre las psicopatías desde la perspectiva de la culpabilidad en sentido material.

II.- En el Derecho español la discusión sobre la ausencia de culpabilidad del delincuente psicopático se desenvuelve en el ámbito del art. 8, 1º del Código penal que declara exento de responsabilidad al enajenado y al que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir.

a) La referencia al trastorno mental transitorio es ciertamente minoritaria. Gómez Benítez señala que las reacciones en corto circuito (!) debidas a base caracteriológica anormal, a alteraciones emocionales o afectivas psicopáticas pueden fundamentar la apreciación del trastorno mental transitorio<sup>7</sup>. Tal referencia se halla ya en la obra de Antón Oneca, para quien el trastorno mental transitorio comprende diversos estados de inconsciencia entre los que describe los de personalidades patológicas que no tienen alterada su conciencia de un modo estable “como los psicópatas que reaccionan violentamente a estímulos externos de cierta importancia”. Antón Oneca toma en cuenta las psicopatías, por otra parte, en el ámbito de la enajenación. Y no duda en afirmar que cuándo se haya de estimar el trastorno mental transitorio o la enajenación es delicado problema, en que deben tenerse en cuenta la peligrosidad del sujeto y la necesidad de tratamiento manicomial, ya que sólo mediante la declaración de enajenados pueden ser internados en establecimiento psiquiátrico<sup>8</sup>.

5.- Vid. sobre ello, TORIO LOPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, en *ADPCP* 1985, págs. 286 y ss., especialmente pág. 291; y el mismo, “Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad”, en *Libro Homenaje a A. Candau*, Universidad de Valladolid, 1988, págs. 316 y ss.

6.- Vid. por ejemplo ANTON ONECA, *Derecho Penal*, P. G., Madrid, 1949, Págs. 295 y s. y pág. 299. Sobre la situación actual en Alemania y los precedentes históricos, vid SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22 Aufl, Beck, München 1985, pág. 262.

7.- GOMEZ BENITEZ, *Teoría jurídica del delito*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 466 y s.

8.- ANTON ONECA, *Derecho Penal*, cit., pág. 299.

Se observa, pues, un peligroso desplazamiento desde el terreno de la culpabilidad hacia el de la peligrosidad. Frente al enajenado el art. 8, 1º, párrafos segundo y tercero, establece medidas de seguridad y/o corrección<sup>9</sup>. Esto no sucede en los supuestos de exención por trastorno mental transitorio. Pero la delimitación del ámbito o contenido de ambas eximentes debe ser independiente de los efectos que llevan consigo. Constituiría una perversión metodológica decidir la presencia o no del trastorno mental en atención a la peligrosidad del sujeto y a la conveniencia, según ello, de imponer una medida.

La jurisprudencia ha debatido en ocasiones el problema de las psicopatías en el ámbito del trastorno mental transitorio, si bien la discusión se ha desenvuelto preferentemente en el ámbito de la enajenación. No se ha llegado a apreciar, sin embargo, la eximente sino el trastorno mental transitorio incompleto (arts. 9, 1ª en relación con el art. 8, 1º, y art. 66 del Código penal). Es ilustrativo que en tales ocasiones la base psicopática del sujeto aparece desdibujada ante la concurrencia de circunstancias (abuso de bebidas alcohólicas, ingestión de barbitúricos, etc.) que producen una profunda perturbación transitoria —sin llegar a anular la conciencia o la voluntad—<sup>10</sup>.

Parece, por tanto, que son los factores concurrentes y no la psicopatía lo que conduce al trastorno mental transitorio incompleto y puede llevar, en su caso, a la apreciación de la eximente. Esta podría venir en aplicación pero, ciertamente, por razones distintas de la psicopatía.

Sin embargo, la cuestión de si la psicopatía puede conducir a la exención de responsabilidad por trastorno mental transitorio pasa por el reconocimiento o admisión de que es la psicopatía misma la determinante decisiva del citado trastorno.

En el trastorno mental transitorio está presente una alteración de la conciencia de cierta intensidad pero *de escasa duración*; no se reclama una base o fondo patológico; en este punto la jurisprudencia ha modificado el criterio anterior.

El requisito de la transitoriedad o escasa duración del trastorno pudiera considerarse suficiente en principio para excluir del ámbito de aplicación de esta eximente a las psicopatías. Según la concepción clásica de las mismas, que sigue informando la jurisprudencia del T.S., éstas son *alteraciones permanentes de la personalidad* (se ha dicho que la “anormalidad es de siempre y para siempre” y que “acompañan al sujeto desde la cuna hasta la tumba”). Frente a la concepción clásica de K. Schneider, las concepciones más recientes sostienen, sin embargo, que no existe un determi-

9.- Vid. TERRADILLOS BASOCO, “Tratamiento jurídico penal de la enajenación”, en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, T. V., Vol. 1º EDERSA, 1985, pág. 149. Sobre la situación antes de la reforma del Código penal, por L. O. 8/25 junio de 1983, vid. BERISTAIN IPIÑA, *Medidas penales en Derecho Contemporáneo*, Reus, Madrid, 1974, págs. 176 y s.

10.- Vid. S. 11 de junio de 1985. Significativa es la S. 28 de marzo de 1988 ya citada que indica que la defensa solicitó el trastorno mental transitorio y el tribunal de instancia apreció la enajenación mental incompleta.

nismo disposicional hacia la psicopatía, sino que junto a factores biológicos, hereditarios o adquiridos, pueden concurrir factores ambientales y sociales. Y así se afirma que el psicópata puede hacerse a lo largo de la vida, y, frente a la concepción de Schneider, tiene un pronóstico favorable mediante terapia muy activa: fármacos, psicoterapia y socioterapia<sup>11</sup>. Desde esta perspectiva queda abierta la cuestión de si al tiempo del hecho la psicopatía puede contribuir *decisivamente* a la situación de trastorno mental transitorio.

b) Pero donde se plantea fundamentalmente el problema de la relevancia penal de las psicopatías es en el ámbito de la enajenación. Se cuestiona si las psicopatías, al menos las especialmente graves, son captadas por el indeterminado concepto de enajenación.

Punto de partida es el reconocimiento, con base en las aportaciones medicopsiquiátricas, de que determinadas psicopatías deben conducir a la total exención de responsabilidad. Afirmado esto se discute si cabe reconducirlas al ámbito de la enajenación. Así Muñoz Conde señala que el término no debe entenderse como enfermedad mental, sino en un sentido más amplio comprensivo de las psicopatías<sup>12</sup>. Y Torío destaca que la indeterminación del concepto de enajenación permite incluir en él no sólo las genuinas enfermedades mentales sino también hipótesis, como psicopatías y oligofrenias profundas, en que el autor carece de capacidad para ejercer un dominio sobre el acto<sup>13</sup>.

Pero la misma ambigüedad del concepto de enajenación permite afirmar a Mir Puig que puede resultar adecuado para expresar las enfermedades mentales en sentido estricto, pero es discutible que pueda dar cabida a las psicopatías<sup>14</sup>.

No puede dejar de sorprender que la misma base legal, dirigida a establecer un supuesto de ausencia de culpabilidad, haya podido ser entendida a la vez como concreción de los posibles y contrapuestos métodos que el legislador tiene a su disposición para el tratamiento de las hipótesis de inimputabilidad<sup>15</sup>.

Así Torío entiende que el concepto de enajenación permite defender la vigencia del método mixto biológico-normativo que reclama dos estratos: una base psicopatológica y un momento valorativo, a saber, la apreciación de que el sujeto era incapaz al tiempo del hecho de comprender que su obrar se encontraba prohibido o, en su caso, de determinarse conforme a dicha comprensión<sup>16</sup>.

Recientemente Carbonell se muestra favorable a la comprensión psicológica o normativo-psicológica de la enajenación: el enajenado podrá ser

11.- ALONSO-FERNANDEZ, *Compendio de Psiquiatría*, cit., pág. 324.

12.- MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, págs. 149 y s.

13.- TORIO LOPEZ, "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental", en *Psicopatología*, 2, 2, 1982, pág. 185.

14.- MIR PUIG, *Derecho Penal, P. G.*, PPU, 2ª ed., 1985, págs. 489 y 495.

15.- La exposición detenida de las distintas fórmulas no procede aquí. Vid. al respecto, TORIO LOPEZ, "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental", cit., págs. 186 y ss.

16.- TORIO LOPEZ, "La fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental", cit., pág. 184.

un enfermo en sentido estricto o no, lo importante es “que no sea capaz de motivarse normalmente por el imperativo de la norma ni, por tanto, de adaptar su conducta al Ordenamiento y ello por razones psicológicas”. En su criterio se trata de una concepción meramente psicológica que prescinde por completo del requisito de origen patológico<sup>17</sup>.

Mir Puig afirma, sin embargo, que la fórmula de la enajenación del art. 8, 1º es biológica. Para él, el término legal “enajenado” no resulta apropiado para cobijar las psicopatías “porque ni el psicópata es propiamente un enfermo, ni se halla ‘fuera de sí’, ni sus actos parecen ajenos a su propia personalidad, sino que por el contrario estos resultan plenamente adecuados a su personalidad originaria”<sup>18</sup>.

También Muñoz Conde admite que el actual Código penal español se estructura sobre un modelo biológico puro, pero, a su juicio, un término tan ambiguo como el de enajenado “deja en la más absoluta libertad al juez para poder calificar como de ‘enajenado’ todas aquellas manifestaciones psicopáticas y defectos o alteraciones del proceso de socialización, relevantes en orden a la determinación de la imputabilidad de un individuo”<sup>19</sup>. No deja así de producirse un desdibujamiento de la base biológica, previamente afirmada, del concepto de enajenación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la fórmula de enajenación del art. 8, 1º es, en definitiva, una fórmula mixta biológico-normativa peculiar, en la que *decisivo* es el momento psicológico-normativo de si el autor pudo conocer el significado antijurídico de la conducta u orientar la propia actividad conforme a ese conocimiento. Tal “apertura” del concepto parece que debería favorecer la inclusión de las psicopatías en su ámbito. Ciertamente que el psicópata profundo, que no tiene alterada la capacidad intelectual, es capaz de comprender la significación antijurídica de su comportamiento; puede faltarle, sin embargo, la capacidad de orientar la conducta conforme a la comprensión del injusto. Faltaría entonces el elemento volitivo de la imputabilidad. Pese a ello, la jurisprudencia se opone reiteradamente a apreciar la eximente, afirmando que en las psicopatías no está ausente la capacidad de conocer y querer<sup>20</sup>.

Reconocido el momento normativo, valorativo, del concepto de enajenación, se reduce ulteriormente su ámbito a las genuinas enfermedades

17.- Vid. CARBONELL MATEU, en *Enfermedad mental y delito*, libro colectivo, Civitas, Madrid, 1987, págs 43 y s. La discrepancia con el criterio de Torío no parece residir tanto en el primer momento —base psicopatológica según Torío, razones psicológicas (?) según Carbonell— cuanto en el segundo momento, normativo o valorativo —incapacidad de comprender lo injusto o de determinarse conforme a dicha comprensión según Torío, incapacidad de motivarse por la norma según Carbonell

18.- MIR PUIG, *Derecho Penal, P. G.*, cit., 488 y 495.

19.- MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, cit., págs. 149 y s.

20.- Vid. por ejemplo, Ss. 6 de diciembre de 1982, 22 de marzo de 1984, 27 de marzo de 1985, 13 de junio de 1985, 19 de diciembre de 1985, 27 de enero de 1986, 19 de diciembre de 1986. También la S. 28 de marzo de 1988 que afirma la procedencia de la enajenación mental como eximente incompleta en un supuesto en que la capacidad intelectual es normal pero la volitiva se halla alterada.



mentales o psicosis y a la oligofrenia profunda, pues se entiende que sólo en estos supuestos puede estar anulada la capacidad cognoscitiva o volitiva.

La doctrina jurisprudencial no resiste un detenido análisis. Es cierto que las psicopatías afectan fundamentalmente a la *afectividad* del sujeto, que se muestra, por ejemplo, incapaz de una relación afectiva estable, y que la esfera intelectual puede permanecer inalterada; las alteraciones de la personalidad psicopática afectan, se ha dicho, a los instintos, tendencias, sentimientos e impulsiones, es decir, a la llamada capa intermedia en una visión estratificada de la personalidad<sup>21</sup>. Pero como indica Mir Puig no hay duda de que la anormalidad en la afectividad ha de condicionar una formación anormal de la voluntad, puesto que ésta depende del estado de ánimo y de la total personalidad del sujeto<sup>22</sup>.

Si se admite que el art. 8, 1º acoge la fórmula mixta biológico-normativa en el tratamiento de la enajenación, parece que, presente el elemento psicopatológico, no debería existir inconveniente en incluir en su ámbito las psicopatías cuando, dada su gravedad, el sujeto es incapaz de determinarse conforme a la comprensión del injusto y está por ello ausente el elemento volitivo de la imputabilidad.

En términos similares se pronuncia Jescheck con relación al derecho alemán. El Código penal alemán acoge en el §20 el método mixto biológico-normativo en la configuración de los supuestos de incapacidad de culpabilidad. Describe, por un lado, los factores psicopatológicos: perturbación psíquica morbosa, trastorno profundo de la consciencia, oligofrenia y otras anomalías psíquicas graves, pero además exige que los citados factores determinen la imposibilidad de comprender lo injusto del hecho o de actuar conforme a tal comprensión. Por lo general, se admite que las psicopatías especialmente graves encuentran cabida en la referencia legislativa “otras anomalías psíquicas graves”<sup>23</sup>. Y afirma Jescheck que “aun concurriendo la comprensión de lo injusto del hecho, la capacidad de culpabilidad puede negarse cuando el autor resultó incapaz de actuar con arreglo a aquel entendimiento (momento *voluntativo*) por causa de la perturbación psíquica, lo que sucede sobre todo en la embriaguez alcohólica, las psicopatías y las perturbaciones sexuales, puesto que en ellas, pese a la concurrencia de una clara conciencia de lo injusto, en los casos excepcionales, hasta tal punto predominan los impulsos que conducen al hecho o pueden debilitarse los factores inhibidores, que aquéllos dejan de resultar dominables”<sup>24</sup>.

De admitirse que el concepto de enajenación del art. 8, 1º responde al método mixto biológico-normativo parece, pues, que no hay obstáculo para reconducir a su ámbito determinadas psicopatías. De una parte, éstas presentan la base psicopatológica indispensable conforme a las exigencias del término enajenación. De otra, en determinados supuestos de psicopa-

21.- PEREZ VITORIA, “El delincuente psicopático y su tratamiento”, cit., pág. 1077.

22.- MIR PUIG, *Derecho Penal, P. G.*, cit., pág. 495.

23.- Vid. al respecto, SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., pág. 262, JAKOBS, *Strafrecht, A. T.*, de Gruiter, Berlin, 1983, pág. 436.

24.- JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal, P. G.*, T. I., trad. Mir Puig/Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 605 y s.

tías graves puede faltar la capacidad de orientar la conducta conforme a la propia comprensión del injusto.

Sin embargo la fórmula mixta, en los términos del §20 del Código penal alemán y tal como la entiende la jurisprudencia y un sector de la doctrina respecto del art. 8, 1º del Código penal español, se presta a objeciones. Al restringir el plano normativo a la ausencia de capacidad cognoscitiva (de conocer lo injusto del hecho) y volitiva (determinarse conforme a dicho conocimiento) parece orientarse en el sentido de la concepción tradicional de la culpabilidad, hoy discutida<sup>25</sup>.

Frente a esta situación reacciona Muñoz Conde. Tras rechazar el concepto de culpabilidad fundado en el "indemostrable poder de obrar de otro modo", propone un concepto fundado en la función motivadora de la norma que abre la inimputabilidad a todas aquellas situaciones en que fracase la internalización de las normas por *cualquier factor* (por ejemplo, la alteración de la afectividad que incida en el proceso de socialización). Y destaca que a la luz de los actuales conocimientos psicológicos y psiquiátricos parece sorprendente que, a los efectos legales penales, sólo se tengan en cuenta los trastornos de la inteligencia y de la voluntad y no las alteraciones de la memoria, de la afectividad, del pensamiento, de la conciencia... o de la motivación, o se tomen en cuenta sólo en la medida en que inciden también en las facultades intelectuales o volitivas<sup>26</sup>.

Las consideraciones anteriores trasladan la discusión a un plano distinto, al plano de la culpabilidad en sentido material. Se tiende así un puente entre un supuesto legal de ausencia de culpabilidad y el fundamento mismo de la culpabilidad. La fórmula mixta y, más aún, la fórmula psicológica pura de la enajenación, al introducir un elemento normativo, valorativo, implican cierta volatilización del concepto. Deja de ser la concreción legislativa de una causa de inimputabilidad y pasa a ser el elemento por donde se realiza el juicio de culpabilidad o imputación subjetiva. El juicio sobre la imputabilidad deviene en *el* juicio de imputación subjetiva por excelencia en el que se toman en cuenta *todos* los datos o factores que permiten afirmar o negar la *capacidad de culpabilidad*. El postulado de la identificación o coincidencia de la culpabilidad en sentido material y la culpabilidad en sentido formal se alcanza por la vía de la volatilización gradual de un supuesto legal de ausencia de culpabilidad, con la consecuencia de que se proyecta aquí la propia concepción sobre la culpabilidad. Se produce un desplazamiento desde la culpabilidad en sentido formal hacia la culpabilidad en sentido material. No se trata tanto de establecer si concurre una causa legal de incapacidad de culpabilidad, cuanto de resolver si está ausente la culpabilidad en sentido material por *ser* el sujeto incapaz de cul-

25.- Así críticamente frente a la formulación legislativa del §20 del Código penal alemán, MIR PUIG, *Derecho Penal, P. G.*, cit. pág. 488: "La descripción legal del efecto psicológico de inimputabilidad tiene el grave inconveniente de tomar postura ante el problema teórico, que el legislador no puede decidir, del fundamento y sentido de la inimputabilidad".

26.- MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, cit., pág. 145. Reclamando también que se tomen en cuenta las alteraciones de la memoria, vid. MENGUAL I LLULL, en *Enfermedad mental y delito*, libro colectivo, cit., 1987, pág. 241 y nota 193.

pabilidad. Ello presupone obviamente decidir qué se entiende por culpabilidad, cuál es su fundamento. Las distintas concepciones sobre la culpabilidad parece que conducen a distintas concepciones de la llamada fórmula mixta, y, más aún, de la fórmula psicológica o normativa pura, en el tratamiento de la inimputabilidad. En lo que sigue se aborda esta cuestión no agotadoramente sino atendiendo a las contribuciones más significativas sobre el concepto de enajenación.

III.- Según Mir Puig la culpabilidad se fundamenta en la normalidad de la motivación. Así, el inimputable es motivable por las normas, pero no es motivable de forma *normal*. La *anormalidad motivacional* explica la irresponsabilidad penal del inimputable: supone en éste una inferioridad con respecto al imputable en cuanto a su capacidad de resistir a los impulsos criminales. Por tanto no es que el inimputable no sea motivable por las normas y que frente al inimputable no haya necesidad de pena, como entiende Gimbernat. Antes bien, el inimputable es motivable, pero no es motivable normalmente, esto es, como los demás: la norma puede incidir en su proceso de motivación pero no desplegar la intensidad motivadora que normalmente posee<sup>27</sup>. La imputabilidad pierde carácter personal y se decide con relación a otros.

Con los presupuestos anteriores parece que no habría inconveniente en admitir que en las psicopatías especialmente graves puede estar ausente la culpabilidad en sentido material. Desde la perspectiva de la fórmula mixta habría que sostener que la base psicopatológica (psicopatía) impide al sujeto motivarse normalmente.

Pero Mir Puig, como ya se indicó, entiende que la fórmula de la enajenación del art. 8, 1º es biológica y comprende las enfermedades mentales. En consecuencia no están comprendidas en ella las psicopatías. No deja pues de estar presente una discordancia entre la culpabilidad en sentido material y la culpabilidad en sentido formal. Este autor propugna que se introduzca legislativamente la referencia a "otra anormalidad grave", lo que alcanzaría a las psicopatías. Al propio tiempo rechaza la fórmula mixta del §20 del C.p. alemán porque presupone, afirma, lo que es sin duda cuestionable, basar la culpabilidad en la indemostrable libertad de voluntad.

Muñoz Conde propone un concepto dialéctico de culpabilidad. A su juicio "no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad con referencia a los demás", "la culpabilidad no es un fenómeno individual sino social". En la medida en que es la sociedad (el Estado) quien define en un momento histórico los límites de lo culpable o no culpable "la culpabilidad tiene un fundamento social antes que psicológico"<sup>28</sup>. El fundamento material de la culpabilidad hay que buscarlo, afirma, en la función motivadora de la

27.- MIR PUIG, "Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable", en *Psicopatología*, 2, 2, 1982, pág. 159. También, el mismo, *Derecho Penal, P. G.*, cit. págs. 474 y ss.

28.- MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, cit., págs. 130 y s. El mismo, "La imputabilidad del enfermo mental", en *Psicopatología*, 2, 2, 1982, págs. 130 y ss.

norma legal. Sólo si el individuo ha llegado a internalizar y aprender el contenido fundamental de las normas infringidas cabe plantear el problema de la imputabilidad y de la culpabilidad. Si la internalización no ha tenido lugar o ha surgido cualquier alteración en el proceso de socialización, deberá excluirse la culpabilidad. Cualquier factor que incida en los procesos de socialización, aunque no afecte a la inteligencia y a la voluntad, debe ser tenido presente al hacer el juicio sobre la imputabilidad. El sujeto no motivable por la norma, por haber fracasado frente a él los procesos de socialización y aprendizaje, es inimputable<sup>29</sup>.

En las psicopatías graves se cumple el fundamento material de la culpabilidad, según esta concepción. Ello permite afirmar a Muñoz Conde, después de reconocer que la fórmula de la enajenación del art. 8, 1º es biológica, que un término tan ambiguo como el de enajenado permite comprender “todas aquellas manifestaciones psicopáticas y defectos o alteraciones del proceso de socialización, relevantes en orden a la determinación de la imputabilidad de un individuo”<sup>30</sup>.

Parece que se configura así una fórmula mixta peculiar, donde, presente una base psicopatológica, se precisa que determine la incapacidad del individuo de motivarse por la norma.

La tesis de Muñoz Conde es llevada a sus últimas consecuencias por Carbonell, quien parte de la teoría de la motivación de la norma y se adhiere al criterio de Muñoz Conde al afirmar que cuando la internalización de las normas no puede tener lugar o surjan defectos o alteraciones en el proceso de socialización debe llegar a considerarse la enajenación. Por otra parte entiende que el concepto de enajenación del art. 8, 1º contiene un concepto normativo o psicológico-normativo, lo que le lleva a rechazar la fórmula mixta biológico-normativa. El concepto de enajenación para Carbonell no reclama una base patológica. Decisivo es a su juicio para hablar de enajenación que el sujeto no pueda motivarse por la norma “por razones psicológicas”<sup>31</sup>. Permanece en la sombra, sin embargo, cuales sean estas razones psicológicas, estos fenómenos psíquicos base de la enajenación, que no sean al propio tiempo base psicopatológica, en el sentido de la fórmula mixta. Acaso estemos aquí, sin más, ante un problema terminológico donde la fórmula biológico-normativa y la fórmula psicológico-normativa son, en definitiva, una fórmula psicopatológico-normativa<sup>32</sup>. El momento valorativo, la incapacidad de motivación, pasa a primer plano en la formulación del concepto de enajenación por Carbonell. En este sentido no

29.- MUÑOZ CONDE, “La imputabilidad del enfermo mental”, en *Psicopatología*, 2, 1982, págs. 130 y ss. El mismo, *Teoría General del delito*, cit., págs. 130 y s.

30.- MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, cit., págs. 149 y s.

31.- CARBONELL MATEU, en *Enfermedad mental y delito*, libro colectivo, cit., págs. 43 y ss.

32.- Vid. lo dicho supra nota 17. Sobre la discusión del §20 del Código penal alemán, vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, T. I., cit. pág. 600. Indica JESCHECK que el §20 sigue un método mixto psicológico-biológico. Pero precisa (loc. cit. nota 19) que la expresión no es exacta y que sería preferible hablar de un método psíquico-normativo. Esto es seguido por JAKOBS, *Strafrecht, A. T.*, cit., pág. 428.

parece que medie inconveniente para comprender en su ámbito las psicopatías graves.

Torío propone un concepto individual, personal de culpabilidad. Parte de la admisión de la espontaneidad del comportamiento humano como dato antropológico general, pero toma en cuenta otras concepciones como la culpabilidad por el carácter o la culpabilidad como realidad socialmente troquelada. Surge así una “noción integrada, multilateral, abierta, compleja, de la imputación subjetiva”. El juicio eminentemente individualizador de culpabilidad debe tomar en cuenta todos los factores que incidan o informen sobre las relaciones personales entre acción y autor, así disposiciones congénitas y adquiridas, pero también factores sociales y culturales. Este juicio individualizador debe penetrar todos los elementos que integran la culpabilidad: imputabilidad, conciencia de la anti-juricidad, inexigibilidad de otra conducta distinta. La imputabilidad es concebida como capacidad del autor para comprender y querer el hecho delictivo. Pero al propio tiempo se indica que la imputabilidad debe desenvolverse de forma individualizadora, no generalizadora, tomando en cuenta no sólo factores biológicos, psicopatológicos o naturalísticos, sino también sociales y culturales<sup>33</sup>.

La fórmula de la enajenación del art. 8, 1º es entendida por Torío como una norma mixta biológico-normativa. Es necesario una base psicopatológica que determine la incapacidad del autor al tiempo del hecho para comprender que realiza una conducta prohibida o para determinarse según tal comprensión. La fórmula reclama una base psicopatológica, pero presenta también un plano valorativo en el que no se trata tanto de decidir, afirma, si el autor pudo obrar “libremente”, cuanto de establecer si pudo responder a la motivación normativa<sup>34</sup>.

Con estos presupuestos parece que no hay inconveniente en admitir que el psicópata profundo incapaz de determinarse normativamente es “enajenado” en el sentido de la ley y, por tanto, inimputable. El juicio sobre la imputabilidad tomaría en cuenta *todos los factores que determinan la incapacidad de dirigir la conducta conforme a la norma*.

Sin embargo en los supuestos en que la capacidad cognoscitiva y volitiva no se halle afectada y pese a ello el sujeto presente alteraciones de la personalidad (de la afectividad, de la memoria, etc..) parece que no puede proceder la declaración de inimputabilidad. El juicio individualizador de imputabilidad se encuentra, pues, con un límite infranqueable: todos los factores a atender deben incidir en la capacidad cognoscitiva y volitiva.

Queda abierta la cuestión de si en estos supuestos restaría todavía la posibilidad de una declaración de inculpabilidad del psicópata profundo por la vía de la inexigibilidad de una conducta distinta si, *atendiendo a todos los factores concurrentes*, procedió como lo hubiera hecho la generalidad de las personas.

33.- Vid. TORIO LOPEZ, “El concepto individual de culpabilidad”, cit., pág. 297. El mismo, “Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad”, cit., págs. 313 y 319.

34.- Vid. TORIO LOPEZ, “Las fórmulas legislativas sobre la enajenación mental”, cit., págs. 188 y s.



## LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL ENTRE EL IDEAL CIENTIFICO DE LAS CIENCIAS NATURALES Y EL DE LAS CIENCIAS DEL ESPIRITU

Enrique Bacigalupo

*Catedrático de Derecho Penal  
Magistrado del Tribunal Supremo*

En torno al problema del objeto de la dogmática penal y al método de ésta se han discutido problemas mucho más generales de la dogmática jurídica en general. Las características de esta discusión han sido calificadas recientemente de caóticas, no sin razón<sup>1</sup>, y tal afirmación resulta perfectamente aplicable a la dogmática penal en particular. Probablemente por este motivo pueda resultar útil tratar los problemas fundamentales de la dogmática penal en relación a los ideales científicos que han dominado el desarrollo de la discusión.

Tres son los problemas fundamentales de la dogmática penal y pueden permitirnos desarrollar el tema propuesto:

a.- Los problemas referentes a la determinación del objeto de la dogmática penal: *¿qué se quiere conocer?*

b.- Los problemas del conocimiento de ese objeto: *¿Cómo se puede conocer el derecho penal?*

c.- Los problemas de la sistematización de los conocimientos sobre el objeto: *¿qué es y cómo se construye el sistema científico del derecho penal?*

A.- Comencemos por el problema del objeto. En la actualidad el problema de la determinación del objeto del conocimiento de la dogmática penal debería abordarse de una manera histórico-científica. Las discusiones actuales perderían prácticamente toda perspectiva si no se explicaran sus pro-

---

1.- Confr. F. BYDLYNSKY, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 1982, pág. 4.

blemas en una forma dinámica. La cuestión del objeto de la ciencia del derecho penal no puede tratarse sino dentro de un marco teórico determinado y tiene diferentes características según el contorno dentro del que se lo haga.

La cuestión del objeto del derecho penal como ciencia de los juristas surgió como problema explícito en el marco teórico de la filosofía científica del positivismo y no sólo fue una discusión referente al objeto de los conocimientos de los juristas, sino ante todo, una discusión relativa a la *cientificidad* de los mismos. Como es sabido, para el positivismo, fuera de la lógica y de las matemáticas *sólo* existen conocimientos científicos referentes a *hechos* sensiblemente perceptibles. Las normas del derecho penal, como tales y de la forma en que hasta entonces había ocupado a los dogmáticos, no eran ni formas lógicas, ni conocimientos matemáticos, ni hechos perceptibles por los sentidos: por lo tanto, la ciencia jurídica tradicional no era tal ciencia o no podía serlo dentro de este marco teórico.

Según el ideal científico del positivismo, entonces, la *cientificidad* de la dogmática penal dependería de que el objeto de conocimiento fueran hechos de la experiencia sensible (empíricos).

Esta cuestión no tuvo respuesta uniforme dentro del campo del positivismo. La *cientificidad* de la dogmática penal o de la ciencia del derecho tradicional (ya que los positivistas prefirieron no usar la expresión “dogmática”) fue defendida, por lo menos, con dos tipos de argumentaciones que me permitiría calificar de “*integradoras*” (*Von Liszt y Ferri*) y de “*desintegradoras*”. La diferencia reside en el tipo de reduccionismo utilizado: las argumentaciones “*integradoras*” procuran sumergir a la ciencia jurídico-penal tradicional en una ciencia empírica de las causas del fenómeno criminal; las “*desintegradoras*”, por el contrario, trataron de reducir las explicaciones jurídico-penales al esquema de las relaciones causa-efecto.

En España ésta es la problemática metodológica dentro de la cual se desarrolló la que *José Antón Oneca* llamó con acierto “generación española de la política criminal”<sup>2</sup>. *Saldaña, Jiménez de Asúa y Cuello Calón*. Sin embargo, la cuestión propiamente metodológica no tuvo un reflejo visible en la obra de esta generación. A mi juicio una prueba de peso en favor de esta afirmación se encuentra ya en la forma en que se produce su ruptura con el positivismo italiano orientado por *Ferri*. En el centro de esta disputa no se encuentran afirmaciones referentes al método sino que las argumentaciones centrales de *Jiménez de Asúa*, que fue quien llevó el mayor peso en la misma, se orientan hacia los aspectos político-institucionales del programa político criminal del positivismo de *Ferri* y su “retorno” a la dogmática postulado en la apertura del curso 1931 / 1932 de la Universidad de Madrid que se basa en la capacidad atribuida a ésta para una mejor defensa de la libertad.

Vista desde la moderna teoría de la historia de la ciencia de *Kuhn*<sup>3</sup>, me animo a postular aquí la posibilidad de que la generación española de

2.- Confr. *Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, pág. 337 y stes.

3.- KUHN, T. *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1ª. ed. norteamericana 1962, cit. según la ed. alemana 1967, pág. 25.



la política criminal no haya sido protagonista de una revolución científica, sino que se desarrolló dentro de lo que *Kuhn* denomina “ciencia normal”, es decir dentro del paradigma estabilizado y reconocido por la comunidad científica de la ciencia de su época. Los discípulos españoles de *Liszt*, con la excepción probablemente de *Saldaña*, evolucionaron hacia posiciones neokantianas sin una discusión metodológica expresa, como la que dieron en Alemania *Radbruch* y *Grühut*.

Desde el ángulo de lo que se dio en llamar la “lucha de escuelas” el problema del objeto de la ciencia del derecho penal no fue sino una cuestión vinculada a la adaptación de aquélla al ideal científico del positivismo. Analicemos ahora los tres modelos fundamentales de esta adaptación.

El modelo de la *sociología criminal* procura, en realidad, una alternativa no-normativa a la ciencia clásica jurídico-penal. En ello me parecen innegables sus contactos y su paralelismo con la ética de *Schopenhauer*, que intentaba fundamentar una alternativa no-normativa (no-imperativa) a ética kantiana. De esta manera el desplazamiento del derecho vigente a un segundo plano se justifica por que las conclusiones jurídicas deben obtenerse —según *Ferri*— en primer término de la observación del fenómeno social de la delincuencia. La obra con la que él mismo dijo terminar su vida científica, las “*Principii di Diritto Criminale*” (1928), responde a esta concepción científica.

Los fundamentos metodológicos de la “ciencia total del derecho penal” propugnada por *V. Liszt* no afectaron —por el contrario— a las concepciones de la ciencia penal clásica, pues dentro de este marco la tarea primaria de ciencia jurídico-penal no es sino el “conocimiento de las normas de acuerdo con un método lógico-jurídico”<sup>4</sup>. Sin embargo, ello no constituiría ni “la única ni la más alta tarea de la ciencia del derecho penal” (289). Por encima del conocimiento de las normas está el “conocimiento científico independiente de los fenómenos que constituyen su propio objeto: el delito y la pena (289). Tal conocimiento es el conocimiento del fenómeno en sus “causas determinantes” (289). Por lo tanto, *V. Liszt* sólo consideró al estudio normativo del derecho penal como una ciencia, si esta expresión era tomada en el “más amplio sentido de la misma” (289). En más de una oportunidad y con muy diferentes imágenes literarias *V. Liszt* no dejó de ocultar sus dudas respecto del carácter científico del conocimiento de las normas del derecho penal. Sin embargo, lo que debe subrayarse es que en ningún momento postuló un reduccionismo a la sociología.

La tercera y última de las respuestas que procuran adecuar la ciencia jurídico penal al ideal científico del positivismo es la de *Arturo Rocco*. De ella hemos dicho que es desintegradora, porque rechaza todo contacto con las ciencias sociales y con la filosofía, pero que es —en sentido inverso a la teoría de *Ferri*— reduccionista, ya que el pensamiento jurídico—penal tradicional podría expresarse en relaciones de causa a efecto. De esta manera se cumpliría con la principal exigencia del positivismo. *Rocco* creyó en un conocimiento del derecho penal ajeno a todo presupuesto. El objeto

4.- *Strafr. Vortr. u. Aufs.* II, 1905, 286.

no podría ser sino el derecho positivo carente de toda contaminación antropológica, sociológica o política. El carácter causal explicativo de este estudio, *Rocco* creyó encontrarlo en la relación que une al delito como *causa*, la pena como *efecto*<sup>5</sup>. De esta manera el “hecho” del derecho penal positivo se explicaba como una sucesión de causas (delitos) y efectos (penas).

Globalmente consideradas estas soluciones generan reparos que difícilmente pueden superarse en el marco mismo del positivismo.

La *sociología criminal* de *Ferri* modifica sustancialmente el interés del conocimiento científico jurídico-penal: el jurista tiene un interés primario en la *aplicación* del derecho vigente, aunque no se desinterese de la reforma del mismo. La sociología criminal presupone —a la inversa— un desplazamiento del interés de jurista a la reforma y un notable descuido de la aplicación del derecho. La realización de la tarea de reforma resulta inclusive poco factible sin el conocimiento técnico de la aplicación del derecho penal. La sociología criminal no salva el carácter científico del derecho penal sino que modifica la función del jurista, y además de una manera teóricamente objetable.

La “*ciencia total del derecho penal*” extiende el círculo de interés del jurista —tal vez allí reside su mérito— pero no logra salvar el carácter científico del conocimiento de las normas del derecho penal.

La “Escuela técnico-jurídica” de *Rocco* nació prácticamente muerta. Un año después de haberse pronunciado la famosa lección inaugural de la Universidad de Sassari, *Hans Kelsen* puso de manifiesto que la relación entre el delito y la pena, entre el presupuesto y la consecuencia jurídica no era una relación causal, sino la *imputación*, o sea “una conexión que tiene lugar en base a una norma y que no es causal ni teleológica”<sup>6</sup>. Aun excluyendo la reforma del derecho penal positivo del interés *básico* del jurista, *Rocco* no pudo salvar tampoco la cientificidad de la ciencia jurídico-penal en el marco del positivismo. El golpe de gracia para esta concepción no se hizo esperar mucho más. En 1919 *Max Weber* demostraba que un conocimiento científico carente absolutamente de presupuestos no existe en *ninguna* ciencia: todo conocimiento científico presupone por lo menos la lógica y el método.

La cuestión de la determinación del objeto de la ciencia del derecho penal adquiere otras dimensiones totalmente diversas cuando se abandona el marco teórico del positivismo. Ello tiene lugar cuando la cuestión se plantea dentro de las *ciencias del espíritu*. En ellas el criterio de cientificidad ya no se reduce a la posibilidad de explicaciones causales de fenómenos sensibles. El ideal científico de las ciencias del espíritu es “comprender el fenómeno mismo en su concreción única e histórica”<sup>7</sup>. En ellas el caso individual no interesa como constatación de una ley general, sino este hombre, esta sociedad, este Estado, etc.<sup>8</sup> La referencia común que reúne a es-

5.- *Scritti Giuridici* III, Roma 1933, pág. 263 y stes. pág. 289.

6.- *Hauptprobleme*, 27 y stes.; *Ueber die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, 49.

7.- GADAMER, 2.

8.- GADAMER, *loc. cit.* 2.

tas ciencias es, dicho en palabras de *Dilthey*<sup>9</sup>: “determinar lo humano y diferenciarlo de lo que corresponde a las ciencias naturales”.

La posibilidad teórica del tratamiento de los problemas del objeto del derecho penal dentro del paradigma de las ciencias del espíritu se convirtió en un tema claramente metodológico en lo que podríamos llamar el relevo generacional de la generación de la política criminal. Aquí correspondería mencionar dos autores que se pronunciaron abiertamente sobre el particular.

En primer término *Juan del Rosal*, sobre la base de puntos de vista de *Erik Wolf*, postuló una ciencia penal “personalista y culturalista”, primero en 1942 en su libro “Nuevo sentido del Derecho Penal” y más tarde en sus Principios de Derecho Penal (1948) donde subrayó la idea de persona y su significación en los problemas metodológicos del derecho penal.

En segundo lugar *Stampa Braun*, que en 1953 publicó su Introducción a la Ciencia del Derecho Penal. Esta obra fue considerada —incluso por discípulos de *Stampa Braun*— como una exposición del pensamiento de *Rocco*. Sin embargo, entiendo que hay una diferencia fundamental: *Rocco* era un positivista (aunque no un seguidor de *Ferri*: no sólo hubo positivistas empiristas, sino que también los hubo lógicos y *Rocco* estuvo, tal vez, más cerca de estos últimos), mientras que *Stampa* no. La obra de *Stampa Braun*, pertenece, por lo tanto, a este período, por su esfuerzo en la distinción entre interpretación y crítica del objeto de la interpretación: un punto aprovechable de *Rocco*, a pesar de su fracaso en otro aspecto.

¿Qué significa respecto del problema de la determinación del objeto de la ciencia del derecho penal el paradigma de las ciencias del espíritu?

Lo primero que cabe deducir es que las *normas* del Derecho penal serán un objeto legítimo de la ciencia del derecho penal. La ciencia del derecho penal es una ciencia *hermenéutica* porque su objeto es la *comprensión* del derecho penal: la dogmática penal aclara y explica mediante la interpretación los textos del derecho penal positivo con miras a su aplicación en casos concretos y por tal razón participa de los caracteres de todas las ciencias que tienen por finalidad comprender textos.

Sin embargo, la afirmación de que las normas del derecho positivo son un objeto legítimo del conocimiento hermenéutico suena todavía con reminiscencias positivistas y naturalistas. En la dimensión de las ciencias del espíritu —por lo menos, ya que no es éste el lugar para preguntarse lo que ocurre en otras ciencias— el problema del objeto tiene características diferentes a las que el tratamiento clásico del tema les ha dado. Fundamentalmente los objetos de conocimiento del jurista del derecho penal no se presentan con la separación más o menos clara con que se diferencian los objetos de la experiencia sensible respecto del sujeto cognoscente. En las ciencias jurídicas, como ciencias hermenéuticas, la participación del sujeto en la determinación del objeto tiene caracteres muy especiales.

Cuando se afirma que la finalidad de la dogmática es la de comprender el derecho positivo penal ya se choca con la primera cuestión oscura. “La dificultad principal de una teoría de la dogmática jurídica —dice *Ralf*

9.- *Der Aufbau der geschichtlichen Welt in der Geisteswissenschaften*, 1911, 91.

*Dreier*—<sup>10</sup> consiste en que no existe completa unidad de pareceres sobre el concepto de derecho vigente y por lo tanto sobre el objeto de conocimiento de la dogmática jurídica”. En el campo de la dogmática penal este problema tiene hoy gran actualidad ya que la cuestión de si el derecho consuetudinario penal debe integrar o no el objeto de estudio de la dogmática penal es todo menos una cuestión pacífica.

A esto debe sumarse que tampoco hay la menor unidad de pareceres en lo referente a qué es una norma. La definición de norma forma parte de las definiciones mediante las que se determina el significado que esta expresión debe tener en el lenguaje de la dogmática penal (dentro, por lo tanto, de un lenguaje científico). Estas definiciones tienen fines prácticos y su verdad o falsedad no puede comprobarse como la verdad o falsedad de una afirmación referente a un objeto de la experiencia sensible<sup>11</sup>. Frente a tales definiciones sólo cabe preguntarse si alcanzan o no la finalidad para la que se les ha formulado. En la actualidad en la dogmática penal la expresión “norma” tiene más de un significado: algunos designan —con pequeñas variedades— simplemente los imperativos, mientras que otros se refieren a un concepto en el que deben distinguirse dos momentos diferentes: la norma objetiva de valoración y la norma subjetiva de determinación o de motivación. Las consecuencias que se encadenan en el sistema dogmático a cada una de estas definiciones son, como es sabido, muy diferentes: al lugar sistemático del conocimiento de la prohibición, al conocimiento que presupone el dolo como forma más grave de la responsabilidad penal, etc.

Por otra parte, y como prolongación de los problemas de definición que acaban de exponerse, aunque se alcanzara un entendimiento total respecto del concepto de norma, la moderna teoría de los sistemas normativos ha puesto de manifiesto ciertos límites de las definiciones posibles de norma y ha deducido de allí que no todos los enunciados de un sistema normativo —como son los de la dogmática penal— constituyen normas: también hay otras clases de enunciados que forman parte del sistema sin reunir los caracteres de una norma.

Estas reflexiones nos sirven para formular una tesis que se ha ido abriendo paso en la moderna teoría del método jurídico:

El verdadero objeto de la dogmática penal —como de las dogmáticas jurídicas en general— son las *cuestiones jurídicas del derecho penal* y no en primer término las normas; éstas son ya una de las cuestiones que debe enfrentar el jurista<sup>12</sup>. En realidad, si bien no se le ha formulado de esta manera entre los juristas españoles del derecho penal, me parece que es posible detectar una atmósfera propicia a esta concepción en la ciencia jurídico-penal española. Pienso, por ejemplo, en *Gimbernat* que apoya toda la justificación de la dogmática penal en la *seguridad* que brindan las teorías dogmáticas en la aplicación del derecho<sup>13</sup>, o en *Mir Puig*, que postula una

10.- *Recht, Moral, Ideologie*, 1981, pág. 88.

11.- Sobre esto confr. Eike v. SAVIGNY, *Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren*, 5ª. ed. 1980, pág. 22 y stes.

12.- Confr. K. ADOMEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, 2ª. ed. 1981, pág. 15.

13.- Confr. *Estudios de Derecho Penal*, 1976, pág. 79.

dogmática “creadora”, que sería conceptualmente imposible si las normas fueran conceptos fijos y ajenos a las definiciones del intérprete. O, por último, en *Rodríguez Ramos*, que considera que el método no sólo debe adecuarse al objeto, sino que supone “un elemento más a la hora de juzgar su idoneidad: el teleológicamente orientado renuncia ad-initio, con razón, a la existencia de un concepto inmutable de norma<sup>14</sup>”.

Una consecuencia, a mi juicio inevitable, de lo antedicho es que en el marco de una ciencia hermenéutica el problema del método es *necesariamente* previo al problema del objeto, pues las cuestiones referentes a qué es y cómo se formula correctamente una definición de las que están en la base de la dogmática penal, es una cuestión típicamente metodológica.

B.- Si queremos ocuparnos ahora de las cuestiones referentes al conocimiento del objeto en el marco teórico de la hermenéutica deberíamos comenzar por una breve caracterización de ésta.

En general, en el derecho penal son pocos los trabajos que se refieren a la hermenéutica. La conocida obra de *Josef Esser* tiene sus miras en el derecho civil y no en el penal<sup>15</sup>. En la ciencia española califican a la ciencia jurídico-penal expresamente como una ciencia hermenéutica *Cobo del Rosal* y *Vives Antón* apoyándose expresamente en la obra general de *Gadamer* y definiendo la situación hermenéutica como el enfrentamiento del jurista con un texto legal cuyo sentido debe establecer (confr. Derecho Penal, PG. I, pág. 101). Creo no sobreinterpretar a *Beristain* si me atrevo a clasificar su trabajo “Teología social y derecho penal” como un ensayo eminentemente hermenéutico. Si no hubieran otras razones, las palabras de *Rilke* con que el mismo comienza serían ya un argumento suficiente en este sentido.

Afirmar que la ciencia del derecho penal es una ciencia hermenéutica implica ante todo —como lo sostiene *Gadamer*— que su carácter se “comprende más por la tradición humanista que por la idea del método de la ciencia moderna”<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista de la tarea propia de la dogmática penal la hermenéutica no sirve para fundamentar ontológicamente los valores o la verdad de los mismos, “sino que procura la comprensión del sentido, de los límites y de las condiciones de nuestras afirmaciones sobre objetos, cuya existencia depende de nuestro mundo de representaciones, de nuestro pensamiento y lenguaje y que se verifican en su comprensión y aplicación” (confr. *Esser*, loc. cit. pág. 8). La *comprensión* del derecho penal deberá llevarse a cabo dentro de lo que se denomina “*la experiencia hermenéutica*” y en función de la estructura propia del proceso de *comprensión* estudiados por *Heidegger* y *Gadamer*.

Esto significa una transformación considerable del problema de la interpretación de textos del derecho penal. Tradicionalmente, y bajo la in-

14.- Confr. *Apuntes de Derecho Penal*, PG., I, 1978/79, pág. 45.

15.- Confr. *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1972.

16.- GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4. ed. 1975, pág. 15.

fluencia de la metodología de las ciencias naturales la dogmática penal clásica vinculó la idea de seguridad jurídica con la distinción entre *conocimiento* y *decisión*, de acuerdo con lo cual sólo podía considerarse legítima una interpretación que se redujera al conocimiento de la ley, y al mismo tiempo, excluyera totalmente las decisiones del intérprete.

Este esquema teórico del problema ya no es válido dentro de la experiencia hermenéutica. *En primer lugar* porque dicho esquema presupone una concepción falsa del lenguaje y asigna a las palabras significados unívocos y precisos, mientras lo característico del lenguaje es precisamente su “apertura significativa”: “no hay dos personas que atribuyan a la misma palabra precisamente el mismo significado” recuerda recientemente *Arthur Kaufmann*<sup>17</sup>. *En segundo lugar*, las posiciones superadoras de las concepciones tradicionales de la racionalidad (*Popper, Hans Albert*, o incluso *Norberto Bobbio*) no estiman posible una distinción absoluta entre conocimiento y decisión (o valoración). Por lo tanto, una dogmática penal que quiera recoger en serie el estado actual de la problemática hermenéutica deberá dar cabida a la cuestión de las decisiones previas en su temática científica.

Sólo con ánimo de ejemplificar, cabe señalar que los juristas del derecho penal carecen totalmente de principios elaborados para orientar sus elecciones metodológicas. Desde *Savigny* los dogmáticos utilizan en la interpretación de las leyes penales el método gramatical, el histórico y el teleológico. No sólo se trata de métodos de estructura muy diferente, sino que, frecuentemente conducen a soluciones diversas respecto del texto. Sin embargo, las razones que determinan la aplicación de uno u otro medio son totalmente oscuras. No hay método alguno para decidir entre los distintos métodos. Como no hay tampoco método alguno para decidir entre las distintas teorías de la pena. Como lo ha explicado *Bobbio*: no hay criterios para resolver antinomias últimas<sup>18</sup>.

Un ejemplo tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo pone de manifiesto:

El TS entiende que el robo con fuerza en las cosas descrito en el art. 500 CP sólo se configura si se dan algunos de los supuestos del art. 504 CP (TS 13.1.75). De esta manera no realizan el tipo del robo muchos supuestos en los que la ejecución del apoderamiento va acompañada de alguna otra manifestación de fuerza. En éste, el Tribunal Supremo opera con un método gramatical estricto. Sin embargo, cuando interpreta el n° 1 del art. 504, es decir, el concepto de “escalamiento”, el Tribunal —probablemente apoyándose en el método teleológico— incluye formas típicas que no representan de ninguna manera manifestaciones de fuerza en las cosas, pues aprecia la concurrencia de escalamiento cuando el autor se vale de “habilidad o destreza”.

En el estado actual de las investigaciones sobre estos aspectos del problema del método de la dogmática penal no es posible avanzar mucho más.

17.- *Die Parallelwertung in der Laiensphäre*, 1982, pág. 82.

18.- Confr. *Contribución a la teoría del derecho*, 1980, pág. 349 y stes.

Simplemente cabe señalar la inminencia de la incorporación de una problemática nueva y hasta ahora ajena al contenido del discurso metodológico de la dogmática penal: la cuestión de las decisiones previas, sus condiciones y sus límites.

C.- Estrechamente vinculado con lo ya expuesto se encuentra el tercer y último problema que quiero abordar: se trata de la cuestión de la función y fundamentación del sistema dogmático de la teoría del delito.

Es prácticamente un lugar común afirmar que la ciencia del derecho penal es eminentemente sistemática. Existe además una difundida coincidencia de que los elementos que componen dicho sistema —dejando de lado las disputas en torno al contenido en particular de estos conceptos y teorías— son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad<sup>19</sup>.

La cuestión de las relaciones de este sistema con la *ley* penal se ha convertido recientemente en un problema cuya discusión no ha alcanzado todavía resultados que permitan esperar una cierta estabilidad más o menos inmediata en las respuestas. Los puntos en los que las opiniones divergen van desde la fecha de nacimiento del sistema hasta la función que realmente cumple, pasando por la paternidad del mismo.

El problema hermenéutico del sistema puede resumirse de la siguiente manera:

¿Cómo se explica que se extraigan de él conclusiones que no están escritas en la legislación? Por ejemplo: ¿Cómo se explica que —ante el silencio del Código Penal español— no todas las causas, que según el art. 8 CP excluyen la punibilidad tengan distintos efectos en el ámbito de la participación, del error y de la responsabilidad civil, según la categoría en la que se las clasifique?

Una primera respuesta posible es la del positivismo, tal como lo entendió *V. Liszt*. La legitimidad científica del sistema orgánico sería consecuencia de su *inducción* del derecho positivo.

Desde este punto de vista la construcción del sistema dogmático requería dos operaciones previas: la recolección del material normativo y el *análisis exacto* de las proposiciones. La construcción del sistema era —según *V. Liszt*— la coronación de la tarea del jurista del derecho penal, pues “sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular”<sup>20</sup>. El sistema no sería, en consecuencia, sino la culminación de una serie de abstracciones comenzadas al nivel de la base *real* del fenómeno del delito<sup>21</sup>.

Esta respuesta —que podríamos designar como *inductiva*— tiene una desventaja evidente: si el sistema *presupone* el conocimiento exacto de las proposiciones y de las correspondientes definiciones, carecerá de toda función cognoscitiva, no permitirá conocer mejor lo particular, pues lo parti-

19.- Confr. sin embargo VIEHWEG, *Topikund Jurisprudenz*, 5ª. ed. 1974; críticamente NUÑEZ BARBERO, en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, pág. 401 y stes.

20.- V. LISZT, *Straf. Vortr. u. Aufs.* II, 1905, 215.

21.- *Loc. cit.*

cular conocido con exactitud es previo a la construcción del sistema. El sistema, en todo caso, sólo serviría a fines expositivos pero no cognoscitivos. Por lo demás, una observación detenida de los sistemas que se presentan como obtenidos de esta manera demuestra una considerable falta de fidelidad al método inductivo<sup>22</sup>.

La *alternativa a esta posición* parte del reconocimiento de que “las cuestiones del sistema jurídico penal no pueden desarrollarse, como cree el “puro” positivista, exclusivamente de la ley”<sup>23</sup>. Implícitamente se reconocen al sistema funciones cognitivas del derecho positivo, en tanto mediante él es posible desarrollar el contenido de los textos legales y establecer su correcta interpretación. En este contexto una supuesta fundamentación en el método inductivo carece totalmente de capacidad para legitimar la función del sistema en la aplicación de la ley.

En el estado actual de las investigaciones sobre el tema es posible presentar, por lo menos, dos vías para la legitimación hermenéutica de esta concepción del sistema.

En primer lugar podemos recurrir a la fundamentación “ontologicista” representada por *Welzel*.

Aquí no es posible desarrollar el problema del círculo hermenéutico que está implícito en el punto de vista de *Welzel*<sup>24</sup>. Pero sí es factible afirmar que de él se deduce que el sistema de la ley interpretada no puede ser sino el sistema de las estructuras previas de la ley misma, es decir el del objeto regulado. En otras palabras: teoría de la acción y teoría del delito no se diferencian. Así lo decía *Welzel* ya en 1939: “La teoría de la acción es la teoría del delito misma” (pág. 125). Precisamente la comprensión de las estructuras ónticas previas a la ley misma sería lo que preservaría a la aplicación del derecho de la casualidad y la arbitrariedad<sup>25</sup>.

El punto de vista “ontologicista” está en la actualidad cuestionado inclusive dentro del círculo de los discípulos de *Welzel*. (confr. *Stratenwerth*, *Strafrecht I*, 3. ed. 1981; *Zielinski*, *Handlungs und Erforgsunwerth im Unrechtsbegriff*, 1973, pág. 80 y stes.; *Jakobs*, *Strafrecht*, 1983, prólogo V).

La más significativa de las objeciones contra el ontologicismo de *Welzel* es la proveniente en los años 70 de parte de *Roxin*. La disputa metodológica entre *Welzel* y *Roxin* no pone en absoluto en tela de juicio la estructura de la comprensión hermenéutica. Lo que diferencia a *Roxin* de *Welzel* es, en lo esencial, que éste considera que no son las estructuras previas del objeto de regulación de las normas lo que legitima el sistema en la aplicación de la ley, sino la coincidencia de sus soluciones con determinados fines políticos-criminales, es decir con los fines de la pena: en la medida en que el sistema garantice resultados conformes con la finalidad de la pena

22.- Confr. BACIGALUPO, *Delito y Punibilidad*, 1983, pág. 27.

23.- WELZEL, en *ZStW* 58 (1939) pág. 491 y stes. (recogido en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pág. 122).

24.- Confr. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 11. ed. 1967, pág. 148 y stes.; GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4. ed. 1975, pág. 250 y stes.

25.- WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* 11. ed. pág. 1; confr. también GADAMER, *loc. cit.* pág. 251.



será *el* sistema de la ley. La pre-estructura de las normas no estaría dada por la acción sino por los fines de la pena<sup>26</sup>.

La otra alternativa de fundamentación hermenéutica del sistema dogmático del delito parte de la tradición del derecho natural racionalista. De acuerdo con ello sostiene *Naucke* que el sistema de la teoría del delito no es una teoría del contenido de un derecho vigente sino de un derecho que debe ser<sup>27</sup>. Este punto de vista afirma que el sistema dogmático del delito no está compuesto por “conocimientos científicos” sino por “*reglas razonables para la discusión de conflictos*”<sup>28</sup>. La función de este sistema, por lo tanto, no será sino dar al proceso práctico de aplicación de la ley un *orden racional*. “La teoría general del delito prescribe a la ley, cuya aplicación está en juego, un programa al que ésta debe adaptarse. La teoría general del delito tiene la pretensión de lograr un más alto grado de razonabilidad mediante la adaptación del contenido de la ley a ella”<sup>29</sup>. La legitimación científica de esta concepción del sistema provendría de su mayor racionalidad frente a la ley.

La polémica está abierta. Es difícil hacer hoy predicciones referentes a cual será el punto en que se alcanzará una cierta estabilización.

26.- Confr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, pág. 10 y stes.

27.- Confr. NAUCKE, *Grundlinien einer rechtsstaatlich-praktischen allgemeinen Straftatlehre*, 1979, 14, nota 6.

28.- NAUCKE, *loc. cit.* pág. 21.

29.- NAUCKE, 13 y ste.



## IMPUTABILIDAD Y EDAD PENAL

Juan Bustos Ramírez

*Catedrático de Derecho Penal*  
*Universidad Autónoma de Barcelona*

### 1.- EL CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD

La tendencia en la doctrina y la legislación ha sido la de determinar la imputabilidad desde las ciencias naturales. En las legislaciones antiguas sobre la base de la psiquiatría y posteriormente en relación a la psicología. Sólo modernamente se ha incluido una dirección valorativa y se plantea la imputabilidad como una cuestión a definir normativamente. En todo caso, sin embargo, se tiende a dar una importancia fundamental a las ciencias naturales.

Esta tendencia habría que ponerla en revisión desde dos perspectivas diferentes. Por una parte desde el contenido mismo de la fórmula utilizada y, por otra, en relación a la fórmula misma.

#### *A.- Revisión del contenido de la fórmula<sup>1</sup>.*

La fórmula actualmente utilizada señala que ser imputable implica la capacidad de conocer la ilicitud del obrar y de poder actuar conforme a tal conocimiento. En definitiva simplemente se pone el acento sólo en dos aspectos psicológicos, en el referente al conocimiento (momento cognoscitivo) y el relativo a la voluntad (momento volitivo).

Pero la realidad psicológica del individuo no se agota en estos dos aspectos y habría, por ejemplo, que considerar todo el problema de la afectividad. La fórmula, por tanto, resulta discutible ya en su contenido. Ello justamente tiene especial importancia en el caso de los jóvenes. En efecto, esta tendencia a poner el acento en el conocimiento y la voluntad pareciera

---

1.- Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan: p. 281 ss.

basarse en una idea radicalmente racionalista de la sociedad y el hombre, en que las características de éste son el conocimiento y la voluntad. Con lo cual ya de partida el joven aparece como alguien que no aparece dotado de estas características fundamentales del hombre ("maduro"). De este modo se crea una forma de diferenciación propia a la teoría de la divergencia, en que el joven aparece estigmatizado desde el principio y por tanto sujeto a la tutela del Estado y la sociedad, pues presenta características peligrosas para ésta y de la cual la sociedad ha de defenderse. Sobre la base de la ciencia (natural)<sup>2</sup> y, por tanto, de una pretendida verdad indiscutible se justifica cualquier intervención del Estado sobre la categoría de los jóvenes. La idea clasificatoria de las ciencias naturales traspasa el sistema penal y permite la creación de una ley especial, en el sentido de una ley conforme a las características de personalidad del sujeto.

Pero no sólo ha de criticarse el contenido de esta fórmula desde el aspecto puramente psicológico individual, sino también desde una perspectiva social. Se pone el acento sólo en el individuo aisladamente, olvidándose que el derecho y el derecho penal en específico está referido a relaciones sociales y por tanto al sujeto en relación a otros. Luego hay que considerar la interacción social entre los sujetos, que resulta fundamental para enjuiciar la responsabilidad de éstos y también por tanto su imputabilidad. Se trata de incorporar a la discusión de la imputabilidad toda la problemática de las llamadas subculturas. Es decir, respecto de determinados individuos (pertenecientes a una determinada subcultura, las cuales se dan en todo sistema social y han de ser reconocidas por toda sociedad abierta o democrática) la cuestión a debatir no está referida a sus aspectos cognoscitivos o volitivos, que resultan innegables, sino en relación a su mundo cultural, a sus vivencias, a sus creencias, que pueden interferir completamente su relación con la cultura dominante o hegemónica (así el caso de los indígenas en América Latina o de los gitanos en Europa). Luego también desde esta perspectiva la fórmula utilizada tradicionalmente resulta demasiado restringida e insuficiente. Implica pasar por alto una situación existente en todo sistema social y en definitiva no atender las necesidades de vastos grupos sociales, con lo cual se produce una relación de dominación sobre ellos y consecuentemente una política discriminatoria.

### *B.- Revisión de la fórmula en cuanto tal.*

La cuestión a discutir es si es posible plantear una definición en torno a este tema sobre la exclusiva perspectiva de las ciencias naturales o sobre un criterio mixto de carácter científico natural y normativo.

El problema de la imputabilidad gira en torno a la consideración del individuo como persona, esto es, como un sujeto dotado de derechos y al que se le pueden imponer obligaciones. Esto es, de un sujeto dotado de autonomía. Se trata, como señala la Constitución de "la dignidad de la persona" y de "los derechos inviolables que le son inherentes". Luego la

2.- Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1985): p. 117 ss.

discusión sobre la imputabilidad no se puede dar en términos naturalísticos o simplemente de una mixtura de estos elementos con otros de carácter valorativos. La problemática de la imputabilidad es primeramente una cuestión a resolver desde un punto de vista político jurídico.

En primer lugar entonces hay un aspecto determinante que condiciona toda la discusión, esto es, que el juicio de imputabilidad o inimputabilidad no puede desvirtuar el carácter de persona del sujeto y por tanto su dignidad y derechos que le son inherentes. No es menos persona un inimputable ni más persona el imputable. Las fórmulas hasta ahora utilizadas tienen sin embargo la tendencia de plantear una cierta minusvalía respecto de los inimputables (“no tienen capacidad para ...”) y a negarles su autonomía como persona, y, por tanto, al mismo tiempo a conceder una tutela sobre ellas por parte del Estado. Se produce una confusión entre las diferentes necesidades que pueden tener las personas y las cuales debe tutelar el Estado, tal como hoy lo señala correctamente el art. 9.2 de la Constitución, con una tutela sobre las personas. Más aún se produce una confusión entre las diferentes necesidades que pueden tener las personas con una diferenciación sobre sus características personales, lo que se utiliza como fundamento para esa tutela del Estado, en razón de su peligrosidad social. Todo ello vulnera clara y palmariamente los deberes positivos del Estado frente a la persona (art. 9.2 de la Constitución), el principio de la dignidad de la persona (art. 10.1 de la Constitución) y el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución).

Conforme, por tanto, a los principios constitucionales actuales, propios a un Estado social y democrático de Derecho, la imputabilidad como juicio sobre un sujeto tiene que partir del principio político jurídico (y no de ciencia natural) de que se trata de una persona y de que éstas son por tanto iguales en dignidad y derecho. De ahí entonces la revisión crítica de las actuales fórmulas sobre imputabilidad, que de algún modo, por su afinamiento en las antiguas posiciones positivistas basadas en las ciencias naturales, tienden a una ideología de la diferenciación.

El juicio de imputabilidad tiene pues un primer nivel ineludible en un Estado social y democrático de derecho, que el sujeto sobre el que recae es una persona humana y por tanto no se puede hacer ninguna discriminación ni en razón de sus cualidades personales ni tampoco por el grupo o sector personal al cual pertenezca.

Ahora bien, a la persona en cuanto se le reconoce como actor social, como sujeto de derechos y obligaciones, se le puede pedir responsabilidad y, por cierto, sólo en la medida que se le hayan proporcionado todas las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos y obligaciones. No se trata simplemente de atender a la enunciación de un postulado, sino a su efectividad, a su desarrollo como principio social. Su responsabilidad puede darse a diferentes niveles político jurídicos.

En tal sentido habría que distinguir entre una responsabilidad penal en general y una penal criminal<sup>3</sup>. La responsabilidad penal en general es-

3.- Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983): p. 178 s.

tá definida en su contenido por el hecho de una intervención coactiva por parte del Estado sobre los derechos básicos del sujeto y que obliga por tanto a la consideración de todas las garantías desarrolladas para evitar el abuso y arbitrariedad del Estado frente a los derechos fundamentales (o bien derechos humanos) del individuo. Es la lucha política que ha desarrollado desde siempre el individuo frente al Estado. Dentro de esta responsabilidad general hay que considerar la responsabilidad penal administrativa, por ejemplo, y también la responsabilidad penal de los inimputables, ya que a ellos se les aplican determinadas sanciones o medidas en forma coactiva<sup>4</sup>. Principios garantistas básicos en referencia a toda responsabilidad son la responsabilidad por el hecho y la legalidad de los delitos (o, en general, hechos infractores) y las penas (art. 25.1) de la Constitución.

A los inimputables en virtud de su hecho delictivo se les aplican determinadas sanciones o medidas. La cuestión a decidir es entonces la diferencia con los llamados imputables y en definitiva la distinción entre un derecho penal en general y un derecho penal criminal. Determinar cuáles son las razones que hacen posible que a un sujeto en virtud de un hecho delictivo se le aplique una pena no criminal (sanción o medida) y a otro en virtud del mismo hecho delictivo se le aplique una pena criminal.

Ello quiere decir entonces que hay un segundo nivel en el juicio de imputabilidad, que evidentemente no puede contradecir el primer nivel, este es, que esta diferenciación en la pena (criminal y no criminal) no puede residir en una discriminación en cuanto a las personas como tales. Por eso mismo no es posible configurar tal segundo nivel sobre la base de distinciones provenientes de las ciencias naturales, como pretendían los positivistas (en relación a características biológicas, psicológicas o sociales). Tal segundo nivel sólo puede surgir desde una consideración político jurídica y por tanto en forma concreta de una perspectiva político criminal.

Lo político jurídico y lo político criminal en un Estado social y democrático de derecho dice relación con el art. 9.2 de la Constitución. Es decir, que el Estado tiene que considerar que respecto de ciertas personas determinadas necesidades<sup>5</sup> no han sido satisfechas y que por tanto se dan respecto de ellos obstáculos que impiden o dificultan las condiciones para su libertad e igualdad y de los grupos en que se integran, o bien, no aparece suficientemente garantizada su participación. Luego respecto de estas personas su responsabilidad por los hechos delictivos que cometan no puede ser igual a las de otros en que ello no sucede.

De modo entonces que en este nivel del juicio de imputabilidad han de considerarse diferentes niveles de necesidades y de obstáculos a su satisfacción y sólo una vez hecha esta determinación se puede hablar de un sujeto imputable. La imputabilidad es siempre, por tanto, de carácter socio-

4.- A esto no pareciera decícarle la debida atención CARBONELL MATEU (p. 37), esto es, que sobre el inimputable si bien no recae "pena-castigo", como señala con razón, se le aplica una pena (aunque se le llame medida de seguridad u otro nombre) por el hecho cometido y que con ello se le tiende a estigmatizar del mismo modo o más que al imputable (basta ver los resultados de la justicia de menores, cfr. GIMENEZ-SALINAS, 1981, p. 145 ss.).

5.- DE LEO, Gaetano: p. 99 y 101.

político y ha de estar fundamentada en lo que señala el art. 9. 2 de la Constitución. El juicio de imputabilidad implica en definitiva desde un punto de vista político criminal la incompatibilidad de la *respuesta* del sujeto con su hecho frente a las *exigencias* de protección de bienes jurídicos por parte del ordenamiento jurídico. Respuesta implica capacidad de responder (responsabilidad) y ello tiene como supuesto que el sujeto ha sido satisfecho en sus necesidades particulares o se le han removido los obstáculos que impedirían tal satisfacción. Por eso el juicio de imputabilidad en este segundo nivel tiene que considerar estos supuestos de la respuesta del sujeto o de su capacidad de responder, pues es un juicio de exigibilidad (de carácter general)<sup>6</sup>. Desde un punto de vista político criminal tal respuesta concreta, esto es, considerada desde el hecho realizado y no desde la conducta de vida del sujeto o sus características personale ha de ser incompatible con todo el ordenamiento jurídico, es por eso un juicio de incompatibilidad por excelencia, ya que el derecho penal criminal es última ratio. De ahí que la inimputabilidad implique siempre un juicio de determinada compatibilidad. La respuesta del sujeto no será apreciada desde el derecho penal criminal, sino que será considerada, ya que ha habido un injusto penal (un delito) en otros ámbitos sancionatorios coactivos. Luego en caso alguno se niega la capacidad de respuesta del sujeto —lo cual sería negarle su carácter de persona—, cuando se plantea un juicio de inimputabilidad, sino simplemente se afirma que su responsabilidad no puede moverse en el ámbito penal criminal, porque ello sería arbitrario y abusivo por parte del Estado, sino dentro de otro ámbito coactivo sancionatorio.

Es por eso que el juicio de inimputabilidad no configura una categoría de personas diferentes (“los inimputables”), como ha surgido tendencialmente desde las posiciones positivistas de la peligrosidad, sino que sólo puede significar dentro de un Estado social y democrático de derecho el enjuiciamiento de su responsabilidad en un orden diferente al penal criminal. El planteamiento positivista ha llevado en definitiva dentro de la ciencia penal a considerar dos categorías anómalas de personas, los inimputables por una parte y los imputables por otra. Unos y otros serían peligrosos y la sociedad ha de defenderse de ellos. El simplemente agregar un planteamiento valorativo, como ha sucedido con la fórmula tradicional utilizada en la imputabilidad, ciertamente no ha podido cambiar este orden de cosas y por el contrario ha servido para encubrir esta realidad y justificar el tratamiento estigmatizador y denigratorio que reciben unos y otros.

Es por eso que el juicio de inimputabilidad, en la medida que plantea la responsabilidad por el hecho dentro de otro orden jurídico sancionato-

6.- CARBONELL (p. 37, 38 ss.) cuando plantea que en mi posición falta un tercer nivel, pasa por alto que en ella la imputabilidad es un problema político criminal, basado por ello sólo en la exigibilidad y no en un reproche ético —de ahí que él plantee un tercer nivel— fundamentado en una capacidad de entender o querer. Tal capacidad de entender o querer la tienen todos —no se trata de un problema de libre albedrío ni tampoco de determinación al hecho—, la desigualdad que ha de considerarse para la exigibilidad radica en las respuestas de los sujetos conforme a los obstáculos que se les presentan y su remoción, y a sus necesidades y satisfacción de ellas —que es una cuestión que atañe al sistema social en su conjunto—.

rio, no puede implicar que se desmonte todo el edificio de garantías que se ha construido alrededor del individuo en su relación con la intervención del Estado. Por el contrario, se trata de aumentar esas garantías, ya que se parte del reconocimiento que el Estado por diferentes circunstancias (psicológico individuales, psicológico sociales o sociales) no ha estado en condición de satisfacer las necesidades de ese individuo o de remover los obstáculos para su satisfacción<sup>7</sup>. De modo entonces que se han producido interferencias significativas en la respuesta del sujeto, que impiden que el Estado pueda intervenir con la coacción penal criminal. Sólo queda entonces considerar otros ámbitos del orden coactivo penal, siempre que ello no implique trasgredir las garantías generales del orden penal y las particulares del orden penal que se le aplique.

## 2.- LA INIMPUTABILIDAD DEL MENOR

Dentro del marco conceptual anterior hay que considerar el juicio de inimputabilidad en relación al menor.

Evidentemente la fórmula tradicional de inimputabilidad como falta de capacidad de conocer el injusto o falta de capacidad de actuar en consecuencia con el conocimiento del injusto, no se puede aplicar al caso del menor.

La problemática del menor no se puede reducir a estos términos de conocimiento y voluntad, sino que se trata en su caso de una consideración global de su situación dentro del sistema social. Se trata de una consideración fundamentalmente político criminal y no por tanto psicologista. Resultaría hoy totalmente absurdo y una total ficción plantear sin más que el menor no tiene capacidad para conocer el injusto o no tiene capacidad para actuar en consecuencia con su conocimiento. Tal planteamiento carecería de toda fundamentación e implicaría negar la complejidad de la realidad del menor.

Pero no sólo es objetable el contenido de la fórmula tradicional en el caso de los menores, sino también la fórmula misma.

Como señalábamos anteriormente dos son los niveles que tienen que entrar en consideración en el juicio de imputabilidad o inimputabilidad. El primero implica el reconocimiento de persona del sujeto enjuiciado y por tanto de su dignidad y de los derechos que le son inherentes. Ahora bien, en el caso de los menores el juicio de inimputabilidad, dado que el "control social de los menores desviados está fundamentado desde sus inicios en las bases ideológicas de la teoría positivista", ha implicado siempre una negación de su carácter de persona, de ente autónomo, y ha pasado a quedar sujeto bajo la tutela del Estado. Este planteamiento se ha plasmado claramente en las leyes que se le han aplicado, la Ley sobre Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido de junio de 1948) y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (Ley 77/1978, de 26 de diciembre, que mo-

7.- GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983), p. 179.



dificó la Ley 16/1970, de 4 de agosto)<sup>8</sup>. El menor ha sido considerado como un sujeto peligroso, diferente, y con tendencia a la desviación (una determinada categoría de individuo) y de ahí que no pueda ser considerado como ser autónomo, como persona y quede sujeto a tutela. El positivismo así como aquellas tendencias eclécticas en el derecho penal, que han combinado las posiciones positivistas con perspectivas valorativas, han confundido el nivel de necesidades diferentes con uno clasificatorio de las personas, sobre la base de una analogía del sistema clasificatorio a nivel de ciencias naturales (plantas, animales, minerales, etc.). Como señala Gaetano de Leo “Existe el problema real de las necesidades diferentes, por así decirlo, que son ‘especiales’ del niño y del adolescente y, por tanto, de intereses y derechos que nacen de la tutela social de aquellas necesidades, pero todo esto no se puede mezclar ni confundir con la cuestión institucional del control social y de la pena respecto a la misma categoría de personas, ya que de otro modo se corre el riesgo potencial —que se ha convertido en históricamente real— de que las diferentes necesidades sean consideradas socialmente como una propensión (un peligro) hacia la desviación y sean tratadas en términos de prevención y reeducación de la criminalidad, con el probable resultado de producir efectos reales de criminalización de aquellas necesidades y de quien las padece”<sup>9</sup>. Cualquier tipo de discriminación entre los sujetos, cualquiera que sea su base (pero en especial aquella que ha tenido su origen en planteamientos de verdad dogmática, ya sea científica o de otra naturaleza) ha significado siempre, y específicamente en el caso de los jóvenes, un proceso de despersonalización, con las consecuencias de una criminalización de sus actividades y de configuración de un sistema tutelar (o de defensa social) por parte del Estado.

En definitiva, en un Estado social y democrático de derecho, el juicio de inimputabilidad en el caso de los jóvenes tiene que partir de este primer nivel, esto es, que son personas y que gozan del reconocimiento de la dignidad de tal y de todos los derechos que les son inherentes, conforme a lo que establece la actual Constitución de 1978. Esto, de partida implica todo un conjunto de garantías al sujeto, tanto en el orden penal general, como procesal y ejecutivo de sanciones. En contra de las cuales ciertamente chocan las leyes existentes sobre Menores (Ley de Tribunales Tutelares de Menores y Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social).

Pero hay un segundo nivel en el juicio de inimputabilidad, esto es, que ciertamente al sujeto se le reconoce, por ser persona, una capacidad de respuesta, interferida por los obstáculos a la satisfacción de sus necesidades, en virtud de su especial situación dentro del sistema social. Ello implica entonces que al sancionarlo por su hecho injusto (por el delito), resulta indispensable la consideración de este segundo nivel y de las garantías correspondientes, que surgen justamente de la especialidad de esas necesidades y de los obstáculos a su satisfacción.

8.- Cfr. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1981): p. 27 s.; GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1985): p. 120 s.

9.- DE LEO, Gaetano: p. 99.

En definitiva, por tanto, el juicio de inimputabilidad del joven respecto del hecho injusto por él cometido, no significa “irresponsabilidad”, ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea mediante un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena)<sup>10</sup>. Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor, al menor se le hace evidentemente responsable por sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social. De ahí entonces que resulte un burdo fraude de etiquetas plantear que al menor no se le aplica un derecho penal, sino otra cosa.

Hay que partir de la realidad y ésta indica, en primer lugar, que la intervención sobre el menor es en virtud de que ha cometido un delito (así muy claramente el art. 9º de la ley de Tribunales Tutelares de Menores, que señala que “La competencia de los Tribunales Tutelares se extenderá a conocer: 1º A) De las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los dieciséis años, que el Código Penal o Leyes especiales califiquen como delitos o faltas...”). Hoy, conforme a lo que señala la Constitución, la intervención estatal no se puede basar en la peligrosidad del sujeto o en sus características personales (así sucede en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social —art. 1 párrafo segundo referido a los menores, en relación con el art. 2 que señala supuestos de estados peligrosos, entre otros, los vagos habituales, mendigos habituales, toxicómanos, ebrios habituales, etc.— y la Ley de Tribunales Tutelares de Menores— en el art. 9º. letra C se refiere a los “prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos”—), sino exclusivamente en virtud de un hecho injusto (delictivo)<sup>11</sup>. En segundo lugar, la realidad indica que se hace efectiva una responsabilidad del menor, es decir, una capacidad de respuesta del menor y, por eso mismo, se le impone una determinada medida coactiva, que de otro modo no tendría explicación y pasaría a convertirse en puro castigo (como si se tratara de un animal). Otra cosa diferente es que en virtud del juicio de inimputabilidad esa responsabilidad no tenga el carácter de criminal (por eso, acertadamente el Código Penal habla de responsabilidad criminal en el Libro I título I y por ello también con razón en relación al menor en el art. 8 sólo señala que está exento de responsabilidad *criminal*), pues en virtud de un planteamiento político criminal que tiene en cuenta las necesidades diferentes del joven y los obstáculos a la satisfacción de ellas, se persigue evitar los efectos estigmatizantes de la pena criminal. Pero ciertamente ello no se logra y, todo lo contrario, sí se utiliza el subterfugio del fraude de etiquetas, pues el joven queda marcado o como un peligroso o bien como un ser no autónomo (“irresponsable”).

10.- Con razón ALBRECHT señala que el “Derecho penal juvenil es Derecho penal. No es derecho social, ni programado a la ‘ayuda’, sino que sirve al control social” (prólogo).

11.- Cfr. s. T. C. 159/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, de 14 de febrero.

La inimputabilidad del joven no impide su responsabilidad ni que se le aplique un derecho penal. Por eso mismo han de aplicarse todas las garantías del derecho penal en general, además de una profundización de ellas en virtud de la situación especial en que se encuentra el joven frente al Estado.

### 3.- LA EDAD PENAL

La problemática de la edad penal está indisolublemente ligada con la del menor y por tanto también con el juicio de imputabilidad. Ahora bien, tradicionalmente la edad penal ha sido confundida con la edad penal criminal y el centro de la discusión sólo ha estado referido a este límite. Pero ciertamente la cuestión a debatir es más amplia, pues se trata también de determinar la edad penal en general, ya que como hemos explicado anteriormente también al menor se le hace responsable penalmente (aunque no sea con carácter criminal). Luego habrá que poner en discusión cuál es la edad del menor que se ha de poner como límite a su responsabilidad penal no criminal. En suma dos son las cuestiones a debatir en relación al menor respecto a la edad, una referente a cuál es el límite en que termina la responsabilidad penal no criminal y otra en relación a cuál es el límite en que empieza la responsabilidad penal no criminal.

#### *A.- Límite en que termina la responsabilidad penal no criminal.*

En cuanto a este aspecto ha habido una gran variación en la legislación española. El C.P. de 1822 declaraba inimputables a los menores de 7 años (entre 7 y 17 años dependía si se había obrado o no con discernimiento); los C.P. de 1848, 1850, 1870 declaraban inimputable al menor de 9 (entre 9 y 15 años dependía si había obrado o no con discernimiento). El C.P. de 1928 declaró inimputable al menor de 16 y terminó con el sistema del discernimiento; planteamiento que continuó en el C.P. de 1932 y se mantiene hasta ahora. En los proyectos de reforma últimos, posteriores a la Constitución de 1978, extrañamente también se ha producido una gran variación entre ellos en esta materia, el Proyecto de 1980 rebaja la edad, declarando inimputable al menor de 15 años; en cambio la Propuesta de Anteproyecto de 1983 eleva la edad, estableciendo como inimputable al menor de 18 años. Como se puede apreciar, el concepto político jurídico de menor ha tenido grandes variaciones en el transcurso del tiempo y más aún sigue provocando vacilaciones extremas en el legislador.

Desde un punto de vista político jurídico resulta indispensable iniciar el análisis del tema con lo que señala la Constitución en su art. 12, conforme al cual la mayoría de edad es a los 18 años. Luego la plena participación político social de la persona se alcanza a esa edad<sup>12</sup>.

12.- Cfr. GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983): p. 177; GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1985): p. 264 s.; 271.

Resulta entonces totalmente contradictoria que la edad penal criminal se establezca a los 16 años. Y ello no sólo desde la perspectiva general, de que el ordenamiento jurídico social superior está reconociendo una realidad diferenciada respecto de las necesidades a satisfacer respecto de ciertos individuos y de los obstáculos que hay que superar para su satisfacción, y que también efectivamente su participación social, política y jurídica no es igual que la de los mayores, sino desde la perspectiva particular jurídico penal.

Por una parte, el derecho penal criminal es *última ratio*, esto es, ha de intervenir sólo en última instancia, luego respetando el orden y condiciones de los controles anteriores en primer lugar, y además sólo cuando han fracasado todos los controles anteriores. Luego en este caso de los jóvenes resultaría contradictoria su intervención, pues no se estaría respetando el orden y condiciones de los controles anteriores, que incluyen al menor de 18 sólo dentro de un determinado nivel; habría en su aplicación un salto y sustitución de niveles, que implicaría que el derecho penal criminal pase a ser no *última ratio* sino *prima ratio*.

Por otra parte, la fundamentación de la intervención del Estado en materia penal criminal es la protección de bienes jurídicos y ello supone la participación efectiva y plena de todos los sujetos en su establecimiento como tales. Ese no es el caso cuando se trata de los menores de 18, pues ellos no están en capacidad jurídica de discutir y participar efectivamente en la configuración de las leyes. Respecto de ellos el principio de legalidad de los delitos y las penas tiene, por tanto, una debilidad de origen. La conciencia de la norma y del injusto está en el grupo de los mayores, en ellos está en formación o en *reformulación*.

Por último, en la medida que el derecho penal criminal es un control social específico, resulta indispensable enjuiciarlo también desde sus consecuencias, es decir, éstas no podrían ser perjudiciales socialmente. Desde un punto de vista general, la aplicación del derecho penal criminal tiene un carácter *estigmatizador*, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación sociopolítica. Por tanto su aplicación al menor de 18, que ya está limitado en su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa. Va a impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. Lo cual evidentemente es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema. Ahora bien, desde un punto de vista concreto, en relación a las penas aplicables, se ratifica lo anteriormente señalado, pues la pena por excelencia del derecho penal criminal es la pena privativa de libertad. Respecto de ésta hay abundantes investigaciones que demuestran sus efectos perniciosos sobre el sujeto (en general procesos de despersonalización) y, por tanto, con mayor razón sobre el menor de 18 años.

En definitiva, analizada la problemática de la edad límite superior de lo que ha de entenderse por joven jurídicamente, resulta necesariamente que, si se quiere ser consecuente desde un punto de vista tanto general como particular con el sistema, la edad tiene que fijarse en los 18 años. La responsabilidad penal criminal ha de empezar a los 18 años.

Cuestión totalmente diferente es que por razones político criminales específicas se considere la conveniencia de otorgar al juez penal criminal facultad para aplicar al mayor de 18 y hasta una determinada edad (por ejemplo 21) y siempre que se den determinadas circunstancias, el estatuto jurídico penal del joven. Ello porque se estima que, por una parte, la participación plena sociopolítica del mayor es todavía muy reciente y, por otra, que justamente por eso la aplicación de la pena criminal tendría sobre él efectos altamente perniciosos (a mayor abundamiento, porque cuando se trata de dar una protección amplia al menor por el derecho penal, se llega aún hasta la edad de veintitrés años (art. 452 bis b. C.P.). Por el contrario no tiene fundamentación alguna posible dar facultad al juez de menores para aplicar al joven la justicia criminal, como hacía el proyecto de 1980, pues ello significa desconocer y negar las bases materiales del sistema que hacen surgir el concepto de menor y, por tanto, la necesidad ineludible de aplicación de un estatuto jurídico penal diferente al criminal. No se trata pues de una situación igualable a la de aplicación al mayor de 18, dentro de determinadas condiciones y por razones político criminales concretas, el mismo estatuto jurídico penal del joven; en este caso no se trata de un desconocimiento del concepto de mayor, sino que por una consideración del derecho penal criminal *desde sus consecuencias* se lleva a cabo una medida global *sustitutiva* de carácter penal, con el objetivo preciso de evitar consecuencias perniciosas para el sistema.

*B.- Límite en que comienza la responsabilidad penal no criminal.*

La otra cuestión a dilucidar en relación a la edad penal del menor es hasta qué edad mínima se puede plantear su responsabilidad penal. Es decir hasta qué edad mínima se puede enfrentar su capacidad de respuesta con las exigencias del ordenamiento jurídico. Ciertamente hay un área que se podría situar hasta los siete años en que de modo alguno alguien podría sostener que se le pueden plantear exigencias jurídicas con sanción penal. Sin embargo, de ahí en adelante se podría entrar a discutir el tema, y se podrían dar argumentos de todo tipo para una u otra postura en cuanto a la edad mínima. Habría que descartar, con el objeto de no caer nuevamente en tesis peligrosistas o positivistas en general, todas aquellas argumentaciones basadas *exclusivamente* en planteamientos biológicos, psicológicos, psiquiátricos o sociológicos. En otras palabras el criterio determinante ha de ser, como en el caso del límite máximo, de carácter político criminal<sup>13</sup>.

Pareciera que este límite mínimo es necesario ponerlo en conexión con la obligación educativa del Estado, es decir, sólo se puede exigir una respuesta determinada en la medida que se ha dado al sujeto las bases de

13.- Cfr. GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1985): p. 271. Ciertamente se puede entrar a discutir si resulta conveniente incluir en un proceso penal a jóvenes entre 13 y 16 años (Cfr. ALBRECHT y SCHÜLER SPRINGORUM, p. 16; pero ello también implica considerar si hoy eso es realmente posible sin caer en un fraude de etiquetas y en un aumento del control social.

formación para una tal capacidad de respuesta<sup>14</sup>. Tal base de formación esta establecida constitucionalmente en el artículo 27 (que se puede entender como un desarrollo concreto del artículo 9.2) e implica entonces como mínimo la enseñanza básica (art. 27.4). Conforme a ello habría que entender, en general, que la edad mínima ha de estar en los trece años, pues a esa edad necesariamente se habrá terminado tal enseñanza. En cierto modo el propio C.P., aunque sea con otros criterios, hace implícitamente alusión a esta edad mínima de posibilidad de exigencia de respuesta frente al ordenamiento jurídico, pues en los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro, señala que no se puede tomar en cuenta jurídicamente el consentimiento de la persona menor de doce años. Más aún y como consecuencia de lo anterior, aplicar una sanción penal a un menor de trece años implicaría una grave perturbación de su formación y desarrollo, con lo cual desde la perspectiva de las consecuencias externas aparece desaconsejable la utilización del derecho penal, aún cuando sea penal no criminal. Por otra, y conforme a lo expresado, aunque el sujeto tenga más de trece años, si no ha recibido tal formación básica, no sería posible entonces aplicarle el derecho penal de menores, respecto de él sólo le cabe al Estado asumir su función de asistencia social general, conforme al art. 9.2 y 27 de la Constitución, lo mismo que le cabe en relación a los menores de 13 años.

#### BIBLIOGRAFIA

- ALBRECHT, Peter-Alexis (1987). *Jugendstrafrecht*, Beck, München.
- ALBRECHT, Peter-Alexis y SCHÜLER SPRINGORUM (1983). *Jugendstrafe an vierzehn und fünfzehnjährigen*, Fink, München.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1987). "La imputabilidad en un Estado de Derecho", en *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona.
- CANTERERO, Rocío (1988). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación. Derecho Penal y Procesal de Menores*. Editorial Montecorvo. Madrid.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos, GOMEZ GOLOMER, Juan Luis y MENGUAL Y LLUL, Joan B. (1987). *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid.
- DE LEO, Gaetano (1985). *La justicia de menores*, Teide, Barcelona.
- GIMENEZ-SALINAS COLOMER, Esther (1981). *Delincuencia Juvenil y Control social*, Círculo editor universo, Esplugues de Llobregat. (1985). "Principios básicos para un nuevo derecho penal juvenil", en *Jornadas de Estudio de la legislación del menor*, Ministerio de Justicia.
- GONZALEZ ZORRILLA, Carlos (1983). "Minoría de edad penal. Imputabilidad. Imputabilidad y responsabilidad", en *Documentación Jurídica*, Vol. 1, Ministerio de Justicia. (1985). "La justicia de menores en España", en *La Justicia de Menores* (De Leo, Gaetano), Teide, Barcelona.

14.- Cfr. en este sentido CANTARERO, Rocío (1988): p. 229.

## LA INFLUENCIA DE LA TEOLOGIA EN EL DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

Joaquín Cuello Contreras

*Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Extremadura*

La reforma del CP de 1983, que regula por primera vez en el Derecho penal español el error de prohibición, traiciona una influencia que no por superada deja de ser sintomática. El párrafo III del art. 6 bis a) define el error de prohibición como “creencia errónea de estar obrando lícitamente”. Ello quiere decir que si el error de prohibición es eso, su contrario, la llamada impropriamente “conciencia de la antijuricidad”, implica “conciencia de estar obrando ilícitamente”. Es cierto que el mencionado párrafo añade que dicha creencia errónea de la licitud del obrar, para excluir la responsabilidad penal, ha de ser “invencible”; luego, por tanto, cabe decir que el Derecho penal español conoce casos de responsabilidad penal sin “conciencia de la antijuricidad”. Lo que, desde luego, resulta incorrecto es pensar que la responsabilidad penal exige “conciencia de la antijuricidad”, de la misma forma que es incorrecto pensar que la exclusión de la responsabilidad penal exige “conciencia de estar obrando lícitamente”<sup>1</sup>. Ambas exigencias responden a una tradición que comienza a superarse definitivamente con la moderna teoría del delito, cuando el delito es concebido como lesión de bienes jurídicos causada por un comportamiento *tipificado* por el legislador que, objetivamente, no tolera el ordenamiento jurídico (*antijuricidad*), cuyo autor pudo haberla evitado (*culpabilidad*); tradición caracterizada por entender el delito como voluntad de lesionar el ordenamiento jurídico<sup>2</sup>. Lo que traducido al lenguaje moderno, significaría que sin culpabilidad, en-

---

1.- Cfr. Joaquín CUELLO CONTRERAS, en *CPCr* 1987, pg. 286.

2.- Sobre esta tradición y sus antecedentes, vid. Alfonso CARDENAL MURILLO, *La responsabilidad por el resultado en Derecho penal*, Tesis doctoral (mecanografiada), 1988, pg. 280 ss.

tendida, además, de una forma muy determinada, no habría delito. Esta tradición se remonta en España al Derecho penal teológico de los siglos XVI y XVII, y, al menos estructuralmente, influye en la concepción del delito imperante a lo largo del siglo XIX, cuando se inicia en España el estudio puramente jurídico del delito.

1.- Según Alfonso *de Castro* (1495-1558), la “pena es pasión —mal— que inflige un daño al que lo sufre; o, por lo menos, que, de suyo, puede infligirlo —si no se opone ningún obstáculo—, impuesta y contraída por un pecado propio y pasado.”<sup>3</sup>

En esta definición aparece claramente el papel rector que corresponde al “mal” del delito en la justificación de la pena: la pena se contrae por el delito. Cometido el delito está ya justificada la pena, con independencia de que sólo se imponga cuando se quieren perseguir finalidades utilitaristas. La pena “contraída” presupone un reproche de culpabilidad ético-teológico, con el que se espera el arrepentimiento por parte del infractor; y sólo cuando falta tal arrepentimiento se hace necesaria la pena para asegurar la convivencia. “Es, por consiguiente, muy justo y muy provechoso establecer penas en las leyes para los transgresores de éstas, a fin de que con la transgresión no peligre la sociedad o se perturbe, o se malee, ya que las leyes se promulgan para gobernar rectamente. Con eso, los que no las observen por amor a la virtud o por miedo de las penas eternas, se apartarán de delinquir por temor a la pena presente.”<sup>4</sup> Alfonso *de Castro* asimila el delito a la falta de virtud castigada con el infierno. Al ser un *mal en sí mismo* justifica ya la pena, aunque ésta sólo se imponga en los casos en que se estima necesaria para que “la sociedad no peligre”. El peligro no es el fundamento de imposición de la pena, sino el pecado; aunque sólo dicho peligro requiera la intervención del legislador penal<sup>5</sup>.

Que en el Derecho penal teológico el mal intrínseco del delito es el fundamento de la pena lo demuestran las objeciones a que se vio sometido Diego de *Covarrubias y Leyva* (1512-1577) cuando quiso apartarse de la tradición escolástica según la cual en la base del delito hay un pecado.

En su tratado sobre el homicidio voluntario “vel casuali”<sup>6</sup>, desarrolla *Covarrubias* su célebre *doctrina de la voluntad indirecta*, con la que pretende, en definitiva, superar una tradición que exigía, para que exista deli-

3.- *De potestae legis poenale* (1550), vertida al castellano con el título *La fuerza de la ley penal*, dos volúmenes (traducción de Laureano Sánchez Gallego), Murcia 1931, Libro I, Capítulo III, pg. 68.

4.- Alfonso DE CASTRO, *Fuerza de la ley penal*, pg.199.

5.- Cfr. José María NAVARRETE URIETA, en *REEP* 1959, pg. 1.412; Enrique BACIGALUPO, *Estudio preliminar a la obra de Günter Stratenwerth, El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* (trad. de Enrique Bacigalupo y A. José Miguel Zugaldía Espinar), 1980, pg. 18.

6.- *Opera Omnia*, volumen I, de la edición de Frankfurt (1592). Sobre las ediciones de la obra de COVARRUBIAS vid. Federico SCHAFFSTEIN, *La Ciencia europea del Derecho penal en la época del Humanismo* (trad. de José María Rodríguez Devesa), pg. 157 s.



to, la intención de violar el Derecho<sup>7</sup>: Según, *Covarrubias*, en cambio, quien sabe que se expone a violar el Derecho, actúa con voluntad “indirecta”, no sometida a la pena “ordinaria” del homicidio voluntario pero sí a una pena “extraordinaria”.

Prueba de que la posición doctrinal de *Covarrubias* supone el inicio de una ruptura con el Derecho penal teológico es la crítica a que ha sometido el Padre Julián *Pereda* su doctrina de la “voluntad indirecta”<sup>8</sup>. Según el Padre *Pereda*, la “voluntad indirecta” no es *voluntariedad* ni, por tanto, culpabilidad. La voluntariedad exige intención de violar el Derecho. Y con razón, desde la óptica del Derecho penal teológico. Pues si para la culpabilidad bastara el conocimiento de la norma infringida, no exigiéndose voluntad intencional de lesión, no sería la conciencia moral la “fuente” del delito, sino el ordenamiento jurídico “externo”. De ahí a afirmar que los órdenes teológico y jurídico son independientes, pudiendo el Derecho del Estado vincular al margen, o en contra, del orden teológico, va un solo paso. Y esto no lo podía consentir el Derecho penal teológico, que no renunciará fácilmente a su papel hegemónico en la conciencia del individuo.

Con todas sus concesiones al legislador histórico, el Derecho penal teológico constituye una metafísica del Derecho penal al servicio de la cual concibe el Derecho histórico, y no al revés. La culpabilidad jurídica, la penal civil y la selección de bienes jurídicos son meros ejercicios de disciplina del genuino Derecho penal, un Derecho penal que discurre por otros cauces.

Un ejemplo de lo que ello supone lo proporciona otro de los planteamientos de *Covarrubias* criticado por el P. *Pereda*. Según *Covarrubias*, quien se apodera de cosas ajenas sin saber que su dueño había consentido el apoderamiento comete ya delito, al *creer* que lo hacía en contra de la voluntad de aquél. Objeción del P. *Pereda*: aquí hay pecado, pero no delito.

Si se observa este pasaje con detenimiento, se comprueba cómo lo que el P. *Pereda* le reprocha a *Covarrubias* es que, *habiendo captado éste la autonomía del orden jurídico frente al orden teológico*, se atreviera a dar relevancia jurídica a un subjetivismo reservado, según, el P. *Pereda*, a la Teología<sup>9</sup>.

La duplicidad existente entre los órdenes teológico y jurídico, perfecta en algunos aspectos, se quiebra en el punto donde la Teología no podía ha-

7.- Cfr., no obstante SCHAFFSTEIN, *Ciencia europea del Derecho penal*. pg. 172 ss.; del mismo, *Die allgemeine Lehre vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* (1930) reimpresión de 1972, pg. 110 s.

8.- Julián PEREDA, *Covarrubias penalista*, 1959, pg. 13, ss.

9.- Sin “mala” voluntad no puede haber responsabilidad moral para la Teología. De aquí se deduce que, al llegar a la culpabilidad jurídica, ésta se “moralice”, exigiendo voluntad directa de infringir la ley; no conformándose siquiera el Derecho penal teológico con lo que *Covarrubias* sustentó: Pues si lo importante no es *querer* violar la ley, sino *conocer* la posible violación, se estaría ya en condiciones de dar un paso más y afirmar que también el conocimiento, o la mera cognoscibilidad, de la norma jurídica, puede justificar un reproche de culpabilidad jurídica; aunque *subjetivamente* no se haya querido violar la ley. Ante esto, la conclusión es evidente: No hace falta una infracción moral para que se dé la infracción jurídica. O, lo que es lo mismo: ésta no se sustenta en aquélla. La norma moral o teológica y la norma jurídica pueden no coincidir.

cer más concesiones: en la culpabilidad. Aquí, al reservar el *subjetivismo* para la Teología (en la conciencia moral no caben más que mandatos ético-teológicos que, cuando están sancionados “externamente”, y sólo entonces, constituyen, además, delitos), se cierra el paso a la posibilidad de *hacer de la conciencia moral fuente de conocimientos de deberes puramente jurídicos*. Y en lo que precisamente este Derecho penal teológico no podía consentir era en renunciar a reprochar en conciencia lo reprochable jurídicamente, es decir, a exigir una infracción moral en la base del delito, ni en admitir que la infracción jurídica pueda dar lugar, por sí misma, a una infracción moral; lo que habría obligado a una transposición tan comprometida como la de *renunciar a los principios morales en la valoración jurídica* de los que quizá sólo quedaría, entre otros pocos, el principio moral del respeto a la misma valoración jurídica *como tal*<sup>10</sup>.

La *infracción moral* inherente al delito es el fundamento de la pena en el Derecho penal teológico y no hace falta añadir a la culpabilidad, así entendida, ningún otro fundamento para justificar la pena. Aunque el “peligro para la sociedad” desencadene la punición, no necesita justificarla, dado que ya lo hace el mismo mal moral del delito.

2.- La obra de Francisco *Giner de los Ríos* *Lecciones sumarias de Psicología* (1874) tiene una importancia capital en la formación del concepto de “acción voluntaria” de nuestra doctrina tradicional sobre el delito. La estructura de la acción y de la conciencia moral de *Giner de los Ríos* va a influir en autores como Luis *Silvela* y *Dorado Montero* en unos términos tales que originarán consecuencias importantes en la Dogmática de la culpabilidad de las primeras concepciones doctrinales sobre la Teoría del delito de la Ciencia española del Derecho penal. *Silvela* y *Dorado Montero*, con seguridad por influencia de la Psicología gineriana, a la que citan, entienden la culpabilidad en unos términos que recuerdan mucho la concepción del Derecho penal teológico. Para ellos no hay más culpabilidad que la que tiene su origen en la violación intencional de la ley. Las consecuencias a deducir de estas premisas van a ser numerosas; la fundamental de las cuales será que *Dorado Montero* llegue a negar la posibilidad de incluir en un concepto de culpabilidad tan restringido la *imprudencia*.

Un krausista como *Giner* no podía comenzar el estudio de la *voluntariedad* sino desde la “conciencia moral”. Mediante el acto voluntario, según *Giner*, el hombre “se propone el logro de un bien”, guiado por la “conciencia moral”, o estado del espíritu dado por el conocimiento de la ley y el poder de cumplirla<sup>11</sup>. La conciencia moral no explica la motivación del acto concreto, ya que éste debe haber sido querido (y, por lo tanto, previamente conocido) por un motivo ajeno, externo a la conciencia, que ésta hace suyo. La conciencia lo que hace es dirigir el acto a esa meta extrínseca<sup>12</sup>.

10.- Vid. Martín KRIELE, *Recht und praktische Vernunft*, 1979, pg. 117.

11.- FRANCISCO GINER, *Lecciones sumarias de Psicología*, 1ª ed., 1874, 2ª ed., pg. 211, citado según: *Obras completas*, vol. IV, 1920.

12.- GINER, *Psicología*, pg. 212.

La voluntad *racional* así formada, “obra en todo caso en vista del fin absoluto de la vida, si bien, y de todo el anterior sistema de exigencia particulares que en este fin se contienen para cada individual situación”<sup>13</sup>. Según *Giner de los Ríos*<sup>14</sup>, “el espíritu, cuando obra como propia causa de sus estados, puede hacerlo siempre en *armonía con las leyes de la actividad que emanan fundamentalmente del objeto*; consistiendo, por tanto, la plenitud de la libertad (libertad racional) en la estricta observancia de los principios objetivos de la vida”.

La primera objeción que cabe hacer a *Giner de los Ríos* es que la representación subjetiva del “bien” varía de sujeto a sujeto y que, por tanto, sobre esa base no se puede construir un sistema jurídico (ni de ética)<sup>15</sup>. Su teoría, en este punto, es una *subjetivista*, que obliga a seguir criterios también subjetivos acerca de lo justo y de lo injusto absolutamente inviables. Para *Giner*, p. ej., no cabría distinguir entre la tentativa inidónea de delito y el delito putativo en el ámbito de los delitos de omisión impropia. Para él tan autor sería quien yerra sobre las circunstancias que le obligan a ejercer su posición de garante, correctamente apreciada por él, como quien, erróneamente también, ha creído que existía para él un deber de garante inexistente. Sin embargo, mientras que el primer caso contiene una tentativa inidónea (punible), en el segundo la omisión es penalmente irrelevante pues, como dice Armin *Kaufmann*, “la errónea suposición de los presupuestos de que nace el deber no puede suplir la ausencia del fundamento objetivo de su nacimiento.”<sup>16</sup> Un médico, según *Giner*, no actuará imprudentemente respecto a la muerte de su paciente si está convencido de que, en contra de lo que opinan los restantes médicos, su tratamiento es el mejor y salvará al paciente, pues, con Günter *Jakobs*, diría que él no pudo prever un fatal desenlace. De esta forma, su comportamiento sería *conforme a Derecho*, al convertirse tal previsibilidad subjetiva en criterio de conformidad o no a Derecho, de conformidad o no a cuidado. La norma, sin embargo, no depende, en su existencia, de que el destinatario compruebe en cada caso si su infracción producirá la lesión del bien jurídico; por eso, tal incapacidad por parte del sujeto no excluye la infracción de la norma<sup>17</sup>.

Una segunda objeción se dirige contra la “idea de bien” en *Giner*, que éste interpreta como idea absoluta, objetiva. El bien no es concebible en esos términos, y, aunque lo fuera, no sería accesible al hombre<sup>18</sup>. Lo que, en definitiva, busca *Giner de los Ríos* es un criterio de bondad, algo que justifique por qué hacer A es mejor que hacer B, y cree que para ello existe en el hombre una posibilidad de estimar que A es bueno y mejor que B.

13.- GINER, *Psicología*, pg. 218 s.

14.- GINER, *Psicología*, pg. 212 s.

15.- Vid. Dieter BIRNBACHER, en: Dieter Birnbacher y Norbert Hoerster (editores), *Texte zur Ethik*, 2ª ed., pg. 271.

16.- Armin KAUFMANN, en *ADP* 1984 (trad. de Joaquín Cuello), pg. 14.

17.- Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* (ed. por Gerhard Dornseifer y otros), 1982, pg. 166 s.

18.- Vid. Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pg. 286.

Ahora bien, según este punto de vista, unido al subjetivismo ya denunciado y criticado, no cabe *comunicación humana*, principio fundamental del Derecho natural gineriano<sup>19</sup>; pues si alguien llegase a un juicio moral o jurídico al que valorar como bueno en sí mismo, y no se preocupase de buscar razones compartidas por todos acerca de la bondad de su juicio (lo que ya supone el abandono del subjetivismo), sería imposible realizar el ideal de validez jurídica que aparecía en su principio de Derecho natural.

Si se entiende lo sustentado en las Lecciones de Psicología no en un sentido *fuerte* (según el cual es ilícito lo que el infractor tenga por tal) sino en su sentido *débil* (según el cual basta la representación subjetiva del ilícito, aunque los hechos no coincidan con tal valoración subjetiva, para que exista o no la infracción), se salvará el ideal de validez del Derecho, pero seguiremos padeciendo los defectos del *subjetivismo* que hace un momento se denunciaba y ejemplificaba.

Lo que falta en la Psicología de *Giner de los Ríos* es un *presupuesto ontológico* que le impida los excesos del subjetivismo: Es la totalidad de la persona la implicada en hechos relevantes ética y jurídicamente; pero se trata de proyectar la personalidad sobre una realidad heterónoma, externa y objetiva. El mandato jurídico, o de ética social, remite siempre a una norma objetiva de conducta ontológicamente arraigada, es decir, que obliga a omitir o actuar en orden a mantener o transformar la realidad exterior; que exige, por tanto, de sus destinatarios contemplar y actuar *sobre* la realidad. Que ello no excluya posibles responsabilidades en casos donde la representación subjetiva de los hechos no coincide plenamente con su discurrir objetivo, tal como lo demuestra, en Derecho penal, la punición de la llamada “tentativa imposible”, no debe ser confundido, como hace en definitiva *Giner de los Ríos*, con la noción subjetiva de lo ilícito, impune porque no se da la más mínima representación de la norma (objetiva) que obliga a actuar de una determinada manera<sup>20</sup>. Por eso, también la doctrina del *injusto personal* parte de un concepto objetivo de la *antijuricidad*.

Una posición extrema de la tesis psicologista de *Giner de los Ríos* es la de *Dorado Montero* (La Psicología criminal en nuestro Derecho legislativo, 1910), para quien el concepto de *voluntariedad* del CP descansaría fun-

19.- Al ocuparse del tema de las *fuentes de conocimiento* del Derecho, GINER DE LOS RÍOS (en: Francisco Giner y Alfredo Calderón, *Prolegómenos del Derecho. Principios de Derecho natural*, 1916, pg. 10), si bien antepone como fuente primera del Derecho la propia interioridad del hombre (su conciencia), entiende, al mismo tiempo, que la *razón* en que se ve transformada la *conciencia* —que “no sólo conoce el hombre a sí propio, sino que conoce también todo lo que con él se relaciona, que es *todo lo que puede conocer*”— le permite al hombre conocer el Derecho de dos maneras: “O inmediatamente, examinándolo tal como desde luego se nos ofrece y sin atender a otra cosa que a él para conocerlo, o bien de un modo mediato, cuando nos preguntamos la razón, el fundamento, el *porqué* del Derecho mismo que consideramos, como deducido de un principio superior”. De esta forma, lo que quizá no sea asequible al individuo como conocimiento directo del Derecho o de lo justo, puede resultarle comprensible en atención al respeto de las reglas del discurso que se ha seguido y a los argumentos de pragmática trascendental que se han esgrimido en favor y en contra del juicio de valoración jurídica.

20.- Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pg. 161.

damentalmente sobre el elemento subjetivo; lo que le lleva a negar carácter delictivo a la *imprudencia*, pese a que acierta en la exigencia de un elemento objetivo, o “dañosidad social”, pues, según él, si no ha concurrido una voluntad, también dañada, de lesión, lo que no sucede en la imprudencia, no habrá delito<sup>21</sup>. De esta forma se cierra la posibilidad de deducir una responsabilidad penal en aquellos casos donde el autor sí se representó la posibilidad de “daño” y, con ello, la posibilidad de lesionar (objetivamente) el Derecho (*antijuricidad*). Estas circunstancias, conocidas por el autor, no sólo son, en la concepción actualmente dominante sobre el delito, presupuesto ontológico de toda responsabilidad penal (dolosa o imprudente) sino, al mismo tiempo, en algunos casos, el posible fundamento de la *culpabilidad* de su autor, cuando éste se ha podido motivar, a través de tales circunstancias, para actualizar la norma que está infringiendo<sup>22</sup>.

Las teorías del delito de Luis *Silvela* y de Pedro *Dorado Montero* fallan en el ya aludido presupuesto ontológico-objetivo. La una por defecto, al entender la *voluntariedad* del delito como puro concepto normativo que lleva al ya clásico “¡Puedes porque debes!”, y da lugar a una especie de “falacia normativa” que pretende extraer un *ser* de un *deber ser*; lo que no permite explicar determinados aspectos del dogma de la culpabilidad jurídico-penal y desemboca en presunciones como, p. ej., la que se deriva de considerar que todo acto que infringe una norma jurídica que el autor conoce, permite estimar la culpabilidad también en lo que se refiere a la otra norma, también lesionada, desconocida por él, sin consideración ulterior acerca de si, efectivamente, tuvo la posibilidad de comprobar que infringía esa segunda norma<sup>23</sup>. La segunda, en cambio, por exceso, al exigir de la responsabilidad penal algo más que la realización del hecho delictivo por quien pudo motivarse a evitarlo, suponiendo, más bien, una voluntad éticamente coloreada (de influencia psicológica gineriana) *dirigida* a la lesión intencional del ordenamiento jurídico, lo que le cierra el paso para estimar punible el comportamiento imprudente<sup>24</sup>.

Si se contemplan estas posiciones doctrinales desde la evolución dogmática en que se insertan se observará su lógica interna, una lógica que se caracteriza por partir de la premisa de que la lesión del Derecho exige *intención* de lesionarlo. De esta forma, toda posible responsabilidad penal deberá apoyarse en la lesión *voluntaria* de alguna norma, la que sea, como se ve obligado a concluir *Silvela*. Pues, al cerrarse el paso a cualquier consideración sobre las circunstancias que pueden dar origen a la concreción de una norma jurídica de omitir o actuar (*antijuricidad*), y su correspondiente actualización por parte del autor (*culpabilidad*), la llamada a la fidelidad al Derecho siempre deberá proceder del mismo Derecho, y no de

21.- DORADO MONTERO, *Psicología criminal*, 2ª ed., pg. 46.

22.- En contra, sin embargo, Eckhard HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pg. 140, que, en este aspecto, coincide con quienes entendían que la culpabilidad requería una voluntad directa de lesionar el Derecho.

23.- Luis SILVELA, *El Derecho penal estudiado en Principios y en la Legislación vigente en España*, vol. II, 2ª ed., 1903, pg. 129.

24.- DORADO MONTERO, *Psicología criminal*, pg. 2.511.

la realidad; siempre será heteronomía, nunca autonomía. Por eso concluye *Silvela* que la única forma de atribuir al autor la lesión de una norma que desconoce se fundamentará en otra que sí conoció y entre cuyas consecuencias se encuentra la de evitar el resultado producido.

Así, para Francisco *Pacheco*<sup>25</sup>, el delito es la infracción de la ley conocida y voluntariamente realizada. Requisitos de esta infracción son la voluntariedad (o voluntad dirigida a la realización de lo que lesiona la ley)<sup>26</sup> o la ignorancia de lo realizado, o error de prohibición, que “trae un culpable origen”<sup>27</sup>. Este “culpable origen” exige la representación de la posible infracción de la ley<sup>28</sup>; y no debe ser apurado por el Derecho (remisión a la idea de exigibilidad)<sup>29</sup>.

Para Luis *Silvela* el delito es intención de violar la ley<sup>30</sup>. Existe intención de violar la ley cuando el autor se ha representado la posible producción de algo que lesionaría la ley, o cuando ha lesionado intencionalmente la ley, cualquiera que haya sido el resultado producido<sup>31</sup>. Si no ha habido voluntad de lesionar la ley no hay delito; y sólo queda un resto de responsabilidad por imprudencia si el autor no se representó la posibilidad de producir resultado disvalorado alguno, pero actuó de forma no diligente<sup>32</sup>. *Silvela* no especifica en qué consiste esta imprudencia ni dónde reside su contenido de culpabilidad, pues su origen sólo puede ser un acto lícito, y la representación del posible resultado es ya delito (intencionalidad)<sup>33</sup>. Por eso *presume*, siempre que ha habido infracción del deber de cuidado, la voluntad de lesionar una norma que obliga a ser cuidadoso.

*Dorado Montero*, en cambio, se enfrenta directamente con la culpabilidad en la imprudencia, extrayendo la conclusión que ya estaba implícita en la doctrina de *Silvela*<sup>34</sup>. En efecto, partiendo del concepto de imprudencia de *Silvela* (“falta de diligencia debida”), rechaza que la *imprevisión* pueda contener un acto; y sólo de los propios actos se responde. El planteamiento de *Dorado Montero* resume, pues, muy bien, la tendencia iniciada por *Pacheco*: Si el delito ha de consistir en la voluntad de lesión de la ley, la imprudencia no puede constituir delito.

25.- Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1868, pg. 62.

26.- PACHECO, *Estudios*, pg. 61.

27.- PACHECO, *Estudios*, pg. 61.

28.- Se refiere PACHECO a aquellos casos donde, *habiéndose representado* el autor de *forma actual* la norma del ordenamiento que *puede lesionar*, creyó, erróneamente, no hacerlo. El autor, p. ej., conocía la “lex artis” médica, pero confió en emplear una técnica mejor que, sin embargo, ocasionó la muerte del paciente.

29.- PACHECO, *Estudios*, pg. 64.

30.- SILVELA, *Principios II*, pg. 129: “Deseo de ejecutar un hecho ilícito”.

31.- “Ocasiona una mal”.

32.- “Si omitió tomar las precauciones para evitar el mal”.

33.- SILVELA, *Principios II*, pg. 118.

34.- SILVELA, *Principios II*, pg. 115: (“La conciencia dice bien claro a todo el mundo que es responsable de sus imprudencias, porque dependen de su voluntad”). Contra esta auténtica presunción de voluntariedad es contra lo que reacciona DORADO MONTERO (*Psicología criminal*, pg. 251).

Alvaro Navarro de Palencia, con posterioridad, da un paso más sobre los planteamientos citados. El delito es *voluntad de acción* (la acción como categoría previa a toda valoración jurídica)<sup>35</sup> que puede resultar desaprobada por el Derecho (antijuricidad), bien porque el autor ha querido producir el resultado que la ley (conocida por él) prohíbe (delito doloso o intención), bien porque ha querido la acción que la ley prohíbe en virtud de las consecuencias que se pueden derivar de la misma (imprudencia) y que él conoce o debe conocer (presunción de culpabilidad)<sup>36</sup>.

Si se trata de resumir esta doctrina sobre la culpabilidad de nuestra Ciencia penal, habría que decir que es consecuencia de los planteamientos psicologistas de *Giner de los Ríos*, en cuya obra no está suficientemente considerado el hecho de que la *voluntad*, para ser relevante jurídicamente, debe ir referida a la realidad, para cuyo mantenimiento o modificación promulga el legislador sus mandatos. El infractor no es que deba querer (o no querer) infringir el Derecho, sino que debe querer modificar la realidad en el sentido en que el Derecho no lo desea (o al revés, en el caso del delito de omisión). Es dicha representación de los hechos, de donde surge el deber de omitir o actuar, la que deberá llevar al autor a la actualización de la norma que le prohíbe, o exige, actuar en tal situación. Cuando se da tal situación cabrá la posibilidad de estimar la culpabilidad allí donde el autor no llegó a actualizar la norma infringida, pudiéndolo haber hecho. Entonces no hará falta acudir a la ficción de *Silvela*, de que se ha querido lesionar el Derecho, pues bastará con comprobar que hubo capacidad de actualizar la lesión, es decir, capacidad de motivación.

Puede concedérsele a esta doctrina tradicional que cuando el autor de una conducta ignora que su comportamiento está prohibido (error de prohibición en la terminología moderna), una forma de alcanzar la capacidad de culpabilidad puede ser aquella en la que piensan *Giner de los Ríos*, *Luis Silvela* y *Dorado Montero*, pues la *conciencia moral* subjetiva puede ser el *motivo* ("Anlaß") que estimule al autor a la comprobación pertinente sobre si su conducta infringe el ordenamiento jurídico ("Unrechtseinsicht"). Pero, en este caso, sólo cabrá hablar de capacidad de culpabilidad, *capacidad de motivación*, cuando se haya comprobado que tal "llamada de atención" (psicológica!) ha podido llevar a quien la experimenta a describir el proceso completo de la auténtica motivación, es decir, a poner en relación una norma del ordenamiento jurídico con el comportamiento que prohíbe o exige. Este proceso de *actualización de la norma infringida* define la capacidad de culpabilidad jurídico-penal. En él, puede producirse alguna interrupción que impida llegar a la concreta actualización, sin que por

35.- ALVARO NAVARRO DE PALENCIA, en: *Constancio Bernaldo de Quirós y Alvaro Navarro de Palencia, Teoría del Código penal, Parte general*, 1911, pg. 182.

36.- NAVARRO DE PALENCIA, *Teoría del C. P.*, pg. 185. "La imprudencia, como el delito, son resultado de acciones o de omisiones perfectamente voluntarias, agrupadas como tales en un concepto fundamental y diferenciadas después específicamente, para su punibilidad en delitos *dolosos* y *culposos*". Aunque, con la doctrina tradicional, al llegar a la culpabilidad en la imprudencia, él, también, como *Silvela*, se conformará con la presunción de culpabilidad, es decir, con la presunción de que quien se representó el peligro de lesión conocía la norma que prohíbe actuar.

ello quepa negar la capacidad de motivación. Pero, para que dicha capacidad se dé, habrá que comprobar que el autor pudo desarrollar el proceso completo (error de prohibición *evitable*), no bastando, como habría deseado la doctrina tradicional, con la mera voluntad de lesión del Derecho (*concepción subjetivista de la culpabilidad*)<sup>37</sup>.

3.- La evolución histórica del pensamiento penal español pone claramente de relieve la necesidad de proceder a un encuadramiento sistemático de los distintos elementos que componen la infracción penal, al objeto de resolver satisfactoriamente los problemas que plantea la determinación de la responsabilidad. Nada mejor a tal finalidad que la construcción en tres escalones (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) realizada por la moderna Teoría del delito. Sólo de esta forma, especialmente con la inclusión del nuevo elemento de la *tipicidad*, introducido por Ernst *Beling* en el sistema, podrán resolverse los problemas que la doctrina española tradicional se había planteado y no había sabido resolver.

Así, Luis *Silvela*, que no concebía un injusto penal no culpable (el "schuldloses Unrecht" de los alemanes)<sup>38</sup>, basaba la responsabilidad penal de la imprudencia —donde no podía constatar la exigida voluntad de lesión de la norma jurídica infringida— en la lesión de otra norma que exigiría ser diligente. De la misma manera que se conformaba con la voluntad de realizar un ilícito para atribuir a su autor cualquiera que fuese el resultado producido y cualquiera que hubiese sido la norma concretamente lesionada, aún en el caso de que ambos le hubiesen sido al autor totalmente imprevisibles. En cambio, si hubiese tenido presente que la culpabilidad exige un *poder* individual referido a la capacidad de evitar la lesión de la norma infringida, habría podido comprobar que, para darse tal capacidad de culpabilidad, ha debido existir, previamente, la infracción objetiva de una norma concreta, infringida aun en el caso de que su autor no haya podido evitar la lesión (ausencia de capacidad de culpabilidad), o *antijuricidad* objetiva; en tanto que, a su vez, para que la norma en cuestión haya creado un deber concreto ha hecho falta que el autor se haya representado correctamente las circunstancias de donde surge su deber de omitir el comportamiento que se propone realizar (*tipicidad*). Por otra parte, no puede tener presente *Silvela* que, en sentido contrario, si el autor se ha representado correctamente las circunstancias que fundamentan la infracción de la norma, pero no actualizó en el momento de actuar la norma misma, pudiendo haberla actualizado, existirá ya capacidad de culpabilidad; no siendo necesario constatar una voluntad directa de lesión de la norma, ni en el delito imprudente ni en el delito doloso (aunque sí se exige la capacidad

37.- En el mismo sentido, HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, pg. 154, 167, que, como los autores citados, se conforma con la representación subjetiva de la violación del Derecho.

38.- Sobre las dificultades de distinguir entre la antijuricidad y la culpabilidad en la doctrina penal alemana de la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX, que ofrece un paralelismo con lo ocurrido en España, vid. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pg. 17 ss.



de haber llegado a actualizarla en el momento del hecho). Así pues, para evitar la confusión entre *antijuricidad* y *culpabilidad*, tan palpable en el pensamiento de *Silvela*, hará falta construir un primer escalón en la estructura del delito donde se recojan los elementos que fundamentan un deber de omitir o actuar (fundamentalmente un *comportamiento*) o *tipicidad*.

La necesidad de sistematizar los elementos de la construcción del delito se refleja también muy claramente en el rechazo de la imprudencia del Derecho penal de la culpabilidad por parte de *Dorado Montero*. En efecto, en la imprudencia, mejor aún que en el delito doloso o intencionalidad, se comprueba la necesidad de construir un tipo (en ausencia de un tipo legal) que sirva de punto de referencia a los juicios posteriores de antijuricidad y culpabilidad del comportamiento prohibido. El autor, para actuar típicamente, ha debido representarse las circunstancias de donde surge su deber de cuidado, la situación de peligro para los bienes jurídicos en atención a la cual prohíbe el Derecho la realización de la acción peligrosa. Si el autor se ha representado correctamente tales circunstancias, ya ha actuado típica y antijurídicamente (salvo que concurra una causa de justificación o que ese comportamiento se siga moviendo dentro del “riesgo permitido”), en tanto que el conocimiento (imprudencia consciente), o el desconocimiento evitable (imprudencia inconsciente), de la norma que establece el deber de cuidado fundamentará la capacidad de culpabilidad, o su exclusión (caso de ser inevitable el desconocimiento); pero aun en ese caso seguiremos estando ante un comportamiento antijurídico. También, pues, en el delito imprudente, cabe distinguir la *antijuricidad* de la *culpabilidad*.

Finalmente, la necesidad de construir el escalón de la tipicidad como punto de referencia que permite resolver el problema de la culpabilidad jurídico-penal se refleja muy bien en el planteamiento ontológico de *Navarro de Palencia*. Es la acción, la representación de las circunstancias que establecen el surgimiento del deber de omitir o de actuar en que se concreta la norma lesionada, bien se trate de la acción que quiere lesionar el bien jurídico (delito doloso) bien de la acción que quiere crear peligros de lesión de bienes jurídicos (delito imprudente), es la tipicidad del comportamiento la que debe llevar al autor a reconocer la norma que infringe (“Appelfunktion des Tatbestandes”) o antijuricidad, y que da lugar a su lesión voluntaria cuando el autor actualizó la norma violada, como forma de plena culpabilidad, y a la estimación de la culpabilidad (aunque quepa atenuar la responsabilidad) cuando, aunque no se actualizó en el momento del hecho, pudo serlo en la psique del autor (error de prohibición evitable). De esta manera se puede apreciar cuál es el contenido de culpabilidad de la imprudencia inconsciente (la capacidad de haber llegado a actualizar la norma de cuidado violada) y llegar a la moderna *Teoría de la culpabilidad*, en función de la cual el autor que realizó el tipo de delito doloso, pero desconoció la norma que prohíbe su realización, no responderá por imprudencia (como desearía la *Teoría del dolo*, que excluye éste si faltó el conocimiento de la antijuricidad), sino por delito doloso (que sólo incluye el conocimiento de los elementos del tipo, pero no necesariamente el conocimiento de la prohibición misma), afectando sólo al ámbito de la punibilidad el proble-

ma, único que se plantea en el escalón de la culpabilidad, del error de prohibición evitable.

4.- El nuevo sistema, inaugurado por *Beling*, acierta desde el primer momento en el escalonamiento de la construcción del delito, planteándose, a partir de ahí, la disputa en torno a cómo concebir cada uno de estos elementos; aunque lo más importante, el papel de criterio de referencia de la tipicidad respecto a la antijuricidad y la culpabilidad, no se desvirtuará jamás.

Así, en la Teoría del delito de Luis *Jiménez de Asúa*, se pone claramente de relieve que la tipicidad quiere ser objeto de referencia de la antijuricidad y de la culpabilidad<sup>39</sup>, para lo cual debe ser *descripción* objetiva de un comportamiento, como quería *Beling*; pero, puesto que entretanto esa concepción había sido puesta en cuestión con el descubrimiento de los elementos subjetivos y normativos del tipo<sup>40</sup>, se relativizaba la posibilidad de darle un contenido objetivo y descriptivo. Este dilema está muy presente en el pensamiento de *Jiménez de Asúa*, el cual lo resuelve eclécticamente: hay tipos “normales”, que sólo contienen la descripción de un comportamiento externo; y hay tipos “anormales”, en los que la tipicidad contiene ya elementos de la antijuricidad (elementos normativos) o de la culpabilidad (elementos subjetivos)<sup>41</sup>. Con lo cual, al menos en estos casos, no podría decirse que la tipicidad sea punto de referencia de la antijuricidad y de la culpabilidad, pues, al menos en los tipos “anormales”, habría que considerar ya la antijuricidad y la culpabilidad para afirmar la tipicidad.

Para *Jiménez de Asúa*, el *dolo*, como primera *forma de culpabilidad*, exige el conocimiento de las circunstancias esenciales del hecho (el tipo) y del significado de su prohibición (la antijuricidad)<sup>42</sup>. Si falta alguno de estos conocimientos, la responsabilidad sólo podrá ser a título de *culpa*, segunda forma de culpabilidad, basada en la producción del resultado no querido por el autor pero *previsible* en virtud de su *representación fáctica* de una situación de peligro para el bien jurídico<sup>43</sup>.

*Jiménez de Asúa* distingue entre el *error*, de hecho o de Derecho, y la *ignorancia de la ley*, en lo que puede verse un esbozo de distinción entre *error sobre el tipo* y *error de prohibición*; pero no piensa que el tratamiento de cada uno de ellos deba ser distinto, pues para él ambos excluyen el *dolo* y sólo dejan un resto de responsabilidad por *culpa*<sup>44</sup>. Ahora bien, la moderna teoría de la culpabilidad —según la cual el autor se ha tenido que representar los elementos que hacen típico su comportamiento (lesión del

39.- LUIS JIMENEZ DE ASUA, *La teoría jurídica del delito*, 2ª ed., 1958, pg. 43 s.

40.- Sobre la repercusión de este descubrimiento en la concepción de *Beling* entre 1906 y 1930, vid. Heinrich SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957, pg. 76 ss.

41.- JIMENEZ DE ASUA, *Teoría jurídica del delito*, pg. 51.

42.- JIMENEZ DE ASUA, *Teoría jurídica del delito*, pg. 83 ss.

43.- JIMENEZ DE ASUA, *Teoría jurídica del delito*, pg. 92, 100.

44.- JIMENEZ DE ASUA, *Teoría jurídica del delito*, pg. 146 s.

bien jurídico en el comportamiento doloso y peligro de lesión en el comportamiento imprudente), y ha debido tener la posibilidad *real* de conocer la norma que lo prohíbe, como se ve con más claridad en la monografía de Antonio Ferrer Sama sobre el error, de 1941, inspirada también en los postulados de la Escuela clásica— estaba ya prefigurada en la obra de Jiménez de Asúa.

En efecto, para Ferrer Sama, el error, cuya *vencibilidad* da lugar a una responsabilidad penal por culpa<sup>45</sup>, tiene que basarse en la capacidad *subjetiva* del autor<sup>46</sup>; lo que, lógicamente, requiere la representación *real* de los elementos que hacen típico su comportamiento (lesión de un bien jurídico o peligro de lesión) y la capacidad, *real también*, de evitar la lesión del Derecho, que no quiere que esos comportamientos tengan lugar. Con lo cual Silvela, que presumía que esta capacidad la tiene todo el mundo, queda neta y definitivamente superado.

Cuestión distinta es que Ferrer Sama exija, siguiendo a Mezger, el conocimiento actual de la norma establecida para prevenir la lesión de bienes jurídicos no querida<sup>47</sup>; no conformándose con la mera *actualizabilidad* de la misma, como hoy diría la Teoría de la culpabilidad. Aunque, siguiendo también a Mezger, reconduzca los casos que hoy consideramos de imprudencia inconsciente y, en general, de error de prohibición evitable, a la figura de la “ceguera jurídica”<sup>48</sup>.

También la concepción de Hans Welzel puede entenderse como una reconsideración de la tipicidad como punto de referencia de la antijuricidad y de la culpabilidad, tras el impacto que había supuesto el descubrimiento de los elementos normativos y subjetivos<sup>49</sup>. La solución de Welzel va a ser la de volver a la consideración de tipo como la descripción objetiva de algo; la diferencia, sin embargo, va a estar en la caracterización de ese algo, que ya no será puramente externo, ni valorativamente neutro, sino subjetivo (dolo) y previamente valorado<sup>50</sup>. El tipo, en la concepción final, está constituido por un *comportamiento* pleno de significado valorativo. El tipo contiene la *materia de prohibición*<sup>51</sup>, compuesta de elementos objetivos y subjetivos, descriptivos y valorativos. El planteamiento de Welzel sobre la tipicidad, que contiene un elemento subjetivo o dolo, se completa con la *Teoría de la culpabilidad*, donde se comprueba si el autor, *que ha querido realizar el tipo de injusto*, conocía que su comportamiento estaba prohibido por el ordenamiento jurídico. Pero, en cualquier caso, el posible error de prohibición deja intacto el dolo, ya constatado en el tipo, y se mi-

45.- Antonio FERRER SAMA, *El error en Derecho penal*, 1941, pg. 25 ss.

46.- FERRER SAMA, *Error*, pg. 42 s.

47.- FERRER SAMA, *Error*, pg. 47.

48.- Sobre esta problemática, vida. Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (trad. de José Cerezo Mir), 1964, pg. 106.

49.- Cfr. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pg. 61 ss., 70 ss. Por lo que se refiere a los elementos subjetivos, vid también CEREZO MIR, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pg. 26 ss.

50.- ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pg. 60.

51.- WELZEL, *Nuevo sistema*, pg. 50; también SCHWEIKERT, *Wandlungen der Tatbestandslehre*, pg. 114 ss.

de con los criterios de evitabilidad o inevitabilidad<sup>52</sup>. El nuevo sistema iniciado por *Welzel* fue, en parte, acogido por la doctrina, en lo que se refiere al comportamiento doloso<sup>53</sup>; en cambio, por lo que se refiere al comportamiento imprudente, no fue capaz de desarrollarlo consecuentemente con su planteamiento original.

En el contexto de la concepción final del delito, aunque manteniendo muchos elementos de la concepción tradicional de la culpabilidad, escribe Juan *Córdoba Roda* su monografía sobre el conocimiento de la antijuricidad, de 1959. Para *Córdoba Roda*, la culpabilidad es voluntad del comportamiento prohibido, sea el doloso, sea el culposo<sup>54</sup>. La dificultad mayor para *Córdoba Roda* va a residir, como le ocurrió a *Ferrer Sama*, en aquellos casos donde el autor no se ha representado la norma violada. En su lugar, echa mano de la llamada “imprudencia de Derecho”<sup>55</sup>, una figura que, o se reduce a evitabilidad del error de prohibición sufrido, en cuyo caso resulta innecesaria en la moderna Teoría de la culpabilidad, o entraña una vuelta al “*versari in re illicita*”, incompatible con el principio de culpabilidad<sup>56</sup>. Que *Córdoba Roda* parece estar pensando en lo primero lo avala su insistencia en que el autor ha debido poseer una capacidad psicológico-individual de actualización de la norma lesionada<sup>57</sup>. Lo que ocurre es que no quiso hablar de su “error de prohibición evitable” o “inevitable” porque ello suponía la ruptura con una tradición que, al menos lingüísticamente, estaba todavía muy arraigada en la Dogmática penal española, desde los tiempos de Luis *Silvela*, por influencia teológica.

Más recientemente, las críticas realizadas por Claus *Roxin* a la Teoría del tipo de culpabilidad finalistas ponen de relieve que, con independencia de las importantes cuestiones que plantea en orden a refundir la tipicidad y la antijuricidad en un único escalón, lo que le lleva a sustentar la llamada Teoría restringida de la culpabilidad, no cuestiona, sin embargo, la distinción entre *injusto y culpabilidad*, la existencia de un *error sobre el tipo*, que lo excluye, y de un *error sobre la antijuricidad*, que excluya la culpabilidad

52.- WELZEL, *Nuevo sistema*, pg. 112 ss.

53.- Típico representante de quienes aceptan los postulados finalistas en el tipo de delito doloso, rechazándolos por lo que se refiere a la configuración del tipo de delito imprudente, es José Arturo RODRIGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 1953, 2ª ed. (1978) a cargo de Manuel Cobo del Rosal, con prólogo de José María Rodríguez Devesa, que se cita, pg. 133.

54.- JUAN CORDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, pg. 69.

55.- CORDOBA RODA, *Conocimiento de la antijuricidad*, pg. 130, 133 ss.

56.- Vid. CUELLO CONTRERAS, CPCt 1987, pg.

57.- CORDOBA RODA, *Conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, pg. 69. Cuando afirma: “A conduciendo *peligrosamente* se ha representado la contrariedad en que se encuentra su conducta con la norma de cuidado”, está reconociendo, acertadamente, que el *peligro* creado con su conducta ha debido ser algo que el propio autor de la imprudencia ha debido representarse; pues, de no ser así, difícilmente habría podido actualizar que su comportamiento infringe la norma de cuidado.

si fue inevitable<sup>58</sup>. Esta distinción nunca la aceptó la doctrina anterior a la influencia finalista en la moderna Teoría del delito.

Puede decirse que el sistema se cierra con el último ensayo realizado dentro del Finalismo para aplicar al comportamiento imprudente los postulados con que en su día quiso *Welzel* configurar el *concepto unitario de injusto*. Pues ese ensayo, realizado por Eberhard *Struensee*<sup>59</sup>, permite separar, *también en el delito imprudente, elementos del tipo y elementos de la antijuricidad*, y aplicar al comportamiento imprudente el *concepto unitario de culpabilidad*: Si el autor no se representó los elementos del tipo imprudente, su comportamiento es penalmente irrelevante; si, habiéndose los representado, desconoció la antijuricidad de su comportamiento, sólo decaerá la culpabilidad, siempre y cuando fuese inevitable el error de prohibición sufrido. Por eso, la *vencibilidad* del error, a que alude el párrafo segundo del nuevo art. 6° bis a, debe entenderse en el sentido de excluyente de una responsabilidad a título de dolo y fundamentadora de una responsabilidad a título de imprudencia (sólo) si el autor se representó los elementos del *tipo de imprudencia*, constituido, fundamentalmente, por un peligro de lesión para el bien jurídico. Conocido el tipo de imprudencia, el autor puede sufrir un error sobre la prohibición de ese comportamiento, regulado genéricamente (para el delito doloso y el delito imprudente) en el párrafo III del art. 6° bis a<sup>60</sup>. También la utilización del término “vencibilidad”, empleado por el Legislador de 1983 para referirse al error sobre el tipo de imprudencia, siendo así que ya nos estábamos acostumbrando a asociar dicha terminología con el error de prohibición, constituye un nuevo motivo para haber abundado en la fascinante evolución de nuestra tradición penal.

\*\*\*

No se trata de desacreditar la influencia de la Teología sobre el Derecho penal de la culpabilidad. Sobre todo si se tiene en cuenta el estado del Derecho penal anterior a esa época de esplendor teológico brevemente aludida en las primeras páginas de este escrito, frente al que tal influencia representa un paso gigantesco hacia la Modernidad. Tampoco sería equitativo obviar el hecho de que la Teología ha evolucionado tanto o más que el Derecho penal desde entonces. Que ello puede servir para construir un Derecho penal más justo, humano y realista lo ha demostrado Antonio *Beristain* en más de una ocasión<sup>61</sup>. Se trata, más bien, de aceptar que el Derecho penal no es un fenómeno social aislable de otros fenómenos sociales e individuales que influyen decisivamente en el destino último (radical) del individuo. Desde este punto de vista, el Derecho penal nunca podrá prescindir de la dimensión teológica (trascendente) del hombre.

58.- Claus ROXIN, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (trad. de Enrique Bacigalupo), 1977, pg. 291, 189 ss., 283.

59.- STRUENSEE, *ADP* 1987, pg. 423 ss.

60.- Sobre esta cuestión, vid. CUELLO CONTRERAS, *CPCr* 1987, pg. 282.

61.- Vid., p. ej., Antonio BERISTAIN, *Cuestiones penales y criminológicas*, pg. 555 ss.



## O SISTEMA DAS “PENAS ACESSÓRIAS” NO NOVO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Jorge de Figueiredo Dias

*Catedrático de Direito Penal  
Universidade de Coimbra*

I.- De Antonio Beristain se dirá com razão, como de poucos, ser um cultor por excelência da *gesamte Strafrechtswissenschaft* de que falava v. Liszt<sup>1</sup>. Ao seu espírito vivo, inquieto e criador, bem pode afirmar-se não ter sido estranho nenhum dos grandes problemas —dogmáticos, criminológicos ou político-criminais— que, ao longo do último meio-século, têm perpassado o universo das ciências penais e, por vezes, o têm feito estremecer mesmo nos seus fundamentos. E se me posso permitir confessar aquilo que, na inteira obra do nosso homenageado deste dia, admiro mais que tudo o resto, isso será uma esplêndida *unidade de espírito* que lhe permite, por sobre uma aparente diversidade de posições no *mare magnum* das questões penais, reconduzi-las sempre à força vinculante de convicções profundas que nunca o abandonam.

Julgo não me enganar, em todo o caso, dizendo que o âmbito da inteira ciência jurídico-penal que desde sempre mais fundo tocou o pensamento de Beristain é o que relaciona os modelos e os programas da política criminal com o sistema sancionatório criminal; decerto porque nesse âmbito, como em nenhum outro, se põe da forma mais aguda e pungente o problema da pessoa individual e da sua condição perante o poder majestático do Estado — sendo portanto aí também que sobressai a preocupação humaníssima de Beristain com o homem delinquente e com o seu destino. Preocupação que o leva a defrontar, em múltiplos escritos do mais variado tomo e das mais diversas finalidades, desde as profundas e árduas questões atinentes aos fundamentos, às finalidades e aos limites do direito estadual

---

1.- *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, 1905, p. 293 e II, p. 285.

de punir<sup>2</sup>, até aos concretos e (só aparentemente!) técnicos problemas de conformação das sanções penais.

Entre estes últimos não escapou à lucida atenção de Beristain o problema do passado, do presente e do futuro das inabilitações<sup>3</sup>. Inabilitações que, no CP vigente em Portugal desde 1983, surgem — correspondendo ao “carácter ambivalente que corresponde a su naturaleza ontológico-jurídica pretérita y actual” e que, na opinião de Beristain, deveria no futuro ser conservado<sup>4</sup> — em parte consideradas como medidas de segurança, sob a forma de “interdição de profissões” (art. 97º)<sup>5</sup>, noutra parte, a mais extensa e importante, como constitutivas daquilo que o Código chama *penas acessórias* (arts. 65º e ss.). Esta circunstância enseja-me a oportunidade de discorrer, se bem que brevemente, sobre o sistema das penas acessórias no CP português vigente — sistema onde, como espero mostrar, a par de princípios político-criminais da mais decidida actualidade e relevância, se intromete uma ambiguidade fundamental que, pondo em risco a sua eficácia, merece que o penalista o analise com alguma minúcia. Espero que, deste modo, no fim me possa ser creditada a minha única intenção de honrar a nobre figura de Homem e de Jurista de António Beristain; intenção à qual junto o mais estremado voto de que continue, por muitos e muitos anos ainda, a abrir com os seus estudos vias aos cultores futuros da ciência jurídico-penal que lhes permitam “surcar otra ruta orientada por más justas y humanas estrellas”<sup>6</sup>.

II.- Se procurar indagar-se, a nível doutrinal, o que sejam *penas acessórias*, a resposta, aparentemente trivial, diz que como tais devem ser consideradas aquelas que só podem ser pronunciadas na sentença condenatória conjuntamente com uma pena principal. Elas distinguem-se assim dos chamados *efeitos das penas*, onde se trata de consequências — necessárias ou penderes de apreciação judicial — determinadas pela aplicação de uma pena, principal ou acessória; efeitos estes que, podendo embora possuir “carácter penal”, não assumem a natureza de verdadeiras *penas*, por lhes faltar o sentido, a justificação, as finalidades e os limites próprios daquelas.

A caracterização feita<sup>7</sup> nada tem, porém, de evidente ou de pacífico na evolução legislativa e na tradição doutrinal, tanto portuguesas como estrangeiras. Pelo contrário, reina a este propósito uma insegurança e uma

2.- E de que é excelente exemplo recente o seu artigo “Comentarios a la sancion penal desde cierto humanismo español”, *Bol. da Fac. Dir. Coimbra* 61 (1985), p. 265.

3.- ANTONIO BERISTAIN, “La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana, separata da *Rev. gen. de legisl. y jurisprud.*, Septiembre 1966.

4.- Como na nota 3, p. 35.

5.- Toda a menção a artigos de lei sem referência ao diploma donde provêm deve entender-se feita ao CP português de 1982.

6.- BERISTAIN, como na nota 3, p. 5.

7.- E que, como à frente melhor se revelará, corresponde no essencial à distinção ainda hoje feita pelo CP da RFA entre *Nebenstrafen* (§ 44) e *Nebenfolgen* (§ 45) — se bem que esta última categoria não seja configurada pela doutrina sempre com a mesma extensão; cf. por outros ZIPF: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht AT, Teilb. 2º* (1984), § 57 Rn. 21 s. e § 61 Rn. 3.



confusão, não meramente terminológicas, quase inextricáveis. E assim existe quem, pondo na sombra o conceito de “efeito das penas”, considere penas acessórias todas as que *de direito* se seguem à condenação, como efeitos penais desta<sup>8</sup>. Outros contrapõem as penas acessórias, que se acrescentam automaticamente (*ope legis*) à pena principal, às penas complementares, as quais, mesmo quando obrigatórias, têm de figurar expressamente na condenação<sup>9</sup>. A orientação mais difundida é porém ainda aquela que contrapõe o carácter automático ou *ope legis* da produção dos efeitos da pena à exigência de que a pena acessória — *ainda quando ela se revele obrigatória* — seja pronunciada na sentença condenatória<sup>10</sup>; e foi neste sentido que se formou largo consenso na doutrina portuguesa, à luz do que a propósito dispunha, nomeadamente no art. 83º, o CP português de 1886<sup>11</sup>.

Diferente — e em certa medida original — é o tratamento dado a esta matéria pelo CP português de 1982. O capítulo intitulado “penas acessórias” inicia-se com um preceito, o do art. 65º, segundo o qual “nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direito cívico, profissionais ou políticos”. Em seguida o art. 66º regula a pena de demissão, o art. 67º a pena de suspensão temporária da função e o art. 68º os efeitos destas penas. No art. 69º contempla-se a interdição do exercício de outras profissões, actividades ou direitos. E finalmente, no art. 70º, regulam-se os termos da reabilitação. E este conjunto de disposições legais que, na novidade da sua forma de regulamentação e na sua clara e terminante intenção político-criminal, dá azo a um complexo de questões e problemas que de seguida serão examinados.

III. 1.- E sabido como tanto a doutrina dos efeitos das penas e dos crimes como a própria concepção das penas acessórias se encontram historicamente ligadas à *infâmia* da legislação medieval<sup>12</sup> e às suas *penas da honra*; ligadas, deste modo, a incapacidades, inabilitações ou restrições de outra e diversa natureza que, surgindo como consequências jurídicas da

8.- V.g. o art. 20º do CP italiano; e sobre ele, por outros, BETTIOL/PETTOELLO, *Dir. pen.* <sup>12</sup>(1986), p. 847 ss. — o que não significa, no entanto, que não continue aqui a falar-se, num sentido amplo, em “efeitos penais da condenação: *ibidem*, p. 855 s. Em sentido próximo, relativamente ao direito espanhol, RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GOMEZ, *Der. pen. esp. PG* <sup>10</sup>(1986), p. 930 ss. fundamental sobre o tema agora S. LARIZZA, *Le pene accessaire* (1986).

9.- Assim no direito francês: cf. J. PRADEL, *Dr. pén. gén.* <sup>6</sup>(1988) nº 527 ss.

10.- Extensas indicações de direito comparado podem, a propósito, colher-se na *Rev. intern. dr. pén.* (1957), dedicada ao tema “Les conséquences légales, administratives et sociales de la condamnation pénale” (7º Congresso da AIDP, Atenas).

11.- Cf. EDUARDO CORREIA/ANABELA RODRIGUES/A. M. ALMEIDA COSTA, *Direito Criminal* III-1 (1980) p. 254 ss.; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal* II (1961), p. 181 s.; MAIA GONÇALVES, *CP Anotado* <sup>6</sup>(1982), anot. 1 ao art. 83º, com indicação concordante do Parecer da Procuradoria-Geral da República 63/64, de 65JAN28.

12.- Pormenorizadamente A. M. ALMEIDA COSTA, *O Registo Criminal* (1985), pp. 7 ss. e 37 ss.; no mesmo sentido EDUARDO CORREIA in: *Estudos Beleza dos Santos* I (1966), p. 264 e EDUARDO CORREIA E OUTROS, como na nota 11, p. 236 s.

condenação por um certo crime ou numa certa pena, atingiam o delinquente, de forma necessária, após o cumprimento da pena principal. Por meio destas “sanções adicionais” se pensava conseguir uma eficaz intimidação da generalidade das pessoas, afastando-as da prática de crimes<sup>13</sup>.

Com o advento, primeiro da filosofia iluminista e depois da legislação liberal, se cessaram em princípio as penas e os efeitos acessórios ligados ao corpo do delinquente e que se traduziam em tratamentos desumanos, persistiram todavia aqueles outros que se traduziam em perdas ou suspensões de direitos civis, profissionais ou políticos. E esta persistência ainda mais se radicou quando, por efeito do sistema sancionatório se ter tornado prevalentemente detentivo e mesmo penitenciário, se facilitou a ligação da extensão, da qualidade e da própria necessidade de produção daqueles efeitos à *natureza da pena principal* —nomeadamente da pena privativa de liberdade— a que o delinquente fosse condenado.

O direito penal português revela-se a muitos títulos exemplar quanto ao sentido desta evolução<sup>14</sup>. O direito das Ordenações do Reino estava recheado de efeitos das penas, muitos deles crueis e brutais (açóites, corte de mão, baraço e pregão, marca de ferro, etc.), outros que essencialmente se traduziam na perda de direitos. O CP de 1852 deixou subsistir apenas estes últimos como sinais da infâmia ou da desonra do criminoso, ligando-os em uma boa parte à espécie ou natureza da pena principal que viesse a ser aplicada, como suas consequências necessárias (art. 67º). O CP de 1886, abolindo várias penas principais, limitou em consequência os efeitos das penas, mas manteve a sua filosofia essencial de instrumentos de intimidação geral, que agora, todavia, se extinguiriam por mero efeito da extinção da pena principal (ideia esta que haveria, no entanto, de sofrer a certa altura da evolução um recuo significativo, voltando-se à existência de efeitos da pena perpétuos).

2.- O CP de 1982 considerou como *penas acessórias*, como se disse já, alguns dos tradicionalmente chamados efeitos das penas (ou “efeitos penais da condenação”)<sup>15</sup>, *retirando-lhes todavia o seu —também tradicional— carácter de produção automática ou necessária* (art. 65º). Condição necessária, mas *nunca* suficiente, de aplicação de uma pena de demissão ou interdição de uma profissão ou actividade é assim a condenação numa pena principal de prisão superior a 2 anos (art. 66º3). Para além deste requisito “formal”, torna-se porém *sempre* necessário que o juiz comprove

13.- Assim EDUARDO CORREIA E OUTROS, como na nota 11, p. 237 ss. Em Itália BETTIOL/PETTOELLO, como na nota 9, p. 848. Na doutrina italiana chegou a defender-se —cf. PANNAIN, *Le incapacità giuridiche quale effetti —penali o no— delle sentenze penali* (1938), p. 20— que a pena acessória se distinguiria da principal porque a finalidade desta seria a prevenção especial, a daquela a prevenção geral.

14.- Minuciosamente sobre esta evolução EDUARDO CORREIA E OUTROS, como na nota 11, p. 254 ss. Elementos importantes encontram-se também em EDUARDO CORREIA, *Estudos Sobre a Evolução das Penas no Direito Português I* (1977), p. 23 s. e *passim*.

15.- No sentido desta equiparação também CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal*, lições de 1988, p. 125: “No novo CP, os efeitos penais da condenação são penas acessórias”; cf. ainda EDUARDO CORREIA E OUTROS, como na nota 11, p. 245.

no facto um particular *conteúdo de ilícito* —um “flagrante e grave abuso da função”, uma “grave violação dos deveres que lhe são inerentes”, a “incapacidade ou indignidade para exercício do cargo” ou “a perda da confiança geral necessária àquele exercício” (arts. 66<sup>o</sup>1 e 2)— que justifique *materialmente* a aplicação em espécie da pena acessória.

Este, sem dúvida, o rasgo político-criminal mais marcante e inovador do tratamento das penas acessórias no CP de 1982; e não parece possível que o seu bom fundamento possa ser posto em dúvida.

Por um lado, na verdade, corcorda-se hoje de forma generalizada<sup>16</sup> em que importa retirar aos instrumentos sancionatórios criminais todo o efeito *jurídico* infamante ou estigmatizante —inevitavelmente des-socializador, e portanto criminógeno— que acresça ao efeito de desqualificação *social* que já por sua mera existência lhes cabe<sup>17</sup>. Ora a necessidade ou automaticidade dos efeitos de certas penas —ou se quisermos, à luz do CP português de 1982: das “penas acessórias”— representa sempre, do ponto de vista político-criminal, um labéu ou estigma adicional, *juridicamente* produzido, que recai sobre o condenado a uma certa espécie de pena e só a esta luz consegue compreender-se.

Por outro lado, a eliminação pelo CP de 1982 das diversas “espécies de pena de prisão” que existiam no direito anterior— nomeadamente a “prisão maior” e a “prisão correcional”, às quais automaticamente se ligavam certos efeitos —e a sua confissão terminante a favor de uma *prisão única ou simples* que unicamente se distingue segundo a sua duração, compreendem-se justamente à luz do mesmo património de ideias político-criminais que fundamenta a eliminação dos efeitos automáticos das penas<sup>18</sup>. O que tudo radica numa óptica a que o novo CP português pretendeu e bem —apesar da campanha que um certo pensamento político-criminal vem desenvolvendo contra ela<sup>19</sup>— conferir o mais decidido relevo: a óptica de uma autêntica *prevenção especial de (re)socialização*.

16.- Para o que poderosamente contribuiu a perspectiva criminológica interaccionista ou do *labeling approach*. Sobre ela, em Portugal, FIGUEIREDO DIAS, “A Perspectiva Interaccionista na Teoria do Comportamento Delinvente”, in: *Estudos Teixeira Ribeiro III* (1981), p. 143 ss. e FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Criminologia* (1984), pp. 42 ss., 159 ss. e 342 ss.

17.- Como exactamente nota BERISTAIN, como na nota 3, p. 36; cf. depois FIGUEIREDO DIAS, in: Fondation Intern. Pén. et Pénit., *Casier judiciaire et réhabilitation* (1979), pp. 49, 51 s. e agora S. LARIZZA, como na nota 8, p. 334 ss.

18.- A consagração —logo no *Projecto Eduardo Correia* de 1963— de uma pena de prisão única ou simples foi de resto saudada, em Portugal como no estrangeiro, como uma das mais significativas e logradas realizações do nosso movimento de reforma penal: cf. só EDUARDO CORREIA, *Código Penal. Projecto da Parte Geral* (1963), p. 53 s. e *Estudos B. dos Santos*, como na nota 12, p. 263 s.; JESCHECK, *Estudos B. dos Santos*, cit., p. 462 s.; HÜNERFELD, *Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Portugal* (1971), p. 261.

19.- A literatura geral sobre o ponto é hoje demasiado extensa e conhecida para que se torne aqui necessária qualquer indicação. Esclarecedora sobre a polémica em Portugal é a colectânea *Cidadão Delinvente: Reinserção Social* (1983), especialmente os artigos de TERESA BELEZA e de ANABELA RODRIGUES, pp. 159 ss. e 175 ss. Por último FIGUEIREDO DIAS, “O Sistema Sancionatória do Direito Penal Português no Contexto dos Modelos da Política Criminal”, sep. dos *Estudos Eduardo Correia* (1988), pp. 22 ss., 37.

3.- Que pese, no entanto, a todo o seu valor e significado político-criminal, o princípio da não-automaticidade dos efeitos das penas contido no art. 65º não poderia, pela sua própria natureza de lei *ordinária*, constituir mais que uma “norma programática” para o CP e uma orientação político-criminal —em todo o caso não vinculante— para o conjunto da legislação penal futura. Todavia, aquele princípio, com o seu conteúdo fortemente socializador, foi em tal grau reconhecido pela comunidade portuguesa como trave-mestra de todo um programa político-criminal integrado, moderno e eficaz, que ele foi, na sua integralidade, elevado à categoria de *princípio jurídico-constitucional* pela reforma da Constituição portuguesa (CRP) de 1982: o art. 30º4 da CRP tem hoje exactamente a mesma redacção do art. 65º do CP. Assim se inconstitucionalizaram leis penais extravagantes que previam efeitos automáticos da aplicação de certas penas<sup>20</sup>; e se obrigou o legislador do futuro, em todo o campo da legislação penal, a não conferir em qualquer caso automaticidade à produção daqueles efeitos.

O Tribunal Constitucional (TC) já chegou mesmo a sustentar que o art. 30º4 da CRP “não é mais do que um corolário do princípio do Estado de direito democrático (art. 2º da CRP) nas suas implicações no âmbito da ‘constituição penal’”. Na verdade —acrescentou— os efeitos das penas traduzem-se “materialmente numa verdadeira *pena*, que não pode deixar de estar sujeita, na sua aplicação, às regras próprias do Estado de direito democrático, designadamente reserva judicial, princípio da culpa, princípio da proporcionalidade da pena, etc.”<sup>21</sup>.

Mas com esta justificação foi o TC, em meu parecer, longe demais. Do princípio do Estado de direito democrático não decorre directa e necessariamente que ele seja violado pelo facto de, *por força de lei formal*, à condenação por um crime e à imposição da pena respectiva acrescerem outros efeitos de natureza penal: ainda estes podem ser vistos como fazendo parte do conteúdo da condenação e da pena nela (legalmente) aplicada<sup>22</sup>. Não pois directamente o *princípio constitucional* do Estado de direito democrático, mas o *princípio político-criminal* da luta contra o efeito estigmatizante, des-socializador e criminógeno das penas é o que oferece verdadeiro fundamento ao disposto no art. 30º4 da CRP. Que um tal princípio político-criminal se encontre em consonância plena com a concepção do Estado de direito democrático, é asserção exacta e que eu próprio noutra lugar pus já em relevo<sup>23</sup>; mas seria demasiado aventuroso fazê-lo decorrer daquela concepção, antes da reforma constitucional de

20.- Inconstitucionalidades já declaradas em vários Acórdãos do TC, p. ex. 16/84 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional* 2, 1984, p. 367), 127/84 (*ibidem* 4, 1984, p. 403) e de 86ABR20 (*Diário da República* I de 86JUN03).

21.- AcTC 127/84, como na nota 20, p. 408.

22.- Só assim se compreende que muitas legislações —ainda hoje decerto a maioria, v.g., em Espanha, França, Itália, RFA, etc.— onde rege o princípio do Estado de direito democrático continuem a consagrar nos códigos penais efeitos *automáticos* das penas, sem que alguma vez, que eu saiba, se tenham suscitado a propósito problemas de constitucionalidade. O mesmo, de resto, se dirá de Portugal antes da reforma constitucional de 1982.

23.- *Rev. Ordem dos Advogados* 43 (1983), p. 36.

1982, sem intermediário — justamente constituído agora pelo art. 30º4 da CRP. Com o que em nada se afecta a dignidade deste preceito, antes pelo contrário se patenteia o alto grau em que o legislador preza princípios fundamentais da “constituição político-criminal”.

4.- Uma *limitação material* do princípio político-criminal e jurídico-constitucional da não automaticidade dos efeitos das penas parece no entanto derivar do art. 69º2. Segundo ele, “à prática de certos crimes pode ainda corresponder, *por força da lei*, a incapacidade para eleger o Presidente da República, os membros de assembleias legislativas ou de autarquias locais, para ser eleito como tal, para ser jurado, ou ainda para exercer o poder paternal, a tutela, a curatela ou a administração de bens”.

A uma primeira aproximação dir-se-á não haver contradição, ou sequer entrecruzamento de sentidos, entre os dois normativos: o art. 65º proíbe a automaticidade dos *efeitos das penas*, o art. 69º2 permite a automaticidade de certos e determinados *efeitos de crimes*<sup>24</sup>. O que poderia porventura justificar-se com o argumento de que os efeitos automáticos permitidos dos crimes — certas ineligibilidades activas e passivas e incapacidades para certos *officii* de direito público ou mesmo privado — se ligam ao *conteúdo do ilícito* respectivo e não à natureza da pena fixada; de sorte que já não valeriam aqui as razões político-criminais de luta contra a estigmatização adicional ligada a um certo tipo de pena e de consequente desfavorecimento da socialização do delinquente.

A situação das coisas revela-se porém, a uma visão apertada, bem mais complexa. Os efeitos automaticamente ligados por lei a certos crimes supõem naturalmente a condenação — são inevitavelmente “efeitos da condenação” — e a consequente aplicação de uma pena: tornam-se assim em efeitos da pena e serão então abrangidos pelo teor literal do art. 65º; caso em que as duas regulamentações se apresentarão insanavelmente contraditórias. Ao que acresce, com maior importância ainda, que deste modo se ligam automaticamente à condenação — e ainda que não directamente por força da pena, mas do crime — efeitos penais tão estigmatizantes, des-socializadores e criminógenos como os efeitos das penas verdadeiros e próprios. A justificação político-criminal básica do art. 65º acaba deste modo por ser posta em causa pelo art. 69º2, podendo inclusivamente a constitucionalidade deste preceito face ao art. 30º4 da CRP ser fundamentamente questionada. Sobretudo quando o legislador ordinário use fórmulas como a de que “quem for *condenado* pelo crime *x* incorre automaticamente no efeito *y*”, será praticamente impossível saber se estamos no âmbito permitido pelo art. 69º2 ou antes no âmbito proibido pelo art. 65º!<sup>25</sup>

24.- Logo neste sentido EDUARDO CORREIA, in: *Actas da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral*, II (1966), p. 99. Neste sentido se formou a doutrina portuguesa praticamente unânime, pela qual pode ver-se LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *O CP de 1982 I* (1986), p. 360.

25.- Exemplos de uma tal equivocidade abundam na legislação penal portuguesa, máxime na extravagante. Até ao ponto de poder perguntar-se se, num caso como aquele que versou o AcTC 127/84 (como na nota 20), estávamos perante um efeito da pena ou, afinal, perante um efeito do crime; como quer que seja o TC pronunciou-se — o que é significativo para o meu ponto de vista — pela inconstitucionalidade!

Uma regulamentação como a que se contém no art. 69º2 é assim —na interpretação que dele faz a doutrina dominante, contrapondo a sua automaticidade à não-automaticidade do art. 65º— político-criminalmente injustificada e jurídico-constitucionalmente duvidosa. Pode compreender-se que haja conveniência em ligar a certos crimes efeitos acessórios como ineligibilidades e incapacidades de vária sorte. Também tais efeitos, porém, deverão ficar sujeitos ao princípio da não-automaticidade. O que é reforçado pela circunstância de que o CP, quando quis ligar certos efeitos a determinados crimes —v.g., no art. 218º a suspensão do poder paternal ao crime de lenocínio, ou no art. 383º a incapacidade para ser jurado e para eleger ou ser eleito aos crimes contra a segurança do Estado—, o fez pela via da não-automaticidade do art. 65º, antes que pela via de uma automaticidade que seria permitida pelo art. 69º2.

A consideração crítica de que a doutrina dominante se torna passível legítima, a meus olhos amplamente, uma interpretação do art. 69º2 que o torna político-criminalmente aceitável, ao mesmo tempo que o põe a coberto de dúvidas de constitucionalidade. Essa interpretação consiste em considerar que não foi intenção da lei admitir a automaticidade dos efeitos de certos crimes<sup>26</sup>; ela terá pretendido unicamente chamar a atenção para que o legislador poderia criar, em casos legalmente determinados e em atenção aos crimes respectivos, *outras penas acessórias* para além das mencionadas nos arts. 66º a 69º. Ainda nestes outros casos —alguns, como disse já, constantes da Parte Especial do próprio CP—, os efeitos não serão pois automáticos, antes (na expressão logo usada por Ferrer Correia na Comissão Revisora do Projecto Eduardo Correia de 1963) a ligação será feita pela lei mas sempre “por intermédio do juiz”<sup>27</sup>. Numa palavra, também no âmbito do art. 69º2 valerá o princípio da não-automaticidade contido no art. 65º.

IV. 1.- De tudo quanto fica exposto resulta haver no sistema das penas acessórias do direito português vigente um aspecto fulcral ao qual, em pura perspectiva político-criminal, não deve regatear-se aplauso: o de se haver terminado —peremptoriamente, por força da Constituição— com a automaticidade, ou necessidade por força da lei, da produção de efeitos dos crimes ou das penas. Mas, ao dizer-se isto, está já a pôr-se à luz, do mesmo passo, a maior dificuldade e ambiguidade que enquina todo o sistema: tal como está arquiectado e regulado, este sistema não é na realidade um sistema de *penas* acessórias —que como tais verdadeiramente não existem no direito português vigente—, se não que um sistema de *efeitos não automáticos das penas e dos crimes*.

De um ponto de vista conceitual, logo de início procurei revelar que penas acessórias e efeitos das penas são —ou devem ser— coisas diferen-

26.- E isto que pese às circunstâncias de o art. 69º2 encontrar na verdade a sua origem no art. 82º do *Projecto Eduardo Correia* e de o Autor deste se ter, como disse (supra, nota 24), pronunciado na Comissão Revisora em sentido divergente ao agora preconizado no texto.

27.- *Actas*, como na nota 24, II, p. 115. Porventura será a mesma ideia que MAIA GONÇALVES, *CP anotado* <sup>4</sup>(1988), anot. 3 ao art. 69º, quer exprimir ao falar no “poder-dever” que o juiz tem de “decretar ou não a incapacidade” (sublinhei).

tes. Pode agora perguntar-se se a distinção não terá perdido toda a sua justificação teleológica desde o momento em que os efeitos da pena, tal como as penas acessórias, deixem de ser de produção necessária ou automática: e este parece ser o ponto de vista capaz de conferir racionalidade ao sistema erigido pelo CP português vigente. Mas uma coisa me parece certa: uma pena acessória, para que de *pena* se trate, não pode analisar-se numa providência de conteúdo exclusivamente preventivo, ou em todo o caso desempenhar uma mera função preventiva adjuvante da pena principal de que o sistema penal não pode ou não quer prescindir. Para que de pena (ainda que “acessória”) se trate torna-se —segundo alguns, em Portugal, até do ponto de vista jurídico-constitucional<sup>28</sup>— indispensável que aquele instrumento ganhe um específico conteúdo de *censura do facto*, por aqui se estabelecendo a sua necessária ligação à *culpa* do agente; não bastando também obviamente que a pena acessória se traduza num *mal* para quem a sofre<sup>29</sup>, ou permita a sua *individualização* perante aquele a quem é aplicada<sup>30</sup>. Se a chamada “pena” não apresentar aquela necessária referência ao facto e à culpa pode porventura ser um efeito acessório do crime ou da pena principal; pode porventura ser uma medida de segurança; *pena verdadeira e própria é que ela não é!*

Abro um parêntesis: nem se diga que atrás da argumentação expendida se entremostra uma concepção ultrapassada da retribuição ou da expiação como finalidade única ou primordial da punição. E claro que não poderei aqui fundamentar a minha concepção sobre este tema —verdadeiramente a “questão do destino” por excelência de todo o direito penal. Mas não evitarei dizer o seguinte<sup>31</sup>: em meu entendimento, a finalidade primordial da pena não pode hoje ser outra senão a que chamarei de *prevenção geral positiva ou de integração* e que reside na manutenção e reforço da consciência jurídica comunitária e do seu sentimento de segurança face à violação da norma ocorrida; que reside, numa palavra, na estabilização das expectativas comunitárias na validade e na vigência da norma infringida. Mas este fundamento não exclui —antes implica— a exigência sem ressalvas do *princípio da culpa*. Só que este não vai buscar o seu fundamento axiológico, aliás necessário, a uma qualquer função retributiva da pena, antes sim ao princípio da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana. Por isso se tem de aceitar que a culpa é condição necessária mas não suficiente da aplicação da pena; e é esta circunstância, de resto, que permite uma correcta

28.- Consideraram —se bem que a título meramente incidental— o princípio da culpa como jurídico-criminalmente imposto FIGUEIREDO DIAS, *Rev. Dir. e Economia* 4 (1978), p. 17 e *Cua. Pol. Crim.* 31 (1987), p. 8 ss.; SOUSA E BRITO, *Estudos Sobre a Constituição* II (1978), p. 199 s.; FARIA COSTA, *Estudos Teixeira Ribeiro* III (1981), p. 8 ss.; e, na jurisprudência constitucional, o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 149, *Apêndice ao Diário da República* de 79DEZ31, p. 44 e o Parecer n.º 4/81, *Pareceres da Com. Const.* 14 (1983), p. 250 s.

29.- Assim no entanto SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT* <sup>2</sup>(1975), § 20 Nr. 21.

30.- Assim todavia EDUARDO CORREIA E OUTROS, como na nota 11, p. 246.

31.- Uma mais ampla fundamentação pode encontrar-se em diversos estudos meus: como na nota 23, p. 26; *Cuad. pol. crim.*, como na nota 28, p. 8 ss.; *Arch. pol. crim.* 6 (1983), p. 198 ss.; *Rev. sc. crim.* (1987), p. 89 ss.; como na nota 19, p. 34 ss.

incidência, nomeadamente na determinação da pena, da ideia, também ela indispensável, da prevenção especial de socialização. Com este sentido “unilateral”<sup>32</sup> de relacionamento da culpa com a pena, o princípio da culpa constitui, além de um instrumento político-criminal inestimável, um fundamento irrenunciável do direito penal português vigente.

Fecho o parêntesis e volto ao meu tema. As chamadas penas acessórias do direito português vigente não são penas. E não o são precisamente porque a referência material daquelas consequências jurídicas da pena principal ou do crime (numa palavra: da condenação) não é estabelecida pela lei — como sempre importaria que fosse<sup>33</sup> — à *culpa* do agente pelo *facto* praticado, antes exclusivamente a exigências de *prevenção* (nomeadamente de *segurança*, geral e individual) relacionadas com o exercício pelo agente de uma certa função ou profissão, ou de certos direitos.

2.- Contra o ponto de vista expendido dir-se-á não ser impossível ao intérprete perspectivar os pressupostos materiais de aplicação das penas acessórias — o “flagrante e grave abuso da função”, a “grave violação dos deveres que lhe são inerentes”, a “incapacidade ou indignidade de exercício do cargo” ou ainda “a perda da confiança geral necessária” àquele exercício: art. 66º1 e 2 — a partir do *facto* que o agente cometeu e do *conteúdo de culpa* que este encerra, antes que em função das exigências de segurança, geral ou individual, reveladas. E é bem verdade que tal seria possível — e necessário à consideração como penas destes instrumentos sancionatórios<sup>34</sup>. Não é essa porém seguramente a perspectiva da lei portuguesa vigente<sup>35</sup>; e não parece difícil demonstrá-lo.

A prova, a meus olhos definitiva, de que nas penas acessórias do direito vigente se não trata de verdadeiras penas, directamente relacionadas como a *facto* e a *culpa*, está em que o legislador não disse uma palavra sobre o *prazo de duração da pena!* Tratasse-se de verdadeiras penas e teriam elas então de ser consideradas inconstitucionais, uma vez que, nos termos do art. 30º1 da CRP, “não pode haver penas (...) de duração ilimitada ou indefinida”. A inconstitucionalidade só não se verificará, porventura<sup>36</sup>,

32.- Como lhe chama ROXIN, *Culpabilidad y prevención en der. pen.*, tradução de Muñoz Conde (1981), p. 187.

33.- E como também o reconhece BERISTAIN, como na nota 3, p. 35, ao afirmar que a inabilitação é uma pena quando a lei a considera “como castigo que mira al pretérito — *quia peccatum est* —, a la acción reprochable y culpable...”.

34.- Acentua este ponto, em data recente, H. SCHULTZ, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des AT des schweizerischen StGB*, März 1986, dactilografado, p. 143.

35.- Contra, todavia, A. M. ALMEIDA COSTA, como na nota 12, p. 235 s., que sustenta ser isso o que acontece, pelo menos, relativamente à “indignidade” e à “perda geral da confiança na função que se exerce”.

36.- Em base análoga se pronunciam todavia pela inconstitucionalidade, no direito brasileiro, BASILEU GARCIA, *Instituições de dir. pen.*, s/d, p. 684 e JAIR L. LOPES, *Da Reabilitação no Dir. Pen.* (1956), p. 78.



porque de puros efeitos das penas se trata<sup>37</sup>. Mas, no contexto que aqui releva, o ponto fulcral da crítica nem é tanto este, antes o de que a falta de indicação legal da moldura penal mostra a absoluta impossibilidade para o juiz de individualizá-la<sup>38</sup> e medi-la em função dos critérios gerais de determinação da pena (art. 72º1), entre os quais avulta o da *culpa*. A ligação entre culpa e pena acessória encontra-se assim completamente quebrada.

Já se defendeu que, se é verdade que falta uma indicação legal dos prazos de duração das penas acessórias, eles vêm no entanto indirectamente a existir por força do mecanismo da *reabilitação* contido no art. 70º, conexionado com o regime da *reabilitação de direito* constante do art. 20º do DL 39/83, de JAN25, sobre o registo criminal. Quer isto dizer que a duração das penas acessórias oscilaria entre o mínimo de 2 anos (correspondente ao prazo de reabilitação judicial e reafirmado pelo art. 70º) e um máximo de 5 anos (correspondente ao prazo da reabilitação de direito), dependendo a duração efectiva da pena “da ponderação individualizada de cada situação concreta”<sup>39</sup>. Esta doutrina —que faz da reabilitação a “pedra angular” do regime jurídico das penas acessórias, na feliz expressão de A. M. Almeida Costa<sup>40</sup>— é, na sua finalidade última, de aplaudir. Mas ela em nada repara, infelizmente, a ruptura atrás assinalada entre culpa e pena acessória: o momento da reabilitação —e portanto a duração concreta da pena acessória—, se anterior à reabilitação de direito, é encontrado pelo juiz (em todo o caso, não pelo “juiz do facto”, mas pelo “juiz de execução das penas”) em função de uma prognose favorável sobre o comportamento do agente: se este, nos termos do art. 70º, “se tiver comportado por forma que torne razoável supor haver-se ele tornado capaz, digno e merecedor da confiança que o cargo de que foi demitido exige ou de exercer a profissão ou os direitos de que foi privado”. O que a duração da pena não é nun-

de

37.- E claro que o efeito da pena acessória de demissão é, num certo sentido, *perpétuo*: no sentido de que determina a perda de todos os direitos do funcionário (art. 68º1) e portanto do *lugar* que ocupa. Por isso, todavia, não pode dizer-se que a *pena* seja perpétua— o que conduziria também à sua inconstitucionalidade (art. 30º1 da CRP): estar-se-ia assim a confundir, na verdade, o conteúdo ou os efeitos da pena com a sua duração. Uma vez reabilitado, o demitido poderá voltar a concorrer ao lugar que ocupava. Não deixe aliás de salientar-se a propósito que —numa prossecução o mais intensa possível da finalidade ressocializadora— o art. 68º2 dispõe que “a pena de demissão não envolve a perda do direito à aposentação ou à reforma, nem impossibilita o funcionário de ser nomeado para cargos públicos ou lugares diferentes ou que podem ser exercidos sem que o seu titular reúna as particulares condições de dignidade e de confiança que o cargo de que foi demitido exige”. Sobre a justificação e significado deste preceito —que operou uma verdadeira revolução na tradição portuguesa da demissão— logo EDUARDO CORREIA, *Actas*, como na nota 24, pp. 105, 108 ss.

38.- Neste sentido também, na doutrina brasileira, R. DOTTI, *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas* (1980), p. 307 s. e CERNICCHIARO, “Penas Acessórias”, *Ciência Penal* (1979-II), p. 51.

39.- Assim A. M. ALMEIDA COSTA, como na nota 12, p. 232 ss.; no mesmo sentido o Acórdão do Sup. Trib. de Just. de 83JUN15, *Boletim do Minist. da Just.* 328 (1983), p. 329. Também uma boa parte da doutrina brasileira põe em relevo o significado da reabilitação para a caracterização da pena acessória como pena: DOTTI, como na nota 38, p. 306 s., com outras indicações concordantes.

40.- Como na nota 12, p. 238.

ca encontrada —e deveria sê-lo, para que de verdadeira pena se tratasse— é em função do *facto* praticado e da *culpa* que *naquele* o agente exprimiu. Juízo este que, além do mais, só pode ter lugar no momento da condenação e só nele assume sentido<sup>41</sup>.

V.- Cumpri deste modo o meu propósito de tentar mostrar o positivo e o negativo do sistema das penas acessórias vigente em Portugal. Quanto a este segundo aspecto das coisas —o negativo— não é este o lugar próprio para ensaiar justificadamente propostas *de iure condendo*. Disso tratou aliás, com mestria consumada, Antonio Beristain no seu já citado<sup>42</sup> artigo sobre as inabilitações. Permito-me só aqui dizer, em síntese apertada, as razões por que concordo *ab imo* como o essencial do seu pensamento.

Poderia na verdade perguntar-se, em função das considerações anteriores, se não deveria concluir-se com uma condenação, sem apelo, tanto das penas acessórias como dos efeitos —ainda que não automáticos— da condenação. E dir-se-ia então, como o *Alternativ-Entwurf, Allgemeiner Teil*, alemão-ocidental, que penas acessórias como a da proibição de conduzir deveriam transformar-se em penas principais, enquanto as outras —aí incluídos os efeitos da condenação— deveriam ser eliminadas: “o agente que, depois de expiada a sua pena privativa de liberdade, reingressa na sociedade, não deve fazê-lo como alguém que carrega consigo um estigma penal adicional. Na medida em que ele deva, em nome do interesse público, ser limitado nas suas actividades, pode isso alcançar-se através da medida de segurança de interdição profissional ou então, fora do campo do direito penal, através de regulamentos profissionais, leis de funcionários, etc., como, desde os anos trinta, se vem revelando absolutamente suficiente nos países escandinavos”<sup>43</sup>. Não me parece, porém, que esta seja a solução preferível do ponto de vista político-criminal, enquanto ela acabará afinal por traduzir-se na exigência legal-administrativa de apresentação de registos criminais brancos para a assunção —e a continuação da ocupação?— de certos cargos ou profissões. Uma “degradação” administrativa de interdições e incapacidades que substancialmente se ligam à prática de crimes, ainda que constitua aparentemente tarefa de “purificação” do direito penal, traduz-se na verdade por um encurtamento de garantias individuais e acaba por prejudicar da forma mais sensível a socialização do delinquent<sup>44</sup>.

41.- Nem se dirá com razão que o que se passa aqui é afinal algo de semelhante ao que sucede, no sistema penal português vigente, com os institutos da *liberdade condicional* ou da *pena relativamente indeterminada*. Em qualquer destes casos, na verdade —e quaisquer que sejam as dúvidas (que na verdade sinto: como na nota 19, p. 13 s.) quanto à caracterização como verdadeira “pena” do instituto mencionado em segundo lugar—, o juiz do facto aplica a sanção com uma duração que *ele próprio* (em concreto, não a lei em abstracto) determina, seja aquela duração fixa ou variável entre um mínimo e um máximo. Nada disto acontece no caso das penas acessórias.

42.- Como na nota 3.

43.- *Alternativ-Entwurf eines StGB, AT* (1966), p. 71.

44.- Neste sentido já FIGUEIREDO DIAS, como na nota 17, pp. 49, 51 s.

Preferível seria então o caminho do CP brasileiro vigente, que transforma as penas acessórias (*rectius*, o que chama “interdições temporárias de direitos”) ou em penas principais (art. 47º), ou em penas de substituição das penas privativas de liberdade (art. 44º)<sup>45</sup>. Mas é duvidoso que também desta forma se não tenham esquecido as específicas natureza e função das penas acessórias, que as podem justificar; e tanto é assim que o CP brasileiro acaba por manter, ao lado da categoria das penas acessórias, a dos efeitos das penas ou da condenação— a maioria deles, aliás, de produção automática (art. 91º e 92º)<sup>46</sup>.

A solução legislativa que reputo, na perspectiva da mais moderna política criminal, como sendo a mais correcta para os problemas aqui postos é por isso uma solução *diversificada*<sup>47</sup>. As (então incorrectamente chamadas) penas acessórias, sempre que justificáveis apenas à luz de uma prevenção especial de neutralização ou de inocuidade, devem na verdade ser eliminadas e transformadas em verdadeiras *medidas de segurança*<sup>48</sup>. Parece-me indiscutível, no entanto, continuar a existir espaço, para além disto, para sanções acessórias ou adjuvantes da função da pena principal, que reforcem e diversifiquem o conteúdo sancionatório da condenação — v.g., a proibição de conduzir, a incapacidade para ocupar ou desempenhar cargos públicos<sup>49</sup>, etc. O que importa então é que tais sanções se configurem como verdadeiras *penas*, indissolúvelmente ligadas ao facto praticado e à culpa do agente, e por aí distintas dos efeitos da condenação.

Fica, deste modo, ainda lugar autónomo para estes efeitos? Ou devem eles ser eliminados e substituídos por exigências directamente promanadas da lei administrativa ou laboral? De um ponto de vista puramente teórico e idealista não tenho grande dúvida de que eles deveriam ser eliminados *sem resto*. Mas se se considerar que isso não é ainda possível no momento presente, então estou certo, como atrás disse, de que do ponto de vista, aqui decisivo, da prevenção especial de socialização, a solução preferível reside em manter tais efeitos —pressuposto sempre o carácter não-automático da sua produção— como providências de conteúdo preventivo ainda ligadas a uma condenação e, por conseguinte, dentro do âmbito do direito penal e das suas garantias.

45.- Cf. PAULO J. DA COSTA JR., *Comentários ao CP I* (1986), p. 281 ss.; M. REALE JR. E OUTROS, *Penas e Medidas de Segurança no novo Código* (1985), p. 142 ss.

46.- PAULO J. DA COSTA JR., como na nota 45, p. 438 ss.

47.- Ou “ambivalente”, como lhe chamou BERISTAIN, como na nota 3, p. 35.

48.- Como o faz o CP português de 1982, quanto à interdição de profissões, no art. 97.º.

49.- Que deveria assim substituir a pena de “demissão”, tornando-se esta, exclusivamente, uma sanção disciplinar. Isto serviria, em minha opinião, para eliminar o que tem constituído uma fonte de dúvidas e de hesitações para a jurisprudência e a doutrina portuguesas (o relacionamento entre a “demissão penal” e a “disciplinar”), ao mesmo tempo que acabaria por clarificar alguns dos problemas referenciados *supra*, na nota 37.



# PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA TEORIA DEL DELITO EN EL ESTADO DE DERECHO

Jorge Frías Caballero

*Profesor titular consulto de derecho penal  
Universidad Nacional de Buenos Aires*

## 1.- DEDICATORIA

Conoci al Profesor Antonio Beristain Ipiña hace ya casi un cuarto de siglo en el noveno congreso de derecho penal de la Association Internationale de Droit Pénal, reunido en La Haya(1964).

Desde entonces no le he vuelto a ver.

Esto pudo ocurrir con cierta frecuencia pero no ha sido así. Cuando él o yo llegábamos a un lugar en el que pudimos encontrarnos uno u otro había ya partido, para desconsuelo de quien, como yo, tiene por él tan profunda admiración nacida de especialísimas afinidades espirituales.

A pesar de esta infortunada contingencia no hemos dejado nunca de estar en contacto epistolar. Todos los años intercambiamos un cordial abrazo navideño y, periódicamente, me ha hecho llegar valiosísimas publicaciones y, por mi parte, le he remitido mis contribuciones modestas alentado por su generoso estímulo.

Todo esto hace que cuando se me invitó a participar de este homenaje al maestro haya aceptado hacerlo con gran regocijo.

Únicamente me acongoja el temor de no estar a la altura de las circunstancias.

Es que no resulta fácil homenajear cumplidamente a criminalista tan sabio y tan polifacético, al menos para quien es apenas un antiguo aficionado al derecho penal y transita tímidamente a través de una dogmática penal muy vapuleada en los días que corren.

Por esto he escogido un tema que desde el costado jurídico de los problemas que atañen a la criminalidad trasciende en cierta medida lo dogmático, condicionándolo a partir de ciertos presupuestos filosófico-políticos.

Quisiera no equivocarme si creo que de este modo pongo un granito de arena para ensalzar la figura egregia de quien empeña sus más nobles y mejores esfuerzos para alcanzar “una nueva concepción del derecho penal centrado en la persona”.

## 2.- EL TEMA

A pesar de todo meditar sobre los principios fundamentales de una teoría del delito en el estado de derecho puede parecer inútil insistencia sobre tópicos archisabidos.

Pero acaso esto no sea del todo exacto. Ante todo porque en el siglo de los derechos humanos no resultará sobreabundante, ya que precisamente “un derecho penal al servicio de los derechos del hombre no puede intentar proteger éstos de cualquier modo y sin ningún límite”<sup>1</sup>. Además porque la coetaneidad en que se encuentra todo penalista con estos principios hace que no siempre se expongan con el detenimiento y precisión deseables, pudiendo extenderse esta observación incluso a ciertas fórmulas legislativas y constitucionales manifiestamente incompletas.

El asunto es por cierto de superlativa importancia ya que los principios que serán recordados delimitan firmemente la función del legislador penal y la actuación de los jueces en el juzgamiento, ofreciendo protección al ciudadano frente al poder punitivo del Estado y dándole la posibilidad de conocer el ámbito de lo penalmente prohibido y de lo jurídicamente permitido.

En el conjunto de principios básicos de un derecho penal liberal conciernen especialmente a la elaboración legal y doctrinaria del delito los siguientes: principios de materialidad o del hecho, de legalidad, de reserva, de tipicidad, de irretroactividad, de prohibición de la analogía, del bien jurídico y de la culpabilidad.

Sabido es que todos ellos tienen originariamente una raíz democrática y constituyen preciosos frutos del enciclopedismo revolucionario del ochocientos cuya ideología política pervive en los actuales estados de derecho.

Advierto que cuando hablo de liberal me refiero a un sistema jurídico-político personalista, esto es, un sistema en que la persona humana ocupa el vértice de la pirámide axiológica por oposición a los sistemas transpersonalistas o totalitarios.

Únicamente en este contexto (y sus premisas filosóficas, antropológicas e ideológicas) es que tales principios cobran su genuino sentido. Al margen de él su mera vigencia formal carece de significación, especialmente en los sistemas transpersonalistas opuestos a los liberales (que yo prefiero llamar personalistas o personalísticos, acercándome en cierta medida al pen-

1.- Cfr. BERISTAIN IPIÑA, *El delincuente en la democracia*, Universidad, Bs. As., 1965, 67; MIR PUIG en *Los derechos humanos ante la criminología y el derecho penal*, Instituto vasco de criminología, San Sebastián, 1985, publicados por Antonio Beristain y José Luis de la Cuesta, 461, 464.

samiento de Emmanuel MOUNIER, vista la múltiple y engañosa anfibología que hoy obscurece los vocablos de libertad, liberalismo, liberal, etc.)<sup>2</sup>.

En nuestros días existe una firme tendencia a recoger estos principios en las leyes penales. Precursor de esta tendencia fue el Código Penal Tipo para Latinoamérica, en cuya Asamblea inaugural (1963) fue extensamente discutida, aprobándose finalmente una "Declaración de principios" que se antepuso al proyecto (en el que también se recogieron algunos principios de carácter procesal)<sup>3</sup>.

Siguiendo este antecedente el código colombiano de 1981 enumera las "normas rectoras de la ley penal colombiana", probablemente por inspiración de Alfonso REYES ECHANDIA, llorado compañero masacrado por el extremismo criminal hace pocos años. En idéntica línea el proyecto peruano de 1936 enumera diez principios fundamentales y también lo hace, entre otros, el proyecto español de 1983.

En la actual doctrina penal es asimismo frecuente su exposición conjunta. Así lo hace, por ejemplo, de ejemplar manera, con gran extensión y erudito detalle, el Profesor de Florencia Ferrando MANTOVANI. Igualmente, aunque con propósitos más modestos, Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO y en la Argentina, brevemente, Luis Carlos CABRAL en su recentísimo Compendio. Asimismo de parecida manera Eugenio ZAFFARONI, MIR PUIG, REYES ECHANDIA, ARTEAGA SANCHEZ, etc.<sup>4</sup>.

Por mi parte desde hace muchos años en mis cursos dentro y fuera de la Argentina expongo los principios como necesaria introducción a la teoría del delito.

Debe advertirse que todos ellos pueden extraerse retrospectivamente del derecho positivo vigente en la mayor parte de los países. Esto les confiere fuerza y validez objetivas, pero a la vez arroja sobre ellos la debilidad contingente de todo lo dogmático.

Por esto conviene señalar que no proceden únicamente de la ley. Por el contrario, son condicionantes y previos a ella. El legislador no los crea, ya que el moderno estado de derecho tiene detrás de sí un cosmos axiológico en el centro del cual se hallan la dignidad y la libertad de la persona.

2.- Emmanuel MOUNIER, *El personalismo*, Eudeba. Bs. As., 1984; Agustín Domingo MORATELLA, *Un humanismo del siglo XX: el personalismo*, Cincel, Madrid, 1985.

3.- Mi propuesta de incluir en el Código Tipo el principio de legalidad en su versión belgiana desencadenó ("preterintencionalmente", dejó graciosamente SOLER) un arduo debate que originó la redacción de una "Declaración de principios".

4.- El código colombiano de 1981, en su exposición de motivos, considera que las "normas rectoras" son "su parte más importante", Ed. oficial, Bogotá, 1980, 8, 25, 85.

Cfr. Ferrando MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Milani, 1979, 37; *Il problema de la criminalité*, Padova, Milani, 1984, 539 y ss.; Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal, parte general*. Civitas. Madrid, 1977, 49 y ss.; Luis C. CABRAL, *Compendio de derecho penal, parte general*. Abeledo. Bs. As., 1987, 36; Eugenio ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, Ediar, Bs. As., 1987, 367-8; Santiago MIR PUIG, op. cit., 467 y ss.; Alfonso REYES ECHANDIA, *Derecho penal, parte general*, 9ª. ed., Bogotá, 1984, 57, 64; Alberto ARTEAGA SANCHEZ. *Derecho penal venezolano, parte general* 2ª ed., Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, 52.

De allí derivan los principios como presupuestos de la pena y como garantías ciudadanas frente a la potestad punitiva del estado.

### 3.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE ACTIONE O SINE CONDUCTA

Llamado principio de *materialidad*, o de *exterioridad*, o *principio del hecho*, es el punto de partida de todos los demás.

Un resultado dañoso para los bienes jurídicos (vida, patrimonio, honor, etc) puede provenir, como consecuencia mecánica, de un movimiento puramente físico-natural. En los más remotos tiempos esto parece haber sido suficiente para la responsabilidad. Bastaba con ser causa; a la manera de un objeto inanimado o en el mejor de los casos como mera cosa viviente. También por esto en pleno medioevo (y aún bastante después) se intentó castigar penalmente a cosas y animales causantes de un daño.

Todo esto es hoy inconcebible porque no hay delito sin la presencia de un genuino acto humano. Lo impone el principio de exterioridad que introduce desde sus cimientos en la estructura jurídica del delito la idea de persona humana; idea que ulteriormente alcanza su cúspide axiológica en el plano de la culpabilidad.

La persona humana no es una cosa inanimada ni un mero ser viviente o zoológico. La persona está en sus actos, en su comportamiento. De ahí que se haya dicho que el ser humano es su conducta. Y no hay conducta sin participación interior del agente en lo que hace u omite. La persona no está en el puro movimiento corpóreo o en la inercia (comisión u omisión) sino, en rigor, en la substancia espiritual que informa uno u otra.

De ese modo en las relaciones sociales (ético-sociales) que informan lo jurídico no hay conducta humana en la pura exterioridad. Pero tampoco la hay en la pura interioridad. Ambas son imprescindibles puesto que el entramado de la conducta jurídicamente relevante es una estructura ontológicamente inescindible de interioridad y exterioridad.

Por supuesto que existen actos humanos puramente internos. Un pensamiento, una volición, un sentimiento, etc., son genuinos actos del hombre. Pero son totalmente intrascendentes para el derecho si no se materializan en un comportamiento externo.

El asunto puede ser diferentes en el plano moral o religioso. Según la Biblia el que desea la mujer de su prójimo adúltera. Pero esto no es así jurídicamente, aunque pudo serlo en algún momento de la historia. Para cometer el delito de adulterio es necesario algo más que el desear la mujer del prójimo.

Por esto acierta MANTOVANI cuando afirma que el principio cardinal de materialidad apareja una triple prohibición<sup>5</sup>.

Veda, en primer lugar la incriminación de puros actos interiores, citándose al axioma de ULPIANO: “cogitationis poenam nemo patitur”.

5.- MANTOVANI, *Il problema*, cit., 558.



En segundo lugar ni siquiera cuando el pensamiento se exterioriza puede acarrear la pena (a pesar de que todavía a principios de siglo se había afirmado que “las ideas deben y pueden penarse”)<sup>6</sup>. Por esto es correcto afirmar que el presupuesto básico de la acción es la actuación, y no la mera manifestación de voluntad. No es delito anunciar que se va a cometer un asesinato, pero puede serlo conspirar para ejecutarlo.

En última instancia un puro subjetivismo en la punición conduciría a gravísimos extremos. Desde luego a la confusión entre hecho inmoral (pecado) y delito, lo que ocurrió alguna vez (*in maleficiis voluntas spectatur non exitus*: lo decisivo es la voluntad, no el resultado).

Aparte de esto se desembocaría en un derecho penal en que el acto desaparece, de tal modo que la punición se basaría no en lo que el ser humano hace sino en lo que es. Tendencia coherente con el peligrosismo positivista italiano o con la concepción puramente sintomática de la conducta delictiva. Todo ello conduce a un derecho penal de autor opuesto al derecho penal de acto, afín con el pensamiento penal liberal.

Ambas deformaciones caracterizaron el totalitarismo penal. En el derecho nazi únicamente interesaba la voluntad infiel o rebelde frente a la voluntad estatal: el delito es una pura actitud de rebeldía (frente al deber): *Willenstrafrecht*. En el sistema comunista el delito es ante todo un “estado personal de peligrosidad social”.

Por oposición a todo esto el principio de materialidad impone un *derecho penal de acto* (principio del hecho).

Este es precisamente el sentido que corresponde al vocablo “hecho” contenido en el art. 18 de la Constitución Argentina. Hecho no tiene aquí una connotación naturalística. Hecho es “hecho humano”, esto es, acción, conducta humana.

#### 4.- NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE

El principio considerado universalmente como característico del liberalismo penal (por lo menos en el ámbito geográfico de la Europa continental y latinoamericano) es el llamado de legalidad de los delitos y de las penas.

Esencialmente significa que no existen delitos ni penas fuera de los que se hallan expresamente previstos y señalados en la ley penal. La moderna expresión del principio ya se hallaba en BECCARIA. Como consecuencia del contrato “sólo las leyes pueden decretar las penas de delitos y esta autoridad puede residir exclusivamente en el legislador”<sup>7</sup>.

6.- PIDAL RODRIGALVAREZ, Luis, *La punibilidad de las ideas y el delito político*, Madrid. 1924, 39 y ss.

7.- *Dei delitti e delle pene*, 1764, II, 15, cit., por Enrique BACIGALUPO, *Derecho penal, parte general*, Hammurabi, Bs. As., 1987, 84. La bibliografía es inagotable. Puede verse JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., Losada, Bs. As., 1950 y Giuliano VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, estr. del *Novissimo Digesto Italiano* (XI, 1965). U. T. E. T., s/f.

Dejando de lado las dudas que suscita la reconstrucción histórica de este principio que a veces se hace remontar hasta el siglo XIII<sup>8</sup>, importa señalar que actualmente suele exponerse preferente o únicamente como algo que concierne a las fuentes del derecho penal, sin subrayar que excede considerablemente este ámbito; del mismo modo que excede igualmente la cuestión de la irretroactividad de la ley penal (“*lex praevia*”). Es que, como correctamente ha señalado VASSALLI son múltiples las garantías vinculadas al principio de legalidad y todas ellas constituyen principios fundamentales autónomos que no deben ser recíprocamente confundidos, aunque estén estrechamente vinculados en un sistema liberal-personalista del derecho.

Esto no ocurre frecuentemente. Es habitual, por ejemplo, a pesar de que la legalidad no es únicamente el principio de reserva, que se diga que legalidad y reserva no son más que una doble designación para la misma cosa. Algo semejante ocurre con la no retroactividad, con la tipicidad y aún con la prohibición de la analogía. Se dice que ésta, tanto como la veda de la retroactividad, son consecuencias autonómicas e inexorables del principio legalista.

Ninguna de estas cosas es totalmente verdadera.

En rigor, el principio de legalidad no es una garantía efectiva si se limita al monopolio legislativo en la creación de delitos y penas, incluso si a ello se añade la exigencia de “*lex praevia*”. Reducido a estos límites todavía puede ser burlado por cualquier régimen autocrático o totalitario (como ocurrió con el derecho penal nazi o fascista).

Es por lo expuesto que es absolutamente necesario que el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se despliegue en un cuádruple repertorio de distintos principios en cuyo conjunto radicarán las efectivas garantías de la persona frente al poder punitivo.

Estos cuatro principios troncales son: 1) el de reserva (*lex penal scripta*); 2) el de determinación, taxatividad o tipicidad (*lex penal certa*); 3) el de prohibición de la retroactividad (*lex penal praevia*); 4) el de la interdicción de la analogía (*lex penal stricta*)<sup>9</sup>.

8.- Sobre la Carta Magna inglesa vid. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Madrid, 1979, 173 y ss; José Cerezo MIR, *Curso de derecho penal español, parte general*, I, Tecnos, Madrid, 1982, 190 y ss. Asimismo Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, “Principio de legalidad”, en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, XIV, Barcelona, 1971, 882.

El art. 8 de la declaración de 1789 decía: “...et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au delict et l'galment appliquée”. Vid. Luis BLANC, *Histoire de la révolution française*, Paris, 1878, 319-20. El art. 11, 2 de la Declaración Universal de los derechos humanos dice que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional...”. Este texto no coincide exactamente con el principio de la legalidad formal y por esto enciertos casos la fuente puede ser la costumbre o un derecho judicial como ocurre en el derecho anglosajón. Cfr. CEREZO MIR, *op. cit.* 195 y nota 68. Por ello son inoportunas las reservas que a este texto opuso SOLER en La formulación actual del principio “no hay delito sin ley”, *Revista Civis*, Bs. As., n. 1, julio, 1954, ya que la crítica se basa en la equivocada suposición de que se trata de ley formal en sentido corriente.

9.- MANTOVANI, *op. y lugs. cit.*; HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, 1984, 313 y ss.; WESSELS, Johannes, *Derecho penal, parte general*, Depalma, Bs. As., 1980, 15 y ss; JESCHECK, *Tratado de derecho penal, parte general*, I, Barcelona, Ariel, 1962, 101; MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, I, Bogotá, 1977, 80 y ss.; BACIGALUPO, Enrique, *op. cit.*, 83 y ss.

## 5.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA

El llamado principio de reserva, o de reserva de la ley, o reserva legal, concierne a la problemática de las fuentes: la única fuente de delitos y penas es la ley en sentido estricto. Con ello se concreta el dogma del monopolio legislativo (poder legiferante o parlamento), con ajuste al principio republicano de división de poderes.

MANTOVANI dice que el principio nació a partir de un optimismo (excesivo por cierto) del iluminismo, basado en que el parlamento democrático sería la suprema garantía de seguridad y libertad. Como poder político menos peligroso impediría la intromisión del ejecutivo a la vez que colocaría a la actuación judicial dentro de los carriles de la ley “scripta”.

En este contexto debe entenderse por ley la ley formal y no material. Una ley en este último sentido puede provenir de cualquier instancia de poder, incluso ejecutivo o administrativo, pero de ella no puede resultar la creación de delitos y penas<sup>10</sup>.

La reserva impide asimismo que el poder judicial confiera fuerza normativa a todo derecho no escrito, especialmente al derecho consuetudinario.

La Constitución argentina consagra este sistema. La ley, única fuente de delitos y penas es la ley formal y está reservada únicamente al poder legislativo (Constitución Nacional, artículos 18 y 67, inc. 11), salvo las materias constitucionalmente reservadas a las provincias (legislaturas) y a las municipalidades (consejos municipales), art. 104.

El principio de reserva suele entenderse entre nosotros en un segundo aspecto que se dice previsto en el art. 19 de la C. N. Según ello el derecho penal constituye para el súbdito “un sistema discontinuo de ilicitudes” al margen del cual existe una zona reservada a su libre actuación (“zona de libertad”). Pero en rigor esto no se vincula necesariamente con el principio de reserva toda vez que la ley puede perfilar insuficientemente la acción delictiva, sin dejar por ello de ser ley formal (“scripta”)<sup>11</sup>.

## 6.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEX CERTA

Los italianos denominan a este principio como principio de “taxatividad” aunque es más correcto designarlo como *tipicidad*.

Este principio, que no ha de ser confundido con el de reserva, tiende efectivamente a realizar la aspiración liberal de *certeza*. Es evidente que la ley formal emanada del parlamento es insuficiente para el logro de este propósito garantizador.

El “mandato de determinación”, como le llama JESCHECK, alude en cambio a la rigurosa formulación de los tipos y exige parentóricamente la regulación taxativa, sin resquicios, o sea la descripción exhaustiva de deli-

10.- ZAFFARONI, *Tratado*, cit., 145, dice que la ley debe entenderse en “sentido material” porque comprende ordenanzas municipales, poderes legislativos provinciales y en ciertos casos bandos militares. Igualmente Carlos CREUS, *Derecho penal*, Bs. As.m 1988, 44.

11.- Ejemplo: Ricardo C. NUÑEZ, *Derecho penal Argentino, parte general*, I, Bs. As. 1959, 107. También CREUS con referencia al art. 19 C. N., op. cit., 46.

tos y de penas, lo que sólo puede lograrse a través de la técnica de su tipificación (principio de tipicidad).

Se trata de convertir en realidad, dentro del ámbito penal, del postulado de plenitud hermética del orden jurídico (todo lo no prohibido o mandado está permitido), que recoge el art. 19, segunda parte de la Constitución, haciéndolo con frase escultural: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe” (determinación, taxatividad, tipicidad). Efectivamente el sistema argentino es así un sistema discontinuo de ilicitudes cuyos intersticios no pueden colmarse en modo alguno porque constituyen zonas inviolables de libertad.

El antecedente directo se remonta al art. 5, segunda parte, de la Declaración de los derechos del hombre: “Tout ce que n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint a faire ce qu'elle n'ordonne pas”.

Cumplir este mandato implica formular con claridad y precisión máximas los presupuestos o requisitos esenciales de las acciones delictivas. De nada valdría la legalidad formal y retroactiva si los tipos se formulan de modo indeterminado y genérico de manera que resulte imposible conocer el límite de lo penalmente lícito o ilícito.

Pero esto ha ocurrido en todo tiempo. Heleno Claudio FRAGOSO lo recuerda trayendo a colación un decreto de la propia Convención francesa, poco después de la promulgación de los derechos del hombre, que vino a justificar la tiranía popular del terror (1792-1794), castigando todo acto “contrarrevolucionario o insidioso”; toda “maquinación” que alterase “la energía y la pureza de los principios revolucionarios y republicanos”.

Obviamente la historia se repite en los estados totalitarios. En la Alemania nazi existían incriminaciones evanescentes como la que penaba el “comportamiento dañoso al pueblo” (*Volksschädlinge*) y otras; y en la Rusia comunista delitos inasibles como la traición, “sabotaje a la legalidad”, “propaganda anti-socialista” y hasta las meras “intenciones revolucionarias”, exactamente como en la Cuba actual<sup>12</sup>.

Es claro que estas leyes no describen nada (no hay tipicidad) entregándose al juez la facultad creadora de acciones punibles para llenar los textos legales con cualquier cosa. De esta manera la acción punible no es algo anterior, sino algo posterior al juzgamiento.

Pero además también el principio puede falsificarse de otros modos, como el de limitarse a indicar el “nomen juris” de la figura (aborto, homicidio, etc.).

Tampoco es viable la certeza absoluta. Entre un casuismo exasperante y una indefinición prácticamente total es preciso intentar un equilibrio razonable, aunque a veces sea ilusorio pretender agotar el contenido fáctico-normativo de la infracción como ocurriría con los llamados “tipos abiertos” y en las llamadas “leyes penales en blanco”.

12.- Heleno Claudio FRAGOSO, *A justicia penal e a revolucao*, Rio de Janeiro, 1945, 8-9, y nota 2; Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 101.

Por lo demás este “equilibrio lábil”, según expresión de Winfried HASSEMER, está condicionado por la “naturaleza de las cosas” y todavía depende de la materia legislable.

La tipificación no es difícil cuando puede recurrirse a elementos puramente descriptivos (referentes a objetos materiales, acontecimientos naturalísticos, etc.). Pero ocurre a menudo que la descripción exige vocablos flexibles empapados de parámetros normativo-valorativos. ¿De qué modo describir, por ejemplo, el hurto sin mentar expresamente la calidad “ajena” de la cosa, o el estupro (art. 120 C. P.), sin referencia a la calidad “honesta” de la víctima (y no por cierto a la virginidad naturalística)?.

En estos casos lo punible de la conducta depende en amplia medida del criterio valorativo del juez. El margen de la certeza ha quedado entretanto obviamente restringido.

Finalmente la descripción exhaustiva está también condicionada por el valor semántico de las palabras: la generalidad del lenguaje jurídico no permite expresiones inequívocas de absoluta precisión. Por eso en cierto modo acertaba Erik WOLFF cuando sostenía que todos los elementos del tipo son normativos. Determinar lo que es una “cosa” en el hurto, o lo que es un “hombre” en el homicidio exige en “casos límite” una opción valorativa del juez.

A pesar de todo esto, la exigencia constitucional de tipicidad es el eje central de la garantía. A ello se debió mi propuesta de formular el principio de legalidad en la Asamblea de Chile, aunque substituyendo la fórmula clásica de FEUERBACH por la más apropiada de Ernesto BELING: *kein Verbrechen ohne Tatbestand* (que expresa precisamente el principio de que no hay delito sin tipicidad)<sup>13</sup>.

Es sobre la base de esta garantía constitucional que en la Argentina podría declararse la inconstitucionalidad de figuras penales son concreción típica ninguna como las contenidas en las leyes nazis o comunistas antes recordadas.

## 7.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEX PRAEUIA

El principio de tipicidad tampoco sería valla eficaz para evitar las leyes “ex post facto” (por esto ha sostenido VASSALLI que la retroactividad tanto como la prohibición de la analogía son principios autónomos).

La garantía liberal sería ilusoria si las leyes pudieran captar, sorpresivamente, acciones que antes de su promulgación eran lícitas (“zona de libertad”).

13.- HASSEMER, *op. cit.*, 314; BELING sostuvo que la garantía de legalidad estaría violada a pesar de su formal observancia si una ley castigara a “todo el que lesionase el orden de manera grave”. Ya en su *Die Lehre von Verbrechen* (1906) y más tarde en su importantísimo artículo sobre el significado del principio “nulla poena sine lege penali” nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale, en *La Giustizia Penale*, volumen XXXVII, Roma, 1931, 319.

También SOLER en su crítica aludida parte de las mismas bases. Vid. asimismo su *Derecho penal argentino*, reimpresión, Bs. As., 1963. 125.

Por ello el art. 18 de la Constitución exige la “ley anterior” al hecho del proceso (por consiguiente la ley ha de ser no solamente *scripta y certa* sino *praevia*).

Originariamente las primeras formulaciones modernas del principio lo vincularon estrechamente con la irretroactividad (art. 8 de la Declaración francesa de 1789, así como las constituciones americanas; a semejanza de nuestro artículo 18 C. N.).

Naturalmente tampoco rigió en los países totalitarios. En Rusia la prohibición de retroactividad no fue respetada ni siquiera después de la restauración post-staliniana de los principios liberales “burgueses”. En ciertos delitos se aplicó retroactivamente la pena de muerte y otro tanto ocurrió en los períodos de ocupación nazi en Francia y en Italia<sup>14</sup>.

## 8.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE STRICTA

El cuarto principio es el de la interdicción de la analogía. También vinculado con la tipicidad supone específicamente el imperio riguroso de la *lex stricta*.

Pero tampoco la prohibición de la analogía es ineludible consecuencia del dogma de la legalidad. Lo demuestra históricamente la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532); asimismo, modernamente el parágrafo 2 reformado del código imperial alemán de 1871 y los códigos soviéticos a partir del de 1922 que instituían la “analogía legis”<sup>15</sup>.

La analogía plantea multitud de problemas; entre ellos la distinción misma entre analogía prohibida e interpretación legítima. No obstante debe quedar en claro que lo prohibido es la creación analógica de delitos y penas por el juez, advirtiéndose lo fluído de la delimitación entre procedimiento analógico y función judicial, toda vez que “aplicar el derecho es siempre un proceso analógico” (como bien observa HASSEMER).

El “ámbito semántico de la norma” no puede delimitarse si no se recurre al “*tertium comparationis*” que sirve para subsumir los casos de la norma. En todo caso límite de la analogía prohibida es el “sentido literal posible” (MUÑOZ CONDE)<sup>16</sup>.

Importaría averiguar porque la prohibición de la analogía se ha convertido en “piedra angular” (HASSEMER) del estado de derecho a partir de la revolución francesa.

La analogía fue ampliamente admitida en el medioevo y la importancia del derecho consuetudinario y del *common law* en los países anglo-sajones es incompatible con el principio de legalidad (como lo entendemos en con-

14.- MANTOVANI, *Il problema*, cit., 555.

15.- MAURACH, *Tratado*, op. cit., I, 113, con un resumen ilustrativo de la cuestión. MANTOVANI, *Il problema*, cit., 552 y ss. etc. JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, cit., 507. Asimismo El derecho penal totalitario en Alemania y el derecho voluntarista en *El Criminalista*, VII, 1947, 95, 124 y ss; asimismo *Tratado*, 522; MAURACH, *op. y lug. cits*.

16.- HASSEMER, *op. cit.*, 336-8 y antes, al exponer sobre semiótica, 221- 243.

cordancia con el derecho continental) y por consiguiente con la prohibición de la analogía.

A pesar de ello ocho siglos ininterrumpidos de *case law* en Gran Bretaña y Estados Unidos, convierten prácticamente en imposible la creación de delitos (JIMENEZ DE ASUA). Por ello la analogía se ha ido restringiendo de modo que la situación es equivalente a la del derecho continental (VASSALLI) y aún se dice que la garantía es más efectiva que en otras partes.

En todo caso, en los países nórdicos (en los que se reduce a la “analogía legis”) no resulta realmente peligrosa para las garantías liberales e incluso en Noruega impera constitucionalmente el principio legalista.

ASUA explica el hecho afirmando que en estos países la analogía obedece a fundamentos tradicionales y en manera alguna políticas, de modo que los jueces no han abusado de ellas en sentido político como lo hicieron las leyes nazis y comunistas.

La analogía, en suma, puede coexistir hasta cierto punto con la legalidad formal. Pero precisamente por ello y porque la efectiva garantía no puede quedar librada a los vaivenes de la “praxis” es indispensable imponerla legalmente de manera expresa junto al principio de legalidad<sup>17</sup>.

Conviene advertir, finalmente, que la limitaciones al poder punitivo del estado derivadas de los cuatro principios autónomos que se han enumerado, cambian fundamentalmente de signo si se trata de su aplicación “pro libertatis” o “pro reo”. La interdicción de la analogía, la irretroactividad, o la aplicación del derecho consuetudinario, pueden admitirse “in bonam partem”. Esto así porque en un sistema liberal se puede decir, glosando a Edmundo MEZGER, que las puertas de la prisión se cierran detrás del procesado únicamente por imperio de la ley, pero se abren (*pro libertate*) a partir de consideraciones supra o extra legales, especialmente de carácter valorativo.

## 9.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE INIURIA

Pero los principios hasta aquí impuestos todavía serían insuficientes para garantizar en plenitud a la persona contra excesos del poder punitivo estatal.

Podría ocurrir que incluso un parlamento “democrático” a través de una ley formal *scripta, certa, stricta y praevia*, prohíba o mande bajo amenaza de pena cualquier cosa. Por esto es exacto decir que la mera legalidad sin “offensivita” puede servir para cualquier omnipotencia totalitaria.

Por esto es imprescindible el complemento de otro principio: el del bien jurídico. Se trata de uno de los conceptos más interesantes del derecho penal actual originariamente también vinculado al pensamiento iluminista y redescubierto por la doctrina después de la segunda guerra (MIR PUIG),

17.- ASUA, *Tratado cit.*, 498 y ss; asimismo CEREZO MIR, *op. cit.*, 196.

pasado el eclipse nacional-socialista que lo relegó al olvido DAHM y SCHAFFSTEIN)<sup>18</sup>.

Imposible recordar, siquiera esquemáticamente, las vicisitudes de su evolución. Iniciado el concepto por BIRNBAUM (1832), fue objeto de sucesivas elaboraciones ya a partir de FEUERBACH, y ulteriormente por von LISZT, HÖNIG, BINDING, etc., hasta concebirse actualmente como valor ideal del orden social jurídicamente protegido; como “estados de cosas valiosos” o como “unidades funcionales sociales” (vida, salud, libertad, etc.) emergentes de “decisiones valorativas” contenidas en las Constituciones liberales, como señala Hans Joachim RUDOLPHI<sup>19</sup>.

Así concebido el bien jurídico se convierte en la *única instancia legítima del poder punitivo*. Es función primordial, básica del derecho penal, la protección de bienes jurídicos: no hay delito sin lesión o puesta en peligro del bien protegido. El legislador no está “en absoluto facultado para castigar conductas no lesivas del bien jurídico”<sup>20</sup>.

El principio complementa así el de materialidad que únicamente excluye la punición de actos situados en el alma del agente; pero el acto externo no supone necesariamente ofensividad. Esta debe concretarse cuando menos en un peligro objetivo para el bien jurídico.

En suma para la punición no sólo es indispensable un comportamiento externo, exhaustivamente descrito en ley formal previa, sino que además debe dañar u ofender de manera indefectible el bien específicamente protegido por la norma.

El principio (que los italianos llaman de “offensivité”) gravita de modo formidable en los planos de *jure condendo* y de *jure condito* (juez y legislador).

Desde el último punto de vista el derecho penal liberal está en las antípodas de un derecho que concibe el delito como mera desobediencia, esto

18.- También la bibliografía sobre el bien jurídico es inagotable. Cfr. por todos Hans Joachim RUDOLPHI. Vid asimismo Franz von LISZT *Der Zweckgedanke im Strafrecht* traducido por Alessandro Alberto CALVI, *La teoría dello scopo nel diritto penale*. Giuffrè, Milano, 1962. Hoy se habla de una vuelta a Liszt especialmente por los autores del *Alternativ-Entwurf* alemán de 1966. En el párrafo 2, I, de ese proyecto se señala como una de las dos notas fundamentales de la pena la limitación del *ius puniendi* a la protección de bienes jurídicos. Cfr. Claus ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1978, 21 y ss., 49; también MANTOVANI, *Il problema*, cit. 363 y ss.; ZAFFARONI, *op. cit.*, III, 238-261.

19.- Cfr. RUDOLPHI y LISZT, *ops. cit.*; JESCHECK, *op. cit.*, I, 350.

20.- Hoy es opinión dominante la de que no existe delito sin lesión o peligro del bien jurídico. Como ejemplos, ver: MANTOVANI, *Derecho penal*, cit., 183; MEZGER, *Tratado de derecho penal*, I, Madrid, 1955, 398 y ss.; WESSELS, *op. cit.*, 32; HASSEMER, *op. cit.*; 37-8; WURTEMBERGER Thomas, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1959 (1a. ed. alemana, 1959), 98-100; JESCHECK *op. cit.*, 316-7; MUSSOTTO, Giovanni, *Corso di diritto penale*, Palermo, 1960, 109; ASUA, *op. cit.*, 105; MIR PUIG, *Derechos humanos cit.*, 473; *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2a ed. Barcelona, 1982, 30 y ss.; Adiciones a JESCHECK, cit., 175; FONTAN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, I, Buenos Aires, 1966, 46, etc. RODRIGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte especial*, Madrid, 1979, 205, dice que la tesis es inadmisibles a la luz del derecho positivo.



es, como mera violación del deber de fidelidad a la potestad estatal, consistente en el conflicto entre la voluntad rebelde del súbdito y la voluntad omnímoda del poder. En este último sistema (totalitario) se manda o prohíbe bajo amenaza de pena cualquier cosa (*sed lex, dura lex*).

Esto es imposible en el estado liberal. El legislador, a través de la ley *scripta* y exhaustiva, únicamente puede castigar acciones lesivas del bien jurídico. *Esto es lo único que legitima políticamente la punición* el proscribir la formulación de puras “órdenes” sin contenido valorativo y sin más fundamento que la voluntad arbitraria del órgano legiferente o del déspota.

Por todo ello bien dice HASSEMER cuando afirma que el legislador penal “tiene que demostrar la lesión del bien jurídico” al describir acciones merecedoras de pena<sup>21</sup>.

Pero todavía existe otra consecuencia tanto o más importante en el plano de *lege lata* (vinculante para la *praxis* judicial), aunque sea la más discutida y apasionante.

El bien jurídico es hoy concebido como el punto de convergencia entre tipicidad y antijuricidad cuyo contenido material, respectivamente, está constituido por esa puesta en peligro o por esa lesión. El bien jurídico, además, a diferencia de cuanto se sostuvo hasta hace poco, probablemente concierne en mayor grado a la tipicidad que a la antijuricidad puesto que la primera es ya portadora de un desvalor material (toda vez que en modo alguno es un concepto axiológicamente neutro).

Todo ello se proyecta sobre el concepto de legalidad y específicamente sobre la tipicidad formal y sobre la función misma del juez penal.

Conforme a este planteamiento, de rigurosa actualidad, el principio del bien jurídico también es vinculante para el juez a quien le fija el ámbito y límites de la punición junto o dentro de la tipicidad cuyo contenido integra obligatoriamente. El bien jurídico y su ofensa constituyen, también en el ámbito judicial, el presupuesto legitimador indefectible de la concreta actuación del poder punitivo estatal.

De acuerdo a ello la ofensa (como lesión o peligro) *pertenece a la tipicidad*; es “un elemento del delito junto a los otros elementos estructurales de la *fattispecie*” (MANTOVANI), cuya existencia el juez debe verificar “in concreto”. Si la ofensa no existe, la conducta no es típica, nadie será castigado por una mera desobediencia (cualquier cosa) ni por la peligrosidad. El delito es “hecho típico” pero además “hecho típico ofensivo”.

También Giuliano VASALLI, junto a muchos otros, sostiene que la ofensiva “integra la misma *fattispecie*” como elemento de la legalidad. En la misma línea cabe citar a MIR PUIG, Juan BUSTOS, Carlo FIORE y al mismo ZAFFARONI (con su concepto de tipicidad “conglobante”).

Tal postura se traduce incluso en denominaciones tan expresivas como principios de la “*tipicidad substancial*” (propiciada por Franco BRICOLA) o de “*tipicidad material*” (utilizada por Wilhelm GALLAS) junto al concepto de *tipicidad formal*.

21.- HASSEMER, *op. cit.*, 39.

Como corolario de lo expuesto el juez debe verificar el daño o la ofensa, si no concurre corresponde lisa y llanamente la absolución (HASSEMER y PAGLIARO)<sup>22</sup>.

A pesar de ciertas reservas a este planteamiento desde el punto de vista de ciertos delitos: los llamados de sospecha, de peligro y de daño presunto, delitos obstáculo, delitos sin ofensa o de fin, etc., no puede negarse la importancia decisiva del principio para la correcta solución de ciertas situaciones en las que concurriendo la tipicidad formal, la acción no sólo deja incólume el bien jurídico tutelado sino que hasta puede resultar beneficiándolo<sup>23</sup>.

Pueden ocurrir diversas hipótesis.

VASSALLI señala como absurda la insistencia en perseguir criminalmente la omisión de ciertos actos jurídicamente exigibles: la omisión de denuncia, por ejemplo, si la *notitia criminis* ya está en manos de la autoridad.

Pero existen muchos otros casos. Tal el disparo de arma de fuego contra una persona sin herirla porque el alcance del arma era reducido; la grosera falsificación de moneda perceptible a simple vista; las dádivas acostumbradas a ciertos agentes públicos, e incluso funcionarios de la administración, con motivo de las fiestas de fin de año (arts. 104 y 259 C. P.), etc.

En todos los casos la tipicidad *formal* es evidente pero no concurre la tipicidad *material* (lesión o peligro del bien jurídico) sin que pueda decirse que esté presente una causa justificativa que excluya la responsabilidad.

Pero existen otros supuestos aún más espectaculares: la lesión formalmente típica del cirujano que menoscaba la integridad física para salvar la vida o restituir la salud de su cliente: la absolución no se basará en una justificación profesional sino, antes de ella, en la inexistencia de ofensa al bien jurídico (que fue beneficiado).

JIMENEZ DE ASUA defendió hace mucho un caso que pudo haberse resuelto en términos semejantes: una madre soltera en su noble afán maternal inscribió como hija suya en el registro a una niña abandonada sin padres conocidos. Un caso parecido juzgó la C.C.C. (con mi voto) que pronunció una sentencia absolutoria.

A diferencia de otros países, en la Argentina el principio asume jerarquía constitucional en la primera parte del art. 19 de la Constitución. Con marcado acento iluminista y resabio carrariano dice el texto: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la

22.- Vid. VASSALLI, "Considerazione sul principio de offensività", Est. dagli *Scritti in memoria de Ugo Pioletti*, Nilano, 1982; Franco BRICOLA, "Teoría generale del reato", *Novias, digesto italiano*, XIX, 1973, 72 y ss, 84; Carlo FIORE, *Il reato impossibile*. Napoli, 1959, 44-5; También, especialmente, MANTOVANI, 184-5; GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1939, 31; MIR PUIG, *Función de la pena*, cit. 89; Juan Bustos RAMIREZ y Hernán ORMAZABAL MALARTE, "Significación social y tipicidad", en *Doctrina penal*, Año 3, n. 11, 1980, 533 y ss.; HASSEMER, *op. cit.* 39; PAGLIARO, *Principi de diritto penale, pte. general*, 2a ed., Milano, 216, citado por VASSALI en *Considerazione*, cit., 61; ZAFFARONI, *Tratado*, III, cit., 235 y ss.

23.- VASSALLI, *Considerazioni*, cit., 11-12, 57 y ss; MANTOVANI, *Il problema*, 570 y ss.

moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”<sup>24</sup>.

La moderna versión de esta exigencia liberal es el principio del bien jurídico o de la tipicidad substancial o material que los italianos denominan de “offensivité”.

100

101

## 10.- NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE CULPA

El último principio basilar de la teoría del delito es el mismo tiempo el más discutido.

La vieja frase de HAFTER según la cual el destino del derecho penal se habría de sellar con la culpabilidad es de rigurosa actualidad frente a una recentísima dogmática que postula incluso su aniquilamiento como base para un llamado “derecho penal de medidas”.

Esto a mi juicio derrumbará al genuino, al único derecho penal posible, para substituirlo por algo que no es derecho penal: una especie de organización jurídica (sobre bases deterministas) de la lucha contra el delito como si fuera algo semejante a las epidemias o a la regulación administrativa del suministro de gas o de agua, antes que como algo que tenga vinculación con lo ético-social (glosando una repetida frase de Fritz BAUER) o como dice BERISTAIN IPIÑA reduciendo el derecho criminal a “mera técnica de defensa social, de conservación de cosas o de doma de animales”.

El principio, a veces llamado inexactamente de subjetividad o de atribuidad psicológica, constituye a través de larga evolución una de las más preciosas conquistas de la cultura y del pensamiento humanos. Sus implicancias se conectan especialmente con el reconocimiento de la jerarquía axiológica y la dignidad suprema de la persona.

Esto así porque el principio significa nada menos que el salto desde el acto o el hecho hasta el autor (a la persona como legítimo y último fundamento de la pena).

Todas las etapas anteriores se refieren a la conducta humana objetivizada. Pero ninguna es suficiente para fundar acabadamente la pena. La acción externa exhaustivamente descripta en la ley formal, estricta, cierta, anterior al hecho, que además lesione o ponga en peligro el bien jurídico, todavía no es fundamento legítimo de la *concreta punición*. Para esto es necesario que sea obra *reprochable* del agente, como fundamento último y decisivo de la pena.

Para llegar a ella el derecho penal hizo una curva milenaria desde las formas toscas y primitivas de la responsabilidad por el resultado, pasando

<sup>24</sup> El art. 5 de la declaración de los derechos del hombre de 1789 comenzaba diciendo: “La loi n’a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société”. CARRARA por su parte había dicho que para la legitimidad de la represión debía tratarse de actos con “capacidad de turbar el orden externo, o sea, de violar los derechos de otros hombres”. Tales actos deben haber dañado o tener “aptitud para dañar”; sin esto el acto externo es civilmente inocente, Programa del curso de derecho criminal, parte general, I, Bs. As., 1944, parág. 92 y 100.

por formas aberrantes de responsabilidad impersonal, a la responsabilidad ético-social de nuestros días, personalizada y espiritualizada.

Estas formas antiguas (desafortunadamente subsistentes en los estratos profundos de la mente humana) únicamente concebían una punibilidad mecánicamente retributiva contemporánea del talión (ojo por ojo). Frente a un homicidio, por ejemplo, debía suceder la responsabilidad del causante (que debe *pagarlo* con la propia vida) sin que interese la participación espiritual del autor. Esta especie de monstruoso “do ut des” colocaba a la conducta humana en idéntico nivel ontológico que el acontecimiento natural. Pero ello falsificaba su esencia ontológica.

Ya se dijo que el sustrato material del hecho punible exige un mínimo de participación subjetiva del autor (un auténtico acto interior). La culpabilidad eleva esta participación a su plenitud valorativa (acto interior *reprochable*), transformando el puro hecho en hecho humano susceptible de valoración ético-social.

La culpabilidad no es pues únicamente el último eslabón de la cadena, sino la esencia misma (fundamento último e incluso medida) de la responsabilidad concreta, respetuosa de la dignidad del hombre enjuiciado como persona y no como cosa.

Desafortunadamente en el ordenamiento jurídico argentino el principio sólo se encuentra de manera implícita, pero cabe afirmarlo como implicancia del de legalidad.

Esto no es ninguna novedad toda vez que ya en el siglo XVIII había quedado firmemente consolidado a partir de las enseñanzas y del sistema de FEUERBACH.

Por esto fue inexplicable que la Academia Argentina de derecho hubiese formulado en oposición al principio, expresamente contenido en el Proyecto SOLER de 1960.

Claro está que la respuesta eficaz llegó de inmediato a través de la certera réplica de los profesores Luis Carlos CABRAL y Eduardo MARQUARDT<sup>25</sup>.

## 11.-

Y llega el momento de poner fin a estas líneas. Pero añadiré unas breves consideraciones.

Los principios básicos que imitando a FEUERBACH se han rotulado como *nullum crimen, nulla poena sine actione; nullum crimen, nulla poena sine lege (scripta, certa, praevia y stricta); nullum crimen, nulla poena*

25.- Luis Carlos CABRAL y Eduardo MARQUARDT, Culpabilidad y responsabilidad penal, en *LA LEY* del 2 de diciembre de 1961.

Obviamente la bibliografía sobre la culpabilidad es también ingente. Puede verse el Coloquio internacional celebrado en Chile (4-12 de abril de 1973), *Revista de Ciencias penales*, enero-abril, 1973, n. 1, XXXII; Günther STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Madrid, 1980; Claus ROXIN, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales”, en *Problemas básicos*, cit., etc.

*sine iniuria; nullum crimen, nulla poena sine culpa*, están condicionados por una filosofía política previa a la ley positiva en la que subyace una antropología filosófica personalista.

Ya lo señalé antes. El legislador penal simplemente reconoce estos principios como imposición del moderno estado de derecho en tránsito hacia el estado social y democrático (afín con un postulado de justicia material), que tiene detrás de sí un cosmos axiológico en el centro del que se halla la dignidad y la libertad de la persona humana.

Ha de advertirse por último, que de cada uno de estos principios derivan escalonadamente las características de toda acción punible: acción típicamente antijurídica y culpable (comprendida la imputabilidad) sancionada con una pena.

De este modo una conducta humana únicamente será delictiva cuando es y porque es antijurídica. La antijuricidad (como lesión o peligro del bien jurídico) es fundamento legitimante y “*ratio essendi*” de la tipicidad. A su vez la acción típicamente antijurídica solamente se transforma en delictiva y punible por ser culpable y cuando es culpable.

El disvalor de la conducta fundamenta la incriminación (el derecho no puede prohibir o mandar a partir de un vacío axiológico); mientras que lo que es culpable (el acto interior *reprochable* que integra la conducta) fundamenta la pena que se infiere al autor.

Todas estas características están recibidas como datos dogmáticos en los códigos vigentes bien estructurados, pudiendo extraerse de ellos retrospectivamente (así lo hacen por ejemplo Ricardo C. NUÑEZ, Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, José CERESO MIR, Luis Carlos CABRAL, etc)<sup>26</sup>. Pero, por encima de esta contingencia dogmática, es indispensable que se inscriban de manera expresa y circunstanciada en las Constituciones del mundo democrático o, al menos (como lo hizo el código penal tipo), en el propio texto del código, mientras no se alcance aquel *desideratum*.

---

26.- NUÑEZ, Ricardo C., Manual, cit., 128 y ss; RODRIGUEZ MOURULLO. *Derecho penal*, cit., 200 y ss.; CERESO MIR, *op. cit.*, 300; CABRAL, *Compendio*, cit. 376.

Siguiendo el precedente del Código tipo las Constituciones políticas (y en su defecto los códigos penales) deben establecer el siguiente catálogo de principios fundamentales referentes al delito:

1.- Nadie puede ser condenado sino en razón de un comportamiento externo que haya sido previamente declarado punible por la ley.

2.- Nadie puede ser condenado a penas o sometido a medidas de seguridad que no hayan sido expresamente señaladas por la ley anterior para el hecho cometido.

3.- Nadie puede ser condenado por disposiciones que no tengan el carácter de leyes formales previas.

4.- Las leyes penales deben describir exhaustivamente y de modo preciso e inequívoco los hechos punibles, de manera que no queden dudas sobre su punibilidad.

5.- En ningún caso se aplicará analógicamente la ley penal para configurar hechos punibles o imponer penas criminales.

6.- Nadie puede ser condenado si no ha actuado con culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda especie de responsabilidad objetiva e impersonal.



## ALGUNAS PROPUESTAS SOBRE LAS CAUSAS DE AUSENCIA DE LA ACCION TIPICA

Aurora García Vitoria

*Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Granada*

Aunque como es sabido, la descripción de la fuerza irresistible, y la ausencia de aquélla para los movimientos reflejos y las situaciones de plena inconsciencia, han permanecido sin modificaciones tras la Reforma de 1983, no significa en modo alguno que todo esté dicho en su torno, o que no se hallen necesitadas de mayores aclaraciones. Por el contrario, aspectos como el de su naturaleza, continúan siendo conflictivos y centro de discusiones. Intentar, ante ello, ofrecer un análisis diferente de dicha cuestión, constituye el propósito de nuestro trabajo, y para lo que comenzaremos señalando, en cuanto a la FUERZA IRRESISTIBLE, su idéntica redacción en el Código penal actual (artículo 8 —párrafo noveno) y en la PANCP (artículo 22 —nº 7), —con lo que pueden extenderse a esta última los comentarios pertinentes— significándose sobre su naturaleza y contenido varias y distintas teorías, y cuyo análisis de las más destacadas nos parece imprescindible para un mejor entendimiento de tan compleja figura.

A tal respecto, los autores se adscriben, en mayoría, a su consideración como causa de ausencia de acción, interpretando como fuerza irresistible, en el sentido del nº 9 del artículo 8, cuando se ejerce violencia sobre alguien, determinándole a actuar o a no hacerlo, en una dirección tan ajena a su voluntad, que el comportamiento es visto como irrelevante por el Derecho Penal<sup>1</sup>.

---

1.- Omitimos citar pormenorizadamente los autores partidarios de su entendimiento como causa excluyente de la acción, por tratarse de un criterio tan generalizado, que reseñarlos todos sería prácticamente imposible, y aun así podría incurrirse en omisiones relevantes.

Posición minoritaria en cambio es, la mantenida por quienes se muestran partidarios de su acepción como causa de inexigibilidad estimando que dicho precepto ha de ir referido a hipótesis de violencia, que para ser calificada de “irresistible” —cuyo adjetivo recae no sólo sobre la que no puede resistirse sino también sobre la que no se tiene obligación de resistir— ha de anular la libre determinación del sujeto, aun cuando no elimine su libertad de obrar<sup>2</sup>, aduciendo en defensa de su tesis, y entre otros motivos ulteriormente expuestos, que el término “obrar” utilizado en el Código para configurar la eximente, sugiere una mayor amplitud que “actuar”, es decir, “realizar acciones”, y por ello “actuar” constituye el núcleo esencial del significado de “obrar”. Consecuentemente, la “violencia” aquí descrita no puede excluir la capacidad de actuación del sujeto. De ahí la alternativa propuesta<sup>3</sup>.

En dicha línea, y entre otras razones que abonan esta afirmación, señala MORILLAS, atinadamente desde su perspectiva, no cabe negarlo, el encontrar inaudito que: “los autores casi con unanimidad identifican obrar con acción y omisión, y luego el que *obra* violentado por una fuerza irresistible resulta que no comete acción”<sup>4</sup>.

Pero entendemos, sin embargo, que el empleo de la palabra “obrar” puede obedecer a motivos diversos de los citados, como el tratarse de una mera técnica de redacción, exenta prácticamente de otros matices que los meramente descriptivos, pero no obstante utilizada, quizás porque emplear otra resultaría demasiado difícil, y en último término tan susceptible de interpretaciones conflictivas como ésta, si algún autor lo propusiera. Pues, y a mayor abundamiento, ¿qué fórmula sino esa misma o parecida, cabe adoptar para describir la eventualidad de que el sujeto ejecute una conducta, activa u omisiva, aun encontrándose sojuzgado, en definitiva, “violentado” a hacerlo? ¿Acaso no significa etimológicamente “obrar” también “causar algo un efecto”? Por tanto, efectivamente se “obra”, es decir, se efectúa un comportamiento, materialmente hablando, activo o pasivo, que produce unas consecuencias típicamente descritas, aunque con posterioridad resulte excluido, al faltar los componentes necesarios para ser, además, objetivamente imputable al sujeto. Así que el recurso a este vocablo omnicompreensivo parece oportuno, con independencia del contenido posteriormente otorgado por cada autor.

Por tanto creemos que un sujeto puede realizar algo o bien dejar de hacerlo, es decir, “obrar” en una dirección u otra, ante el empleo de la fuerza ejercida sobre él, y sin embargo, tales actuaciones ser irrelevantes para el Derecho Penal; pudiendo entonces identificarse el término “obrar”, en el

2.- En este sentido: COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTON, Tomás Salvador. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia. 1987. pág. 477-478; MORILLAS CUEVA, Lorenzo. *La eximente penal de fuerza irresistible*. Granada. 1987. pág. 142-143; ANTON ONECA, José. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro, y Luis Beneytez Merino. 1986. pág. 308 y ss.

3.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477; MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 146 y ss; reiterándolo en pág. 158 y ss.

4.- MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 149.



sentido mencionado, y en definitiva, como constitutivo tanto de la materialidad de hacer como de no hacer algo.

Y a mayor abundamiento, si se toma en cuenta la adición de otra palabra no menos importante, clave también para la identificación de su naturaleza, como lo es, a nuestro juicio, “violentado”, creemos en mayor grado reforzado nuestro parecer. Así, con dicho adjetivo, equiparable a “forzado”, “atropellado”, “obligado”, “constreñido”, “compelido”, “dominado”, etc., se alude claramente a una persona desposeída de su libre determinación, y por ello, aunque el sujeto “obra”, al hacerlo “violentado” se pone de manifiesto que el Derecho considera irrelevante su “obrar”.

Igualmente para nosotros, la hipótesis de exculpación resulta inviable, si hemos de ser consecuentes con estimarla conducta no dirigida por la voluntad —opinión que iremos desarrollando sucesivamente— porque de entrada, el Código, en su artículo 20, acuerda la exención de responsabilidad civil para quien actúa dominado por esta clase de fuerza, contradiciendo el parecer de los autores citados, ante el obstáculo legal representado por la configuración del mencionado artículo. Escollo que COBO y VIVES tratan de solventar, alegando que aun cuando el artículo 20 no establezca responsabilidad civil para el que actúa bajo fuerza irresistible, a diferencia de lo que se dispone, por ejemplo, respecto del miedo, no impide su valoración de causa de inculpabilidad, pues no siempre, en base a las estrictas prescripciones del Código, cabe eliminar en las causas de antijuricidad la responsabilidad civil, mientras se mantiene para las eximentes de culpabilidad, pues aquélla se determina, en ocasiones, con criterios que nada tienen que ver con la estructura de la infracción<sup>5</sup>; lo que no nos parece de recibo, ya que la estructura de la infracción sí es tomada en consideración por el legislador, siendo a partir de las causas justificadoras cuando se incide en dicha responsabilidad, a tenor del propio texto legal, y sin oponerse a ello el que no siempre se pueda, y sobre todo se deba, estar de acuerdo con la diferenciación que, a tales efectos civiles, establece el Código entre causas justificantes y las carentes de dicha facultad; pero, en todo caso, la voluntad legislativa es clara, por mucho que no se comparta, y ante ello resulta manifiesta la imposibilidad técnica de estimar la fuerza irresistible en otro sentido distinto del que nos hacemos eco; no pudiendo tampoco coadyuvar a la opinión de estos autores, la puntualización de QUINTANO sobre que la inexistente alusión del artículo 20 a la responsabilidad civil es debida “si no a una omisión, a considerar que todas las responsabilidades penales y civiles se transfieren íntegramente al autor de la violencia, el único efectivo de ambas acciones, la propia libre y la ajena coaccionada”<sup>6</sup>; pues la evidencia de que el autor de la fuerza está llamado a retribuir por ella, no hubiera impedido al legislador hacer extensiva la responsabilidad a quien actúa bajo su influjo, de haberlo estimado oportuno, y si la deniega es precisamente por encontrarlo, como nosotros, inadecuado, al tratarse de una

5.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 483.

6.- QUINTANO RIPOLLES, Antonio. *Comentario al Código Penal*. 2ª. Edición, puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid. 1966. pág. 135.

causa excluyente de la acción típica; dando por válida, en consecuencia, la perspectiva que hemos reseñado.

En igual relación con la determinación de su naturaleza, y por cuanto importa delimitar el alcance y contenido de la fuerza irresistible, compete asimismo desentrañar el significado de algunos términos en ella contenidos:

En primer lugar nos referiremos al término "irresistible". Hemos de comenzar partiendo de que entendemos por tal, no solamente cuando se constriñe directamente al sujeto a obrar o a omitir un comportamiento en forma totalmente ajena a su voluntad, como cuando bajo esta premisa, y en algunos casos, para evitarse mayores daños o peligros el forzado, convencido de la nulidad de su empeño, no intenta repeler la fuerza, entre otras razones porque tampoco le sería no ya exigible, como vemos, sino tampoco posible que lo hiciera; pues como dice CORDOBA, la exclusión de la voluntad puede estimarse tanto si la víctima intenta neutralizarla, como si advirtiendo la inutilidad de su esfuerzo por sobreponerse a ella, se abstiene de aplicarlo para prevenir otros males<sup>7</sup>; si bien habrá de estarse muy al caso concreto, pues en otras ocasiones convendrá mejor el parecer de MIR, favorable a que si la fuerza incide materialmente sobre el sujeto, y éste contiene la réplica ante su inferioridad de condiciones, no podrá imputarse al forzado el resultado lesivo acaecido, por falta de acción u omisión penalmente relevante. En cambio, si ante la amenaza inminente de la fuerza, evidenciada como irresistible, el sujeto cede de antemano a los deseos del forzador, el resultado lesivo puede atribuirsele<sup>8</sup>.

Por tanto, es incuestionable la valoración detenida sobre las *posibilidades de resistencia efectiva y el grado de inmediatez con que la amenaza se presenta*, por entender que si ésta es inminente, quizás será preferible la opinión de MIR, pero en cambio, siendo inmediata y afectando ya al sujeto, puede resultar mejor el parecer de CORDOBA. Es decir, todo depende de la viabilidad para superar el constreñimiento que padece la víctima.

Aunque debe hacerse constar también, que lo determinante no es, en sí mismo, sólo el tracto temporal mediador entre la fuerza y la actuación u omisión de la víctima, sino sobre todo, la posibilidad de resistencia que confiere a la fuerza, pues, indiscutiblemente, cuanto mayor sea la inmediatez con que debe cumplirse el designio del forzador, menos posibilidades hay de oponérsele. Y desde luego, no cabe olvidar que son impensables reglas fijas sobre la cuestión, por cuanto la valoración sobre la resistencia a la fuerza depende, aparte de otros factores más impersonales, de cada sujeto y de sus circunstancias.

También en íntima conexión con la postura adoptada sobre los anteriores problemas, los autores se dividen en cuanto a las características que la fuerza debe reunir:

Para unos, sólo cabe admitir la fuerza material y física que anula la voluntad. En tal sentido advierte RODRIGUEZ MOURULLO que: "se trata

7.- CORDOBA RODA, Juan y RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Barcelona. 1972. pág. 331.

8.- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona. 1985. pág. 153. También en este sentido MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 214.

de una “vis absoluta”, que excluye radicalmente la voluntad, y no una mera “vis compulsiva”, que desplaza la libertad de voluntad, pero no la voluntad misma”<sup>9</sup>.

Ciertamente coincidimos con esta teoría en que para apreciar “fuerza irresistible” ha de requerirse la exclusión de toda voluntad en el sujeto, y no un simple desplazamiento, pero entendemos asimismo, que esto puede obtenerse bien con el ejercicio directo sobre la víctima de una *fuerza material* (“vis absoluta”), perpetrado por la vía física (por ejemplo, sujetándola para que no haga algo, o por el contrario, para obligarla a hacerlo), o —diferenciándonos aquí de la tradicional opinión al respecto— por la vía psicológica o intimidante (por ejemplo, maltratándola hasta atemorizarla, y que bajo ese influjo ella haga u omita algo); como también —el Código tampoco distingue— por la fuerza no material, sino meramente *compulsiva* o intimidatoria (“vis compulsiva”), es decir, sin ejercer violencia directa sobre la persona de la víctima, sino indirecta, (por ejemplo, amenazándola con un arma o con golpearla, o maltratando a sus familiares o amenazándoles en su presencia), *cuando con ello se anule su voluntad, obligándola a ceder inmediatamente a las pretensiones del forzador, y siempre que el requisito de la irresistibilidad se halle presente*<sup>10</sup>, al entender que, en realidad, en todos los supuestos citados se ve obligado, violentado, el sujeto a acceder inmediatamente a las imposiciones ajenas, quedando entonces su voluntad desconectada de lo que realiza u omite, y convirtiéndose en un mero instrumento del forzador. Por consiguiente también aquí nos distanciamos, de nuevo, del criterio sustentado por la generalidad de la Doctrina, al resultar comúnmente aceptado que en dichas situaciones el sujeto mantiene su capacidad de voluntad, la cual, aunque viciada bajo las tensiones a que es sometido, le permite no obstante rechazar la conducta antinormativa que se le propone, si bien, posteriormente, no le sea exigible que se determine a obrar en tal sentido; debiendo entonces apreciarse una causa de inexigibilidad, pero no de ausencia de acción.

Hemos desestimado sin embargo este criterio, al opinar que en casos como los descritos, donde el autor se encuentra “violentado” por la inmediatez de unas presiones, cuya entidad, por otra parte, le afecta en tan gran medida como para forzarle a cumplir, sin dilaciones, las exigencias impuestas, apreciar la existencia de auténtica voluntad responde más a una abstracción intelectual que a una realidad jurídica, pues si se impele al sujeto a realizar un determinado comportamiento, ya en su misma raíz contrario, ajeno, a la voluntad, es decir, “involuntario”, ¿cómo puede decirse, al margen de lo meramente conceptual, que ese mismo comportamiento es “voluntario”? Por tanto, hablar de “voluntad” en sentido penalmente relevante,

9.- RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*. Madrid. 1977. pág. 233. En el mismo sentido SAINZ CANTERO, José Antonio. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Barcelona. 1985. pág. 268. En el mismo sentido, ANTON ONECA, *cit.* pág. 308-309.

10.- Sobre las diferentes clases de fuerza, vid. por todos: HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe. *El delito de coacciones*. Barcelona, 1983. pág. 92 y ss.

no de voluntad sin más, nos parece, ya lo hemos dicho, una ficción, pues no es que ésta se halle presente aunque condicionada, sino que, como tal, no se halla en absoluto, aun cuando el sujeto sea consciente de lo que realiza, a diferencia de las situaciones de plena inconsciencia y de los movimientos reflejos, donde se procede de forma inconsciente.

Distinto sería que, situado en idénticas circunstancias, el forzado tuviera un *espacio de tiempo suficiente*, y por tanto no hubiera inmediatez, con lo cual tampoco irrisistibilidad, como para, y aun cuando se hallare muy condicionado por la violencia empleada sobre él, dirigir su voluntad a la ejecución de las pretensiones de quien utiliza la fuerza, pues aquí mantiene su capacidad de voluntad, que si bien está condicionada, es voluntad en definitiva, y consecuentemente, en estas mismas situaciones no podrá hablarse de ausencia de acción, sino, en todo caso, de la normal motivación del sujeto, bajo los efectos, por ejemplo, de miedo insuperable.

Partidarios en cambio del acogimiento de la fuerza material intimidatoria, pero desde otra perspectiva, señalan algunos autores no ser preciso que ésta anule la voluntad del sujeto, bastando con que lo condicione, por tratarse de una causa de inexigibilidad<sup>11</sup>. Entendemos al respecto, que debe estimarse, ciertamente, la posibilidad de admitir violencia física intimidatoria bajo la fuerza irresistible, pero no en los términos y con los resultados por ellos aducidos, sino porque el Código sólo habla de “fuerza irresistible”, y bien puede determinarse la exclusión de la acción, según hemos manifestado ya, por dichas vías, impidiendo a la persona, en tales situaciones, obrar en un sentido transcendente para el Derecho Penal; pues como dice RODRIGUEZ DEVESA, aunque no en este supuesto, pero cuyas palabras nos permitimos utilizar aquí, como exponente de nuestro parecer, lo determinante de que falte la acción es “la ausencia de relación entre la voluntad del sujeto y el acaecimiento en cuestión”<sup>12</sup>; y de ahí que en ambos momentos se obre violentado por fuerza irresistible.

También, y como antes dijimos, cabe estimar fuerza irresistible el constreñimiento meramente compulsivo, sin ejercicio material y directo de violencia sobre el sujeto, siempre que coloque a éste en una situación de imposible resistencia a la fuerza que sobre él se practica. Puede considerarse en la misma directriz el siguiente comentario de QUINTERO: “en el concepto de fuerza como eximente hay que distinguir entre ‘cómo ha de ser y qué efecto ha de tener’. Respecto a lo primero puede la fuerza ser ‘física y directamente actuada’ sobre el sujeto (‘vis absoluta’) o bien ‘moral’, en cuyo caso se separa la fuerza de la acción pero ésta obedece a la presión psicológica generada por el previo ejercicio de la fuerza física (p.e., el sujeto había sido golpeado) (‘vis compulsiva’). En el primer caso no hay más acción que la del que ejerce la fuerza, mientras que el que la sufre se transforma en simple instrumento; en el segundo, existe una acción externamente voluntaria, pero que no refleja la real voluntad del sujeto pues ésta se en-

11.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477-478; MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 123 y ss.

12.- RODRIGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª Edición, revisada y puesta al día por Alfonso Serrano Gómez. Madrid. 1986. pág. 501.

cuentra atenazada (p.e., actúa ante la amenaza de volver a ser golpeado). Para algunos, estos casos podrían llevarse a otra eximente, la de miedo insuperable, pero eso no es necesario, pues ni es precisa la actuación de una persona para que se produzca miedo en otra ni se puede negar que la fuerza irresistible, en cualquiera de sus clases, describe precisamente los casos en que alguien actúa privando de libre voluntad a otro”<sup>13</sup>.

No todos los autores, sin embargo, y como es sabido, suscriben el criterio de que la violencia moral pueda suponer en ocasiones la exclusión de la voluntad. Así por ejemplo, SAINZ CANTERO entiende que: “mediante la violencia moral el sujeto sufre una presión en su voluntad para que actúe en un sentido determinado (contra el orden jurídico), pero siempre le queda su voluntad para actuar en otro sentido. Tendrá a veces que realizar un acto heroico para actuar en contra de aquello a que la fuerza moral le presiona, pero podrá hacerlo. Si actúa de acuerdo con la dirección a que la presión le empuja, actuará voluntariamente. Su conducta externa estará conducida por su voluntad. Voluntad coaccionada, pero voluntad en definitiva. Su impacto no lo hace esta clase de fuerza en la acción, sino en la culpabilidad”<sup>14</sup>.

A lo dicho nos permitimos objetar que, en modo alguno puede tomarse como indiscutible la existencia de verdadera voluntad en el sujeto, para actuar en un sentido distinto al conminado, en el supuesto que se reseña. A menos que se interprete la “voluntad” como mera posibilidad de movimiento físico hacia un determinado fin, aquél que el autor de la fuerza impone; en cuyo caso, no hay duda en que la denominada “voluntad” permanece siempre en el obligado, salvo excepciones de inconsciencia, etc. Pero en nuestra opinión, esto no es voluntad, sobre todo a efectos jurídicos, sino determinismo, y de ahí que la neguemos en situaciones como las descritas.

A todo lo cual debe añadirse, además, que entendemos se cumple la anulación de la voluntad del sujeto, y por tanto, la irresistibilidad de la fuerza, ejerciéndola física o psicológicamente, a través tanto de *personas como de cosas*; pues a mayor abundamiento, se recuerda que el Código no precisa los medios, sino sólo el efecto, es decir, la irresistibilidad de la fuerza. Y en esta línea comentada señala RODRIGUEZ DEVESA: “el concepto de violencia que inicialmente se concibió como una fuerza material ejercida directamente sobre una persona, como una ‘vis corpore afflicta’, hoy se ha espiritualizado de una parte, y de otra se ha extendido a supuestos en que se actúa a través de cosas y, en consecuencia, sobre el sujeto que la padece (‘vis compulsiva’)”<sup>15</sup>.

Como ejemplo puede citarse, cuando se efectúa algún ataque sobre bienes de vital importancia para el sujeto, como prender fuego a su única vivienda, careciendo éste de la posibilidad de remediar su estado, aunque ad-

13.- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Introducción al Derecho penal. Parte General*. Barcelona. 1981. pág. 186, y reiterado en *Derecho penal. Parte General*. Barcelona. 1986. pág. 426-427.

14.- SAINZ CANTERO, *cit.* pág. 267.

15.- RODRIGUEZ DEVESA, *cit.* pág. 500.

virtiendo que en hipótesis de fuerza sobre las cosas, y salvo las situaciones excepcionales mencionadas, lo normal será apreciar más bien un estado de necesidad, o en su defecto una atenuante relativa al caso, ya que los daños sobre los bienes, por valiosos e importantes que sean para la víctima, suelen constituir una clase de impulso diferente a los de la fuerza y el miedo, en mayor grado referidos a la personas. Habrá de estarse, pues, muy al caso concreto.

Expuesto ya en cierto modo nuestro parecer, pasamos ahora a opinar sobre otro problema planteado, cuya visión se halla sin duda alguna relacionada con la opción sobre su naturaleza, cual es la delimitación con el miedo insuperable, con quien presenta ciertas concomitancias.

En este punto cabe reseñar que, en general, para los autores partidarios de su entendimiento como causa excluyente de la acción, la fuerza alude a aquélla que, materialmente, es decir fundamentalmente de carácter físico, anula la voluntad; sin embargo, la fuerza intimidatoria y coercitiva de la libre determinación del sujeto, al cual impide motivarse adecuadamente ante el temor que le produce, aun cuando mantenga su capacidad de acción, resulta acogible en la eximente de miedo insuperable, nº 10 del artículo 8.

En tal sentido, precisa MUÑOZ CONDE que la fuerza irresistible supone una intervención material, exterior al forzado, sobre el que actúa con carácter absoluto, sin dejarle ninguna opción para actuar en un sentido distinto al realizado, faltando por ello la acción al faltar antes la voluntad del sujeto. En cambio si la fuerza es resistible, o el sujeto tiene al menos esa posibilidad, la voluntad, aunque viciada, existe. No es lo mismo, dice, atar a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber (por ejemplo el guardaguasas), que amenazarle con una pistola bajo la misma finalidad. El primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible excluyente de la acción; el segundo es un supuesto de vis compulsiva que no descarta la acción, al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuricidad o la culpabilidad, según se estime exista aquí estado de necesidad o miedo insuperable<sup>16</sup>.

Concordamos en líneas generales con la diferenciación marcada por este autor, aunque no en su totalidad, al advertir que para nosotros, en definitiva, tanto la fuerza material como la intimidatoria pueden significar, indistintamente, fuerza irresistible o miedo insuperable, ya que según nuestro parecer el acento recae sobre las posibilidades efectivas e inmediatas de contrarrestar la fuerza, más que en su cualidad material o psicológica. En consecuencia, y siguiendo su ejemplo, amenazar a alguien con una pistola para impedirle cumplir su deber, puede ser tanto fuerza irresistible como miedo insuperable. *Depende, ya lo hemos dicho, de las posibilidades de resistencia y de la inmediatez con que se comine al sujeto a ejecutar los designios de quien le amenaza.*

Por el contrario, y desde la perspectiva de la inexigibilidad, señalan COBO y VIVES como una de las claves definitorias entre ambas eximentes,

16.- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del delito*. Bogotá. 1984. pág. 17.

que la fuerza descrita en el n.º 9 del artículo 8 hace referencia fundamentalmente a la fuerza material, es decir física, pero con efectos intimidatorios, que anula la libre determinación del sujeto, aunque no su capacidad de acción; siendo el artículo 1.º el lugar idóneo para acoger las hipótesis de ausencia de acción, y resultando entonces supérfluo el párrafo 9 del artículo 8.º, de no dotársele de un contenido más amplio y diferente, como el propuesto por ellos<sup>17</sup>, que a su vez servirá para diferenciarla del miedo. Criterio éste que, por su interés, iremos desglosando por partes, para un mejor análisis.

Contestando a su primera objeción, remarcamos que en Derecho Penal el calificativo de “supérfluo” aplicado a algunos artículos, necesita ciertas matizaciones: así, puede merecer (depende, a veces, de la personal visión de cada autor) el que determinados conceptos se delimiten de otros, incluso con exceso, en aras de una mayor seguridad y claridad en la interpretación y aplicación de las normas legales.

Otras disposiciones además, en nuestra opinión, son igualmente supérfluas, como la casuística regulación de las eximentes de responsabilidad criminal —en su casi totalidad reconducibles al estado de necesidad, pero que ante tan profusa descripción, necesariamente han de ofrecer un exiguo contenido (lo cual tampoco es de extrañar que ocurra en la fuerza irresistible)—, y el caso fortuito y el error invencible, subsumibles en el artículo 1.º, y tantos más de la Parte General y Especial<sup>18</sup>, sin que ello haga aconsejable, como alternativa a tan innecesaria existencia, desmesurar su significado y límites, para mejor buscarle alguna utilidad.

Por tanto, cuando añaden sobre la fuerza irresistible, como secuela de lo anterior: “por ello, parece que debe aplicarse también, y sobre todo, a los casos en que, concurriendo una fuerza física, no elimina ésta por completo la libertad de acción, pero anula la libertad de determinación”, y reiteran: “parece, pues, inevitable concluir que el Código ha querido incardinar la violencia material, con efectos intimidatorios, en el número 9.º del artículo 8, condicionando la exención al carácter de irresistible, sin hacer en tal hipótesis, referencia alguna a la ponderación de males, invocada en el número siguiente, al regular la eficacia eximente de la violencia moral”<sup>19</sup>, no vemos, en realidad, motivos para una conclusión que, por diferente, haya de ser tan necesariamente inferida (a juicio de estos autores) de la superfluidad del precepto, y llevándonos esto a advertir que la posibilidad de aplicar dicho artículo a supuestos distintos, aunque exista, no depende de la argumentación sobre su redundancia, sino de otros motivos en mayor grado atendibles.

Llevar razón en cambio, cuando manifiestan, siguiendo con el hilo de su tesis, que “irresistible” puede significar tanto la hipótesis excluyente de acción como la de inexigibilidad, si bien vuelven a errar, a nuestro juicio,

17.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477. En el mismo sentido, ANTON ONECA, *cit.* pág. 310.

18.- Como ejemplo, entre otros muchos, puede citarse los artículos 490 a 492 bis, referidos a modalidades de allanamiento de morada. Véase la crítica al respecto: GARCÍA VITORIA, Aurora. *El derecho a la intimidad, en el Derecho Penal y en la Constitución de 1978*. Pamplona. 1983. pág. 75.

19.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477-478.

en la conclusión deducida a partir de esta premisa, al entender que si la violencia física intimidatoria se incardina en el miedo insuperable, la eximente resulta demasiado angosta, por la exigencia de padecerse el miedo bajo la amenaza de un mal igual o mayor al daño causado, quedando entonces, fuera de su ámbito, el miedo de un mal menor<sup>20</sup>. Y como apoyo de su criterio, utilizan un expresivo ejemplo de PACHECO: “no me amenazan con la muerte; me amenazan sólo de mutilarme, me van a cortar una mano, si no pongo fuego a la casa condenada. El mal con que se me amenaza no es tan grande como el que prepara la Ley al incendiario. Con todo, por evitar ese mal menor, que esta próximo, realizo el incendio. ¿Quién será el juez que me condene, a pesar de las palabras del artículo? No es el miedo de un mal mayor el que me ha hecho obrar, pero ha sido el de un mal grave, el de un mal próximo. Esto basta para la conciencia: esto debía haber bastado para la Ley”<sup>21</sup>, señalando lo desproporcionado de hacer incurrir en responsabilidad criminal a quien de esta manera actúa, pues si puede parecer insatisfactorio negar su exención en tales casos, aun más intolerable sería derivar responsabilidad criminal, incluso atenuada, para la persona que en un evento semejante, se hallase, además, sometida a violencias físicas graves; deduciendo como consecuencia obligatoria, que para estos supuestos el Código prevé la inclusión de la fuerza material intimidatoria en la fuerza irresistible, el número 9 del artículo 8<sup>o</sup><sup>22</sup>.

Estimamos sin embargo carentes de un fundamento tan sólido como creen algunos puntos de dicho análisis, en cuanto que, sin lugar a dudas, el Derecho Penal no puede proceder en la forma indicada de negar la exención de responsabilidad criminal, y de hecho no procede así; antes al contrario, puede concederla, según el caso, por fuerza irresistible o subsidiariamente por miedo insuperable, sin dificultad, pues aun cuando en relación con este último el mal sea técnicamente “menor”, sólo una interpretación quizás demasiado estricta del miedo insuperable y de sus requisitos puede conducir al razonamiento aducido por COBO y VIVES, en cuanto lo pretendido únicamente por el legislador es, que ante un mal amenazante de mínima o escasa importancia, por muy valorado que haya sido desde la perspectiva concreta del autor, no quepa invocar algo tan trascendente como la exención de responsabilidad criminal; lo cual no obsta, en modo alguno, a que los baremos para la cuantificación del mal, dotado éste por otra parte de un carácter reconocidamente subjetivo por el Derecho, sean lo suficientemente amplios como para acoger el ejemplo de Pacheco y de otros similares, y por mucho que el daño causado sea matemáticamente superior al interés del bien defendido.

Así pues, la causa de miedo insuperable no quedaría tan exigua como suponen dichos autores, sino que por el contrario, puede y debe ostentar una adecuada amplitud, sin olvidar desde luego que se trata de una hipótesis de estado de necesidad. De ahí el hecho de ser la prolijidad del artículo

20.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477.

21.- PACHECO, J. F. *El Código Penal concordado y comentado*. Tomo I. Madrid. 1988. pág. 185-186.

22.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477-478.



8º, y no su verdadera dimensión jurídica, la causa determinante de la estrechez que obviamente puede manifestar<sup>23</sup>.

En consecuencia, sus argumentaciones para dotar la fuerza irresistible de la suficiente entidad, de la cual carece actualmente en su opinión, debiéndose, para compensarlo, albergar en ella toda violencia material intimidatoria, adolecen, bajo nuestro criterio, de tanto y tan verdadero sustento legal como suponen; aun cuando el resultado, sin embargo, sea exacto, ya que en efecto la violencia material intimidatoria cabe en dicha exención. Lo que pasa es que también cabe en el miedo insuperable, por ser la posibilidad de resistencia la clave de la diferenciación entre ambas eximentes.

Considerando también que, *fuerza irresistible* es aquélla que *no se puede resistir*, y por demás que no es exigible hacerlo, resulta innecesario aludir al equilibrio de males —cuestión ésta por ellos señalada—<sup>24</sup>, mientras se hace preciso en el *miedo*, al tratarse de una *fuerza resistible*, aunque tampoco sea exigible hacerlo; observación interpretada por los citados autores en favor de su tesis, y a la que oponemos la nuestra.

Y para finalizar con el tema de la fuerza material intimidatoria como motivo para discernir entre la fuerza irresistible y el miedo, sólo reiterar que para nosotros también puede constituir una de las hipótesis subsumidas en la fuerza irresistible, es decir, aquélla en donde lo relevante es la mediación del ejercicio de la fuerza sobre el sujeto, para que actúe en el sentido impuesto por el forzador, constriñéndole a ello, y produciéndose cierta inmediatez entre el empleo de la violencia y la actuación de la víctima, pues si el autor de la fuerza se limita a utilizarla para impulsar al ofendido a obrar a su capricho, y que lleve a cabo sus pretensiones en un momento más o menos cercano o inminente, pero no inmediato, con lo cual aquél conserva su capacidad de acción, aun cuando su motivabilidad quede disminuída, estaremos ante la circunstancia de miedo insuperable, en la que asimismo cabe. Por eso aquí el Código exige un *mal amenazante*, cobrando todo su sentido la ponderación de males señalada por COBO y VIVES, y de bienes jurídicos colisionados, en último término, añadimos nosotros; mientras que en el supuesto anterior simplemente se requiere la *aplicación de una fuerza que violenta al sujeto*, y tal evaluación se hace innecesaria.

Y dentro de este contexto, al suscribir también el parecer de causa exculpante para la fuerza, señala MORILLAS, interesándose por otra perspectiva del tema, que los términos “irresistible” e “insuperable” son semejantes, y como mínimo tienen una proyección parecida, no sólo lingüística, lo cual resulta fácilmente apreciable incluso con el uso del Diccionario, ya que como dice este autor, en la palabra “resistir” (oponerse una fuerza a la acción o violencia de otra) hay una confrontación de fuerzas: si la que se opone es vencida o excedida será lo contrario de resistible, es decir, “irresistible”; y como, por otra parte, el vocablo “superar” es asimilado por el Diccionario a sobrepujar, exceder o vencer, puede comprobarse el alcance similar al de resistir. Ante ello, si el miedo no puede vencerse

23.- Vid. al respecto, COBO/VIVES, *cit.* pág. 478-479.

24.- COBO/VIVES, *cit.* pág. 477 a 479.

o sobrepasarse, es insuperable jurídicamente hablando, pues entre otros motivos, tanto la fuerza como el miedo son irresistibles o insuperables cuando no logran dominarse por el común de las personas. De ahí la confluencia de ambos en algunos puntos, y por tanto de su consideración conjunta como causa de inexigibilidad.

Consecuentemente, bajo su criterio, la diferencia estriba de manera fundamental, no en el predicado de ambas, sino en los medios empleados: fuerza y violencia en la fuerza, y amenaza de un mal igual o mayor al propuesto, en el miedo<sup>25</sup>.

No falta razón a dicho autor al señalar estas diferencias, pues efectivamente, el empleo de fuerza y violencia suele ir asociado a la fuerza irresistible, mientras las amenazas lo están con el miedo, y tanto más, por cuanto el empleo de las primeras determina, en general, el constreñimiento del sujeto a su inmediata actuación en el sentido impuesto por otro, en tanto que con las amenazas no suele darse la necesidad de tal inmediatez; pero en todo caso, insistimos en que habrá de estarse al supuesto concreto, reiterando que la fuerza que no es dable al sujeto, —es decir posible—, resistir, entraña una causa excluyente de la acción, con independencia de los medios con que sea ejercida; mientras que la que es factible superar, también abstracción hecha del modo en que se efectúa, pero no es exigible hacerlo, constituye miedo. La primera clase de fuerza es irresistible, la segunda es resistible, pero como no se está obligado a efectuar la superación, aparece como jurídicamente insuperable.

Por tanto, bajo nuestro criterio, y como resumen, *cualquier clase de fuerza que anula la voluntad, es decir, que no es resistible, ejercida por cualquier medio sobre el sujeto, para doblegar su voluntad, conminándole a hacer u omitir algo, normalmente en ese momento concreto, pues cuanto más inmediato sea el ejercicio de la fuerza suele ser menos afrontable, constituye fuerza irresistible, y en ella se hace supérfluo aludir a la ponderación de males; mientras que el ejercicio de la misma clase de fuerza, también por cualquier vía, que no anula la voluntad, sino que la condiciona, conminándole a hacer u omitir algo, normalmente no en ese momento concreto, o por lo menos no tan inmediatamente, —aunque pueda ser más o menos inminente—, y por tanto es resistible, si bien no es exigible hacerlo, se tratará de un supuesto de miedo insuperable, cuya entidad habrá de valorarse en orden a la ponderación de males señalada.*

En cuanto a sus requisitos, y como entendemos que al menos un comentario, por apresurado que resulte, puede determinar un mejor entendimiento de la naturaleza de esta eximente, incidimos en ello, aunque sin pretensiones de exhaustividad.

Con referencia a si cabe ser originada por fuerzas naturales, nos parece fuera de duda, aun cuando su admisión puede acarrear cierto confusio-

25.- MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 143 y ss.

ha visto obligado a desencadenar; mientras en el caso fortuito, quiere libremente la conducta desencadenante, pero no el resultado de ésta, el cual ni siquiera pudo evitar, a pesar de actuar con toda diligencia.

Y con respecto a dicha exigencia tradicional de provenir la fuerza sólo de personas, acertadamente CORDOBA la niega, poniendo de relieve que el silencio legal sobre este punto deja sin fundamento pretensión tan estricta<sup>26</sup>; aunque como ha señalado RODRIGUEZ MOURULLO, el sentir jurisprudencial en este orden de cosas va más encaminado a destacar que la fuerza no puede emanar del mismo individuo que la invoca en su descargo, que a negar la admisión de fuerzas naturales como agentes desencadenantes<sup>27</sup>.

En cambio no incluimos aquí, siguiendo con ello el general parecer de la Doctrina y de la Jurisprudencia, los impulsos internos del sujeto, por irresistibles que sean, si bien pueden resultar subsumidos, llegado el caso, en otras eximentes.

También admitimos como fuerza irresistible, supuestos en que la fuerza es originada por la acción directa de un objeto sobre la víctima, al no advertir desprendida de la redacción legal exigencia alguna de personalidad, como cuando una máquina empuja al sujeto, quien no puede resistir el impulso y a su vez causa daños a las cosas o a las personas<sup>28</sup>.

E igualmente, cuando mediante la acción ejercida por las cosas, se impele indirecta o mediatamente al sujeto a realizar una conducta dañosa<sup>29</sup>; como cuando un vehículo en tránsito, situado ante un semáforo, es atropellado por otro, arrollando el conductor a los peatones o produciendo daños en las cosas<sup>30</sup>; o en el caso de que alguien averíe los frenos de un coche ajeno, causando posteriormente el conductor del vehículo daños a las cosas o a otras personas<sup>31</sup>.

Pero la desestimamos si se ejerce sobre otra persona distinta al sujeto, como medio de obligar a éste a una actuación dañosa no inmediata sino posterior —si es inmediata ya dijimos anteriormente que podía constituir fuerza al patentizarse en mayor grado la irresistibilidad— por entender que

26.- CORDOBA RODA, *cit.* pág. 329. En el mismo sentido: GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito. Derecho penal. Parte General*. Madrid. 1987. pág. 112; CE-REZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Introducción. Parte General*. 3ª Edición. Madrid. 1985. pág. 294. Interpretación que asumen: MIR PUIG, *cit.* pág. 156; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. Barcelona. 1984. pág. 221.

27.- RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, *cit.* pág. 234, nota 52. Más recientemente, se hacen eco de esta aclaración: OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana. *Derecho Penal. (Teoría Jurídica del Delito)*. Madrid. 1986. pág. 44. En cambio estima dudosa esta posibilidad, MUÑOZ CONDE, *cit.* pág. 17.

28.- BUSTOS RAMIREZ, *cit.* pág. 221. Ver también al respecto: OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *cit.* pág. 44; MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 133.

29.- BUSTOS RAMIREZ, *cit.* pág. 221. Véase también: MIR PUIG, *cit.* pág. 124; GOMEZ BENITEZ, *cit.* pág. 111.

30.- MARTIN GARCIA, Pedro. "La fuerza irresistible". *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*. N° 1298., de 5 de Enero de 1983. pág. 7.

31.- Así también: RODRIGUEZ DEVESA, *cit.* pág. 500-501; MIR PUIG, *cit.* pág. 156; GOMEZ BENITEZ, *cit.* pág. 112.

aquí subyace mejor un estado de necesidad o un miedo insuperable, según los casos<sup>32</sup>.

Para finalizar, hemos de dejar constancia de que en nuestra opinión, la fuerza irresistible constituye una disposición legal totalmente supérflua, en tanto en cuanto la fuerza que anula la acción puede acogerse en el artículo 1º, y la fuerza que anula la libre determinación ofrece un supuesto de estado de necesidad o de miedo insuperable, el cual es asimismo redundante, por encontrar acogimiento en el estado de necesidad; viniendo a constituir esta última causa, definitivamente, el tramo final en donde ambas existentes, estado de necesidad y miedo insuperable, concurren.

Sobre los MOVIMIENTOS REFLEJOS, los autores coinciden en señalar su carácter de factor excluyente de la acción típica, situando el fundamento jurídico, y a falta de una más explícita declaración por el Código, —lo que igualmente sucede en la PANCP—, en el artículo 1º —nº 1 dentro de los términos “acciones u omisiones”, pues al faltar la voluntariedad carecen de posibilidades de estimarse legalmente como tales, y también, sobre todo, en el vocablo “penadas”, que a nuestro juicio debe interpretarse como penalmente relevantes, es decir, típicas.

La misma consideración reciben las SITUACIONES DE PLENA INCONSCIENCIA, debiendo incardinarse en ellas, en principio, los estados de sonambulismo, sueño, hipnosis, narcosis y embriaguez letárgica —asimilada esta última expresamente en la PANCP, en su artículo 22 —nº 2, a la intoxicación plena causada por alcohol, estupefacientes u otras sustancias de análogos efectos— y sobre las que deben hacerse algunas precisiones:

Con referencia al sueño y al sonambulismo, y si bien excepcionalmente algunos autores consideran, sobre todo a este último, causa de inimputabilidad<sup>33</sup>, la Doctrina se decanta a favor de su estimación como causas excluyentes de la acción típica, debiendo hallarse su base científica en la expresión “penadas” como exigencia de tipicidad, al igual o mejor que bajo “acciones u omisiones”.

En cuanto a la hipnosis, definida por HIGUERA como “un estado mental de carácter anormal provocado por medio de la sugestión”<sup>34</sup>, viene siendo mayoritariamente entendida como causa excluyente de acción<sup>35</sup>, y en especial, reconducida a la fuerza irresistible<sup>36</sup>; matizando MIR que en dicho supuesto, como en el de narcosis —considerada como causa de exclusión de la acción por algunos autores<sup>37</sup>, y como posibilidad asimilable

32.- En el mismo sentido, GOMEZ BENITEZ, *cit.* pág. 112.

33.- QUINTANO RIPOLLES, *cit.* pág. 131; ANTON ONECA, *cit.* pág. 310.

34.- HIGUERA GUIMERA, *cit.* pág. 125. Véase también al respecto la interesante referencia que de ella hace MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 169 y ss.

35.- En este sentido: BUSTOS RAMIREZ, *cit.* pág. 220; SAINZ CANTERO, *cit.* pág. 270-271; COBO/VIVES, *cit.* pág. 310.

36.- Así, GOMEZ BENITEZ, *cit.* pág. 111; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *cit.* pág. 44-45; QUINTERO OLIVARES, *cit.* pág. 185; MUÑOZ CONDE, *cit.* pág. 18.

37.- Entre otros, BUSTOS RAMIREZ, *cit.* pág. 221; SAINZ CANTERO, *cit.* pág. 270; COBO/VIVES, *cit.* pág. 310.

a la fuerza por otros<sup>38</sup>— no existe fuerza moral en el sentido de “vis compulsiva”, pues la voluntad no está viciada, sino que ésta se “sustituye” y se pasa por encima de ella<sup>39</sup>.

De otra parte, RODRIGUEZ DEVESA es favorable al reconocimiento de la fuerza irresistible en ambas hipótesis de narcosis e hipnosis, cuando un tercero coloca a su víctima en estado de inconsciencia, aun sin ejercitar fuerza material<sup>40</sup>; y a lo que, en mayor grado puntualiza MIR, sobre la conveniencia de diferenciar entre hipnotismo “provocado” para hacer delinquir, generador de fuerza irresistible, y el hipnotismo espontáneamente provocador de un delito, acogible como estado de inconsciencia<sup>41</sup>.

Menor es el número, en cambio, de autores que les atribuyen capacidad de eliminar la imputabilidad. En este sentido, y para justificar su parecer, CEREZO manifiesta, sobre la base de los criterios mantenidos por conocidos psiquiatras, como VALLEJO NAJERA, ser predominante en la actualidad, la creencia de que la sugestión criminal durante el sueño hipnótico o en un período post-hipnótico, sólo resulta obedecida si el sujeto hipnotizado es un neurótico o un psicópata con tendencias delictivas. Por ello, no excluye la voluntad, ni la capacidad de acción o de omisión, sino que, a lo sumo, conduce a una exclusión o atenuación de la imputabilidad, bajo trastorno mental transitorio, completo o incompleto, y siempre que la sugestión hipnótica no se verifique con el consentimiento del hipnotizado, o sea buscado de propósito, para delinquir.

Igual calificación otorga a la narcosis, por cuanto el narcotizado no pierde completamente la consciencia, quedando simplemente en estado semiinconsciente<sup>42</sup>.

Interesante resulta el parecer de MORILLAS, quien diferencia varios supuestos:

—Sugestión profunda, que suprimiendo la consciencia y voluntad del sujeto, lo convierte en un mero instrumento del sugestionador. Debe acogerse en el artículo 1º, párrafo 1. Opinión que compartimos, así como en el caso de

— perturbación profunda de la consciencia, que cuando impide la capacidad de conocer y querer, pero no la de acción, supone una causa de inimputabilidad, esencialmente de trastorno mental transitorio, según este autor; o de enajenación mental, dependiendo de las ocasiones, añadimos nosotros.

— y perturbación de la voluntad, que conlleva su disminución, si bien resulta compatible con las bases mínimas de la imputabilidad. A su juicio, se trata de una hipótesis de fuerza irresistible<sup>43</sup>, objetándole por nuestra

38.- Por ejemplo, GOMEZ BENITEZ, *cit.* pág. 110; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *cit.* pág. 45; MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 180-181.

39.- MIR PUIG, *cit.* pág. 155.

40.- RODRIGUEZ DEVESA, *cit.* pág. 501.

41.- MIR PUIG, *cit.* pág. 155.

42.- CEREZO MIR, *cit.* pág. 292-293. Idem: QUINTANO RIPOLLES, *cit.* pág. 131; ANTON ONECA, *cit.* pág. 309.

43.- MORILLAS CUEVA, *cit.* pág. 181.

parte, la dificultad en conocer “a priori” la configuración de dicha posibilidad o de cualquier otra, encontrando preferible atender al supuesto concreto ocasionado.

Un planteamiento intermedio entre las tendencias descritas, en nuestra opinión más acertado, y que por eso es el que suscribimos, adopta RODRIGUEZ MOURULLO, al advertir que para mejor determinar si en verdad resulta desplazada la capacidad de acción o de imputabilidad en estas hipótesis, habrá de resolverse la cuestión atendiendo a las circunstancias del caso concreto y de la personalidad de la víctima<sup>44</sup>; lo que también encontramos aducible a la embriaguez absoluta, pues si bien nos parece en mayor medida una eximente de inimputabilidad, dada la naturaleza de los efectos que produce en el sujeto —y así parece conceptualarla también la PANCP, al incardinarla en su artículo 22— 2º, relativo a esta clase de eximentes— cuando su extrema intensidad provoca en él un estado letárgico, puede estimarse causa eliminatoria de la acción<sup>45</sup>, junto al parecer de otros autores<sup>46</sup>, asimilándola alguno de ellos a la fuerza irresistible<sup>47</sup>, y nosotros al sueño, fundamentalmente.

Como final, hemos de reseñar que, a nuestro entendimiento, no resulta adecuado en estas situaciones de plena inconsciencia, hablar de fuerza irresistible, por estimar que ésta debe aplicarse a sujetos *conscientes*, aun cuando se hallen mediatizados física o psicológicamente; debiendo reservarse, como contrapartida, los supuestos de plena inconsciencia para quienes se encuentran bajo dicho estado, estrictamente.

Y por tanto, e igualmente, consideramos a la persona que produce en otra dichos estados de inconsciencia, como autora de las citadas situaciones, pero no, de fuerza irresistible; salvo que la víctima, previamente dejada sin consciencia, la recobre, y hallándose en esta nueva etapa vea, no obstante, anulada de otra manera su voluntad sin recurrir a la inconsciencia; como cuando se ata a quien anteriormente se ha narcotizado, y que al despertar se encuentra imposibilitado para comportarse normativamente, al estar anulada, ahora físicamente, su libre determinación.

44.- RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*. cit. pág. 232. Parecidamente, ANTON ONECA, *cit.* pág. 309.

45.- Comparte esta misma diferencia entre causa de acción o de inimputabilidad, según los efectos producidos en el sujeto: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal*, cit. pág. 421.

46.- Entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *cit.* pág. 44-45; MUÑOZ CONDE, *cit.* pág. 18.

47.- Por ejemplo, GOMEZ BENITEZ, *cit.* pág. 112.