

se estudiará a continuación. La tercera parte del trabajo está destinada a la cuestión del alcance de aquellos términos en relación a las formas de imperfecta ejecución, de participación y preparatorias punibles: se quiere averiguar si todas ellas, y no sólo el hecho consumado del autor previsto en la Parte Especial, constituyen «delito» —o «falta»— en el sentido del Código.

La importancia de la problemática suscitada se refleja, de modo inmediato, en la interpretación de los numerosos preceptos en que los términos «delito» y «falta» aparecen como previamente definidos. Nos hallamos en esos casos frente a hipótesis de lo que Larenz llama «lenguaje especial del legislador» (2). *En principio* deberá partir el intérprete del significado normalmente concedido por la ley a tales términos, si bien es cierto que dicho significado habrá de ceder cuando del contexto del precepto de que se trate se deduzca la imposibilidad —no sólo inconveniencia— de su admisión. Así por ejemplo, sólo si se entiende que la tentativa es «delito» o «falta» cabrá admitir que prescribe, y de acuerdo con la pena que le corresponda, según el art. 113 C. p., que se refiere sólo a la prescripción de los «delitos» y de las faltas». Por otra parte, los resultados a que se llegue en este trabajo pueden ser significativos para problemas dogmáticos nucleares. Así, el contenido propio de los términos «delito» y «falta» puede revelar una toma de posición de nuestro Derecho en relación a los problemas de la posición del dolo y la culpa en la teoría del delito y la admisibilidad de la construcción de los elementos negativos del tipo. El tema abordado constituye, en todo caso, un presupuesto general de la elaboración de una dogmática jurídico-penal específicamente vinculada al Derecho penal español.

II. SENTIDO DE «TIPO LEGAL» DE LOS TERMINOS «DELITO» Y «FALTA»

1. *Planteamiento.*

En el lenguaje de la ciencia la palabra delito expresa el concreto presupuesto de la pena, con la sola salvedad de la discrepancia doctrinal existente en torno a la eficacia excluyente o no del delito de las condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias. Sin embargo, en el número siguiente se pondrá de manifiesto un uso *normal* de los términos «delito» y «falta» en el Código penal en el sentido, abstracto e *incompleto* respecto del concepto dogmático de delito, de «tipo legal». A continuación se *precisará* el contenido dogmático de ese concepto de «tipo legal»: es necesario decidir si el tipo legal coincide con la «tipicidad» *stricto sensu* de la teoría del delito, si incluye, además, en forma de tipo de injusto definitivo, la «antijuricidad», o si contiene también elementos de culpabilidad. Lo segundo aparecerá como la solución preferible (punto 3). Decidir si es el uso de «delito» y «falta»

(2) Vid. K. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. cast. de E. GIMBERNAT ORDEIG, Barcelona (Ariel), 1966, págs. 255 ss.

como «tipo legal», así entendido, o el dogmático de hecho punible completo el que tiene lugar *como regla*, por ser el impuesto por las definiciones de los arts. 6 y 1,1 del Código penal, constituye el objeto de los puntos 4 y 5.

La solución de la problemática señalada es, por una parte, decisiva para la interpretación de ciertos preceptos que se refieren a la palabra «delito» y, por otra, de elevado interés dogmático. En cuanto a lo primero, debemos destacar que la presente investigación nació de la necesidad de interpretar el término «delito» de los arts. 10,14 y 10,15 del Código penal, donde operan como elementos normativos jurídicos. La solución *típico-abstracta* decide en estos preceptos el sentido de las expresiones «delito a que la ley señale igual o mayor pena», «dos o más delitos a que la ley señale pena menor» y «otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código» (3). En cuanto a la relevancia dogmática de la temática estudiada, se halla vinculada, sobre todo, a la *precisión* del contenido del tipo legal expresado por los términos «delito» y «falta», como se verá al considerar este aspecto (punto 3).

2. «Delitos» y «faltas» como «tipos legales abstractos» en el uso normal del Código.

La definición del art. 1,1 del Código penal podría dar a entender que en la terminología legal *sólo —y siempre—* constituye «delito» o «falta» la acción u omisión que *resultare penada —punible—* por la Ley en el caso *concreto*. En este sentido, la calificación de «delito» y «falta» habría de recaer, en la terminología del Código, en cada una de las *concretas acciones producidas en el mundo empírico* que merecen de forma concreta una pena que depende, en su cualidad y cantidad, de las particulares circunstancias de aquéllas. En términos de dogmática ello significaría que para la presencia de un «delito» o «falta» —siempre en el lenguaje del Código— sería necesaria la concurrencia de todos los elementos que permiten la concreta punición de una acción u omisión empírica; a saber, no sólo la adecuación de la misma a un *tipo legal abstracto*, sino también —y además— los concretos juicios de culpabilidad y, si se admite, punibilidad (4).

(3) Por ejemplo, en cuanto a la primera de estas expresiones, la solución *típico-abstracta* obliga a entender que las penas a comparar en el artículo 10,14 son las penalidades *típicas*, no las concretamente —con circunstancias— imponibles: cfr. S. MIR PUIG, *La reincidencia en el Código Penal*, tesis doctoral, Barcelona (Bosch), en prensa, Cap. 5, III.

(4) Esta interpretación concreta —o completa— de la definición del artículo 1,1 CP es la dominante en la doctrina española. De modo explícito, J. CÓRDOBA RODA, *Notas*, cit., I, págs. 152 y 175; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., págs. 139 ss.; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., I, páginas 288 ss. También, aunque entiende que sólo *implícitamente* se contienen en el artículo 1,1 la antijuricidad y la culpabilidad, A. QUINTANO, *Curso...* cit., I, pág. 209. No parece totalmente favorable a esta interpretación J. M.^a

Sin embargo, el Código penal contiene un uso *normal* de los términos «delito» y «falta», según el cual no se consideran como tales las *acciones del mundo empírico concretamente punibles*, sino los *abstractos procesos* de actuación previstos por la Ley en los distintos *tipos legales* que, como regla, constituyen la Parte Especial del Código, *con independencia* de que concurran o no, además de esa tipicidad legal, otras notas adicionales de la teoría del delito. Como es sabido, las rúbricas de los Libros II y III del C. p. rezan «Delitos y sus penas» —Libro II— y «de las Faltas y sus penas» —Libro III—. Esto revela que los tipos legales que se encierran en el Libro II constituyen —al menos en principio— a los ojos del Código «los delitos», mientras que en el Libro III se hallan «las faltas». Y, si como se halla generalmente admitido (5), los preceptos de estos libros no contienen la totalidad de las características dogmáticas del hecho punible completo, habrá que concluir en el sentido incompleto y abstracto de los tipos legales y, por ello, de los «delitos» y «faltas» de los Libros II y III (6).

Confirma esta interpretación el hecho de que el Código califique de «delito» o «falta» conductas en las que, concurriendo la realización de la descripción típica de los preceptos de la Parte Especial, falta, sin embargo, la culpabilidad: en estos casos, la calificación de «delito» o «falta» tiene lugar *abstracción hecha* de las circunstancias *concretas* que fundamentan la exclusión del personal juicio de culpabilidad. Es lo que sucede en los números 1.º párrafo 2, 2.º párrafo 2, 3.º párrafo 2, y 4.º circ. 1.ª párrafo 2 del art. 8 C. p. El segundo párrafo del núm. 1 del art. 8 dice: «Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la *Ley sancionare como delito...*» El párrafo 2.º del núm. 2 del art. 8 empieza también diciendo: «Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un *hecho castigado por la ley...*» (7). Y el párrafo 2.º del núm. 3 del mismo artículo hace, asi-

RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General* cit., págs. 278 ss. Tampoco J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal*, I, Madrid, 1968, página 493, donde afirma que en el artículo 1 no se contiene la culpabilidad. Por nuestra parte, primero intentaremos poner de manifiesto que el concepto concreto y completo no es el expresado por el CP normalmente, y tampoco en el artículo 6, por medio de los términos «delito» y «falta». A continuación podremos abordar la cuestión en el artículo 1, que, a nuestro juicio, permite también la interpretación típico-abstracta: cfr. *infra*, II 4. Debe adelantarse, sin embargo, que el tipo legal abstracto incluye, para nosotros, la antijuricidad (cfr. *infra*, II 5). Delito *completo* y delito *incompleto* se distinguen, pues, por la concurrencia o no de culpabilidad y, en su caso, punibilidad.

(5) Así, J. CÓRDOBA, *Notas*, cit., I, pág. 152; F. F. OLESA MUNIDO, *Estructura de la infracción penal en el Código español vigente*, Barcelona (Ariel), 1971, pág. 39.

(6) J. CÓRDOBA, *loc. cit.*, escribe: «Si los preceptos de la Parte Especial del CP se limitan, pues, en principio, a la configuración de los tipos, es evidente que el término «delito», utilizado por el legislador para rotular los epígrafes de los títulos del libro 2.º del CP, equivale a *acción típica*».

(7) RODRÍGUEZ MUÑOZ señala los números 2.º, 1, y 3.º, 2, del artículo 8, como casos en que «hecho» y «delito» coinciden: *Notas* cit., I, pág. 174. CÓRDOBA observa que «hecho» y «delito» o «falta» se corresponden recíprocamente con frecuencia en la terminología legal: *Notas* cit., I, pág. 413.

mismo, alusión a «cuando éste —el sordomudo— haya cometido un hecho que *la Ley sancionare como delito...*» (8). Teniendo en cuenta que los preceptos citados hacen referencia a supuestos en que la conducta concreta se halla exenta de pena por ausencia de culpabilidad, no cabe otra interpretación de las expresiones subrayadas que la de entenderlas referidas a *tipos legales* no constitutivos de delito, en sentido dogmático, en el caso concreto. Del mismo modo, en el núm. 4 del art. 8 es indiscutible que, igual que cualquier otra *agresión*, la de los bienes, si bien se exige que «constituya delito», no hace falta que además de antijurídica (9) sea culpable y punible (10).

El mismo uso de los términos «delito» y «falta» tiene lugar inequívocamente en los arts. 104, 453, 546 bis a) y bis b) C. p. La puesta en relación del art. 104, que impone la indemnización de perjuicios irrogados «por razón de *delito*», y el art. 20, que prevé la responsabilidad civil por el hecho del inimputable, muestra que este hecho debe incluirse en el tenor del término «delito» del art. 104, pese a la falta de culpabilidad. En el art. 453, que define la calumnia como «la falsa imputación de un *delito* de los que dan lugar a procedimiento de oficio», debe entenderse que el hecho del inculpable cabe en la esfera de significación de la palabra «delito», a no ser que se quiera admitir que el inculpable no puede ser nunca sujeto pasivo del delito de calumnia. Del art. 546 bis f) se desprende que el «delito» o «falta» de los arts. 546 bis a) y bis c), respectivamente, puede ser cometido por autor inculpable o exento de pena (11).

Finalmente, es altamente expresivo en favor de la equiparación de «delito» o «falta» y «tipo legal», en el sentido *abstracto-incompleto*, que el Código utilice el término «delito» en este sentido incluso en preceptos como el art. 10,15 —y muchos otros (vid. *infra* II 4Cb y c), entre ellos lógicamente también el art. 10,14—, *pese* a que en ellos se presupone la presencia de un delito completo concreto. No cabe duda, en efecto, de que en el art. 10,15 la exigencia de que el o los «delitos» anteriormente condenados se hallen «comprendidos en el mismo título de este Código» pone de manifiesto que la ley apunta al tipo legal abstracto: éste es el único que puede hallarse «comprendido en un título» (el delito completo concreto es el producto de la coordinación del Libro I y II, esto es, de *dos* títulos por lo menos). La necesidad de extender esta conclusión al término «delito» del paralelo art. 10, 14 es sistemáticamente obvia.

(8) Los subrayados son nuestros.

(9) Ya se ha adelantado en la Nota 4 que, como se verá, el tipo legal incluye la antijuricidad en forma de *tipo total* de injusto.

(10) En este sentido expresamente, J. CÓRDOBA, *Comentarios...* cit., I, página 237.

(11) Seguimos el planteamiento de G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 902. Los subrayados son nuestros.

3. *Precisión del contenido dogmático de los términos «delito» y «falta» como «tipo legal abstracto».*

Las observaciones anteriores llevan a la conclusión *negativa* de que los términos «delito» y «falta» en el uso normal del Código no se corresponden con la noción dogmática de hecho punible completo y concreto. Como conclusión *positiva*, nos hemos limitado a equiparar «delito» y «falta» a «tipo legal abstracto». Interesa ahora *precisar* qué elementos del concepto dogmático de hecho punible —de delito— pertenecen a ese tipo legal. Más concretamente: ¿«tipo legal» es «acción típica», «tipo de injusto» o «tipo de injusto con ciertos elementos de culpabilidad»?

a) La respuesta ha de partir de los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 8 C. p., ya examinados. De todos estos preceptos se desprende que, si bien es innegable la utilización abstracta-incompleta del término «delito», resultaría altamente insatisfactorio equiparar éste a toda «acción típica» en sentido estricto. Al margen de la posibilidad de requerir efectiva peligrosidad en el inimputable para su sometimiento a las medidas de seguridad previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 8 (12), no cabe sino condicionar tales medidas a la *antijuricidad* del hecho realizado por el inimputable. Sería absurdo aplicar el internamiento de seguridad por causa de una actuación en legítima defensa justificante. Del mismo modo, debe entenderse que en el art. 8, 4.º no basta que el ataque a los bienes sea típico, sino que es necesaria, además, su antijuricidad. Lo contrario supondría la admisión legal de legítima defensa contra una agresión *legítima*, lo cual contradiría el encabezamiento general del art. 8, 4.º en un supuesto —la propiedad— en que lo que se pretende es precisamente *limitar* los casos en que cabe legítima defensa.

La misma conclusión —en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 8. «delito» requiere, por lo menos, la antijuricidad— se deduce de los arts. 104 y 453 C. p. (13). Ya se ha visto que el término «delito» del art. 104, en relación con el art. 20, alcanza al hecho del inimputable. Sin embargo, el mismo art. 20 muestra que aquel término —«delito»— se extiende en el art. 104 sólo, en principio, a hechos antijurídicos. Si el art. 104 se refiere a la indemnización de perjuicios «por razón de delito» y el art. 20 en principio excluye de los hechos que originan responsabilidad civil los amparados en una causa de justificación (así, legítima defensa o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), cabe pensar que el hecho justificado no es «delito» en el sentido del artículo 104. Cierto que el art. 20 admite la responsabilidad civil por hecho ejecutado en estado de necesidad, aun en caso de conflicto de

(12) Es encomiable, en este sentido, el esfuerzo de CÓRDOBA por mostrar la necesidad de subordinar la aplicabilidad de las medidas de los números 1.º y 3.º del artículo 8 a la presencia de peligrosidad: *Comentarios...* cit., I, páginas 222 ss. y 236.

(13) Así, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 902.

bienes desiguales. Pero eso no significa que el mismo *deba* calificarse de «delito» según el art. 104. Puede interpretarse sólo como supuesto de ampliación excepcional de la responsabilidad civil por la *peculiar* naturaleza del estado de necesidad, que, pese a la justificación *penal* del *autor* (que puede no ser el *beneficiado*), supone la causación de un «mal» (arts. 8,7.º y 20 regla segunda) para el sujeto pasivo en beneficio de otro sujeto (el *beneficiado*, que puede no ser el *autor*) (14). Resultado material del estado de necesidad es, pues, un *desequilibrio* entre dos sujetos, el pasivo y el beneficiado, que, en cuanto sea *reparable* económicamente, desde la perspectiva de derecho *civil* aquél no tiene necesidad de soportar (15). Adviértase, en efecto, que el art. 20, regla segunda, establece la responsabilidad civil en el caso del artículo 8,7.º sobre «las personas en cuyo favor se haya precavido el mal —y no sobre sus autores (16)— en proporción del beneficio que hubieren reportado», y no en proporción a la gravedad del mal. Por lo demás, la indemnización de perjuicios del art. 104,1 *in fine* puede entenderse *analógicamente* extendida al estado de necesidad en base al art. 20, regla segunda. Tratándose de materia *civil*, la vía analógica no se halla excluida por el art. 2 C. p., base legislativa de la prohibición de analogía (17). En cuanto al art. 453 —que exige la imputación de un «delito»— parece lógico que para la calificación de «calumnia» no baste la imputación de un hecho típico *justificado*, carente de sentido depreciativo —no cabe calumnia por la atribución de una detención *legal*—, sino que es precisa la antijuricidad del hecho.

La conclusión obtenida para los arts. 8,1.º, 2.º, 3.º y 4.º, 104 y 453 es susceptible de *generalización* al uso normal de los términos «delito» y «falta», por el mismo sentido *valorativo* de estos términos, confirmado inequívocamente por el genérico «infracción» (art. 6), que alude al quebrantamiento de una norma, y, sobre todo, por exigencias de la esencia de la participación. En cuanto a lo primero, debe señalarse que para la aprehensión del significado de desvalor de los términos «delito» y «falta» no bastaría entender que constituyen el «tipo» *stricto sensu*, ni siquiera entendido como *ratio essendi* de la antijuricidad en sí mismo y, por ello, como «tipo de injusto» con independencia de que concurran

(14) Salvo que el estado de necesidad se resuelva en la *lesión de un deber* carente de resultado material lesivo (art. 8, 7.º, 1, CP).

(15) Probablemente sea éste un ejemplo de la diversidad *cualitativa* —no sólo *cuantitativa*— del significado del injusto *civil*, limitado *esencialmente* a la constatación de un *resultado* lesivo causalmente producido que hay que *reparar* —de ahí que la responsabilidad *objetiva* sea en Derecho civil de signo *progresivo*—, y el injusto *penal*, que supone la calificación de *desvalor de la acción*, en cuanto causal de un resultado lesivo o de peligro, pero también en sí misma. Esto no es óbice, claro está, a la unidad *superior* del ordenamiento jurídico.

(16) Así, J. CÓRDOBA, *Comentarios...* cit., I, pág. 969.

(17) En base a la expresión «rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley» le atribuye con razón CÓRDOBA el carácter de base legal de la prohibición de analogía (a nuestro juicio criticable en cuanto alcanza a la *in bonam partem*): cfr. *Comentarios...* cit., I, págs. 58 s.

o no causas de justificación: el tipo permite sólo un juicio *provisional* de desvalor, debe admitirse que no supone *por sí solo* todavía desvalor alguno, si no se quiere caer en la contradicción, señalada por Roxin, de considerar «antijurídico en sí» un hecho justificado (18). Sería desconocer la connotación de desvalor implícita a la palabra «delito», calificar de tal la acción del verdugo, la detención legal de la policía o la ejecución legítima de una pena privativa de libertad (19).

Por otra parte, constituye presupuesto de la participación en un hecho de otro, que éste sea injusto —*accesoriedad limitada*— (20). Como escribe Rodríguez Mourullo, «sería absurdo castigar a alguien como *partícipe* en un hecho conforme a Derecho» (21). Por ello, en los arts. 12 y ss. debe entenderse que las palabras «delito» (22), «falta», «hecho» (23), «hecho punible» (24) e «infracción» (25) requieren la antijuricidad. Confirma esta conclusión el art. 546 bis f), en relación con los arts. 546 bis a) y b) C. p. Se ha dicho en el epígrafe anterior —2— que la concordancia de estos preceptos pone de manifiesto el sentido *incompleto* de los términos «delito» y «falta» de los artículos 546 bis a) y b) respectivamente. El tenor del art. 546 bis f) indica que lo que *falta* en aquellos términos es la *culpabilidad*, o, en su caso, la *punibilidad*, no la antijuricidad. Así se deduce de que dicho artículo limite la salvedad que prevé al caso de que «el *autor* del hecho» fuere irresponsable o estuviere exento de pena». La causa de la im-

(18) Vid. C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2.^a ed. inalt., Berlín (W. de Gruyter), 1970, págs. 42 s. y 175.

(19) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA escribe: "... es evidente que la ley no quiere imponer la pena de homicidio (art. 407) a cualquiera que mate a otro, sino a quien lo haga sin concurrir una legítima defensa o el cumplimiento de un deber". Ello es para este autor un argumento decisivo para la admisión de la teoría de los *elementos negativos del tipo*: cfr. *Derecho Penal Español*, P.G. cit., pág. 338. W. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. cast. de J. CÓRDOBA RODA, Barcelona (Bosch), 1959, pág. 48, afirma en el mismo sentido: "Lo que está fuera de duda es que el legislador pretende describir, al propio tiempo que las acciones típicas, también las acciones prohibidas".

(20) Así, J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, II, pág. 294; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G. cit., pág. 651; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., págs. 435 s.

(21) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 806, N. 24.

(22) Es obvio, p. ej., que en el artículo 17, "reo habitual de otro delito" no podría serlo el policía por las detenciones que practica legalmente.

(23) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 422; DEL ROSAL cree incluso que el "hecho" requiere la culpabilidad: *Derecho Penal Español (Lecciones)*, Madrid, 1960, II, pág. 119. Pero esto contradice el significado de "hecho" en el art. 8, 2.^o y 3.^o, CP, que excluye la culpabilidad.

(24) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 443, cree que "hecho punible" se corresponde en el artículo 17 con "delito completo". Pero tiene razón RODRÍGUEZ DEVESA cuando objeta que "hecho punible" equivale a "delito" —como en los Códigos anteriores— y a "hecho castigado por la ley", en el sentido *incompleto* de los artículos 8, 1.^o, 2.^o y 3.^o: *Derecho Penal Español*, P. G. cit., pág. 674. En este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, págs. 901 ss.

(25) Vid. *Infra*, II 4 Cb, donde se analiza este término en el artículo 15 CP, en el cual equivale, sin duda, a hecho *injusto*.

punidad debe, según esto, residir en el *autor*, no en el *hecho*. Este resultado interpretativo se aviene con los postulados de la accesoriidad limitada de la participación.

El planteamiento propuesto resuelve satisfactoriamente el antiguo problema suscitado por la utilización del término «delito» en el último párrafo del art. 564 C. p. pese a que los autores se hallan exentos de responsabilidad. No se trata aquí de contradicción alguna con la definición del art. 1: más adelante se verá que cabe entender ésta referida sólo al tipo legal, no al hecho concretamente punible (*Infra*, II 5) y el art. 564 excluye sólo esta concreta punibilidad por razón de la persona. Mucho menos cabe justificar el término «delito» por la posibilidad de participación de sujetos no exentos de pena, como hace Antón (26). Esto permitiría sólo llamar «delito» a la conducta de participación, pero nunca al hecho no punible en que se participa. El art. 564 puede utilizar el término «delito» porque éste requiere sólo la tipicidad y antijuricidad del hecho realizado por los familiares previstos en aquel precepto, que no excluye estas características dogmáticas (27). Por esto último es posible la participación de terceros.

b) De la argumentación seguida se desprende que «delito» o «falta», como «tipo legal», significa no sólo el conjunto de elementos *fundamentales* —positivos— de la antijuricidad. Si así fuese, no sería más que el «tipo» dogmático *stricto sensu*. El «tipo legal» exige además, *negativamente*, la ausencia de causas de justificación: se corresponde con el llamado «tipo total» (*Gesamttatbestand*) (28) de injusto. Pues bien, la unificación de elementos positivos y negativos del injusto en el tipo legal podría constituir base sistemática de los llamados *elementos negativos del tipo* (29). Ciertamente que esta unidad legal no significa que no exista diferencia de naturaleza entre ambas componentes del tipo legal (30). Pero si se demostrase que tal diferencia fuese predominantemente *constructiva* —formal—, sin reflejo en el significado material de los posibles casos de *error* sobre cada uno de ambos aspectos, positivo y negativo (31), la unidad de los mismos en

(26) Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 317.

(27) Esto no obsta a que, además, pueda concurrir en ellos plena culpabilidad. Pero ello no es necesario para la participación de terceros.

(28) Vid. C. ROXIN, *Offene Tatbestände...* cit., págs. 132 y 171 ss.

(29) Para el concepto de elementos negativos del tipo vid. HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn (Röhrscheid), 1960, página 15.

(30) Así, sobre todo, E. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allg. Teil, Ein Lehrbuch*, Tübingen (J. C. B. Mohr), 1970, págs. 226 ss. También H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 2.^a ed., Berlin (Duncker-Humblot), 1972, páginas 185 s.

(31) Así opina C. ROXIN, *Offene Tatbestände...* cit., págs. 173 ss. y 132.. Es significativo que SCHMIDHÄUSER, que caracteriza con especial claridad la diferencia entre *fundamentación* y *exclusión* del injusto, entienda que esa diferencia no tiene nada que ver con la de error *de tipo* y error *de prohibición*: cfr. E. SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Radbruch-Gedächtnisschrift* 1968, págs. 286 ss. y 278.

el tipo legal podría ofrecer un argumento *sistemático* que contradijese la necesidad de distinguir, conforme a aquella diferencia constructiva, el tratamiento jurídico de los distintos casos de erros sobre las circunstancias de hecho del «tipo total» de injusto.

B) Las observaciones formuladas en la letra A) anterior permiten concluir que los términos «delito» y «falta» exigen, *por lo menos*, la antijuricidad típica del hecho, esto es, equivalen a «tipo total de injusto» (32). Mucho más discutible es si, *además*, el tipo legal a que se refieren aquellas palabras contiene *elementos* de culpabilidad (que no contiene *toda* la culpabilidad se desprende de los mismos arts. 8 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, 104, 453 y 546 bis a) y b) en rel. con 546 bis f), ya examinados —*Supra* II 2—). La solución depende del esquema dogmático que se mantenga. En efecto. El tipo legal contiene la totalidad de elementos que fundamentan positivamente la punibilidad del *hecho*. más, implícitamente en principio, la ausencia de justificación. Ahora bien, la distribución *sistemática* de las distintas componentes positivas depende de la respuesta que se dé a las cuestiones de: a) la posición del dolo; b) la admisión o no del llamado «tipo de culpabilidad».

a) De la conminación penal típica y de la alusión negativa a la «malicia» en los arts. 565, 586 3.º y 600 C. p. se desprende la inclusión, aun implícita, del dolo en el tipo legal. Las penalidades previstas en los tipos de los Libros II y III no se asignan *indistintamente* a la ejecución dolosa o culposa de los procesos causales que describen. Por el contrario, las penas señaladas en la mayor parte de los preceptos del Código se dirigen *sólo* a tipos dolosos, de modo que si sólo concurre imprudencia no cabe entender realizado el supuesto de hecho de aquellas penas. Entonces habrá que acudir a los preceptos configuradores de la imprudencia (arts. 565, 586 3.º y 600 C. p.), que, del mismo modo, prevén penas sólo para los hechos culposos, los cuales encuentran su tipificación en la concordancia de estos preceptos con la *parte* objetiva de los tipos dolosos. Confirma esta interpretación la exigencia negativa de los arts. 565, 586 3.º y 600 de que no concurre «malicia», formulada de tal modo —«que si mediare malicia constituiría delito»— que pone de manifiesto que la falta de «malicia» impide la presencia del «delito» doloso, esto es, del tipo legal doloso. De lo contrario se hubiese dicho solamente: «el que por imprudencia teme-

(32) No contradice esta conclusión el artículo 3 CP, pese a que sin duda, cuando la realización de todos los actos ejecutivos del tipo *stricto sensu* no origina el «delito» —tipo legal— por hallarse justificado, no constituye frustración; esta conclusión deriva precisamente el que, si «delito» es hecho *injusto*, para que haya frustración es necesaria la voluntad dirigida a un hecho injusto, y la justificación es incompatible con esta voluntad. Según nuestra interpretación de «delito», si falta dicha voluntad, por desconocimiento de los presupuestos *fácticos* de la causa de justificación, sí cabrá frustración: puesto que se quería realizar un hecho que se creía injusto («delito») y ello no ha tenido lugar. Esta solución tiene la ventaja sobre la que mantienen los finalistas, de que no equipara estos supuestos y los casos en que el hecho es objetivamente injusto.

raria ejecutare un hecho que constituyere delito» (32a). Que este razonamiento no puede discutirse afirmando que «delito» en estos preceptos significa hecho punible *completo* y no tipo legal lo demuestra la inadmisibile consecuencia que ello supondría: el inimputable o el inculpable no podría realizar el supuesto de hecho imprudente —porque, pese a no concurrir malicia *nunca* podría constituir «delito»—.

La conclusión propuesta, que responde al *contenido* de los tipos legales como presupuesto de la pena típica, no puede ser contradicha tampoco por los párrafos segundo y último del art. 565. El párrafo 2.º dice: «Al que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia...». Cabe entender esta última expresión en relación al mismo «delito culposo». Cometer «un delito por simple imprudencia» significaría, según esto, «cometer un delito culposo» —con imprudencia simple—. Esta es la interpretación dominante (33). Más difícil resulta la coordinación del párrafo 1 con el último del art. 565, que alude «al mismo delito cometido intencionadamente». No cabe negar que aquí tipo legal doloso y tipo legal culposo se consideran «el mismo». La observación de la función de la expresión «el mismo delito citado permite, sin embargo, explicar esta identificación sin que se contradiga la afirmación, innegable a la vista de los preceptos de la Parte Especial, de que tipos dolosos y culposos no coinciden. Dicha expresión tiene la finalidad *sistemática* de señalar el *género*, esto es, el *nomen*, a que reconducir ambas modalidades —dolosas y culposas— en virtud de la lesión objetiva de un bien jurídico común: homicidio doloso y homicidio culposo pertenecen al género «homicidio». Pero esto no significa que ambas *especies* coincidan. Cuando se trataba de señalar las diferencias entre éstas el párrafo 1.º contraponía delito doloso y delito culposo; en cambio, cuando se trata de destacar la función sistemática de la lesión contra determinado bien jurídico —sea dolosa, sea culposa—, como elemento diferencial respecto de otras lesiones de bienes jurídicos, lo que importa es apuntar al elemento común de delitos dolosos y culposos, la pertenencia a un *mismo* género de delito. En resumen, «mismo delito» no significa en el art. 565, últ. párr., que delito doloso y culposo sean *iguales*, sino sólo que, cuando poseen la parte

(32 a) Lo dicho no supone desconocer que, como advirtió RODRÍGUEZ MUÑOZ, el artículo 565, 1.º, al requerir la ejecución de un «hecho» que si mediara malicia constituiría «delito», exige la realización de «la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos» (de modo que parece excluida la construcción del *crimen culpae*) (Notas cit., I, pág. 207). Pero esta observación no obsta a que esa «conducta objetiva» no sea suficiente para la realización de los tipos legales anteriores al artículo 565 —«delitos»—: para eso haría falta, además, la «malicia». La observación de RODRÍGUEZ MUÑOZ no permite concluir, pues, como quiere este autor (pág. 208), que no exista dualidad de tipos legales dolosos y culposos, salvo que se parta del *prejuicio* —relativo precisamente a lo que se trata de demostrar— de que el tipo legal es sólo la conducta objetiva.

(33) Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 140; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G. cit., pág. 276.

objetiva común, constituyen el *mismo* género, es decir, el mismo *nomen de delicto* (p. ej.: «Homicidio»).

El planteamiento efectuado conduce a la conclusión de que el tipo legal incluye, aunque sea implícitamente, el dolo o la culpa. Pero tipo legal y tipo dogmático pueden no coincidir (34), de modo que ello no obsta a que desde un esquema causalista se sitúe el dolo fuera del tipo dogmático, en la culpabilidad. Entonces habría que entender que el tipo legal *no sólo* es tipo de injusto, sino que incluye elementos de culpabilidad. Ahora bien, si se entiende, en cambio, que el dolo y la culpa integran el momento objetivo de *infracción* de la norma propio de la antijuricidad (35), es posible la correspondencia de tipo legal —«delito» o «falta»— y tipo total de injusto (36).

Esta es la solución que consideramos preferible. En primer lugar, por responder a la concepción dogmática más acorde con la naturaleza de la norma *penal*, no sólo valorativa, sino esencialmente imperativa (37), y con la esencia de su *objetiva* infracción, así como con el fundamento *sistemático* más correcto de distinción de injusto y culpabilidad, ámbitos respectivos del *hecho* y de su atribuibilidad al *autor*. En segundo

(34) Esta posibilidad la reconoce CÓRDOBA, *Notas cit.*, I, pág. 266.

(35) Aparte de los finalistas, que mantienen esta conclusión como consecuencia del concepto ontológico final de acción (cfr. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Lehrbuch*, 11.^a ed., Berlin (W. De Gruyter), 1969, págs. 31, 37, 61 ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch*, 4.^a ed., páginas 229 y 530; G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil*, I, Köln-Berlin... (Heynemann), 1970, págs. 87 ss. y 288 ss.; J. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en "Anuario de Derecho Penal", 1961, págs. 61 ss.; J. CÓRDOBA, *Una nueva concepción del delito: la doctrina finalista*, Barcelona (Ariel), 1963, págs. 94; Del mismo, *Notas cit.*, I, pág. 301; Del mismo, *Zum Verbrechensbegriff im Spanischen Strafrecht*, en MAURACH-Festschrift, Karlsruhe (Müller), 1972, págs. 630 s.), la misma solución se deriva de la consideración de la esencia del injusto como infracción voluntaria del imperativo de la norma: así, W. GALLAS, *La teoría del delito...* cit., pág. 46; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pág. 179, muy claramente; J. WESSELS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.^a ed., Karlsruhe (Müller), 1972, págs. 21 s.; E. GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, en "Anuario de Ciencia Jurídica", 1, 1971-72, pág. 278; P. BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München (Beck), 1973, págs. 53 ss.

(36) Aunque se parta del esquema finalista, la correspondencia de tipo legal y tipo (total) de injusto no puede ser, sin embargo, mantenida si se entiende que el "voluntarias" del artículo 1 expresa la exigencia de conocimiento del injusto y que la "malicia" del 565, 568, 3.^o y 600, incluye este conocimiento. Pues, salvo que se adopte alguna de las dos soluciones más abajo señaladas (*Infra*, II 5)—lo que resulta inconveniente—, la malicia y la voluntariedad deben entenderse incluidas en el tipo legal. Ello, suponiendo que la conciencia del injusto se sitúe en la culpabilidad: cfr. *Infra*, loc. cit.

(37) Así, K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 5.^a ed., Stuttgart-Berlin... (Kohlhammer), 1971, págs. 22 ss. Ciertamente a toda norma precede un juicio de valor; pero, como señaló Armin KAUFMANN, ambos—norma y juicio de valor— poseen un *objeto común*: la conducta humana *final*. Por eso es incorrecto, porque destruye la unidad de los dos aspectos, la separación no sólo lógica, sino relevante en el entendimiento de la antijuricidad, de "norma de valoración" y "norma de determinación", al estilo de MEZGER y Eb. SCHMIDT: cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen (Schwartz), 1954, págs. 75 ss. y 77 ss.

lugar, por resultar más satisfactorio que las categorías dogmáticas coincidan con las legales. No parece demasiado plausible que el tipo legal —«delito» o «falta»— no se corresponda ni con el tipo *stricto sensu*, ni con el tipo total de injusto, ni con la culpabilidad, ni tampoco con la suma de ninguno de estos conceptos, sino sólo con el resultado de la adición al tipo de injusto de ciertos elementos de culpabilidad.

En cambio, el planteamiento dogmático elegido permite explicar satisfactoriamente que el tipo legal incluya sólo el injusto y no la culpabilidad. La ley ha de limitarse, al nivel típico-abstracto, a definir a través de la conminación penal típica la gravedad *objetiva* del hecho injusto —como producción de resultado y como acción en sí misma—; con independencia de que, sin alterar la gravedad de éste —tampoco el desvalor de la *acción*—, las excepcionales condiciones personales o situacionales del *autor* puedan alterar o excluir la pena imponible por menor o ausente culpabilidad (menor o ausente «poder» de motivación normal conforme a motivos) (38). La pena de reclusión menor en el artículo 407 C. p. califica la gravedad objetiva —abstracta— de todo homicidio doloso injusto: también el cometido por el enajenado sigue poseyendo la gravedad señalada por aquella pena (39). A esto no cabe objetar que el hecho del inimputable no se halle penado en tipo legal porque, como en las causas de justificación, la ley no quiera castigarlo, según se desprende de la concordancia con el art. 8. Que el *autor* se halle exento de pena no significa que el *hecho* no esté *objetivamente* penado por la ley. Como escribe Rodríguez Mourullo, «si identificamos punibilidad del hecho y punibilidad del autor, tendríamos que llegar a la absurda conclusión de que el único y mismo hecho, en el que han participado un sujeto criminalmente responsable y otro que no lo es, resulta punible y no punible a la vez» (40). En cambio, el carácter doloso o culposo del hecho sí modifica su gravedad objetiva. El homicidio cuposo tiene, como su menor penalidad típica indica, gravedad objetiva menor que el doloso —con independencia de las condiciones del sujeto—.

b) Más difícil resulta la cuestión que suscita la existencia o no del llamado «tipo de culpabilidad». Esta construcción ha sido mantenida fundamentalmente por quienes, de forma coherente con la consideración de la desvalorable «actitud interna» (*Gesinnung*) del autor frente al Derecho como esencia de la culpabilidad, admiten la concurrencia en el tipo legal de elementos de culpabilidad caracterizadores de la actitud

(38) La distinción de *hecho* y *autor* se halla confirmada por la expresa distinción legal de gravedad del *hecho* y *personalidad* del autor (así en artículos 61 y 564 bis e) CP.

(39) Es altamente significativo que las definiciones de homicidio de CARMIGNANI (*hominis caede ab homine iniustae patrata*) y CARRARA (*strage del uomo ingiustamente commessa dall'uomo*) (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca (Giusti), 1877, *Parte Speciale*, I, parágr. 1087) incluyesen el elemento de antijuricidad, pero no el de culpabilidad.

(40) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, págs. 902 s.

del sujeto (41). entre los que cuentan los llamados «elementos de culpabilidad configurados objetivamente» (*objektiv gefasste Schuldmerkmale*) (42).

a') No creemos que deba mantenerse un esquema dogmático en que la culpabilidad se entienda como valoración de la *actitud interna* del sujeto frente al Derecho. Tal esquema eleva a *necesidad* del sistema la estimación penal de esa actitud, que, en cuanto no supone una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos externos, no parece que deba constituir, al menos *en principio*, objeto de punición. El Derecho penal debe limitarse a castigar los hechos que comprometen la integridad de los bienes más importantes para la comunidad (43). En este sentido se habla del significado de *ultima ratio* (44) y del carácter *fragmentario* (45) de lo penal. Por razón de este planteamiento político-criminal estimamos preferible remitir al injusto la totalidad del *objeto* de valoración jurídico-penal, de modo que los eventuales supuestos en que la ley —no la dogmática— *obligue* a la toma en consideración de la actitud jurídica del autor se entiendan como manifestaciones de desvalor del *acto*. Con ello se *reducen* a lo legalmente requerido los casos en que se sanciona la actitud del sujeto: De lo contrario, en el espacio que la ley concede al arbitrio del juez debería valorarse *siempre*, como índice de culpabilidad, la actitud anímica del autor. Por lo demás, si no erige la actitud interna en necesidad del sistema le queda al intérprete la puerta abierta a la *crítica* de la eventual punición legal de la actitud por la ampliación que supone de lo injusto penal (46).

A la misma conclusión conduce el principio sistemático elegido de distinción de injusto y culpabilidad. No sólo por la esencia que en él posee la antijuricidad —que abarca la totalidad del objeto de desvalor, esto es, de la infracción voluntaria objetiva—, sino también por el significado político-criminal de la culpabilidad, que es sólo *límite* de garantía para el sujeto de que no se le atribuirá un hecho injusto realizado en condiciones tales de «poder» que no le *pertenece normalmente*. No se trata en la culpabilidad de valorar *ex novo* el aspecto *espiritual* del comportamiento del autor —la actitud interna—, sino sólo

(41) Así, W. GALLAS, *La teoría del delito...* cit., pág. 43; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., págs. 352 ss.; W. MAIHOFER, *Objektive Schuldmerkmale*, en Hell. MAYER-Festschrift, Berlin (Duncker-Humblot), 1966, págs. 190 s. y 195. E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht* cit., págs. 357 ss.

(42) Sobre todo vid. MAIHOFER, *Objektive Schuldmerkmale* cit., págs. 193 ss.

(43) Cfr. en este sentido C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs*, en el libro *Franz von Liszt zum Gedächtnis*, Berlin (De Gruyter), 1969, págs. 78 ss.

(44) Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* cit., pág. 857.

(45) Vid. M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en MAURACH-Festschrift, Karlsruhe (Müller), 1972, págs. 10 s.: existe acuerdo en la actualidad en que la pena debe reservarse para hechos no sólo *immorales*, sino que, además, “vulneren bienes jurídicos”.

(46) Recientemente se ha pronunciado contra el “derecho penal de la actitud” (*Gesinnungsstrafrecht*) H.-J. RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, en MAURACH-Festschrift cit., pág. 58, pese a su admisión del injusto personal.

del juicio *negativo* de ausencia de factores que *impidan* total o parcialmente *atribuir como normal* a su autor el hecho previamente desvalorado en el injusto (47). Porque no ha de castigarse la culpabilidad, sino el *injusto* atribuible a su autor, culpable (48). No ha de *reprocharse* la culpabilidad, sino que ésta ha de ser solamente *condición de atribución del reproche del injusto*. (49)

b') Lo anterior permite negar que los elementos típicos que caracterizan la actitud jurídica del autor deban ser considerados como integrantes de un «tipo de culpabilidad». La presencia de tales elementos no contradice, según el planteamiento dogmático propuesto, la coincidencia de «tipo legal» y «tipo total de injusto». Pero si se descubriese que ciertos tipos legales contienen elementos que incluso en el esquema propuesto apareciesen como pertenecientes a la culpabilidad, habría que admitir que, aun excepcionalmente, el tipo legal puede comprender *más* que el injusto. Para ello sería necesario, no obstante: 1.º, que dichos elementos *fundamentasen*, es decir, decidiesen la concurrencia del tipo legal; 2.º, que no fuesen explicables como integrantes del injusto. Lo primero, porque un elemento de culpabilidad que no afectase esencialmente a la presencia o ausencia del tipo legal podría explicarse como *externo* a éste (el tipo legal podría ejecutarse *con o sin* aquel elemento). Su previsión legislativa en la Parte Especial podría justificarse por la oportunidad *sistemática* de prever *junto*

(47) Diametralmente en contra, W. MAIHOFFER, *Objektive Schuldelermente* cit., págs. 186 s., para quien la concepción normativa de la culpabilidad impone como consecuencia lógica necesaria el planteamiento aquí negado. Pero ver más abajo, nota 49.

(48) Estamos de acuerdo con HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine Systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlin (Duncker-Humblot), 1969, pág. 139, cuando escribe: "El autor no es castigado *por su culpable* acción injusta, sino *por su acción injusta* dentro del marco de su culpabilidad" (...) "el quantum de la culpabilidad no tiene un peso *propio* en la evaluación de la medida de la pena; no se añade nada nuevo que no estuviese ya ahí procedente de lo injusto. La culpabilidad es sólo un cedazo por el que tiene que pasar, en su camino a la medida de la culpabilidad, el quantum—único relevante—de lo injusto. Con un "quantum" de culpabilidad sólo se *determina* el, por así decirlo, espesor de malla de cedazo. Con "escasa culpabilidad" queda retenido "mucho injusto", la medida de la pena resulta relativamente pequeña; con "plena culpabilidad" queda adeudado en cuenta al determinar la pena todo lo injusto realizado". Cfr. E. GIMBERNAT, *El sistema...* cit., págs. 82 s., de quien hemos tomado la traducción del pasaje citado.

(49) No creemos que, como afirma MAIHOFFER, *Objektive Schuldelermente* cit., págs. 168 s., la concepción normativa de la culpabilidad, que la entiende como reprobabilidad, conduzca *necesariamente* a la afirmación de un *objeto* de valoración específico para la culpabilidad, que él ve en la *Rechtsgesinnung*. Si así fuese, rechazaríamos la concepción normativa. Pero que no es así lo demuestra que los finalistas, a quienes se debe en buena parte la depuración de esta concepción, identifiquen el objeto de valoración de injusto y culpabilidad en la acción final: cfr. W. GALLAS, *La teoría del delito...* cit., página 61. También nos apartaríamos de la concepción normativa si, como entiende E. GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca (Universidad), 1971, págs. 91 ss.; *El sistema...* cit., pág. 275, ésta exigiese el *libre albedrío*

al tipo legal el tratamiento jurídico-penal especial de un aumento de culpabilidad de particular significación cuando aparece vinculado —no integrándolo— a aquel tipo. En cuanto a lo segundo, debe tenerse presente que es ampliamente reconocido (50) que el hecho de que un elemento típico no afecte al desvalor del *resultado*, no significa que sea irrelevante para el injusto. Puede afectar al desvalor del *acto*. Este es el caso de los elementos *subjetivos* del injusto: el ánimo de lucro no influye en la gravedad de la *lesión* económica producida y, sin embargo, nadie niega hoy que integre la antijuricidad de los delitos contra la propiedad. En España se interpretan de este modo los elementos *subjetivos* descritos en los tipos (51).

La problemática más ardua la presenta, en este punto, alguno de los llamados «elementos objetivos de culpabilidad». Maihofer entiende que sin acudir a ellos no cabe explicar, p. ej., la doble exigencia de «ilegitimidad» (*Unhehlichkeit*) y simultaneidad o inmediatez al parto para la concurrencia del delito de infanticidio (*Kindstötung*) del párrafo 217 StGB (52). Ello es una consecuencia coherente con la opinión dominante alemana, según la cual en este delito la *creencia* en la madre de la ilegitimidad equivale a ésta. Se entiende, sin duda, que el privilegio obedece a la menor culpabilidad de la madre que actúa en una situación *conflictiva* —paralela a las que determinan inexigibilidad— originada por el desvalor *social* de la maternidad ilegítima, que permite presumir (pues el privilegio es *objetivo*, como en las causas de no exigibilidad) (53) que a madre actuó con un menor «poder» de motivación normal.

En España, la configuración *final* del tipo de infanticidio ha permitido a la doctrina considerar que este tipo se distingue por un elemento *subjetivo* que disminuye el *injusto* (54). Pero la misma solución hubiese sido posible ante un texto *objetivo* como el alemán, igual como lo es para el elemento objetivo «recién nacido» del art. 410 C. p. Como señala

—como “libertad de voluntad” *stricto sensu*, esto es, como desvinculación de la voluntad de la ley de *causalidad en el sentido más amplio*—. Esto sucedería, sin duda, si el *objeto del reproche* fuese la *infracción del poder* del autor en sí misma, como *insuficiente empleo del poder* con que *contaba* el sujeto en el momento de la decisión contra derecho (como quiere WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* cit., págs. 138 s.). Pero para nosotros el *reproche* propio de la culpabilidad —normativa— debe referirse al *injusto*, no a un “abuso del poder” (del libre albedrío): La culpabilidad es sólo condición de *atribuibilidad* del reproche del injusto al autor y por ello, aunque sólo en esta medida, posibilidad de reproche —*reprochabilidad*— frente al autor del injusto.

(50) No sólo por los finalistas, sino también por todos quienes admiten los elementos subjetivos del injusto.

(51) Vid., como exposición de conjunto, M. POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto*, Sevilla (Universidad), 1972, págs. 228 ss. y 247.

(52) Cfr. W. MAIHOFFER, *Objektive Schuldemente* cit., págs. 197 s. También E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht* cit., pág. 378; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pág. 354.

(53) Cfr. W. MAIHOFFER, op. cit., págs. 196 s. La no exigencia de efectiva menor culpabilidad personal le lleva a afirmar una “culpabilidad típico-social”.

(54) Así, M. POLAINO, *Los elementos subjetivos...* cit., págs. 228 ss. y 247.

Quintano, este precepto contempla, más que un conflicto psicológico pasional, un conflicto objetivo de intereses: el de la vida del niño y el de la honra de la madre (55). Y, como ahora pone de manifiesto Gimbernat, la *sola* idea del conflicto de bienes, despojada de la perturbación psicológica, puede situarse en la antijuricidad (55 a). No es preciso, pues, acudir a la construcción de los elementos objetivos de culpabilidad para explicar el art. 410 C. p., cuya especialidad reside en el injusto del infanticidio. Ello es coherente con el hecho de que el artículo 410 C. p. no exige que disminuya el «poder» de evitación del injusto en la madre. Esto indica que el art. 410 C. p. rebaja el grado de prohibición de la muerte del recién nacido frente a *toda* madre que, aun fríamente, la ejecute para ocultar su deshonor. En este sentido puede decirse que el infanticidio posee una gravedad *objetiva* menor que el parricidio que afecta a su injusto. No porque el bien jurídico representado por la vida del recién nacido ilegítimo sea de menor valor que la del legítimo, sino porque el *desvalor objetivo del acto* es distinto (56).

El ejemplo examinado muestra que, también cuando el pretendido elemento típico de culpabilidad se halla configurado *objetivamente*, si es independiente de la situación de «poder» psíquico del sujeto, puede ser explicado como modificación del grado de prohibición objetiva del hecho a través de su influencia en el desvalor del acto y, por ello, como relativa al injusto, según la concepción dogmática propuesta. Con ello se ha intentado probar que no sólo los elementos típicos *subjetivos*, sino también los *objetivos* pueden considerarse integrantes del tipo de injusto. Sigue en pie, en cuanto a todo ello, que «delito» o «falta», como tipo legal, significan «tipo total de injusto» (57).

4. «Delitos» y «faltas» como «tipos legales» en el art. 6 del Código penal.

A) PLANTEAMIENTO.

Una vez puesta de manifiesto la existencia del uso de las palabras «delito» y «falta» por parte del Código como tipo total de injusto, se trata de indagar si el mismo es el empleado *como regla* por el C. p. La respuesta a esta cuestión *partirá* de la interpretación del art. 6, en relación con buen número de preceptos del Código que utilizan el término «delito». Se prefiere tal modo de proceder al planteamiento de la cuestión a partir del art. 1 C. p. porque en éste resulta más dudosa la solución, por el carácter de fundamento del concepto dogmático de de-

(55) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1, 1.^a ed., Madrid (Ed. Rev. D.^o Privado), 1962, págs. 454 ss.

(55 a) Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en *WELZEL-Festschrift*, III 2, en prensa.

(56) Se pretende con esto evitar la crítica de MAIHOFER, op. cit., pág. 198.

(57) Es importante destacar que la solución alcanzada se halla sancionada en el párrafo 12 del nuevo StGB alemán, en que "Verbrechen"—delito grave—y "Vergehen"—delito menos grave—se definen como "*rechtswidrige Handlungen*" (acciones antijurídicas).

lito atribuido por la doctrina dominante a este precepto (58) y por la particular dificultad que resulta de la diversidad de interpretaciones existentes de la palabra «voluntarias». Ello no exime, sin embargo, de la necesidad de considerar el problema en este precepto fundamental, lo que se hará *tras* la exégesis de los preceptos que, como el importante art. 6 en relación con muchos otros, permiten adelantar una hipótesis más segura sobre el uso normal de los términos «delito» y «falta». Entonces se verá que el art. 1 *confirma* tal hipótesis.

Importantes argumentos de carácter histórico, por una parte, y sistemático, por otra, apoyan la extensibilidad a las nociones formuladas por el art. 6 de la interpretación de las palabras «delito» y «falta» como tipos legales abstractos.

B) CONSIDERACIÓN HISTÓRICA.

El art. 6 del Código de 1870, antecesor del actual art. 6, decía:

«Se reputan delitos graves los que la ley castiga con penas que en cualquiera de sus grados sean afflictivas.—Se reputan delitos menos graves los que la ley castiga con penas que en su grado máximo sean correccionales.—Son faltas las infracciones a que la ley señala penas leves.»

En esta redacción no cabía duda de que «delitos» y «faltas» se entendían en sentido típico-abstracto. En el antiguo art. 6, en efecto, las penas determinadoras de la calificación de la infracción no eran *las penas aplicables en el caso concreto*: la alusión a la existencia de «grados» en las penas hacía necesario pensar en penalidades *no concretadas todavía*. Por su misma ausencia de concreción, dichas penalidades no podían referirse a las infracciones concretas. Lógico es, pues, deducir que los «delitos» a los que habían de referirse las mencionadas penalidades eran los *tipos abstractos* del Código. Esta conclusión, por coherencia sistemática, debía extenderse no sólo a los «delitos graves» y «menos graves», sino también a las «faltas». Ahora bien, la definición de éstas coincidía literalmente con la actual del párrafo 2.º del art. 6 del Código de 1944-1963. A no ser que se demostrase que la reforma legislativa que dio origen a la actual redacción del art. 6 pretendió alterar la sustancia de la regulación anterior, parece correcto pensar que las palabras de la definición de las «faltas» no han cambiado de sentido. Y si esto es así, que la actual definición de los «delitos» del art. 6, 1, ha de ser interpretada, también por coherencia sistemática entre los términos de un mismo precepto, en el mismo sentido de la de las «faltas»: a saber, en el de conferir al término «delito» significación *típico-abstracta*.

Ninguna duda cabe de que la reforma que en 1932 dio lugar a la redacción actual no se dirigió a alterar el sentido material del precepto que consideramos. Así se deduce del lugar sistemático en que el Preámbulo del Código de la República incluyó dicha reforma, a saber, entre las «Reformas de errores materiales de técnica e incorporación de leyes

(58) Vid. *Supra*, nota 4.

complementarias» (59). A lo mismo parece conducir la escasa atención que la misma Exposición de Motivos le dedica: «La disposición tripartita —se limita a afirmar—, que apenas tenía repercusión en el Código, ha sido reemplazada por la bipartita en el art. 6º. Cabe, pues, entender que en lo que no resultó afectado el art. 6º por parte de la reforma, estos, en la definición de las «faltas», ha de permanecer el sentido anterior, que, como se ha visto, apelaba al tipo legal abstracto. Y si esto es así, preciso ha de ser afirmar la misma interpretación típico-abstracta en la actual definición de los «delitos» del mismo art. 6º.

C) CONSIDERACIÓN SISTEMÁTICA.

a) Desde el punto de vista *sistemático*, constituye un argumento de la máxima importancia en favor de la interpretación típico-abstracta de las nociones de «delitos» y «faltas» del art. 6º la nomenclatura utilizada por el legislador del Código para calificar los tipos legales que se contienen en sus Libros II y III. Si «los delitos» y «las faltas» del Código se hallan, al menos *en principio* (60), en estos Libros, parece lógico deducir la necesidad de referir las definiciones del art. 6º a los tipos legales de la Parte Especial (61), que, como se ha puesto de manifiesto más arriba (62), constituyen sólo tipos totales de injusto, no delitos dogmáticamente completos.

b) El término «infracción» objeto de las definiciones del art. 6º, se halla utilizado por algún precepto, como el párrafo segundo del artículo 49 y el art. 15 en relación con el 13, en un contexto que conduce, con bastante seguridad, a la interpretación típico-abstracta propuesta.

Cuando el art. 49, 2.º dice que «siempre que la Ley señalare generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada», se refiere al supuesto de asignación de penalidad a las distintas tipicidades legales. En primer lugar a esta interpretación parece conducir con claridad la utilización del adverbio «generalmente». En segundo lugar, confirma la misma interpretación la finalidad que encie-

(59) Para que se comprenda el limitado alcance de este orden de reformas, véase lo que, como introducción al apartado correspondiente, decía la Exposición de Motivos del Código de 1932: «Sólo se ha enmendado alguna errata impresa y numerosos casos de técnica tan torpe que ya entran en la categoría de yerros».

(60) Vid. *Infra*, IV.

(61) A. FERRER SAMA, *Comentarios...* cit., I, pág. 93, escribe: «Innecesaria de todo punto resulta esta declaración contenida en el artículo 6.º de nuestro Código, careciendo de todo valor, tanto desde el punto de vista doctrinal, como del puramente práctico (...). Desde el terreno práctico nada se perdería con su supresión, puesto que sabemos por las propias rúbricas del Código que son delitos las figuras definidas y sancionadas en el Libro II, mientras que son faltas las agrupadas en el Libro III». En el mismo sentido, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, págs. 294 s.; F. F. OLESA MUÑIDO, *Estructura de la infracción penal...* cit., pág. 22.

(62) Vid. *Supra*, II, 2 y 3.

rra la declaración del art. 49, 2.º, a saber, señalar el *punto de partida* sobre el que deben operar las reglas de medición tanto de la concreta pena del delito consumado, como de la pena abstracta que corresponde a las formas de imperfecta ejecución. Si la pena señalada por el art. 49, 2.º, fuese la concreta del delito consumado no podría cumplir ninguna de ambas funciones.

Ahora bien, si, como es notorio, la penalidad prevista para el tipo legal de la infracción puede no ser la misma que la imponible a la concreta infracción, y la «pena» a que se refiere el art. 49 es la señalada a aquella tipicidad abstracta, no cabe sino interpretar la palabra «infracción» del mencionado art. 49 —como objeto de referencia de la «pena» que contempla— en el sentido típico-abstracto.

La misma interpretación se hace precisa en relación al uso del término «infracción» del art. 15 del Código penal. Este precepto dice, por lo que interesa, que «solamente se reputarán autores de las *infracciones* mencionadas en el art. 13 los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. Si aquéllos no fueren conocidos o no estuvieren domiciliados en España o *estuvieren exentos de responsabilidad...*» (63). Quiere esto decir que las «infracciones» a que se refiere este artículo poseen existencia propia, *independiente de la culpabilidad de sus autores*. Si no fuera así, quedaría sin explicación que, en caso de inculpabilidad de éstos, pueda la ley declarar la responsabilidad de los partícipes en *aquellas «infracciones»*. El art. 15 constituye, en efecto, una manifestación del principio de *accesoriedad limitada* de la participación, al no exigir una «infracción completa» como base de la responsabilidad de los partícipes, y las tipicidades cuya realización antijurídica se considera fundamento suficiente para esa responsabilidad se denominan en dicho precepto con el término «infracciones». «Tipo de injusto» e «infracción» coinciden, pues, en el art. 15 del Código penal.

c) Si bien la expresión «pena señalada por la Ley» —y sus similares— no puede identificarse, sin más, a la de «pena señalada a los tipos legales» (64), la referencia de esta clase de expresiones a las palabras «delito», «falta», o, en general, «infracción», permite, pensamos, conferir tal interpretación a las mismas. Esto es, cuando el Código habla de «pena señalada al delito», o «a la falta», o «a la infracción», parece posible entender que, en principio, se refiere a la penalidad asignada al tipo legal correspondiente. Deducimos esta conclusión de la configuración de los arts. 49 y ss. del Código penal.

Ya más arriba se ha puesto de manifiesto la utilización en sentido típico-abstracto de la palabra «infracción» en el segundo párrafo del art. 49. Ello —como se recordará— por el argumento de que la «pena» a que alude dicho artículo es, sin duda, la señalada en el tipo legal de la infracción consumada. Pues bien, obsérvese que en este precepto la expresión «pena señalada por la Ley» va referida a la «infracción»

(63) El subrayado es nuestro.

(64) Vid. S. MIR PUIG, *La reincidencia...*, cit., cap. 5, III, 4, C).

consumada: se cumple, por de pronto, la observación efectuada de que cuando la primera expresión se refiere a la palabra «infracción» tiene el significado de «pena señalada en el tipo legal». Ahora se verá que este supuesto no es, ni mucho menos, excepcional.

El primer párrafo del art. 49 se refiere a la «pena que *para el delito o falta* que hubieran cometido —los autores— *se hallare señalada por la Ley*». Tampoco cabe duda de que en este caso la última expresión subrayada alude a la pena asignada al tipo legal de la infracción. Pues, referida a la infracción concreta y completa, conduciría a inutilizar totalmente la declaración del art. 49, 1.º, cuya función es servir de *base* a la medición de la pena concreta de delito del autor y a la determinación de la pena abstracta correspondiente a los demás partícipes. Piénsese, en cuanto lo primero, que la pena asignable a los autores asimilados del art. 14 no podría partir directamente de las conminaciones típicas, que sólo alcanzan al autor ontológico. Por lo demás, podría llevar a la absurda posibilidad de deducir, *a contrario sensu*, que a los no autores —cómplices o encubridores— no se les debe imponer la pena señalada concreta y finalmente por la Ley para su completa infracción.

La misma interpretación ha de mantenerse respecto de las expresiones «pena... señalada por la Ley para el delito consumado» y «pena... señalada por la Ley al autor del mismo delito» contenidas en los arts. 51 y 52, por una parte y 53 y 54 por otra, respectivamente. La adopción de la interpretación *concreta* que rechazamos supondría la necesidad, evidentemente impensable, de graduar la pena de los autores de un delito frustrado o intentado, de los cómplices y encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado, de los autores de tentativa inidónea y de los reos de conspiración, proposición y provocación para delinquir, en base a la *pena concretamente señalada por la Ley para el autor del delito consumado, frustrado o intentado concretamente realizado* (65).

El art. 56 confirma, por otra parte, la conclusión propuesta. En su regla 1.ª contempla el supuesto de que la «pena señalada por la Ley», en base a la cual hay que practicar las rebajas en grado impuestas por los artículos anteriores, se halle prevista «en toda su extensión». Esto supone que se está refiriendo a una penalidad abstracta, todavía no concretada. Pues, como es notorio, la pena concretamente imponible no puede ser designada en toda su extensión (v. gr.: «prisión menor» sin más).

(65) No se ocultará al lector que la interpretación de la expresión «pena señalada por la Ley...» no tiene en los artículos 53 y 54 el mismo sentido que en los artículos 49, 51 y 52. En aquellos dos artículos la pena aludida puede ser la correspondiente al autor de frustración o tentativa —arts. 51 y 52 respectivamente—: tal pena no se halla prevista, por tanto, en los preceptos de la *Parte Especial*. Sin embargo, como ampliamente habrá ocasión de señalar más adelante (*Infra*, IV, 1, D), esta diferencia técnico-legal no excluye la *tipicidad* de las formas de imperfecta ejecución.

No cabe duda, tampoco, de que el art. 57 emplea la expresión que analizamos en sentido de tipo legal. «La pena establecida para el delito» a que se refiere este artículo no puede ser de otra naturaleza que la de «las penas con que estén castigados la mayor parte de los delitos de la sección, capítulo o título donde esté contenido el delito». Es decir, la pena *típica*. En términos parecidos se pronuncia el art. 73, núm. 3, que hace mención de «las penas señaladas para los delitos más graves de la misma especie».

Finalmente, sólo la interpretación típico-abstracta puede ser mantenida en relación al párrafo tercero de la regla 2.^a del art. 61, cuando declara que «en ningún caso se impondrá la pena de muerte cuando, *no hallándose establecida en este Código para el delito de que se trate, resultare aplicable por agravación de la pena señalada al mismo*». De la concordancia de las dos expresiones subrayadas por nosotros resulta la imposibilidad de entender en sentido *concreto* las penas aludidas en ellas, a menos que se acepte que nos hallamos ante un precepto internamente absurdo. La doctrina y la Jurisprudencia mantienen, por lo demás, la exégesis típico-abstracta que propugnamos (66). La sentencia de 7 de julio de 1955 inequívocamente declara:

«... pero tal precepto no quiere decir, y no dice, que no pueda llegarse a la imposición de tal pena (muerte) por la aplicación normal de dicha regla segunda, cuando el delito tenga *en su tipificación reconocida en el lugar correspondiente y adecuado del Código como señalada una pena* que esté formada por varios grados, el último de los cuales sea la muerte, porque *entonces ya esta pena resulta establecida para el delito que se persigue...*» (67).

En conclusión, puede decirse que en lenguaje del Código constituye el uso *normal* de la expresión «pena señalada por la Ley a una infracción, delito o falta» —y similares— el sentido de «pena señalada en el tipo de la infracción, delito o falta» (68). Cuando el artículo 6 CP define los «delitos» como «infracciones que la ley castiga con penas graves», y las «faltas» como «infracciones a que la ley señala penas leves», cabe, pues, pensar que atribuye a estas expresiones aquel sentido de *tipo legal*.

(66) Vid. M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, II, cit., págs. 243 y 244, y la Sentencia de 7 de julio de 1955 que se cita en el texto.

(67) Vid. *Jurisprudencia Criminal*, t. XXVI, n.º 773, pág. 825. El subrayado es nuestro.

(68) Eso no significa que no haya alguna *excepción*. Pero sólo el artículo 77 recoge sin duda el sentido *concreto* de la clase de expresión que comentamos. Es discutible, en cambio, que la expresión «penas correspondientes a las diversas infracciones», empleada por los artículos 69 y 70 en sentido evidentemente *concreto*, puedan entenderse formalmente *equivalentes* a las que consideramos.

D) CONCLUSIÓN.

La investigación histórica y sistemática efectuada permite afirmar que las definiciones del artículo 6, de conformidad con el uso normal del Código, hacen alusión a la noción *incompleta*—típico-abstracta—de delitos y faltas. Consecuencia de ello es atender que para los términos «delito» y «falta» del artículo 6 es suficiente la tipicidad legal (69).

La validez de esta conclusión sólo podría ser discutida si se demostrase la imposibilidad de entender en este sentido la definición del artículo 1,1, de la que el artículo 6 es, sin duda, el desarrollo. Cabría, entonces, razonar de la forma siguiente: es cierto que «castigadas por la ley» y «a que la ley señale penas» se refieren en el artículo 6 a los tipos legales; pero, al suponer los términos «delito» o «falta», y por lo mismo, lógicamente, «infracción», la totalidad de las notas dogmáticas del hecho punible según el artículo 1, el artículo 6 ha de ser entendido como: «son delitos las infracciones *completas* que la ley castiga típicamente (en su tipo) con penas graves»; «son faltas las infracciones completas a que la Ley señala típicamente penas leves». Pero en el número siguiente—5—se verá que el artículo 1 no conduce a esta interpretación. Por el contrario, confirma la equiparación de «delito» o «falta» y tipo total de injusto en el artículo 6, por virtud del elemento que ambos preceptos, el artículo 1 y el 6, poseen de común: la referencia a la penalidad típica («penadas por la Ley») como elemento central de sus definiciones.

5. La cuestión en el artículo 1 del Código Penal.

La solución del problema en relación al artículo 1 se halla complicada por la acusada división doctrinal en torno al término «voluntarias», por una parte, y a la consideración—en parte ligada a lo anterior—del artículo 1,1, por un sector de la doctrina como base de la definición dogmática completa de delito. No es éste lugar para terciar en la discusión del primer aspecto. Sin embargo, la perspectiva en que nos hemos situado permite hacer algunas observaciones que ponen de manifiesto las *consecuencias* de la adopción de una u otra de las interpretaciones mantenidas del «voluntarias» para la solución de la cuestión aquí planteada. Indirectamente ello puede suministrar al intérprete nuevos argumentos para decidir la exégesis del adjetivo «voluntarias».

A) Cinco posiciones fundamentales se defienden frente al término «voluntarias»: como voluntad referida a la *acción* (comprendiendo

(69) La conclusión alcanzada coincide con la interpretación mantenida por la doctrina alemana de la expresión “mit Strafe bedrohte Handlung” —acción conminada con pena—, base de la división en “Verbrechen” —delito grave—, “Vergehen” —delito menos grave— y “Übertretung” —falta— del párrafo 1 del vigente StGB. Cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 37, nota 19. Ya se ha dicho (*Supra*, nota 57) que el futuro párrafo 12, ya aprobado en 1969 por el 2. *Strafrechtsreformgesetz*, sanciona expresamente esta interpretación.

dolo y culpa) (70), como voluntad referida al *resultado* (limitándose al dolo) (71), como voluntad referida a la *norma* (alcanzando al dolo y la culpa como exigencia común de conocimiento del injusto) (72), como imputabilidad (73) y como culpabilidad (74). Sólo las dos últimas interpretaciones son incompatibles con el entendimiento típico-abstracto de la definición del artículo 1, en la medida en que suponen en ésta la exigencia de un requisito no previsto en los tipos legales y que posee elevado carácter de concreción. Y dichas interpretaciones son las que, aparte de ser defendidas minoritariamente, aparecen como más claramente discutibles, por avenirse abiertamente mal con la palabra «voluntarias» (75). En cambio, cualquiera de las otras tres posiciones permite la inteligencia del 1.º de conformidad con el sentido del artículo 6 y normal en el Código, en cuanto identifican la voluntariedad con elementos pertenecientes a los tipos legales.

No cabe duda de ello respecto de la concepción del «voluntarias» como voluntad de la *acción*. En la teoría del delito es este elemento —la acción— previo al de tipicidad. En el Código penal la conminación *típica* presupone siempre, sin duda, la voluntad de la acción. O lo que es lo mismo, el tipo legal contiene la voluntad de la acción. Mayor detenimiento exige el análisis de las otras dos posiciones.

En cuanto a la primera de ellas —voluntariedad como dolo o intención—, de los tipos legales de los libros II y III del Código se desprende que fuera de los artículos que incriminan la imprudencia (565, 568, 3.º y 600), los demás suelen presuponer, aunque sea implícita-

(70) En este sentido, A. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, I, 2.ª ed., Madrid, 1902, pág. 35; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 140; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 1.ª ed., Madrid (Ed. Rev. D.º Priv.), 1946, I, pág. 17 y 2.ª ed., Madrid (Ed. R. D. P.), 1966, al cuidado de E. GIMBERNAT, pág. 16; mismo autor, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona (Bosch), 1958, pág. 214, con jurisprudencia, que parece evolucionar en este sentido; J. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal Español (Parte general)*, I, Madrid, 1968, págs. 484 ss.

(71) Así, J. F. PACHECO, *El Código Penal*, I, Madrid, 1881, pág. 73; L. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, II, Madrid, 1903, págs. 116 ss.; E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código Penal español. Exposición y comentario*, Barcelona (Bosch), 1929, pág. 77; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia, 1946, págs. 23 y 29; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, III, 3.ª ed., Buenos Aires (Losada), 1965, pág. 82 (en 1.ª ed., 1951, págs. 71 ss.); J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G.*, cit., págs. 278 s.

(72) Así, J. CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona (Bosch), 1962, págs. 64 ss., con abundante cita de Jurisprudencia; mismo autor, *Notas*, cit., II, págs. 12 s.; mismo autor, *Una nueva concepción del delito*, cit., págs. 87 ss.; mismo autor, *Comentarios...*, cit., I, págs. 24 ss.; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 35.

(73) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*, en *Homenaje a D. N. Pérez Serrano*, II, Madrid, 1959, pág. 433; mismo autor, *Curso...*, cit., I, págs. 208 y 265.

(74) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 288 ss.

(75) "...la fuerza que se hace entonces —con estas teorías— a la fórmula del artículo 1 es tan notoria que no merece que nos detengamos en ellos": J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G.*, cit., pág. 277.

mente, el dolo o intención: la pena que señala, p. ej., el artículo 407 se prevé sólo para el tipo legal doloso, no para cualquier homicidio, sea doloso o culposo. Los artículos 565, 586, 3.º, y 600, confirman esta conclusión al exigir negativamente para los tipos legales culposos la ausencia de «malicia» (Cfr. *Supra*, II, 3 B a). De todo ello se deduce que la equiparación de «voluntarias» y «dolo» —como intención— no excluye la posibilidad de interpretar los «delitos» y «faltas» del artículo 1 como «tipos legales».

No cabe negar tampoco que la «voluntad referida a la norma» en que, según Córdoba, consiste el «voluntarias» ha de entenderse prevista tácitamente en los tipos legales, si, como piensa este autor, se considera aquella voluntariedad como elemento integrante de la «malicia» (76). El artículo 565, 1, así como el 586, 3.º, y el 600, conducen a la conclusión de que los tipos dolosos requieren la «malicia» y, si ésta incluye la «voluntad referida a la norma», deberá admitirse que los tipos legales dolosos encierran esta voluntariedad, la del artículo 1. Esta sigue siendo, según esto, elemento de los tipos legales dolosos. Lógico es extender paralelamente esta conclusión a los delitos culposos.

La conclusión acabada de extraer sólo podría discutirse por una de las dos vías siguientes: 1) afirmando que los artículos 565, 1.º, 586, 3.º, y 600 se refieren al «delito» —o «falta»— completo y concreto, de modo que la «malicia», en su contenido de voluntad referida a la norma, fuese sólo elemento de éste y no del tipo legal; pero ello supondría negar la posibilidad de la realización de los tipos culposos por el inimputable o por quien se halla en alguna otra causa de inculpabilidad o exento de punibilidad —pese a concurrir malicia no podría constituir nunca «delito» en este sentido completo, como, sin embargo, exigen los artículos 565, 1.º, 586, 3.º, y 600—, lo cual no es admisible. 2) Entendiendo que el artículo 1,1, en relación con los artículos 565, 1.º, 586, 3.º, y 600, definen un concepto de «delito» —o «falta»— incompleto dogmáticamente, pero más exigente que el tipo legal del artículo 6 y que el uso normal del Código, en el sentido de que requeriría, además de las notas propias de éste, la sola concurrencia del conocimiento del injusto; esta posibilidad parece, sin embargo, excesivamente artificiosa, no sólo por suponer la existencia de dos conceptos de delito incompleto discrepantes, sino también por resultar injustificable que «delito» —o «falta»— no haya de ser en la definición fundamental del Código, la del artículo 1, ni tipo legal ni delito completo, sino un *arbitrario* escalón intermedio entre ambos.

Según cualquiera de las tres interpretaciones más importantes y probables del término «voluntarias» del artículo 1, éste es elemento de tipo legal abstracto. No puede, pues, fundar la exigencia de ningún elemento adicional al mismo. Si se demuestra que el otro componente

(76) Cfr. J. CORDOBA, *El conocimiento...*, cit., págs. 64 ss.; *Notas*, cit., II, págs. 12 s.; *Una nueva concepción...*, cit., págs. 87 ss.

de la definición del artículo 1, el «penadas por la Ley» no requiere tampoco más que la tipicidad legal, habrá que concluir que en este precepto «delito» y «falta» no es más que «tipo legal».

B) a) Lejos de contradecir la hipótesis establecida, la expresión «penadas por la Ley» supone su confirmación. Pese a que se ha interpretado como exigencia de *concreta* punibilidad, requiriendo incluso la concurrencia de condiciones de punibilidad o la ausencia de excusas absolutorias (77), las páginas correspondientes al número anterior —4— han puesto de manifiesto que en el uso normal del Código y, sobre todo, en el artículo 6, el tipo de expresión «infracción, delito o falta a que la ley señale o castigue con pena» remite a la *conminación penal típica*, no a la punición concreta (78). Ahora cabe añadir que la concordancia *sistemática* del «penadas por la Ley» del artículo 1 y las expresiones «que la Ley castigue» y «a que la Ley señala penas» de artículo 6, constituye precisamente el argumento central que conduce a la conclusión de que en el artículo 1 «delitos» y «faltas» son los tipos legales abstractos. Tras la conclusión alcanzada respecto del «voluntarias», no cabe aducir ninguna razón de contexto del artículo 1 para negar que aquellas expresiones hayan de coincidir.

Adviértase, además, que la necesidad de concordancia sistemática indicada subsistiría aun en el caso de que se pusiera en duda que «delitos» y «faltas» deban significar «tipos legales» en el artículo 6. De tal modo que con ello se viene a confirmar que en el artículo 6 «delitos» y «faltas» y «tipos legales» coinciden. En efecto, la interpretación propuesta del artículo 6 se basaba en parte en que en él las penas graves o leves señaladas por la Ley son las penalidades típicas. Pero podría considerarse que esto no basta para extraer aquella interpretación, en cuanto el artículo 6 pudiese ser entendido como: «son delitos las infracciones *completas* castigadas típicamente por la Ley con penas graves»; y «son faltas las infracciones *completas* a que la Ley señala típicamente penas graves». Ahora bien, ello no excluiría evidentemente la necesidad de seguir entendiendo las expresiones «que la Ley castiga» y «a que la Ley señala penas» como referidas al tipo legal. Y la interpretación sistemática no dejaría de obligar a entender del mismo modo típico la expresión paralela «penadas por la Ley» del artículo 1, si, como se ha visto, el contexto de éste —el «voluntarias»— no conduce a lo contrario. En suma, también entonces «delitos» y «faltas» serían las acciones penadas en el tipo, esto es, como típicas. Lógicamente, en el artículo 6 dichos términos deben tener, pues, el mismo sentido de tipos legales.

La necesidad sistemática de interpretación del «penadas por la Ley» del artículo 1 conforme al sentido abstracto del artículo 6 se halla confirmada, por lo demás, por el artículo 3 y por el sentido de

(77) Así, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, cit., pág. 140; J. CÓRDOBA RODA, *Notas*, cit., I, pág. 175.

(78) En este sentido expresamente J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G., cit., pág. 278.

la expresión «hecho punible». El artículo 3 utiliza la expresión «son punibles» también en sentido típico-abstracto, ya que en él y en el artículo 4 se refina sólo el *tipo legal* de frustración, tentativa, conspiración, proposición y provocación para delinquir. Y, como se vio más arriba, «hecho punible» significa en el artículo 17 «hecho injusto» (vid. *Supra*, II, 3 Aa).

El párrafo 3.º del artículo 1 no contradice la interpretación propuesta del párrafo 1, aunque afirme que «el que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal». Esta declaración no puede tener más que el sentido *hipotético y condicionado* de las conminaciones típicas de la Parte Especial del Código. Es sabido que, pese a asignarse éstas a todos los que realicen el tipo legal —de *forma incondicionada*—, no pueden operar si concurren circunstancias eximentes o, *incluso*, ciertas circunstancias modificativas. El párrafo 3.º del artículo 1 puede, del mismo modo, interpretarse como: «incurrirá *en principio* en responsabilidad criminal». Nadie duda, en efecto, de que el artículo 407 haya de entenderse como: «el que matare a otro será castigado *en principio* —aunque no dice eso— como homicida con la pena de reclusión menor».

b) Que el artículo 1 no contenga una definición del hecho punible en sentido dogmático, sino sólo de los tipos legales, no origina inconveniente alguno que pueda ser salvado por la tesis contraria. Aparte del «voluntarias», que, como se ha visto, pertenece a los tipos legales, el otro elemento «penadas por la ley» no añadiría requisito alguno a la noción dogmática de hecho punible completo que no se desprenda de los preceptos que determinan la concreta punibilidad (sobre todo artículo 8), aunque fuese interpretado en sentido concreto. Es decir, el artículo 1 sólo podría ofrecer una definición del concreto hecho punible dogmático por medio de la remisión a otros preceptos que, *aun sin* aquella definición —sin su sentido concreto—, poseen la *misma* eficacia. Dicho de otro modo: que se entienda en sentido típico abstracto o concreto el artículo 1 no influye en la noción dogmática de hecho punible.

Por otra parte, desde la perspectiva *político-criminal*, la elección de una u otra interpretación del artículo 1,1 no influye en la función que en primer lugar está llamado a cumplir este precepto. A saber, la fijación de un *límite de garantía*: sólo los tipos —hechos— definidos por la Ley como punibles —objetivamente— son «delitos» o «faltas». Este *principio de legalidad* es, sin duda, el contenido fundamental del artículo 1,1 (79).

(79) Por todo ello puede admitirse, sin empobrecer el art. 1,1, la alternativa que rechaza CÓRDOBA, según la cual “el artículo 1 no ofrece una definición material de *delito* y *falta*, sino una pura circunscripción formal del ámbito de comportamiento sometido al poder punitivo”. No creemos, sin embargo, que deje de explicarse entonces “el *por qué* se ha incluido el término “voluntarias” (Comentarios..., cit., I, pág. 23, y *Notas*, cit., II, pág. 12). Aunque se contenga ya en el tipo legal, este término cumple, según la interpretación que se adopte del mismo, distintas funciones: 1) Si se entiende referida a la acción, tiene el

En cambio, la adopción del criterio típico-abstracto para el artículo 1 es la solución *coherente* con el sentido del artículo 6 —y del 3— y normal en el uso del Código. Ciertamente que se ha mantenido la posibilidad de concurrencia de los dos usos, concreto y típico-abstracto, de los términos «delito» y «falta», reservándose el primero para el artículo 1 (80). Cabría pensar, según esto, que el artículo 1 «no es de tipo formal» (81), mientras que el artículo 6 posee una función clasificatoria (82). Pero no dejaría de resultar gravemente anómalo que dos preceptos tan unidos como los artículos 1 y 6 —hasta el punto de que éste es el desarrollo de aquél —apuntasen a sentidos de «delito» y «falta» divergentes. Sobre todo porque ambos preceptos, el artículo 1 y el 6, acuden en sus funciones a expresiones paralelas que hay que entender, a nuestros efectos, equivalentes: «penadas por la Ley» y «que a Ley castiga» o «que la Ley señala penas». Tampoco sería satisfactorio que la definición fundamental del Código, la del artículo 1, se hallase en contradicción con el uso *normal* del propio Código. Por todas estas razones creemos preferible la interpretación típico-abstracta de la definición del artículo 1.

III.—CRITERIO ABSTRACTO DE LA CALIFICACION DE «DELITO» FRENTE A «FALTA»

La interpretación abstracta de los términos «delito» y «falta» adoptada en el apartado anterior (83) es la única coherente con la solución que, a los ojos de la doctrina científica y según el sentido de la regulación jurídico-positiva, debe mantenerse respecto de la cuestión de la *calificación de un hecho particular* como «delito» o como «falta».

1. Estado de la cuestión en la ciencia penal alemana

En la doctrina alemana, las dos posibilidades extremas de solución que se ofrecen a la cuestión que tenemos planteada —que no es

sentido de *subrayar* que todo tipo legal presupone *por lo menos* un acto voluntario; en cuanto ello supone una toma de posición *político-criminal* fundamental, no es injustificado que se diga en el artículo 1; 2) Si se entiende referida al *resultado*, tiene además el efecto de excluir de la denominación de «delito» o «falta» a los tipos culposos; 3) Si se entiende referida a la *norma*, contiene la advertencia de que los tipos legales sólo se realizan con esa voluntad, cosa que no se desprendería de la sola observación de los tipos.

(80) Así, J. CÓRDOBA, *Notas cit.*, I, pág. 151.

(81) Así, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G., cit.*, pág. 275.

(82) J. CÓRDOBA reconoce la posibilidad de esta distinción al afirmar que: «mientras el Código alemán se limita, en su artículo 1.º, a clasificar las infracciones en crímenes, delitos y faltas, el Código penal español, en el mismo artículo 1.º, ofrece un concepto de delito». *Notas, cit.*, I, pág. 165. Sólo que la clasificación del artículo 6 se hace en base a expresiones equivalentes a la de: «penadas por la Ley» del artículo 1.

(83) Vid. *Supra*, II.

otra que la del nivel de abstracción válido para la calificación de un hecho de «delito» o de «falta»— se conoce con los nombres de *punto de vista abstracto* (*abstrakte Betrachtungsweise*) y *punto de vista concreto* (*konkrete Betrachtungsweise*) (84). Según la primera posición—*punto de vista abstracto*—, la calificación de «delito» o «falta» (85) depende de la pena abstractamente señalada *al tipo*. Son irrelevantes, a este fin, las circunstancias concretas concurrentes—por ejemplo, circunstancias modificativas genéricas—. Para el *punto de vista concreto*, al menos en su formulación más extrema, es la penalidad concretamente aplicable la que decide la gravedad formal de la infracción. Según esta posición, cuando las particulares circunstancias determinan la disminución en uno o más grados de la penalidad típica, es esta pena resultante la que decide la calificación de «delito» o «falta» (86).

En la actualidad, el parágrafo 1,4 del *Strafgesetzbuch* (87), ha decidido la cuestión en favor del *punto de vista abstracto*, en realidad absolutamente dominante en la doctrina y Jurisprudencia ya antes de la reforma de dicho precepto (88). A decir verdad, desde la perspectiva teórica concurrían razones de importancia que aconsejaban la adopción de la tesis abstracta (89).

(84) Además, la peculiaridad del ordenamiento jurídico-penal alemán ha determinado la elaboración de posiciones intermedias conocidas con el nombre de *puntos de vista especializadores o diferenciadores* (*spezialisierende Betrachtungsweise*): Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (ed. castellana), cit., I, págs. 161 a 163; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 38.

(85) Se hace referencia aquí a la dicotomía «delito» «falta» por ser éstos los términos que el Derecho penal español conoce. Téngase en cuenta, sin embargo, que en Alemania las posibilidades de clasificación por la gravedad son designadas con las voces «*Verbrechen*» (delito grave), «*Vergehen*» (delito menos grave) y «*Übertretung*» (falta).

(86) Lo dicho no refleja más que de un modo extremadamente esquemático los puntos de vista analizados: Cfr. MAURACH, *Tratado...* (ed. cast.), cit., I, págs. 159 a 163.

(87) Fruto del *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, en vigor desde 1-9-69. En el futuro *Strafgesetzbuch*—que ha de entrar en vigor el 1 de enero de 1975— dicha reforma se incorpora al parágrafo 12,3.

(88) Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pág. 147. El desarrollo doctrinal tiene lugar de modo mucho más amplio, en las ediciones anteriores, por preceder a la solución del legislador: cfr. *Tratado...* (ed. castellana), cit., I, págs. 161 y 162, donde se afirmaba que el extremo *punto de vista concreto*, «defendido primitivamente tan sólo de modo aislado, se encuentra hoy prácticamente abandonado». En idéntico sentido, JESCHECK escribía en 1969: «Die Konkrete Betrachtungsweise... wird nicht mehr vertreten»: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1.ª ed., pág. 35. En la 2.ª ed. de 1972 se recoge la nueva regulación: pág. 38. A favor de la posición abstracta se hallaban, además, entre otros, MEZGER (*Tratado...*, cit., I, págs. 179 a 181), JAGUSCH (*Strafgesetzbuch, Leipziger Komentar*, fundado por L. EBERMAYER, A. LOBE y W. ROSENBERG y publicado por H. JAGUSCH, E. MEZGER, A. SCAEFER y W. WERNER, 8.ª ed., Berlín (Walter de Gruyter & Co.), 1957, parágr. 1, N. 3) y H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., págs. 17 y 18 y traducción de FONTÁN BALESTRA, cit., pág. 24. Ver por lo demás los autores citados en la nota anterior y los referidos en la edición castellana del *Tratado* de Maurach, loc. cit.

(89) Vid. R. MAURACH, *Tratado...*, cit., I, pág. 163.

2. Examen de la cuestión en Derecho penal español.

A) En el C. p. español la calificación de un hecho como «delito» o «falta» depende exclusivamente de la punición abstracta que tiene lugar en cada uno de los tipos. Aquellos tipos que tengan señalada «pena grave» darán lugar *siempre* a la presencia de un «delito», mientras que los que determinen una «pena leve» originarán *siempre* la calificación de «falta». Ello se desprende con claridad de la imposibilidad que existe de que la concurrencia de circunstancias concretas determine el paso de una «pena grave» a una «pena leve» (90) (artículo 74 en relación con el 73, y artículo 601), en relación con la definición de «delito» y «falta» del artículo 6, que hace depender de la asignación de «pena grave» o de «pena leve» la calificación conforme a una u otra categoría.

El artículo 74 C. p. dice, en efecto, que «la multa en la cuantía de 5.000 a 50.000 pesetas se considerará como la última pena de las escalas graduables anteriores»; y, según el artículo 73, «la pena inferior o superior se tomará de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada», y «los tribunales atenderán, para hacer la aplicación de la pena inferior o superior a las siguientes «Escalas Graduales». Los tribunales no pueden, por consiguiente, acudir a ninguna otra pena que las enumeradas en las Escalas Graduales del artículo 73 y en el artículo 74 —salvo las reglas específicas del artículo 75—, no pudiendo descender por debajo de la multa de 5.000 pesetas (90 a). Ahora bien, en el artículo 73 se contienen sólo «penas graves», y en el 74 el mínimo señalado obliga a considerar «graves» a las multas a que se refiere (artículos 27 y 28). El artículo 601, por otra parte, impide a los tribunales castigar un hecho tipificado en el Li-

(90) En este sentido, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte general*, cit., págs. 750 y s., donde afirma en favor de esta interpretación la constante práctica jurisprudencial y una constante tradición.

(90 a) De distinta opinión, J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, cit., II, páginas 74 s. Entiende este autor que, del mismo modo que el artículo 75 modifica la aplicación de las Escalas Graduales del artículo 73, el artículo 76 puede modificar el alcance del artículo 74. Pero el artículo 75 es *lex specialis* respecto del 73 y, por lo demás, impone *expresamente* la única modificación que prevé, relativa a un solo aspecto del artículo 75, la pena de muerte. Sus demás reglas no son modificaciones, sino que completan el artículo 73. En cambio, ha de afirmarse que el artículo 74 —en relación con el 73— es, en el punto considerado, *lex specialis* frente al 76, y no viceversa: el artículo 76 regula de forma *general* la obtención de los grados superior e inferior de la pena de multa— sin referencia alguna al caso concreto de que el límite mínimo de ésta sea de 5.000 pesetas—, mientras que el artículo 74 contempla *expresamente* el supuesto *especial que consideramos*. De forma tal que, de aplicarse la solución de CÓRDOBA, habría que admitir que el artículo 76 —*genérico*— *contradice* al artículo 74 —*específico*— en su contenido fundamental: la pena de multa en la cuantía de 5.000 a 50.000 pesetas no sería, contra lo que establece este precepto en relación con el artículo 73, la última pena a que cabe descender. Por el contrario, la interpretación mantenida en el texto respeta a la vez el artículo 74 y el 76, al coordinarlos así: el artículo 74 limita —no contradice— el tenor genérico del artículo 76.

bro III —conminado con «pena leve»— con «pena grave», puesto que les obliga a permanecer *dentro de los límites* de la pena típica (91).

Si el tipo de un determinado hecho señala «pena grave», la concurrencia de circunstancias, no puede, pues, determinar la imposición de una «pena leve» y viceversa. Ahora bien, si el artículo 6 define el «delito» y la «falta» en función de la asignación de «pena grave» o «pena leve», cabe afirmar que la calificación correspondiente al tipo de «delito» o «falta» —determinada por la conminación del mismo con «pena grave» o «leve»— no podría ser alterada por la concurrencia de ninguna clase de circunstancias concretas, en la medida en que no es posible que éstas hagan variar la naturaleza de «graves» o «leves» de las penas concretamente imponibles.

El *punto de vista abstracto* en materia de calificación de un hecho como «delito» o «falta» es, pues, el acogido por el Código penal.

B) Esta solución constituye, además de una *confirmación*, una *consecuencia lógica* del entendimiento *abstracto* de los términos «delito» y «falta» en el artículo 6 del Código penal.

a) Si, según la interpretación propuesta del artículo 6, las expresiones «infracciones que la Ley castiga con penas graves» o «infracciones a que la Ley señala penas leves» deben entenderse como «tipos a que la Ley señala pena grave o leve», obligado es pensar que la calificación de «delito» o de «falta», según el artículo 6, ha de efectuarse de acuerdo con el *punto de vista abstracto*: para que haya «delito» es preciso —y suficiente— que la Ley señale al tipo una «pena grave» (92).

IV. EXTENSIBILIDAD DE LOS TERMINOS «DELITO» O «FALTA» A LAS FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCION, FORMAS DE PARTICIPACION Y ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

En los apartados anteriores se ha llegado a la conclusión de que «delito» y «falta» equivalen a tipo legal abstracto. Se ha partido para ello de la observación de que, según las rúbricas de los Libros II y III del Código, los tipos legales previstos en la Parte Especial son «delitos» y «faltas». Debe responderse ahora a la importante cuestión

(91) Dice este precepto: "En la aplicación de las penas de este Libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una."

(92) Esta es, por lo demás, una conclusión generalmente admitida por la doctrina española: Vid. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 291 y 292; A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., I, pág. 93; F. OLESA MUÑO, *Estructura de la infracción penal...*, cit., pág. 22. CÓRDOBA, *Comentarios...*, cit., II, pág. 74, no discute, pese a admitir la posibilidad de descender de pena grave a pena leve (vid. *Supra*, nota 90 a), que la calificación típica sea decisiva. Entiende sólo que es posible castigar un "delito" en el caso concreto —sin que deje de ser "delito"— como pena leve.

de si fuera de los Libros II y III hay en el C. p. otros hechos que puedan recibir la denominación de «delito» o «falta». El problema se plantea en relación a las formas de imperfecta ejecución, de participación y preparatorias punibles, todos ellos previstos en la Parte General del Código penal. La respuesta a esta cuestión no aparece, a la vista de la regulación legal de estas modalidades, como desprovista de dificultad. Que no es evidente que deba ser positiva lo demuestra el hecho de que Rodríguez Mourullo —aunque para supuestos particulares— (93) y Rodríguez Devesa (94) y Córdoba Roda (94 a) —de modo general— la nieguen en la actualidad.

(93) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 149, donde entiende que el artículo 565 la palabra “delito” significa sólo al delito consumado, excluyendo a las formas de imperfecta ejecución. En pág. 164 escribe: “Los términos “delito” o “falta” que se utilizan en los artículos 69 y 71 significan la ejecución, completa o incompleta, de un hecho previsto como delito o falta en la Parte Especial del Código, ejecución cuya ausencia es precisamente lo que caracteriza a la conspiración”, a la cual niega, por ello, la calificación de “delito”. Más adelante insiste en la misma tesis al equiparar el “hecho” del artículo 16 al “hecho típico descrito en la Parte Especial del Código”, pág. 169. Ver también pág. 122.

(94) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, P. G.*, cit., págs. 621 ss., donde, tras negar la tipicidad de las formas de aparición distintas al delito consumado del autor y aparte de no calificar de “delito” —o “falta”— a las mismas, escribe: “No son conductas, sin embargo, independientes del delito (subrayado nuestro)”. *No constituyen “delitos” distintos* (pág. 621). Obsérvese que no cabe interpretar esta última afirmación en el sentido de que suponga *a sensu contrario* que las modalidades en cuestión sí son los mismos “delitos” que los consumados correspondientes: ello resulta vedado por la negación expresa de RODRÍGUEZ DEVESA de que las mismas realicen los tipos consumados (pág. 621). Además, este autor llega a extraer expresamente consecuencias sólo explicables en base a la negación de la denominación legal de “delito” a aquellas modalidades: “Así el plazo de *prescripción* del delito ha de entenderse que se refiere al delito consumado, nunca al frustrado o a la tentativa ni a la pena señalada para el cómplice o el encubridor... Lo mismo ha de decirse sobre la determinación del *tiempo* y *lugar* de comisión del delito” (pág. 622). Todo ello es, por lo demás, coherente con la interpretación que este autor mantiene del artículo 1,1 del Código Penal, según la cual “la definición del artículo primero se refiere únicamente a los delitos dolosos y además consumados (art. 49, párrafo segundo)”, y, por otra parte, las conductas de *inducción*, *auxilio* o *encubrimiento* se consideran punibles *pese* a que se entiende que no realizan las *acciones penadas por la Ley* a que se refiere aquel precepto, reservadas para RODRÍGUEZ DEVESA para la autoría: pág. 278.

(94 a) Aunque en relación al art. 10, 2.º C. p., CÓRDOBA escribe: “Sólo comete el delito el autor material o directo, pues el legislador en el número 2 del art. 10, tal como se desprende del sentido de esta expresión legal en su relación a las disposiciones anteriores de los artículos 1, párrafo primero, 3 y 10, párrafo primero, concibe el “cometer el delito” como realizar el hecho típico”.

En nota referida al art. 3, dice: “Que muy significativamente reconoce que ni la frustración ni la tentativa constituyen “delito”: Cfr. *Comentarios...* cit., I, págs. 561 y 563.

1. Las formas de imperfecta ejecución *stricto sensu*.

A) PLANTEAMIENTO

La regulación jurídico-positiva de los grados de ejecución imperfecta en sentido estricto, esto es, de la *tentativa* y *frustración*, no es, desde la perspectiva que aquí importa, inequívoca. A continuación van a exponerse los argumentos legales que apoyan las dos soluciones posibles de la cuestión de la subsumibilidad de aquellas figuras en los términos «delito» o «falta» de los artículos 1 y 6 C. p. Después se intentará elegir la solución que aparezca como aceptable.

B) ARGUMENTOS LEGALES CONTRARIOS.

a) El artículo 3 C. p., definidos de la frustración y de la tentativa, distingue de modo expreso estas figuras de las de «delito».

«Hay delito frustrado—dice el segundo párrafo del artículo 3—cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que *deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen...*». O sea, que, a pesar de la denominación legal «delito frustrado» (95), la definición transcrita conduce inevitablemente a deducir que la frustración supone la no realización del «delito» como condición de existencia (96).

La misma conclusión cabe inferir de la definición legal de tentativa. El tercer párrafo del ya citado artículo 3 dice: «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y *no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito...*». Según esto, el «delito» no puede haberse producido. Lo cual resulta, por lo demás, adecuado al término elegido por el legislador para denominar este grado de ejecución: «tentativa», o, lo que es lo mismo, intento fallido de realizar el «delito».

Tanto respecto de la frustración, como de la tentativa, la configuración expresa de los preceptos definidores de estas instituciones parece, pues, llevar a la negación de la equiparación de los conceptos representados por aquellos términos —o por los sinónimos también empleados por el Código, como el de «delito intentado», para la tenta-

(95) Nótese, sin embargo, que sólo aparentemente la denominación «delito frustrado» podría sugerir la idea de que esta figura constituye «delito». Pues aquella nomenclatura equivale, sin duda, a la de «frustración de delito», ya que, desde el punto de vista estrictamente semántico, el adjetivo «frustrado» sólo puede ser referido a algo que *no ha podido ser realizado* perfectamente.

(96) Ya SALDAÑA se percató de esta consecuencia a que conduce el texto del párrafo segundo del artículo 3: Vid. *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de F. von LISZT. Madrid, 3.^a edición, III, pág. 60 y más ampliamente, en sus *Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870*, I, Madrid (Reus), 1920, págs. 605 y 611. En la actualidad, en el mismo sentido J. CORDOBA RODA, *Comentarios...* cit., I, pág. 561, nota 12; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 149 (ambos autores tanto para frustración como para tentativa).

tiva—y el designado por la palabra «delito». De modo que, según esto, la calificación de «delito» no parece pueda ser extendida a aquellas fases de ejecución.

b) La misma conclusión parece deducible del tenor de algún precepto, como los artículos 49 y 50 del Código penal.

No cabe duda de que el artículo 49 utiliza la palabra «delito» de modo excluyente de la frustración y de la tentativa, esto es, como limitada a expresar «delito consumado» (97). La interpretación sistemática del art. 49, en relación con los demás que se contienen en su *Sección*, conduce a esta conclusión. La rúbrica de ésta reza: «Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones; y los artículos 51 a 54 prevén la regulación de las distintas posibilidades de combinación de grados de ejecución y formas de participación con la sola excepción del supuesto de *autoría en delito consumado*. Lógico es entender que a este supuesto es destinado el art. 49, único precepto capaz de dar cabida al mismo. Por lo demás, el mismo tenor del artículo 49 conduce a esta interpretación: ello se desprende de la coordinación del párrafo primero con el segundo. En efecto, según el primer párrafo, «a los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la ley»; y, de acuerdo con el segundo párrafo, «*siempre* que la ley señalare generalmente la pena de una infracción se entenderá que la impone a la consumada»; luego, hay que entender que la «pena señalada por la ley» para los autores ha de ser la impuesta al delito consumado.

También la exégesis mantenida por la doctrina del artículo 50 obliga a entender que la voz «delito» empleada en el primer párrafo de este artículo excluye las formas de imperfecta ejecución. Como dice Antón Oneca: «El art. 50 —en su 2.º párrafo— impone la pena de delito imperfecto solamente cuando esté castigado con pena mayor (párrafo segundo). Si la penalidad del intentado fuera menor o igual, se impondrá la sanción del delito realizado en su grado máximo (párrafo primero del mismo art. 50)—partiendo de la base de que el resultado producido corresponde a delito menos grave que el propuesto—» (98). Es decir, que, según esta interpretación, cuando no se cumpla el requisito impuesto por el párrafo segundo de la mayor gravedad del «delito imperfecto», habrá que estar a lo dispuesto en el párrafo primero, interpretando la referencia al «delito ejecutado» en relación *no al «delito imperfecto»* producido, sino *sólo* al originado por la causación del resultado no querido. Para entender, por el contrario, que el artículo 50, 1.º, considera que la tentativa o frustración constituyen «delito», tendría que reconocerse que en el supuesto planteado hay *dos* «delitos ejecutados»: no sólo el propio del resultado producido, sino también el representado por el «delito imperfecto» de que

(97) Vid. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, pág. 560.

(98) Vid. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, pág. 560.

se trate. Esta interpretación, sin embargo, no sólo dificultaría la aplicabilidad del párrafo 1.º del artículo 50 (99), sino que, sobre todo, se hallaría en contradicción con el párrafo 2.º del mismo artículo, que pretende regular con exclusividad el caso de que el delito cometido constituya tentativa o prestación de otro hecho. Por lo demás, al hacer aplicable el art. 50, 1.º a todos los casos de tentativa o frustración, por ser éstas siempre supuestos de delito producido —delito imperfecto— distinto al que se quería realizar —el consumado perseguido—, supondría una práctica derogación de las normas de aplicación de la pena que los artículos siguientes (51 a 54) asignan a aquellas formas incompletas en la mayoría de los supuestos posibles (100).

C) ARGUMENTOS LEGALES FAVORABLES.

No obstante lo expuesto en el apartado anterior B), del tenor de otros preceptos del mismo C. p. referentes a la frustración y a la tentativa se deduce la consideración legal de estas figuras como «delitos» o «faltas». No nos referimos a las designaciones «delito frustrado» y «delito intentado», cuya significación favorece, más bien, la exclusión de la presencia de «delito». Pensamos en los artículos 5, 12, 14, 16, 17, 51, 49, 2.º, 52, 53, 54 y 56 del Código penal.

a) El artículo 5 dice: «Las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas o la propiedad». De la redacción de este precepto cabe inferir que tiene como misión la «restricción» del ámbito de faltas punibles. La utilización del adverbio «sólo» parece indicar, en efecto, que el mandato de punición que a continuación viene a establecer el artículo 5, párrafo 1.º, no tiene lugar respecto de *todas* las «faltas», sino «sólo» de *una clase de ellas*, a saber, las faltas consumadas. De ahí se deriva que, en el espíritu del art. 5, no sólo son «faltas» las consumadas, sino también otras categorías, que, por lo que cabe inferir del contexto, son las intentadas y frustradas.

Confirman la misma interpretación el párrafo segundo del mismo artículo. Al decir «se exceptúan las faltas frustradas», da a entender que, mientras el párrafo 1.º efectúa la *exclusión* de punición de ciertas «faltas», el segundo introduce una *excepción* a esta exclusión, permitiendo así levantar la punibilidad de otra clase de «faltas», las frustradas. En este sentido, el art. 5 viene a reconocer la existencia de *otras «faltas»* junto a las consumadas. Con lo que, de modo indirecto, atribuye a éstas la calificación de «faltas».

Por otra parte, la redacción del artículo 5 permite llegar a la misma conclusión por otro camino tal vez más fecundo todavía. Cuando

(99) La elección de cuál de ambas figuras —delito imperfecto ejecutado o delito perfecto ejecutado— habría de ser tomada en consideración para llenar de contenido la expresión del art. 50, 1.º, “delito ejecutado”, sería, sin duda, de difícil solución.

(100) Aquellos en los que no se hallasen tipificados especialmente los actos constitutivos de ejecución imperfecta de otro tipo.

éste dice que «las faltas sólo se castigarán *cuando han sido consumadas*», da entrada a la idea de que la «falta» no constituye un concepto *instantáneo*, en el sentido de que su presencia o ausencia dependa con carácter absoluto de la perfecta realización del tipo en que se manifieste. Es decir, según aquel modo de expresarse de la Ley, el concepto de «falta» posee una existencia *susceptible de distintos grados de perfección*. La «falta» *empieza* a realizarse antes de la producción perfecta del correspondiente tipo y, una vez iniciada su trayectoria, no deja de existir, aun cuando la perfección típica no se haya producido (101).

Extender el razonamiento efectuado a los «delitos» no parece difícil, puesto que los conceptos de «delito» y «falta» aparecen configurados en el Código, por lo que se refiere al extremo que consideramos, de modo paralelo, diversos sólo en cuanto a su respectiva gravedad. Prueba de ello es la persistencia en ambas categorías del reconocimiento de la existencia de fases de incompleta ejecución. Puede afirmarse, pues, que el art. 5 conduce a admitir la presencia de *tipicidad* o, lo que es lo mismo, según lo dicho más arriba (*Supra* II), la calificación de «delito» o «falta» de la frustración y tentativa.

b) Los artículos 51, 52, 53 y 54 C. p. prevén la punición de la autoría, complicidad y encubrimiento en «delitos frustrados o intentados», junto a la de en «delitos consumados». Relacionando estos preceptos con los artículos 14, 16 y 17, resulta necesario interpretar las expresiones «ejecución del hecho» y «ejecutarlo», utilizadas por los artículos 14 y 16, y «hecho punible» que aparece en el artículo 17,

(101) Según la interpretación efectuada, el artículo 5 del Código Penal parte de la idea de que un tipo *puede realizarse parcialmente*. La *perspectiva finalista de la acción* reconoce la corrección ontológica de esta concepción. Si la acción es un concepto ontológico de cuya esencia no forma parte el resultado (Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil* (1971), cit., págs. 185 y s. y 189 y 190 y *Tratado de Derecho Penal*, trad. y notas de J. CÓRDOBA RODA, I, cit., págs. 212 y 219 y ss.) la no producción de éste no hace desaparecer la presencia de aquélla. Y si la voluntad rectora de una acción es lo que permite en primer lugar calificar a la misma conforme a sentido (Vid. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 36), la persistencia de una acción a pesar de la no producción del resultado perseguido por la misma, hace posible que dicha acción sea tomada por sí sola en consideración, en base a la dirección que imprime en ella la voluntad. Por ello, en la sistemática finalista (y también en sistemas no finalistas, como el *social* seguido por JESCHECK, cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., págs. 181 y ss.), aunque los tipos requieren, para su consumación, la perfecta adecuación a los mismos de la parte objetiva y de la parte subjetiva, la no completa realización de la primera no obsta a la posibilidad de afirmar la persistencia de la segunda (Vid. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, cit., pág. 492, y traducción de J. CÓRDOBA, cit., II, pág. 172. También H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 189, y en la traducción castellana de FONTÁN BALESTRA, cit., pág. 193. De modo, además, que las conductas que externamente podrían ser consideradas como *típicamente fallidas* respecto de la parte objetiva de un tipo determinado, alcanzan significado de manifestaciones de voluntad integrantes del proceso ejecutivo *típico*, si el contenido de voluntad que las rige permite afirmar su conexión *final* con la producción del resultado fallido. Resulta correcto, pues, según este planteamiento, admitir la posibilidad de que un tipo sea *realizado parcialmente*.

en un sentido amplio, comprensivo de los momentos de ejecución incompleta propios de la tentativa y de la frustración. Piénsese que la regulación básica de las formas de participación en delitos frustrados e intentados *sólo* puede ser hallada, por lo que respecta a la configuración de los *presupuestos* de las penas asignadas en los artículos 51 a 54, en los citados artículos 14, 16 y 17 (102). Ahora bien, según el uso del Código, la palabra «hecho», utilizada en aquellos artículos, hace referencia, por lo general, al «tipo legal. En palabras de Córdoba: «el *hecho* incorporado por el legislador a la esfera penal es el tipo (vid. art. 2 del Código penal» (103). En este sentido, admitir que la frustración y la tentativa pueden realizar el «hecho» de los artículos 14, 16 y 17, conduce a calificar de «delito» o «falta» a aquellas formas imperfectas, en la medida en que estos términos equivalen a «tipo legal».

c) Los artículos 53 y 54 califican expresamente de «delitos» a la frustración y tentativa. El artículo 53 dice, en efecto: «A los cómplices de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley al autor del mismo *delito*». Y el artículo 54, en parecidos términos, declara: «A los encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado, se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo *delito*» (104). La única interpretación posible de estos preceptos es referir el término «delito» subrayado por nosotros a la forma de ejecución en el que la participación haya tenido lugar: «delito consumado, frustrado o intentado» (105). Luego, según estos artículos, no sólo el «delito consumado», sino también el «delito frustrado» y el «delito intentado» son «delitos».

También las reglas 1.^a y 2.^a del art. 56 califica de «delito a las formas de ejecución imperfecta: «Para graduar las penas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 51 al 54, inclusive, corresponde imponer a los autores de delito frustrado y de tentativa, y a los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes: 1.^a La pena inferior será la que siga en número en la escala gradual respectiva a la señalada al *delito* o a la menor de las impuestas *al mismo*... 2.^a Cuando la pena señalada o la menor de las fijadas *al delito*» (106).

d) Finalmente, la equivalencia de significación cualitativa —no cuantitativa— de los términos «infracción» y «delito» o «falta» (todos

(102) CÓRDOBA escribe: «De la lectura de los artículos 53 y 54, en relación a los mencionados 14, 16 y 17, se infiere que el hecho o delito se ejecuta tanto cuando se consuma como cuando se frustra o intenta» (el subrayado es nuestro). Cfr. *Notas*, cit., I, pág. 355.

(103) Este autor cita como preceptos del Código que reflejan equiparación de «hecho» y «tipo» en el sentido del texto los artículos 2, 3, párr. 2, 8, número 1, párr. 2, 9, cir. 6, 10, circs. 1 y 16, 14, números 1 y 3, 20, reglas 1 y 31, 60, párr. 2, 66, 71, 50: Vid. *Notas*, cit., I, págs. 153 y 154.

(104) Subrayados nuestros.

(105) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 752; expresamente, QUINTANO, *Curso...*, cit., I, pág. 492.

(106) Subrayado nuestro.

ellos apuntan a la tipicidad legal) permite extraer del párrafo segundo del art. 49 del Código un argumento favorable a la calificación de «delito» o «falta» de las figuras de frustración y tentativa. Teniendo en cuenta que, como es sabido, este precepto dice: «siempre que la Ley señalare generalmente la pena de una infracción se entenderá que la impone a la consumada», cabe deducir a *contrario sensu* que no sólo son «infracciones» las consumadas, sino también las frustradas o intentadas». Como es fácil advertir, esta vía argumental enlaza con la interpretación más arriba efectuada del art. 5. (Vid. *Supra*, IV, 1 Ca.).

D) INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE.

Ante la diversidad de argumentos legales que abonan una u otra solución a la cuestión de la posibilidad de entender incluidas en el uso del Código de la palabra «delito» en el sentido de «tipo legal» a los supuestos de tentativa y frustración, debemos decidirnos en favor de la posición que aparezca como más acorde con el espíritu del Código penal y con la naturaleza propia de aquellas instituciones.

a) *Prevalencia de los argumentos legales favorables.*

A pesar de la concurrencia indicada de preceptos que apoyan las dos soluciones posibles de la cuestión que nos ocupa, parecen de mayor fuerza los argumentos que conducen a la afirmación de la extensibilidad del término «delito» a la frustración y tentativa. Obsérvese, en efecto, que sólo esta solución cuenta con un *apoyo expreso* por parte de la letra de la Ley. *Ninguno de los preceptos que al parecer llevan a la posición contraria niegan expresamente la calificación de «delito» a las formas de ejecución imperfecta.* En cambio, sabemos que *en varios artículos la ley llama «delito» a estas figuras.* Por esta razón, cabe, pensamos, inclinarse en favor de la inclusión de la frustración y la tentativa bajo el alcance de la palabra «delito». No existen razones suficientes para excluir a las mismas del tenor definitorio *general* del art. 6, en relación con el 1.

Esto último supone que dicho precepto encierra la posibilidad de extender a la tentativa y frustración la denominación «delito». En efecto, es sabido que aquel precepto considera «delitos» a «las infracciones que la ley castiga con penas graves». Y, según el art. 3, la tentativa y frustración son «punibles». Cuando la aplicación de las reglas de determinación de la pena asigne a aquellas formas imperfectas una «pena grave», cabrá pensar en la inclusión de las mismas en el tenor definitorio del art. 6.

No debe desconocerse, sin embargo, que, pese al tenor literal de los arts. 1 y 6, no toda conducta humana penada por la Ley constituye «delito» ni «falta». Piénsese en las circunstancias de agravación que suponen la concurrencia adicional de hechos distintos a los previstos en el tipo legal, en especial la reincidencia, que puede determinar

la superación del marco típico de la pena (art. 61, 6). En estos supuestos cabría decir que nos encontramos frente a *conductas penadas por la Ley*. Sin embargo, nadie puede mantener que tales conductas constituyan «delito» ni «falta».

Pero la circunstancia modificativa y las formas de imperfecta ejecución poseen distinta naturaleza. Pese a que en la doctrina alemana tanto aquéllas como éstas se consideran *circunstancias concretas* que no deben ser tomadas en consideración a efectos de calificación de un hecho como «delito» o como «falta» (107), debe advertirse que, mientras que las circunstancias modificativas suponen la *adición de hechos a un tipo legal situado* a un nivel de abstracción superior, de modo que lo punible finalmente es la *suma* de ambas componentes —las circunstancias no son punibles por sí solas—, la tentativa y frustración no suponen la modificación ni, por consiguiente, una determinada forma de concreción de un tipo legal más abstracto, sino que constituyen conductas que aun *referidas* a un tipo legal, se hallan situadas al *mismo nivel de abstracción* que éste. Aquí no se produce la *adición* de hechos al núcleo originario, ni es la suma resultante de esa adición el objeto de la punición, sino que la presencia de una forma imperfecta de ejecución *desplaza* la concurrencia de la tipicidad a que se refiere, *sustituyéndola*. Puede afirmarse, por ello, que la tentativa y frustración se hallan «penadas por la Ley» al mismo nivel y en el mismo sentido que los tipos legales de la Parte Especial.

b) *Consecuencias a que conduciría la solución negativa.*

La negación de la calificación de «delito» a las conductas constitutivas de tentativa o frustración conduciría a consecuencias *absurdas* y, lo que es peor, *injustas*.

a') Consecuencias lógicas y prácticamente intolerables serían las siguientes: en primer lugar, las reglas relativas al cumplimiento de pena en el concurso real (arts. 69 y 70 C. p.) no podrían extenderse a aquellas figuras; tampoco podría aplicarse a ellos la normativa de los arts. 68 y 71, dejando vacía de regulación respecto de los mismos una materia tan importante; asimismo, habría que considerar inaplicable el mandato del art 77, según el cual, «cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas de presidio mayor o presidio menor, se les impondrá, respectivamente, las de prisión mayor o prisión menor», en caso de proceder por razón de tentativa o frustración la penalidad correspondiente; finalmente, piénsese que principios tan generales como el contenido en el art. 23 —«*nulla poena sine lege praevia*»— serían inaplicables, por referirse sólo a «delitos», a las formas de imperfecta ejecución.

b') La exclusión de la denominación de «delito» de las figuras de tentativa y frustración daría lugar a consecuencias notoriamente

(107) Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, cit., I, pág. 161.

injustas. Adviértase la imposibilidad que ello determinaría en orden a la aplicación de la remisión condicional de la pena: el art. 93 C. p. condiciona la concesión de dicho sustitutivo de la pena a que «el reo haya *delinquido* por primera vez» (párrafo 1.º) y a «que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta...» (párr. 3.º). Tampoco sería justo que no cupiera admitir la prescripción de la tentativa y frustración, por no poder recibir el nombre de «delitos» (Vid. art. 113). Dudosa tendría que ser, también, la posibilidad de rehabilitación de aquellas formas de ejecución incompleta (arg. ex. último párrafo *in fine* del art. 118). En fin, no sería posible el indulto de los condenados por dichas figuras, ya que el art. 1 de la Ley reguladora de 1970 limita la concesión del mismo a los «reos de toda clase de delitos...».

c) *Adecuación de la solución positiva al significado técnico de tentativa y frustración.*

La solución propuesta —extensión de la calificación de «delito» a las formas de ejecución imperfecta— resulta, por lo demás, adecuada al significado técnico de las formas de tentativa y frustración. Asiste la razón a Quintano cuando escribe: «En puridad de principios dogmáticos, los grados de ejecución imperfecta... no son otra cosa que *extensiones* de las tipicidades básicas...» (108).

El hecho de que la referencia a la punibilidad de la frustración y la tentativa tenga lugar en la Parte General —y no en la Parte Especial— no empece a la posibilidad de que por dicho procedimiento haya que considerar ampliado el elenco de *hechos típicos* a los que la Ley asigna una penalidad en *abstracto* —que se hallen *penados por la Ley* en el sentido de los arts. 1 y 6— . La función del art. 3 C. p. —en relación con los arts. 52, 53 y 54— tiene un sentido de *economía legislativa*, dirigida a evitar la necesidad de añadir a la descripción de cada tipo la alusión a las penalidades correspondientes a cada grado de ejecución (109). El resultado de las cláusulas genéricas del

(108) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., I, pág. 46; en sentido similar, J. ANTÓN HUERTA, autor de una monografía sobre el tema, recoge las opiniones de la doctrina extranjera, como favorables a la idea de la *extensión típica*; Cfr. *La Tipicidad*, México (Porrúa), 1955, págs. 10 y ss. Recientemente, en idéntico sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, páginas 68 y s. En contra, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G., cit., pág. 621, para quien en los supuestos examinados “se da siempre una excepción a la regla de que para que una conducta sea punible es preciso que esté tipificada por la ley”.

(109) WELZEL escribe: “Es ist eine gesetzestechische Frage, ob man bei der Tatbestände den Versuch in den Tatbestand miteinbezieht... oder ob man die Tatbestände grundsätzlich nur als Vollendungsverbrechen formuliert und dann in einer Generalklausel den Versuch ebenfalls unter Strafe stellt... Letzterer Weg ist technisch handlicher und sprachlich volkstümlicher”. Cfr. *Das Deutsche Strafrecht*, cit., pág. 189. E. SCHMIDHAÜSER, en el mismo sentido, afirma “*For-*

art. 3 es, pues, el de obligar a considerar ampliada la eficacia acotada de los distintos tipos de la Parte Especial a los supuestos de ejecución imperfecta o parcial de los mismos. De modo que, relacionando aquel precepto con los de la Parte Especial, habrá que considerar *típicos* —o, lo que es lo mismo, «delitos» o «faltas» en la terminología del Código— no sólo las realizaciones acabadas de las diversas figuras de la Parte Especial, sino también las conductas que suponen sólo una parcial ejecución de ellas.

2. LAS FORMAS DE PARTICIPACION

A) PLANTEAMIENTO.

La acción del *autor material* —en sentido ontológico— (110) de un «delito» constituye, sin duda, este mismo «delito» (111). Tal acción es, precisamente, la prevista y penada en el tipo correspondiente en la Parte Especial, es la que realiza este tipo. En este sentido, es lógico que el art. 49 C. p. declare: «A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido, se hallare señalada por la Ley». Pero, por una parte, no sólo se consideran *autores* en nuestro ordenamiento jurídico-penal los que lo son desde el punto de vista ontológico, sino también otros cuya participación se estima suficientemente importante para que vean equiparada su responsabilidad a la de aquéllos —arts. 14 y 15 C. p.— (112); y, por

mell gesehen geht es also auch hier... um eine gesetzestechnische Vereinfachung.. Wenn der Strafgesetzgeber sich und dem rechtsanwendenden staatlichen Organ die Mühe machen wollte, konnte er alle Versuchadelikte einzeln in genauer-tatbestandlicher Schilderung unter Strafe stellen": Cfr. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., pág. 469. En España, y de forma expresa, FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., I, pág. 57. Este autor dedica un trabajo especial al tema de *La tentativa como especial tipo penal*, en "Revista de Estudios Jurídicos", 1941, pág. 251. Vid. también L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El iter criminis y la tentativa*, en "El Criminalista", tomo IV, pág. 243 y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, págs. 67 s. En contra, sin embargo, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, cit., pág. 621.

(110) En este sentido, "autor" es concepto derivado directamente del de *acción*. Depende, por tanto, su precisión de la posición dogmática que se adopte respecto de esta trascendental noción, y no de la regulación jurídico-positiva de la autoría. Vid. la Nota de CÓRDOBA, al *Tratado...*, de MAURACH, cit., II, pág. 310.

(111) "Autor es todo aquel que ejecuta la acción, el "quien" sin nombre usado por la Ley", afirma —en la traducción castellana— H. WELZEL: *Derecho Penal, Parte General* cit., pág. 72; cfr., en la 11.^a edición alemana de *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 63.

(112) Desde la perspectiva ontológica en que se sitúa, CÓRDOBA escribe: "El texto legal español permite, pues, afirmar que no todos los sujetos a que se refiere el artículo 14 *son* autores. De este modo, si bien todos aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho *son* autores, los que fuerzan o inducen tan sólo lo *serán* cuando la fuerza o inducción alcance el grado de la autoría mediata. Respecto al número 3 la cuestión es incierta". Vid. *Notas*, cit., II, págs. 310 y ss. Vid. también J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, página 421; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General* cit.,

otra parte, no sólo los autores queden sujetos a responsabilidad criminal, sino que, junto a ellos, debe incluirse a los cómplices y a los encubridores —arts. 12, 16 y 17 C. p.—. Conviene averiguar si las conductas de todos estos partícipes constituyen, o no, «delito» o «falta», según la terminología del art. 1, en relación con el C. p.

Ahora bien, mientras que el citado art. 49 C. p. dice literalmente que los autores *cometen* los delitos o faltas de los cuales han de responder —«el delito o falta que hubieren cometido»—, ningún precepto utiliza dicha expresión para referirse a la actuación de los demás partícipes. El art. 12 se limita a decir, coherentemente con la rúbrica del Capítulo en que se incluye (113): «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los cómplices. 3.º Los encubridores». La amplitud de los términos de la Ley deja, como se ve, sin solución la cuestión de la naturaleza de las acciones propias de los cómplices y de los encubridores. Sólo la situación de los *autores no materiales* o asimilados *ex lege* aparece calificada con claridad: el artículo 49 citado se refiere, indiscriminadamente, a todos los autores que el Código prevé. Respecto de los restantes partícipes, la cuestión de si procede la calificación de su conducta como «delito» o «falta» hace necesaria una labor de investigación mucho más amplia.

B) LAS FORMAS ASIMILADAS DE AUTORÍA.

No resulta difícil inferir de la letra del art. 49 del Código penal que no sólo la acción del *autor material* constituye «delito» —o «falta»—, sino también la de los que, sin serlo, son asimilados por virtud del art. 14 o del art. 15. Todos ellos, en efecto, *cometen el «delito»*, según aquel precepto, aunque la real ejecución de los distintos tipos sólo pueda tener como sujetos a los *autores materiales*. La asimilación legal de todos los supuestos enumerados en los arts. 14 y 15 conduce a la necesidad de calificar de igual modo —«delito» o «falta»— las acciones de todos ellos.

Adviértase, sin embargo, que las conductas de los autores asimilados no constituyen «delito» o «falta» *por sí mismas*, sino sólo en

página 642, quien recuerda el argumento legal que, el artículo 15 ofrece, al decir que “sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior (art. 14) solamente se reputarán autores de las infracciones mencionadas en el artículo 13 *los que realmente lo hayan sido...*”. GIMBERNAT, autor de una monografía sobre el tema, recoge la restante bibliografía española sobre la cuestión del carácter *ampliatorio* del artículo 14: Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid (Universidad de Madrid), 1966, páginas 15 y ss. Sin embargo, este autor discrepa de la doctrina dominante que ve en el artículo 14, núm. 1, la definición de la *autoría material*, por entender que no todo el que “toma parte en la ejecución de un hecho” “realiza” el hecho típico de que se trate: Cfr. op. cit., págs. 218 y 219. Sigue esta orientación RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal, Parte General*, cit., págs. 652 y 653. Vid también en este sentido G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 802.

(113) Que reza: “De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas”.

cuanto que a través de ellas *la Ley considera* que «cometen el delito» en que participan. Esta equiparación no priva a las mismas del carácter *accesorio* respecto del hecho principal (114).

C) LA COMPLICIDAD Y ENCUBRIMIENTO.

Decir, como hace el art. 12 C. p., que los cómplices y encubridores «son responsables climinalmente de los delitos y faltas», no es suficiente para decidir la calificación de «delitos» o «faltas» de las conductas de dichos partícipes. Por el contrario, dicha expresión podría ser interpretada en el sentido siguiente: «los «delitos» y «faltas» por una parte y las conducta de los «responsables» de los mismos no son conceptos equivalentes, pues sólo cometen los «delitos» o «faltas», según el art. 49, los *autores*, mientras que en el mismo art. 12 se reconoce que no sólo estos son «responsables»; luego, no todas las conductas de los «responsables» son «delitos» o faltas». Preciso es, por consiguiente, una investigación más detenida de esta cuestión.

a) Sin duda las conductas de los cómplices y encubridores no pueden entenderse incluidas en las tipicidades legales de la Parte Especial. Esta afirmación se halla generalmente compartida por los autores que de modo especial se han ocupado del estudio de la tipicidad (115). En la doctrina actual alemana, ésta es la posición generalizada (116). Los finalistas pueden fundar esta posición —concepto *restrictivo* de autor— en el significado *ontológico* de la acción. Para ellos, sólo realizan los tipos dolosos de la Parte Especial los que poseen el *dominio final de la acción* propia de la descripción legal de aquellos (117). En nuestro Derecho, esta posición parece, sin duda, acertada. En efecto,

(114) Más adelante se explicará más ampliamente el sentido de la *accesoriedad* de los tipos de los partícipes: *Infra*, C, b, b' y C, d, d'. Adelantemos aquí, como conclusión derivada del carácter *accesorio* de las formas de *autoría asimiladas*, que no cabría admitir, por ejemplo, la *participación en la participación* del núm. 3 del artículo 14, si aquella se hallare desconectada del hecho principal, ni tampoco la *inducción frustrada*.

(115) Cfr. M. JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, Méjico (Portua), 1955, páginas 110 y ss., donde señala como favorable a lo dicho en el texto a BELING, M. E. MAYER, VANNINI, RANIERI. Vid. también, en este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 65.

(116) Cfr. E. MEZGER-H. BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 14 ed., München (Beck), 1970, pág. 265; HELLMUTH MAYER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., págs. 150 y 151 y pág. 154; H. H. JESCHECK, *Lehrbuch* cit., págs. 488, 492 y 495; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., páginas 396, 429 y 431; CLAUS ROXIN, *Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems* en "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1971, 2 (t. 83), página 394.

(117) Cfr. H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* cit., págs. 99, 100 y 101, y págs. 105 y 106 de la traducción castellana de FONTAN BALESTRA cit.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil* cit., págs. 626 y 627 y páginas 308 y ss. de la edición castellana cit. Pero en la actualidad no sólo los finalistas defienden el criterio indicado: el *dominio del hecho (Tatherrschaft)* constituye en Alemania la doctrina dominante. Por todos, vid. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 495.

del art. 14 C. p. se desprende que sólo el núm. 1.º del mismo se refiere a los que «ejecutan» el hecho (118). Si, pues, ni siquiera los inductores y cómplices necesarios de los núms. 2 y 3 del art. 14 «ejecutan» el hecho, lógico es pensar que tampoco los cómplices y encubridores lo hacen. Por lo demás, respecto de los cómplices, necesario es extender a los mismos la afirmación formulada respecto de los cómplices necesarios del 14, 3. Y en cuanto a los encubridores, la propia literalidad del art. 17 excluye la posibilidad de entender que los mismos «ejecutan» el hecho (119). En segundo lugar, el art. 15 —como señalaba Rodríguez Muñoz— constituye un argumento decisivo a favor de entender acogida por nuestro derecho la concepción de las formas de participación como causas de extensión de la pena (120).

b) Tampoco puede afirmarse que el Código considere la complicidad y encubrimiento como «delitos» o «faltas» cualitativamente equiparados a los de la Parte Especial. A diferencia de éstos, aquellas modalidades no son *delitos autónomos*: requieren siempre la presencia de un delito principal al que referirse (121). Ahora bien, en ciertos preceptos (así, arts. 3, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54 C. p.) los términos «delito» y «falta» se refieren sólo a los delitos autónomos. En esos casos complicidad y encubrimiento no son «delito» o «falta». Cabe fundar este planteamiento en distintos argumentos jurídico-positivos.

a') La calificación de las formas de participación que consideramos como «delitos» o «faltas» *autónomos* —esto es, *indiscriminadamente* respecto de los delitos (autónomos) de la Parte Especial— llevaría a entenderlas incluidas en el término «delito» de los arts. 53 y 54 C. p. Ello obligaría a conceder que nuestro Derecho admite la «participación en cadena» en su sentido más amplio, esto es, de la participación en la participación *ad infinitum* con la necesaria consecuencia de la *sucesiva reducción de la pena* en cada escalón de participación (*arg. ex. arts. 53 y 54 C. p.*) (121 a). Pero esta construcción no es admitida, en

(118) Ello no obsta a la posibilidad de que se discuta si *todos* los que «toman parte directa en la ejecución del hecho» «ejecutan» el hecho, como hacen E. GIMBERNAT ORDEIG en *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., páginas 15 y ss., y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid (Tecnos), 1966, pág. 287, y *Comentarios... cit.*, I, pág. 802.

(119) Según este artículo, la calificación de encubrimiento se halla condicionada al hecho de que la intervención tenga lugar «con posterioridad a su (del hecho) ejecución» (art. 17).

(120) Respecto a esto último, cfr. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas al Tratado de Derecho Penal*, de E. MEZGER (traducción castellana cit.), página 294. También J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA utiliza el artículo 15 para apoyar la adopción del concepto restrictivo de autor: *Derecho Penal Español, Parte General* cit., pág. 642. Por lo demás, la doctrina generalizada en España es partidaria de este concepto restrictivo: cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, pág. 621; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., I, pág. 433.

(121) Vid. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch... cit.* pág. 497.

(121 a) Lo que en Alemania se entiende por «participación en cadena», generalmente admitida en ese país, no coincide con la caracterización del texto:

primer lugar, por el T.S. (S. 30 noviembre 1964) (122), ni, en segundo lugar, por Quintano Ripollés (123), Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo (124) y Antón Oneca (125), (126). Y, a la vista de la redacción literal de los arts. 53 y 54, hay que reconocer que parece contrario a la voluntad de la Ley admitir la participación concatenada. En primer lugar, si el art. 53 impone al «cómplice» de un «delito» una pena inferior en un grado a la señalada por la Ley al «autor» del mismo delito, la punibilidad según este precepto de la complicidad en la complicidad tendría que llevar a la absurda conclusión de que el «cómplice» a su vez auxiliado es, *al mismo tiempo* «autor» de un delito consistente en ser cómplice (127). Pero sobre todo, hay que pensar que si el Código ha entendido necesario en los arts. 53 y 54 *explicitar* la participación en los distintos grados de incompleta ejecución, sin considerar suficiente la alusión genérica a la participación en el «delito» —aun cuando, como es sabido, dichos artículos consideran «delitos» a las formas de ejecución imperfecta—, con mayor motivo habría puesto de manifiesto de modo expreso la más rebuscada posibilidad de la complicidad o encubrimiento de un cómplice o encubridor, si su propósito hubiera sido la admisión de punibilidad de estas figuras.

b') La equiparación a los «delitos» —o «faltas»— *autónomos*, en el sentido que conocemos, de las conductas de participación, supondría entenderlas incluidas en el término «delito» de los arts. 3, 51 y 52 C. p. Ello determinaría la necesidad de dar entrada a la posibilidad en las mismas de los grados de ejecución imperfecta (arg. ex. arts. 3, 51 y 52 C. p.). Habría que entender posible la *complicidad frustrada o intentada y el encubrimiento frustrado o intentado*. Esto exigiría considerar constitutiva de una de estas formas imperfectas la *participación en un hecho finalmente no ejecutado*. Pero en el Código existen argumentos que contradicen esta posibilidad.

En efecto, la *proposición* y la *provocación* de los arts. 3 y 4 son, sin duda, *formas —sui generis— imperfectas de ejecución* de la participación. Al exigir la no realización —total ni parcial—

en Alemania se entiende la participación en cadena como una forma *mediata* de participación en el hecho principal, con la consecuencia de que no corresponde menor pena que a la participación directa (Vid. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...*, cit., pág. 528). Esta construcción no contradice, sino que presupone la *naturales* del hecho del partícipe, de que parte el C. p. español.

(122) Citada por A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 265; y por E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal* cit., página 326.

(123) *Comentarios...* cit., pág. 274.

(124) *Derecho Penal Español (Parte Especial), Delitos contra las personas*, Madrid, 1962, págs. 272 a 274.

(125) *Derecho Penal* cit., I, pág. 449.

(126) Opinión distinta sustenta CÓRDOBA: Vid. *Notas* cit., II, pág. 286.

(127) Vid. E. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, cit., pág. 320.

del delito propuesto o provocado (128), por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo de la proposición o provocación (129), el art. 4 supone la no consumación de la participación, puesto que la participación acabada sólo puede producirse, según nuestro Código, en relación a un «delito» consumado, frustrado o intentado (130). En este sentido, Córdoba escribe: «La participación intentada se encuentra castigada en el art. 4 C. p.» (131). Lo mismo opinan Quintano Ripollés y Cuello Calón (132). Ahora bien, si la participación fuese «delito» *autónomo* y, por ello, fuese aceptable en nuestro Derecho, como regla general, la participación frustrada o intentada, la punición de aquellas figuras definidas en el art. 4 sería por lo pronto *óciosa*. Este resultado interpretativo sería, ciertamente, insatisfactorio. Además, la presencia de aquel artículo supondría una *restricción* de la esfera de acciones punibles. En efecto: mientras que en la regulación actual la complicidad y encubrimiento en la conspiración, proposición y provocación no parecen posibles, por no hallarse previsto en los arts. 53 y 54 C. p., de no existir las figuras del art. 4, si se concediese la calificación de «delito frustrado» o «delito intentado» a la participación frustrada o intentada, sí resultarían punibles aplicando las reglas generales de aquellos preceptos. Pero entender que el objeto de la introducción de las figuras del art. 3 y 4 fue el de reducir la esfera de lo punible es, a todas luces, impensable: contradiría el inequívoco significado político de las violaciones legislativas que en este punto acusa la historia de los Códigos penales españoles (133).

Más lógico es entender que, por el contrario, las figuras de los artículos 3 y 4 a que nos referimos son causas de *extensión* de la pena, que determinan la punibilidad de conductas que, de no concurrir dichos preceptos, quedarían, *por la sola aplicación de las reglas generales*, impunes. En este sentido se manifiesta la doctrina cuando consideran *impunes* los supuestos de participación frustrada o intentada que no

(128) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, pág. 622 s., y S.TS 3 junio 1889; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, pág. 176, para la proposición. Este autor niega, en cambio, que ello sea necesario para la provocación: pág. 183. Pero ello no excluye que la punición de la provocación en cuanto tal—no como inducción—exija la no realización del “delito” provocado, como tiene que admitir RODRÍGUEZ MOURULLO: pág. 181. No cabe duda, pues, de que *por lo menos* la provocación no castigada como inducción es una “variedad—*sui generis*—de inducción frustrada”, como dice la S.TS 23 mayo 1962 y admite RODRÍGUEZ MOURULLO (pág. 186).

(129) Aunque este requisito no lo explicita la Ley, se halla reconocido por la doctrina: Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 60; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., I, pág. 406; A. FERRER SAMA, *Comentarios...* cit., I, págs. 82 y 89.

(130) El Código sólo utiliza las designaciones “cómplice” y “encubridor” para esos casos.

(131) Vid. *Notas* cit., II, pág. 362.

(132) Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 60; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* cit., I, pág. 623, y págs. 639 y 622.

(133) Vid. el sugestivo planteamiento de esta evolución en G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...* cit., I, págs. 62 y ss.

encajen en aquellas figuras. Córdoba escribe: «En nuestro ordenamiento jurídico, si el autor principal desiste o se arrepiente no nacerá responsabilidad partícipe alguna, por falta de «hecho» al que pueda referirse la participación, por ausencia, en el último término, de un precepto que, al modo de los artículos 49, 51, 52, 53 y 54, sancione penalmente la conducta. Únicamente cuando la participación adopte la forma de la incitación al delito, podrá el sujeto incurrir en la responsabilidad derivada de la provocación del art. 4» (133). De la misma opinión respecto de la inducción ineficaz es Antón Oneca, quien entiende que, de no ser posible adaptar esta conducta a la «proposición» del art. 4, hay que considerarla *impune* (134). Por su parte, Cuello Calón parece admitir la misma conclusión, cuando, después de negar virtualidad actual a la antigua doctrina del TS, según la cual la no aceptación de la instigación criminal excluye la punibilidad de la inducción, basándose en la introducción con carácter general en el Código de 1944 de la «provocación», escribe: «... por tanto, la inducción *por estos medios* —los descritos en el art. 4— no seguida de efecto será castigada como provocación» (135).

Nosotros pensamos, en efecto, que la introducción en el actual Código de las figuras del art. 4 tuvo el sentido de *extensión* de la punibilidad a ciertas formas de imperfecta ejecución de participación de otro modo impunes. Por lo demás, es obvio que las formas de participación imperfecta que en el actual régimen legal no reúnan los requisitos exigidos por aquel precepto no pueden ser castigadas según las reglas generales de los arts. 51 y 52. Por ello, en la terminología de dichos preceptos no cabe entender la voz «delito» como comprensiva de las formas imperfectas de participación.

A la misma conclusión conduce la argumentación *material* de los autores que niegan la posibilidad de ejecución imperfecta en la participación en base al principio de la *accesoriedad* de la participación. Según este sector de la doctrina, la admisión de la punibilidad de la participación no seguida de la ejecución del autor principal por causas que excluyan la calificación de tentativa o frustración, contradiría aquel principio fundamental de materia de participación (137).

(134) Vid. J. CÓRDOBA RODA, *Notas cit.*, II, pág. 362. Del mismo modo, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, cit., I, pág. 880, en base a que el artículo 3, definidor de las formas y perfectas de ejecución se refiere al «delito», que para este autor es sólo «el hecho típico» descrito en la correspondiente figura del delito. Pero obsérvese que este razonamiento, paralelo al de CÓRDOBA, da por supuesto lo que trata de demostrar: que la participación imperfecta no es «delito» en los artículos 3, 51 y 52.

(135) «... del carácter accesorio dado a la inducción en los preceptos sobre codelincuencias y de no haber incluido en este lugar una fórmula expresa, podría deducirse la impunidad»: Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 438.

(136) Del subrayado nuestro cabe deducir *a contrario sensu* la conclusión que mantenemos: cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 639.

(137) Así opina J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 421. También, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal cit.*, I, pág. 635, en relación con página 627, y A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...* cit., pág. 273.

c) *Consideración de las alternativas subsistentes.*

Descartadas, por las razones aludidas, las soluciones expuestas —a') las formas de participación realizan las tipicidades («delitos») de la Parte Especial; b') las formas de participación constituyen «tipos autónomos» («delitos autónomos») —, quedan como posibilidades a considerar las dos siguientes:

a') Las formas de participación de complicidad y encubrimiento no pueden ser incluidas bajo el término «delito», entendido éste en el sentido *típico-abstracto* que conocemos.

b') Dichas formas de participación, si bien no se hallan comprendidas en los tipos «delitos» o «faltas» de la Parte Especial, y no constituyen por otra parte figuras de infracción autónomas, han de ser consideradas «delitos» o «faltas» *accesorios*, esto es, «tipos accesorios», respecto de los «delitos» *centrales* (los contenidos en la Parte Especial).

A favor de ambas posiciones existen argmentos legales.

a') *Argumentos legales favorables a la solución negativa.*

Desde al perspectiva terminológica del Código penal, la misma distribución de los Títulos del Libro I de dicho Cuerpo Legal parece dar a entender que, en el lenguaje de la Ley, son cosas distintas «los delitos» y «las faltas», por una parte, y las acciones de «las personas responsables de los delitos y faltas». Mientras que el Título I se denomina «De los delitos y faltas y de las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan», no incluyendo referencia alguna a las conductas de los partícipes de los arts. 16 y 17, el Título II reza «De las personas responsables de los delitos y faltas». Y en este segundo Título se trata no sólo «de las personas responsables *criminalmente* de los delitos y faltas» (Capítulo I), sino también «de las personas responsables *civilmente* de los delitos y faltas» (Capítulo II).

No resulta aventurado, por ello, suponer que, puesto que el Código reserva el Título I para regular los hechos constitutivos de «delito» y «falta», y el Título II para regular la atribución de responsabilidad criminal y civil por los mismos a ciertas categorías de personas, no parece lógico que la enumeración de estas categorías personales pueda interpretarse como creación de nuevos «delitos» o «faltas».

Confirmaría esta observación el hecho, sin duda altamente expresivo desde la perspectiva terminológica, el que en *ninguna ocasión* el Código califique de «delito» o «falta» la conducta de un partícipe de los incluidos en los arts. 16 y 17.

Desde la vertiente *jurídico-procesal*, la terminología de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece responder al mismo planteamiento discriminador de los «delitos» y «faltas», por una parte, y las formas de participación, por otra. El art. 650 de dicha Ley, al configurar el contenido del *escrito de calificación provisional*, distinguen en números separados los «hechos punibles» (1.º) y su calificación legal según «*el delito*

que constituyan» (2.º), de «la participación que en ellos hubiere tenido el procesado o procesados, si fueren varios» (3.º). El mismo esquema inspira el contenido de las *sentencias* (art. 142, regla 4.ª, núm. 10 y 2.ª L. E. Cr.).

b') *Consecuencias inadmisibles de la solución negativa.*

El mantenimiento de la conclusión de que no cabe designar con la palabra «delito» a las conductas de complicidad y encubrimiento (138), llevaría, sin embargo, a resultados evidentemente contrarios a la lógica y a la practicabilidad en algunos casos, notoriamente injustos en otros casos y, finalmente, contradictorios incluso con los propios imperativos de la Ley en otros. Aquí examinaremos sólo este último aspecto. Las demás consecuencias coinciden con las señaladas para las formas de imperfecta ejecución (139) (140).

Contraria a la expresa letra de la Ley sería la inevitable consecuencia de la imposibilidad de estar a lo dispuesto en las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes. No cabe duda, en efecto, de que, dada la sinonimia más arriba apuntada de «hecho» y «delito» —o «falta»— en el Código (141), avalada por la indiscriminada utilización que de ambos términos se hace en los artículos incluidos en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título III del Libro I, de entenderse que la actividad del cómplice o del encubridor no puede recibir el nombre de «delito», habría que juzgar inaplicables a estas formas de participación las reglas de medición de la pena relativas a las circunstancias modificativas. Y sin embargo, del art. 60 C. p. se desprende con seguridad la posibilidad de que las circunstancias agravantes o atenuantes alcancen sin distinción a los partícipes, atenuando su responsabilidad conforme a las reglas generales de medición (art. 60 en relación con el 58).

En efecto. El art. 60; 1.º dice:

«Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con

(138) Parece pronunciarse en este sentido negativo de la calificación de «delito» de las formas de participación, J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General* cit., pág. 621.

(139) Vid. *Supra*, IV, 1, D, b.

(140) Como lógica consecuencia de su posición negadora de la calificación de «delito» de las formas de participación, RODRÍGUEZ DEVESA escribe: «... el plazo de *prescripción* del delito ha de entenderse que se refiere al delito consumado, nunca al frustrado o a la tentativa, ni a la pena señalada para el cómplice o el encubridor». A continuación afirma: «El cómputo de la *prescripción* deberá verificarse en función de los actos que realice el autor principal, y no los partícipes» (*Derecho Penal Español, Parte General* cit., pág. 622. Pero téngase en cuenta que, según el artículo 113 CP («Los delitos *prescriben*...»), de la negación de la calificación «delito» de las formas de participación deducirse la *no prescriptibilidad* de estas conductas, y no la *prescripción* en base a los plazos del delito principal).

(141) Vid. *Supra* I, C), d).

el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos culpables en quienes concurren.»

En primer lugar, del adverbio subrayado cabe inferir que el art. 60 posee carácter *restrictivo* —«sólo de aquellos culpables en quienes concurren»— respecto de la esfera de aplicación de las circunstancias modificativas a los partícipes. Ello supone que dicho precepto parte del *principio* de que los partícipes deben soportar con carácter general los efectos de las circunstancias agravantes o atenuantes. Por consiguiente, no es que el art. 60 *extienda* excepcionalmente a ciertos partícipes la eficacia modificadora de las circunstancias atenuantes o agravantes, sino que el Código da por supuesto que la sola aplicación de sus distintas disposiciones conduce a aquella extensión.

Por otra parte, el art. 60 declara la aplicabilidad de las circunstancias modificativas a los partícipes en quienes *concurran*: se admite que las circunstancias alcancen *naturalmente* a los partícipes.

En conclusión, ha de entenderse contrario a la voluntad de la Ley, manifestada en el art. 60, interpretar los arts. 61 y ss. en sentido excluyente de las circunstancias de los partícipes. Y relacionando el artículo 60 con la norma general del art. 58, que impone la necesidad de acudir a las reglas formuladas por los preceptos que le siguen para atenuar o agravar la pena (142), habrá que concluir en que los partícipes no sólo incurrir en circunstancias modificativas, sino que han de ver graduada su penalidad de acuerdo con las reglas generales de medición de la pena, en atención a aquellas circunstancias. Por tanto, decidir que los términos «delito» y «hecho» no alcanzan a los cómplices y encubridores supondría, en la medida en que ello llevaría a excluir del ámbito de dichos preceptos a estas formas de participación, una contradicción con el tenor expreso del Código penal.

d) *Solución que se propone.*

a') A la vista de los argumentos legales señalados a favor y en contra de la designación de las conductas de complicidad y encubrimiento en el término «delito» en el sentido de los arts. 1 y 6 C. p., no resulta difícil advertir que, mientras que *sólo al falta de utilización expresa* de aquel término por parte del Código para referirse a aquellas formas de participación —es decir, un argumento esencialmente *negativo*— puede ser alegada para oponerse a la inclusión de las mismas en el alcance significativo de las palabras «delito» y «falta» —aun en sentido *accesorio*—, concurren fuertes razones, derivadas unas de consideraciones lógicas, de practicabilidad y de *justicia material*, y dictadas otras por la propia voluntad expresa de la Ley (art. 60 en relación con el 58 C. p.), a favor de dicha inclusión. Esto sólo bastaría para decidir al jurista a extender la denominación de «delito» —o «falta»— a las formas de participación de los arts. 16 y 17.

(142) El artículo 58 dice: «Las circunstancias atenuantes y agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta sección».

Puede añadirse, sin embargo, que esta conclusión viene confirmada por el propio tenor de la *definición general* de que hemos partido para determinar el significado y contenido de las palabras «delito» y «falta» que conocemos, en la medida en que no existen argumentos *positivos* decisivos en favor de la exclusión de aquellas designaciones respecto de la complicidad y encubrimiento. En efecto, si según el artículo 1. C. p. «son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley» —esto es, conforme a la interpretación mantenida más arriba de este precepto, «tipos que abstractamente castiga la Ley»—, de no ocurrir ningún argumento legal que expresa o tácitamente ponga de manifiesto la voluntad de la Ley de *exceptuar* de esta configuración algún supuesto particular, habrá que considerar que *todos* los hechos penados de *modo típico-abstracto* por la Ley con pena grave constituirán: «delitos» o «faltas» según aquella definición general. Pues bien, no cabe duda de que el Código «pena de modo típico-abstracto» las conductas del cómplice y del encubridor. Ello lo hace en los artículos 53 y 54, los cuales asignan la penalidad que determinan, no a hechos que supongan *concreción de tipos abstractos* —como sería el caso de los hechos constitutivos de circunstancias modificativas—, sino a categorías dotadas de un grado de abstracción paralelo al propio de los tipos descritos en la Parte Especial para los autores (143).

En un sentido contrario a lo aquí expuesto se manifiesta Rodríguez Devesa. Según este autor, las formas de participación «constituyen siempre una excepción a la regla general de que para que una conducta sea punible es preciso que esté tipificada en la Ley» y «su característica en que hay un déficit respecto de la *tipicidad*» (144). Sin embargo, como en las formas de imperfecta ejecución, el hecho de que los preceptos incriminadores de la complicidad y encubrimiento, si bien *referidos* a la Parte Especial, se hallen incluidos en la Parte General del C. p., no ha de considerarse como falta la tipicidad, sino sólo como un procedimiento de técnica legislativa. Como señala Schmidhäuser, el legislador hubiera podido acudir a otros sistemas. Así, hubiera podido describir para cada caso las distintas formas de participación; o, por el contrario, le hubiera sido posible también prescindir de toda tipificación descriptiva de las acciones a través de

(143) La complicidad, por ejemplo, no es una *forma concreta de aparición* de los tipos de la Parte Especial. Para ello sería preciso que los tipos de la Parte Especial *incluyeran*, por estar dotados de un más alto nivel de abstracción —generalidad—, como manifestación posible, la conducta del cómplice. Pero quien mantenga —como en Derecho español es obligado (vid. *Supra*, IV, 2. C. a)— un concepto *restrictivo* de autoría, no puede mantener que la complicidad se halle prevista en los tipos de la Parte Especial. El caso del encubrimiento es, todavía, más evidente. Compárense estos supuestos y los de diferente naturaleza de las circunstancias agravantes, que si bien son hechos penados por la Ley, no dan lugar más que a *formas* de aparición *concretas* de los distintos tipos abstractos —inclusive los de complicidad y encubrimiento—.

(144) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. G. cit., página 621.

las cuales se realiza el contenido desvalorado del injusto propio de Tmada delito (la Ley podría decir sólo «quien lesione el bien jurídico de la vida antijurídica y culpablemente», por ejemplo), en cuyo caso las formas de participación quedarían, a juicio de aquel autor, abarcadas sin más. Ambos procedimientos hubieran sido, pero, insatisfactorios (145).

b') La extensión de las calificaciones «delito» o «falta» a las formas de participación ha de efectuarse, sin embargo, teniendo en cuenta la imposibilidad de entender los tipos de estas figuras en sentido *autónomo* (146). Si se admite, por otra parte, que los partícipes no realizan los tipos de la Parte Especial (147), habrá que convenir en que la naturaleza que en nuestro ordenamiento jurídico-penal cabe atribuir a la complicidad y encubrimiento, debe situarse en una zona *intermedia* entre estas dos extremas posiciones. Puede decirse, en efecto, que tales figuras constituyen «delitos subordinados» —o «accesorios»—. En el sentido de que suponen necesariamente la referencia a los «delitos» de la Parte Especial o a las formas de imperfecta ejecución (148). Desde el punto de vista *terminológico* que nos es propio, ello se traduce en ciertas ocasiones en la utilización por parte del C. p. de los términos «delito» o «falta» —o «hecho»— en referencia exclusiva al «delito» —«falta» o «hecho»— *autónomo*, que incluye,

(145) E. SCHMIDÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, cit., página 429. Es muy sintomático, por lo demás, que la doctrina alemana considere las cuestiones de autoría y participación como problemas de *tipicidad*. Sostentan esta posición GALLAS, KOHLRAUSCH-LANGE, MAURACH, MEZGER-BLEI, ROXIN, H. MAYER, SCHROEDER y JESCHECK: cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, cit., pág. 488, y C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., Hamburg (Cram, de Gruyter & Co.), 1967, pág. 615.

(146) Recordar los argumentos expuestos *supra*, IV, 2, b).

(147) Vid. *Supra*, IV, 2, C, a.

(148) Esta configuración responde al significado atribuido ya por BELING a las formas de participación. En la 6.^a y 7.^a edición de sus *Grundzüge des Strafrechts, Tübingen* (J. C. B. Mohr [P. Siebeck]), 1920, pág. 83, incluía entre las "*Erscheinungsformen des Verbrechens*" (formas de aparición del delito) las formas de participación: aquellas figuras se caracterizan, a diferencia de los tipos de la Parte Especial —"*Tatbestände*" en la terminología de BELING—, por carecer por sí solas de significación jurídico-penal, requiriendo la conexión con los tipos centrales. Por esta razón, no dan lugar a ninguna "*Verbrechensart*" (clase de delito), sino sólo a "*Verbrechensnebenformen*" (formas subordinadas de delito). La nota 3 de la pág. 396 de la obra del mismo autor, *Die Lehre vom Verbrechen*, Darmstadt (Scientia), 1964 (reimpresión), ayuda a comprender el sentido de la subordinación de la participación en el pensamiento de BELING. En la actual doctrina alemana es, por lo demás, absolutamente dominante la consideración de la participación como figura *referida* necesariamente a un delito principal: cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., página 488; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 4.^a ed., cit., página 672, y *Tratado...*, ed. cast. cit., pág. 357. Incluso E. SCHMIDHAUSER, quien critica que la doctrina dominante hable de "participación en el delito" y no de "delito de participación", reconoce expresamente la necesidad de referencia a los tipos centrales: cfr. *Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch* cit., pág. 429.

en este sentido, las formas de ejecución imperfecta (148 a). Ello sucede en los artículos 3, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54 C. p.

3. Los actos preparatorios punibles.

A) Desde la perspectiva terminológica en que nos situamos, existen ciertos argumentos legales que parecen obstaculizar la designación de las figuras de *conspiración*, *proposición* y *provocación* con el término «delito».

a) En primer lugar, la propia *designación legal* parece conducir a la negación del carácter de «delito» —en el sentido de los artículos 1 y 6 C. p. de las figuras de «conspiración, proposición y provocación para delinquir» (art. 3, 1.º C. p.): si, según esta denominación el Código parece considerar a las figuras que analizamos ahora como meros actos *antecedentes* a la comisión de un «delito», que cobran significación sólo por la relación de preparación intencionada en que se encuentran respecto de un «delito», es posible pensar que, según el legislador, la concurrencia de tales actos no supone *todavía* la propia realización de un «delito».

b) Parece coherente con tal observación la expresa configuración de las *definiciones* que el artículo 4 C. p. formula para dichas instituciones. De este precepto cabe inferir la exclusión de las mismas de la presencia del «delito». El artículo citado dice:

«La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

«La proposición existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción». (149).

En los tres casos, según la misma letra de la Ley, existen ya la conspiración, la proposición o la provocación cuando se dan las respectivas actividades que describe el artículo 4 transcrito, que han de tener lugar, desde luego, antes de que se haya dado comienzo, siquiera, a la ejecución del «delito». Ahora bien, si la fase de ejecución del «delito» no ha empezado todavía, mal puede hablarse, ante la sola actuación preparatoria descrita en el artículo 4, de la existencia de «delito» (150).

(148 a) Es cierto que las formas de imperfecta ejecución encuentran su tipificación también en la concordancia de la norma general incriminadora con cada específica tipicidad de la Parte Especial; en este sentido, «la tentativa es un tipo *dependiente*» (*unselbstständige*), como escribe H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch...* cit., pág. 388. Pero ello no equivale a la *accesoriedad* (*Akzessorietät*) característica de la participación, que presupone la efectiva *conurrencia* de un hecho principal (no sólo una concordancia sistemática): loc. cit., pág. 497.

(149) Subrayado nuestro.

(150) Escribía GROIZARD: «La teoría de los actos de ejecución comienza donde acaba la teoría de los actos preparatorios. Vimos allí al criminal resolver la perpetración del delito, proveerse de armas e instrumentos para reali-

c) El artículo 12, en relación con los artículos 51, 52, 53 y 54, ofrece un argumento cuya fuerza no cabe desconocer en contra de la extensibilidad de la calificación «delito» a la conspiración, proposición para delinquir. El artículo 12 dice que «son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º) los autores; 2.º) los cómplices; 3.º) los encubridores». Puede esto interpretarse en el sentido de que todo «delito» o «falta» responden criminalmente las tres clases de sujetos señaladas. Sin embargo, los artículos 51 a 54, limitados a *determinar la pena* imponible a los distintos supuestos de participación definidos en los artículos 12 y ss. no prevén respecto de la conspiración, proposición y provocación para delinquir más punición que la de los *autores* —los «reos» según la terminología de la Ley—. De lo cual no cabe sino inferir la impunidad de las restantes formas de participación en dichas figuras (151). Ahora bien, si los cómplices y encubridores no responden criminalmente de la conspiración, la proposición y provocación para delinquir y, en cambio, el artículo 12 obliga a considerar responsables de *todo* «delito» o «falta» a aquellos partícipes, parece posible concluir que, para este último precepto, aquellas figuras no constituyen «delito» ni «falta». El alcance *general* del artículo 12 acentuarían la significación de esta conclusión.

d) Finalmente, interesa destacar que en ningún lugar del Código se utiliza la palabra «delito» —«falta»—, una conducta de las definidas en el artículo 4. En el planteamiento terminológico en que situamos estas consideraciones, este hecho no puede ser desconocido.

B) *En favor* de la extensibilidad de la designación «delito» de las figuras que ahora consideramos concurren, sin embargo, argumentos a nuestro juicio decisivos.

a) Todos los inconvenientes de la negación de la calificación de «delito» señalados más arriba respecto de las formas de participación (152), concurrirían también en materia de los llamados actos preparatorios punibles (153). Recuérdese, pues, que importantes razones

zarlo, estudiar los sitios y acechar las personas; y, sin embargo, una vez dijimos: "aquí no hay todavía delito". —¿Por qué?—. Porque la ejecución no ha comenzado": cfr. A. GROIZARD, *El Código Penal...*, cit., I, pág. 103.

(151) No vemos qué fundamento legal puede encontrar la Sentencia de 22 de junio de 1953, que por *analogía* a lo establecido respecto de los participantes en los delitos consumados, frustrados e intentados, declara la punibilidad de la complicidad y encubrimiento en la conspiración, proposición y provocación para delinquir: vid. *Jurisprudencia Criminal* cit., t. XX, núm. 444, página 432.

(152) Vid. *Supra*, IV, 2, C, c, b', y, por coincidir en parte con las formas de imperfecta ejecución, IV, 1, D, b.

(153) Se recordará que la proposición y provocación más que fases del *iter criminis*, constituyen verdaderas formas —aunque *sui generis*— de ejecución imperfecta de *participación* (Vid. *Supra*, IV, 2. C. b. b'. Por lo que respecta a la conspiración, también es la pluralidad de intervinientes lo que parece fundamentar su incriminación. En este sentido, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *La punición de los actos preparatorios*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias.

derivadas de la expresa contradicción de la letra de la Ley (art. 60, en relación con el art. 58 C. p.), de necesidades lógicas y de practicabilidad, y de consideraciones de justicia material de la máxima significación, se oponen a aquella posición negativa respecto de la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

b) Por otra parte, los argumentos que podrían apoyar dicha solución negativa no permiten, pese a la fuerza que en ellos pudiera encontrarse, afirmar que el Código *imponga positivamente* la exclusión de la calificación de «delito» a las figuras que ahora contemplamos. En efecto, en cuanto a la argumentación basada en la designación legal de tales figuras (desarrolladas en A) a) de este número), que el C. p. hable de «conspiración, proposición y provocación *para delinquir*» no obliga a negar que estas conductas constituyan «delito»: puede sin duda, pensarse en «delitos» cuya calificación de tales dependa de la dirección final de las conductas que los integran hacia *otros* «delitos». El mismo razonamiento puede alegarse frente a la argumentación negativa fundada en la literalidad de las *Definiciones* del artículo 4 (expuesta en A) b) de este número). El argumento que la relación de los artículos 12 y 51 a 54 ofrece en favor de la posición negativa (formulado en A) c) de este número) puede también ser objetado, si se niega que la expresión del artículo 12 «son responsables criminalmente de los delitos y faltas» equivalga a la de «son responsables criminalmente *siempre* de los delitos y faltas»; negación que aparte de en la literalidad del artículo 12 —que no incluye dicho adverbio—, puede fundarse en la consideración de los artículos 51 a 54 como destinados a precisar el alcance del artículo 12. Finalmente, que en ningún lugar del C. p. se utilice el término «delito» para hacer referencia a los llamados actos preparatorios punibles no puede, obviamente, ser considerado como argumento *positivo*.

En vista, pues, de la falta de *imposición positiva* por parte de la Ley de la solución negativa, parece desaconsejable pensar que el alcance definitorio del artículo 1 C. p. haya de ver restringido su alcance dejando de incluir a los supuestos del artículo 4. Y decimos que la no consideración de «delito» de la conspiración, proposición y provocación para delinquir supondría una restricción del alcance de la definición del artículo 1, por las mismas razones que más arriba se esgrimieron (154) para justificar la misma observación respecto de la complicidad y encubrimiento: si, como parece lógico, las figuras del artículo 4 *no constituyen fases de concreción* de tipos de la Parte Especial, sino que, no hallándose incluidas en el alcance abstracto de dichos tipos,

Penales", 1968, t. XXI, pág. 278, considera fundamento de la punibilidad de estas conductas el hecho de que se traten de acciones preparatorias desarrolladas en "el círculo del autor-copartípe" a que se refiere WELZEL (este autor alemán incluye a ciertos supuestos parecidos bajo la denominación de "strafbare Vorbereitungshandlungen aus dem Täter-Teilnehmerskreis": cfr. *Das Deutsche Strafrecht* cit., pág. 125.

(154) Vid. *Supra*, IV, 2, C, d, a'.

suponen la descripción de nuevos y distintos tipos, dotados del mismo nivel de abstracción que aquéllos y susceptibles, por ello, de los mismos grados de ulterior concreción que ellos, puede afirmarse que tales figuras son «acciones penadas por la Ley» en el mismo sentido típico-abstracto en que interpretamos antes esta expresión del artículo 1, en relación con el artículo 6. Ahora bien, si efectivamente la conspiración, proposición y provocación para delinquir «son delitos» según dichos preceptos, los argumentos examinados en favor de la posición negativa son insuficientes para *modificar* dicha designación. En conclusión, pues, parece necesario mantener la inclusión de las figuras del artículo 4 bajo el término «delito» definido en los artículos 1 y 6 C. p.

C) Sin embargo, como se dijo respecto de las formas de participación, la extensión de la calificación «delito» a los llamados actos preparatorios punibles ha de condicionarse al entendimiento de dicho concepto «delito» —en sentido *accesorio* o *subordinado* a los «delitos» principales (155). Terminológicamente, ello conduce a la imposibilidad de entender incluidos los actos preparatorios punibles en el término «delito», cuando éste se utiliza en el sentido de «delito autónomo» (arts. 3, 4, 12 y ss., 51, 52, 53 y 54). Lo contrario, esto es, considerar «delitos» autónomos a las figuras del artículo 4 conduciría a consecuencias que no parecen sostenibles en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

a) En primer lugar, piénsese que, de considerarse «delito» *autónomo* a la conspiración, proposición y provocación *para delinquir*, habría que aceptar la posibilidad de la conspiración, proposición y provocación *para conspirar proponer o provocar a un delito*, que, a su vez, podría consistir en conspirar, proponer o provocar a otra posible conspiración, proposición o provocación para... Es decir, la conspiración, proposición o provocación «en cadena», con la inevitable consecuencia de la disminución de pena en cada escalón (arg. ex. art. 52, 3.º). Ahora bien, si la doctrina española (156) y el Tribunal Supremo (157) niegan la posibilidad de la «participación en cadena», con mayor motivo han de oponerse a aquella posibilidad. Por nuestra parte, aparte de algún otro argumento utilizado ya para negar la figura de la participación concatenada, baste señalar que, mientras que cuando el legislador ha querido *extender* a casos distintos de los tipos de la Parte Especial, como son la frustración y la tentativa, la esfera de supuestos en que cabe participar, lo ha expresado claramente (arts. 53 y 54), no limitándose a referirse a la participación en un «delito», no se ha referido, en cambio, a la participación en la conspiración, proposición y provocación. Ello hace suponer fundadamente que menos posible ha de ser, todavía, la proposición a la proposición, etc.

(155) Vid. *Supra*, IV, 2, C, d, b'.

(156) Vid. bibliografía cit. *supra*, IV, 2, C, b, a'.

(157) Vid. S. 30 de noviembre de 1964 cit., *supra*, *ibidem*.

b) Por otra parte, la consideración de «delito» *autónomo* de la conspiración, proposición y provocación supondría la necesidad de admitir las formas de imperfecta ejecución en las mismas: tentativa y frustración. Y, por lo mismo, la tentativa o frustración de las distintas formas de participación —que también deberían ser admitidas— en la conspiración, proposición y provocación. Contra esta posibilidad véase, sin embargo, lo dicho *Supra* (158), en base precisamente a la presencia del art. 4, que pone de manifiesto, a través de la incriminación de las formas de imperfecta ejecución de la participación que define, y *a sensu contrario*, la no punibilidad de las demás formas imperfectas de participación no contenidas en él.

(158) Vid. 2, C, b, b', b''.

Jurisprudencia penal 1973

Primera parte

PEDRO-LUIS YAÑEZ ROMAN

Profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid
y vicesecretario del «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales»

§ 1. Artículo 1.º, **Voluntariedad.**

Casa el T. S. la sentencia del Tribunal a quo, condenatoria por un delito de abusos deshonestos del artículo 430, en relación con el 429: 2.º, y absuelve por apreciar la eximente completa del artículo 8: 1.ª, tratándose de deficientes mentales, habida cuenta de que “ni uno ni otro (sujeto), en razón de su similar edad mental, pudieron valorar en su intensidad moral tal actuación, sin probarse guardara el procesado superioridad intelectual frente a la agraviada, **“con ausencia, por tanto, de su culpabilidad dolosa, siempre necesaria para poder servir de soporte a una condena en el orden penal, que exige, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.º del Código penal, la voluntariedad de la acción, con el conocimiento que ha de precederla...”** (S. 7 febrero 1973).

§ 2. Artículo 9: 4.ª, **Preterintencionalidad** (en relación con el artículo 50).

Según doctrina reiterada de la Sala 2.ª del T. S., **el artículo 50 no es aplicable en un supuesto de tentativa de violación y de lesiones, puesto que “sólo procede en los delitos contra las personas, cuando el daño que lo determina y gradúa, recae sobre persona distinta de la que se quiso ofender”** (S. 2 octubre 1897). De modo que, cuando el mal recae sobre la misma persona, debe aplicarse el artículo 9: 4.ª, que no procede apreciar en este caso (S. 22 noviembre 1973).

§ 3. Artículo 9: 9.ª, **Arrepentimiento espontáneo.**

No cabe apreciar esta circunstancia atenuante en un delito de propagandas ilegales, pues, **“a pesar de que en el domicilio del procesado se encontró oculto**