

# La estructura de la acción punible en el Código penal

JOAQUIN CUELLO  
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

## I

Lo insatisfactorio de todas las interpretaciones que se han dado del término *voluntarias* del artículo 1.º, I C. p. (1) es que ninguna permite descifrar el *contenido normativo* de tal precepto (de «tautología» habla Córdoba Roda) (2).

Tampoco la interpretación de Córdoba logra sustraerse a aquella objeción. Si *voluntarias* ha de ser entendido como querer referido a la norma, es decir, representación de la norma infringida («puesto que no existe voluntad sin conocimiento...»), tendremos una configuración de la acción que abarca *necesariamente* el conocimiento de su antijuricidad («ya de la prohibitiva del resultado o hecho típico en las conductas dolosas, ya la del deber de cuidado en las culposas»); y si el término *malicia* del artículo 565 alude al querer del resultado más la representación de su antijuricidad, elementos cuya ausencia constituye la imprudencia (de hecho o de Derecho respectivamente), tendremos que el contenido del artículo 1.º, I y del 565 será exactamente el mismo. (En lo fundamental coincide Córdoba con la teoría del dolo) (3) (4).

También es tautológica la interpretación de Mir Puig (5), que identifica el «delito» del artículo 1.º, I con el *tipo legal abstracto* de cada figura del Libro II.

Es necesario, pues, buscar el contenido normativo del párrafo en cuestión. ¿Qué se quiere prescribir en él que no esté ya contenido en otro lugar del Código?

---

(1) Un resumen breve y exhaustivo sobre las interpretaciones dadas por la doctrina española al término *voluntarias* del artículo 1.º, I, puede verse en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1977, páginas 200-205.

(2) CÓRDOBA RODA, J.-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal I*, Barcelona, 1972, pág. 23. En contra: MIR PUIG, S., *Los términos «delito» y «falta» en el Código penal*, *Anuario* 1974, pág. 345, nota (79).

(3) CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, pág. 25.

(4) Como en seguida se verá, coincidimos con Córdoba en cuanto a la equiparación de «voluntarias» a *cupables*, aunque discrepamos sobre el contenido de la culpabilidad.

(5) MIR PUIG «Delito» y «falta», pág. 346.

El Proyecto de C. p. de 1822 contenía una definición del delito doloso y otra de la imprudencia (6). En dichas definiciones aparecían una serie de características que habían de acompañar a la acción para hacerla objeto de punición («voluntarias», «a sabiendas», «con malicia» para el delito doloso; «sin mala intención», referida a la causa que el autor pudo y debió evitar, es decir, infracción del deber de cuidado; «con conocimiento de exponerse a violar la ley», es decir, imprudencia consciente equivalente al error de prohibición para el delito imprudente).

Cierto que la desaparición del término «a sabiendas» del artículo primero determinó que todo el peso del delito doloso recayera sobre el término «con malicia», y que del artículo segundo desapareció la fundamental referencia al «conocimiento de exponerse a violar la ley». Ahora bien, de lo que no cabe duda es de que con estas definiciones se pone de manifiesto una gran decantación de los caracteres de la acción punible. Y, lo que es más importante, que el legislador de 1822 quiso establecer en los artículos primero y segundos sendos *tipos de garantía* (7), es decir, una formulación general mediante la que aquél determina que el juez o el intérprete que haya de confrontarse con un tipo de la Parte especial del Código se atenderá, para estimar o no la punición, a si el comportamiento delictivo del autor reúne las características exigidas en los artículos 1.º y 2.º; lo que significa que dejará impune aquellos comportamientos que pese a haber causado el resultado típico no reúnan las características del delito doloso ni del imprudente.

El análisis de los caracteres de la acción punible en el Derecho español nos obliga a estudiar las estructuras lógico-objetivas del Libro I del Código, pues allí aparecen dispersas en distintos artículos sendas tipificaciones de causas que van a determinar la impunidad de un comportamiento (ausencia de acción, causas de exclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad) y cláusulas de responsabilidad a título de dolo o imprudencia.

## II

1. Cuando el artículo 1.º alude a acciones *voluntarias*, se refiere a *culpables*. Este es el contenido normativo del precepto en cuestión, el único posible. Seríamos los últimos en negar que al principio el término significaba «voluntariedad», la *Freiwilligkeit*

(6) Véase CUELLO CONTRERAS, J., *Análisis de un Informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código penal de 1822*, Anuario 1977, páginas 92-100.

(7) Esta nomenclatura no se corresponde con la de ENGISCH, K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, Fest. für E. Mezger, München 1954, págs. 127-163, págs. 131-132. Se trata más bien de una *Realdefinition* de contenido normativo, que en nuestro Derecho penal ha sido incluida en el Texto legal; Engisch, *Logische Überlegungen zur Verbrechenstdefinition*, Fest. für H. Welzel, Berlin 1974 (págs. 343-378), pág. 351.

de los alemanes (8). Que al término «voluntarias» ha de ser interpretado como culpables es nuestro punto de partida.

También Córdoba y Rodríguez Mourullo interpretan el «voluntarias» como culpables. ¿Qué otra cosa sino la culpabilidad es la «contrariedad a la norma» a que refieren estos autores la voluntariedad? Pero, a mi entender, no han visto el carácter vinculante, normativo, del precepto.

Es bastante sorprendente la facilidad con que la doctrina española ha «roto» lo establecido en el artículo 1.º, I, que no por su carácter genérico y abstracto es menos Ley positiva que las restantes disposiciones del Código. En efecto, mientras que en el párrafo I se ha querido ver consagrado el principio de culpabilidad (por tanto sólo se punirán acciones dolosas o imprudentes), en el II ya se ha constatado la excepción procesal (9) lo que, dicho sea de paso, supondría el final del Derecho procesal. Pues si cualquier magistrado, comprobada la producción del resultado  $x$  por el inculpado A, parte de que éste va a ser castigado a no ser que demuestre (el inculpado, no el tribunal) que no actuó dolosa ni imprudentemente, o que carece de la capacidad de culpabilidad exigida, etcétera, entraremos en un mundo al revés donde se presume lo que siempre habíamos creído que tenía que ser probado de una cierta manera, sometido a una serie de garantías procesales; y en caso contrario absolver, pese a no haber quedado clara constancia de la inculpabilidad del acusado.

Que tal interpretación del párrafo II del artículo 1.º pueda ser posible no significa que sea la única, ni la vinculante para el intérprete, en base a un argumento histórico (10). Puesto que en esta ocasión el párrafo en cuestión admite otra interpretación armonizable con lo establecido en el párrafo I y que cae perfectamente dentro del propio tenor literal del precepto analizado (11), habrá que dar preferencia a la misma; y la «carga de la prueba en contrario» corresponderá a quienes rechacen aquella interpretación.

Las normas de la Parte general del Código tienen la finalidad de completar lo recogido en cada una de las figuras de delito de la Parte especial. En el Libro I se regulan una serie de aspectos comu-

(8) CUELLO CONTRERAS, *Código penal de 1822*, págs. 93-98.

(9) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, *Anuario* 1965 (págs. 33-84). Pese al esfuerzo de Rodríguez Mourullo por restringir el alcance de la presunción (cfr. págs. 75-83), no puede evitar tener que extenderla a *todo* aquello que abarca el juicio de reproche de la culpabilidad.

(10) Es precisamente acudiendo a una *interpretación progresiva* del Texto legal como la propuesta por RODRÍGUEZ MOURULLO, *Presunción legal de voluntariedad*, pág. 78 (cfr. también CÓRDOBA RODA, *Comentarios* I, pág. 23), que soslaya el sentido originario del precepto en aras de la evolución dogmática experimentada con posterioridad, la que nos ha llevado a entender la «presunción» del artículo 1.º, II, de la forma que a continuación haremos.

(11) Sobre el límite representado por el *tenor literal* en la interpretación de la ley penal, CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal (II)*, *Anuario* 1979 (págs. 451-477), pág. 462 nota (196).

nes a todos o una gran parte de los tipos particulares de injusto, ampliando y restringiendo el ámbito de punición (ejemplo de lo primero es la norma sancionadora de la tentativa y de la participación, de lo segundo el instituto de la prescripción) o regulando un conjunto de efectos comunes a todas las formas del delito (medición de la pena). Entre las normas restrictivas a que acabo de aludir se encuentra la presunción de voluntariedad, de culpabilidad. Me explico: Cuando el artículo 1.º, II establece que «las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias», quiere decir que todas y cada una de las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en el Libro II serán acciones y omisiones *culpables*, es decir, dolosas o imprudentes; y ello aunque el tipo aparezca configurado *causalmente* («si de resultados del acto a se ocasionase el resultado x»).

Entonces, ¿cuál será la excepción a que alude la última parte del párrafo: «... a no ser que conste lo contrario»? Pues, precisamente lo contrario sólo consta en supuestos muy excepcionales —en los motivos que el legislador haya podido tener para la creación de estos tipos no entramos en esta ocasión (12)—, como el artículo 509: «El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere *descargo suficiente* sobre su adquisición o conservación...»; o el artículo 315, configurado en muy parecidos términos para el delito de falsedades.

Estos y otros cuantos preceptos repartidos por el Código son los únicos casos de «*praesumptio doli*» de nuestro Derecho penal. El párrafo II del artículo 1.º C. p. no contiene una cláusula general sobre aquella presunción a efectos procesales. Al contrario, la «*praesumptio doli*» será el supuesto-excepción que confirma la tesis

(12) Véase HENKEL, H., *Die «Praesumptio Doli» Strafrecht*, Fest. für E. Schmidt, Göttingen, 1961 (págs. 578-601). Henkel interpreta (págs. 586 s.s) supuestos del StGB de características parecidas a nuestro artículo 509 C. p. como delitos de *peligro abstracto* en los que la ausencia de finalidad delictiva actúa como *negativa condición objetiva de punibilidad*: si el tribunal no puede probar circunstancias que demuestren la ausencia de finalidad delictiva, entonces la presunción actúa «en contra del reo». Los preceptos de esta naturaleza han desaparecido del StGB en las más recientes reformas. Sin embargo, en nuestro Derecho, el nuevo artículo 319 (delito fiscal) —no éste el lugar de extenderse sobre si se tratan de presunciones auténticas o inauténticas— las prevé: «*Se entiende que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria*». «Cuando el deudor de la cuota defraudada o el titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida sea una Sociedad, Entidad o Empresa, el delito será imputable a los Directores, Gerentes, Consejeros-delegados o personas que efectivamente ejerzan su administración, a menos que quede demostrada la ausencia de responsabilidad, en cuyo caso... «No obstante lo anterior, a nadie se le oculta las posibilidades de éstas o semejantes técnicas de incriminación. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I, Allgemeiner Teil*, Reinbek, 1976, págs. 231-243, ha puesto de relieve la utilidad de la Dogmática para metas de Política criminal de manos del delito de quiebra.

general de la culpabilidad. Así pues, el párrafo II confirma y completa al párrafo I: no habrá delito si no existe un comportamiento imputable a título de dolo o imprudencia.

2. Nos quedan por ver los supuestos aparentemente más difíciles de armonizar con nuestra tesis inicial sobre la culpabilidad. Me estoy refiriendo a los llamados «delitos cualificados por el resultado» (13). Rodríguez Devesa (14) ha afirmado, con razón, que la doctrina española, obsesionada con la presencia del «versari», lo ha visto incluso donde no lo había. A mi entender, no sólo habría que interpretar restrictivamente los vestigios que del «versari» pudiesen quedar en nuestro Derecho (15), incompatibles con los principios informadores de nuestra disciplina (especialmente el principio de culpabilidad), sino que además habría que esforzarse para lograr una interpretación «distinta» de los preceptos que aparentemente pudiesen consagrarlo.

Los preceptos a que me estoy refiriendo son el artículo 1.º, III, el artículo 50 y la circunstancia atenuante núm. 4 del artículo 9.º (de no tener el autor la intención de causar un mal de tanta gravedad como el causado).

El artículo 50 es una norma *correctora* de la concursal. Mediante el párrafo I se trata de evitar la severidad de la pena a que se llegaría de aplicar el artículo 71 hasta su límite máximo (la pena correspondiente al delito consumado de asesinato pese a que este delito sólo alcanzó la fase de tentativa) obligando a imponer la pena correspondiente al delito menos grave en su grado máximo (homicidio consumado) que concurrió con aquél (16).

El párrafo II, por su parte, está pensado para evitar los efectos negativos que puede producir una aplicación *mecánica* de la norma del concurso ideal en los casos donde aquélla determina una pena superior a la correspondiente a la hipótesis de que efectivamente el autor hubiese consumado su propósito inicial. Para estos casos, el precepto en cuestión establece que no será la norma del concurso ideal la que se aplique, sino la del concurso de leyes, es decir, *únicamente* la del delito consumado o la del intentado, según que una u otra sea la más grave (17). De todo lo cual se deduce que es posible una interpretación del artículo 50 totalmente ajena al «versari».

---

(13) Véase por todos, CEREZO MIR, J., *Der Vorentwurf eines neuen allgemeinen Teils des spanischen Strafgesetzbuches von 1972*, Strafrecht und Strafrechtsreform, Madlener/Papenfuss/Schöne (Hrg.), Köln, 1974 (págs. 67-96), págs. 74-75 (con bibliografía).

(14) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, 2.ª ed. Madrid, 1971, pág. 519: «El 'versari' alienta, repito, más en la doctrina que aparentemente lo repudia, que en la propia ley».

(15) Ello es mérito que nadie puede negar a RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios II*, Barcelona, 1972, comentario al artículo 50, págs. 207-214.

(16) CUELLO CONTRERAS, *Función de la normativa concursal (I)*, *Anuario* 1979 (págs. 45-91), pág. 85, nota (183).

(17) CUELLO CONTRERAS, *El delito «sui generis»*, *Anuario* 1978 (págs. 35-95), páginas 78-81.

Y puesto que la circunstancia atenuante núm. 4 del artículo 9.º es la simple tipificación de uno de los *criterios de medición de la pena* (18) que actúa junto con otros muchos, tipificados o no, se hace difícil querer ver confirmada la tesis del «versari» (19) en un precepto de importancia tan relativa como el destinado a regular los criterios de medición de la pena (dentro del marco establecido en el tipo o *marco de culpabilidad*). Sobre este extremo hemos de volver después.

Así pues, sólo resta por considerar qué interpretación haya darse al artículo 1.º, III: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar».

Poco podemos añadir sobre el término «voluntarias» que de nuevo vuelve a aparecer e, indudablemente (20), con el mismo sentido que anteriormente. También aquí la acción por la que se va a castigar al inculpaado será una acción culpable, es decir, dolosa o imprudente. Ahora bien, ¿qué significa la cláusula final: «aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar»? ¿Significa que se va a responder por lo *no culpablemente* causado?

Evidentemente que no. Al contrario, responderá por lo causado culpablemente y no por lo que realizó sin culpabilidad, *involuntariamente*. Veamos esto con un par de ejemplos que nos permitirán constatar que aquel precepto no da pie a ver reflejada en él la afirmación del «versari» en nuestro Derecho penal.

Quien mata a un tercero que ha confundido con uno de los parientes del artículo 405 podrá responder por parricidio, de la misma forma que la madre que mata a su hijo teniéndolo por ilegítimo sin serlo responderá por infanticidio (art. 410); pues en ambos casos se trata de elementos de la culpabilidad (mediante los que se castigan determinadas motivaciones o actitudes que acompañan a los actos típicos de ejecución) —mayor o menor reprochabilidad—, elevados a la categoría de típicos (21). Algo parecido puede decirse de los supuestos incluidos en el error «in persona vel in objecto»: el autor quería disparar sobre alguien que se encontraba a 200 metros a quien tiene por A sin serlo y efectivamente le alcanza. En este caso no habrá inconveniente en castigar al autor por un delito consumado de homicidio, siendo

(18) Estimo que la ubicación legal de las circunstancias atenuantes y agravantes, a continuación de las eximentes, ha determinado que una doctrina dominante en nuestro país las estudie erróneamente en la teoría del delito. Véase, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, pág. 563.

(19) Véase, no obstante, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La atenuante de preterintencionalidad*, *Anuario* 1970 (págs. 555-579): «La existencia misma de la atenuante de preterintencionalidad denuncia la vigencia en nuestro Código del principio del «versari» (pág. 557).

(20) MIR PUIG, «Delito» y «falta», pág. 320, ha insistido sobre la univocidad de los términos empleados por el Legislador.

(21) CUELLO CONTRERAS, *Delito «sui generis»*, pág. 71.

irrelevante el error sobre el objeto apuntado y efectivamente alcanzado. No, por contra, en los casos de «*aberratio ictu*», donde estaremos ante una tentativa de homicidio respecto al objetivo perseguido y no alcanzado (A intenta disparar sobre B y no le alcanza, pero sí a C que está junto a B) en concurso con un delito imprudente de homicidio respecto al objetivo alcanzado (22).

De esta forma se consigue armonizar el *tenor literal* del artículo 1.º, III con el rechazo del «*versari*». Pues quien mata a su hijo legítimo creyendo que es ilegítimo, a un tercero creyendo que es su padre, a una persona que ha confundido con otra, o por error en el golpe ha alcanzado a persona distinta a la apuntada evidentemente han causado un *mal distinto* del que se habían propuesto ejecutar y, sin embargo, van a responder por resultados causados culpablemente, imputables como tales.

Además, el precepto en cuestión se limita a establecer que en estos casos el autor responderá, lo que no dice es *cómo* (23). Por esta razón, y conforme al principio de culpabilidad, hemos tenido a bien estimar en unos casos el delito consumado de homicidio, infanticidio y parricidio respectivamente, y en otro tentativa de homicidio en concurso con homicidio imprudente: acudiendo para ello a la configuración de los tipos de culpabilidad de cada uno de ellos. Esto es precisamente lo que no puede evitar la tesis del «*versari*»: caer en incongruencias como la de castigar por el delito de parricidio (!) a quien queriendo matar a un tercero mata a su padre que ha confundido con aquél (24). ¿Qué respeto es éste de la estructura eminentemente culpabilista del tipo de parricidio?

### III

Si algo resulta indiscutible sobre el término *malicia* que aparece en el artículo 565 es que su inclusión en aquel lugar tiene la función de servir de criterio delimitativo entre el delito doloso y el imprudente. El legislador español utiliza pues el término «*malicia*» en la más significativa ocasión en que ha de referirse al delito doloso. *Dolo* y *malicia* son por tanto términos sinónimos. Mas, no dice la Ley; y, por supuesto, ni del contenido del texto legal ni la de la

---

(22) Véase, por todos, H.-J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber), Band I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Frankfurt, 1977, pág. 120 (§ 16).

(23) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, pág. 52 (artículo 1.º, III).

(24) No obstante, en esta dirección, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios II*, páginas 212-213 (art. 50).

«naturaleza de las cosas» se deriva que aquélla incluya *necesariamente* el contenido de la antijuricidad (25).

Así pues, la situación en torno a este problema en nuestro Derecho es muy semejante a la existente hasta hace poco en Alemania, donde el silencio del legislador polarizaba a la doctrina en torno a dos posiciones extremas (teoría del dolo/teoría de la culpabilidad) sobre la inclusión o no en el dolo del conocimiento de la antijuricidad (26). Es innecesario profundizar en las razones que han llevado al legislador alemán a pronunciarse por la teoría de la culpabilidad (pese a la acusación de anticonstitucionalidad llevada a cabo por sus antagonistas) (27), ni en los argumentos de índole dogmática y de política criminal que sustentan a aquella teoría (28). Lo cierto es que, desde el punto de vista de la evolución dogmática, exigir en el dolo el conocimiento de la antijuricidad significa experimentar un retroceso de cien años a una fase en la que se confundían las categorías básicas de *antijuricidad* y *culpabilidad*, diferenciación en la que se basa todo el Derecho penal moderno (29).

Además, pese a la afirmación anterior de que el legislador español no se ha pronunciado sobre la inclusión o no del conocimiento de la antijuricidad en el dolo, es lo cierto que el texto legal impide la realización de los efectos que la teoría del dolo quiere hacer derivar de la inclusión en el mismo del conocimiento de la antijuricidad.

Postulado fundamental de la teoría del dolo es que el autor que obra sin conocimiento actual de la antijuricidad del hecho no responderá a título de delito doloso, y sí por imprudencia si su error fue vencible o evitable (30). Sin embargo, el sujeto que actúa

(25) En contra, CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 70: «La estructura ontológica propia de este concepto (*malicia*) implica en efecto la concurrencia de la intención referida al resultado con la representación de la antijuricidad de éste»; en contra de la inclusión en el dolo del conocimiento de la antijuricidad se pronunció ya con anterioridad CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, Anuario 1961 (págs. 55-68), pág. 67; del mismo, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, REP 1964 (págs. 449-466), pág. 460.

(26) Pese a lo cual, ya con anterioridad a la regulación legal, doctrina y jurisprudencia se habían pronunciado abrumadoramente por la teoría de la culpabilidad. Cfr. STREE, W., *Einführung in das neue Strafrecht* (Roxin-Stree-Zipf-Jung), 2. Aufl. München, 1975, pág. 50; recientemente, KRÜMPELMANN, J., *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums*, Beiheft zur ZStW (90) 1978 (págs. 6-68), págs. 7-12.

(27) Así, SCHMIDHÄUSER, E.: *Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz*, NJW 1975 (págs. 1807-1813), pág. 1813; y LANGER, W., *Vorstztheorie und Strafgesetzhliche Irrtumsregelung*, GA 1976 (págs. 193-218), pág. 203.

(28) Por ejemplo, NAUCKE, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt, 1975, págs. 269-273.

(29) Véase, ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, pág. 17.

(30) Por esta razón no puede negar Córdoba su afinidad con la teoría del dolo en cuanto la *malicia* requiere, según él, representación *actual* de

en una situación de legítima defensa, quien conforme a aquella teoría evidentemente carece del conocimiento de la antijuricidad requerida para castigar por el delito doloso que constituye su acción de defensa, va a ser hecho responder de un delito doloso con la pena atenuada resultante de la aplicación del artículo 8.º, núm. 4 en relación con los artículos 9.º, núm. 1 y 66 (la inferior en uno o dos grados a la del delito doloso cometido); y no por un delito imprudente, pese a la presencia del error de prohibición evitable (31). Salvo el llamado «caso fortuito» (art. 64), en las restantes causas de justificación del artículo 8.º (no todos los supuestos del art. 8.º son causas de justificación ni únicamente justifican las causas tipificadas en dicho artículo) no es viable la teoría del dolo.

Conclusión: No es la teoría del dolo sino la de la culpabilidad la armonizable con los efectos que el legislador hace derivar del error sobre las causas de justificación. Más todavía, ni siquiera es la teoría restringida de la culpabilidad sino la estricta la que mejor encaja en nuestro C. p. Pero este tema pertenece ya al apartado siguiente.

Según Torío (32), de resultas de la reciente reforma del Título preliminar del Código civil (art. 6.º, 1: «El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen») habrá que excluir de nuestro Sistema de Derecho penal los efectos propugnados por todas las teorías sobre la relevancia del error de prohibición salvo los de la estricta teoría del dolo, pues únicamente los que ésta hace derivar tienen un origen «intra legem».

La conclusión a que llega Torío tiene como punto de partida la inclusión de «la conciencia de la antijuricidad entre los elementos del delito» (33). Pero eso es precisamente lo discutible. Antes y después de la reforma no se dice en ningún lugar que la conciencia (actual) de la antijuricidad sea presupuesto de la pena. Precisamente porque la Ley callaba en este extremo (lo que por otra parte es de celebrar) se pudo ir configurando por jurisprudencia y doctrina una teoría sobre el error de prohibición que permitiese

---

la antijuricidad de la conducta; su punto de vista, de distanciamiento de esta teoría, se salvaguarda por contra en la imprudencia, pues allí basta que la representación del resultado hubiese sido posible si no se hubiese infringido «voluntariamente» el *deber de cuidado* (lo que, sin embargo, se consigue al precio de romper la conexión entre el *hecho* y la *norma*). Así mismo, se distancia Córdoba de aquella teoría en la valoración del error sobre las causas de justificación, lo que le lleva a rechazar la doctrina de los elementos negativos del tipo y aceptar, por tanto, los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad (CÓRDOBA RODA, *Conocimiento de la antijuricidad*, págs. 135, 131, 121).

(31) En el mismo sentido, ya CEREZO, *Conciencia de la antijuricidad*, páginas 460-461.

(32) TORÍO, A., *El «error iuris». Perspectivas materiales y sistemáticas*, III Jornadas de Profesores de Derecho penal (presentación de A. Fernández Albor), Santiago, 1976 (págs. 315-339), pág. 315.

(33) TORÍO, «*Error iuris*», pág. 315, y más adelante, pág. 350: «De no querer sostener que la conciencia de la antijuricidad ha sido eliminada por la reforma como presupuesto de la pena...».

practicar las metas de política criminal deseadas y responder a las cotas de delimitación dogmática alcanzadas. Lo que exige el Derecho penal es la culpabilidad: poder haber actuado de manera conforme a Derecho, es decir, conocer o haber podido conocer la prohibición del comportamiento. Presupuesto mínimo de la culpabilidad, junto a su capacidad, es el conocimiento *potencial* de la antijuricidad.

Por la razón acabada de exponer, no parece pueda afirmarse que, por ejemplo, la teoría de la culpabilidad *extienda* por analogía la responsabilidad por delito doloso de aquellos supuestos donde medió el conocimiento actual de la antijuricidad a otros en los que dicho conocimiento fue posible, ampliándose de esta forma su ámbito de punición. Al contrario, partiendo de que tan culpable es quien actuó con conocimiento actual de la antijuricidad como quien obró con error evitable de prohibición, la aplicación de la regla del artículo 66 por analogía que propone Cerezo (34) no amplía el ámbito de punición, sino que más bien se limita a atenuar una responsabilidad preexistente. Y, con mayor razón, en los casos en que el error fue inevitable, ni siquiera es preciso acudir a la aplicación por analogía del artículo 8.º, núm. 1 (35), pues basta con la cláusula general de culpabilidad del artículo 1.º, I.

En fin, no puede estimarse que el artículo 6.º, I C. c. signifique cortapisa alguna para la realización de los efectos propugnados por una u otra teoría sobre el conocimiento de la antijuricidad en nuestro Derecho penal. Incluso si algo propugna el precepto en cuestión es la plena responsabilidad en los casos de error de prohibición evitable, si bien su mandato es vulnerable por la aplicación analógica del artículo 66 C. p. que en definitiva opera en beneficio del inculpado, lo que en Derecho penal no está prohibido.

#### IV

1. Es encomiable el esfuerzo realizado por Rodríguez Mourullo para excluir el «versari» que necesariamente parece derivarse de la interpretación dada por la doctrina española a la eximente octava del artículo 8.º. El arranque lícito inicial exigido por la eximente no significa, según Rodríguez Mourullo, que el autor vaya a responder por el resultado fortuitamente producido cuando su conducta fue ilícita. Para impedir tal conclusión está el principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 1.º, I (36).

(34) CEREZO, *Conciencia de la antijuricidad*, pág. 465.

(35) Por la aplicación analógica del artículo 8.º, núm. 1, se ha pronunciado CEREZO, *Conciencia de la antijuricidad*, pág. 465.

(36) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, pág. 323 (art. 8.º, 8): «Si falta la licitud inicial de la conducta no puede aplicarse la eximente octava porque, en verdad, el sujeto no puede quedar exento de responsabilidad criminal, toda vez que está llamado a responder de su conducta ilícita, pero respecto al resultado accidental causado sin culpa ni intención, es aplicable, en todo caso, el párrafo primero del artículo 1º».

Ahora bien, si el resultado fortuito ocasionado por la conducta lícita inicial *jamás* puede ser punible (aquél no es ni siquiera típico), ¿qué comportamiento y por qué exime el núm. 8 del artículo 8.º?

En la sociedad actual, como consecuencia del desarrollo tecnológico, el hombre no puede prescindir de una serie de actividades a las que necesariamente acompaña una alta probabilidad de que se produzcan resultados no deseados por el Derecho. Se trata, en definitiva, de comportamientos en los que se ponen en peligro bienes jurídicos como la vida o la integridad de las personas; y sin embargo el Derecho penal no interviene prohibiéndolos (37). A mi entender, el artículo 8.º, núm. 8 es la consagración legal de esta figura del «riesgo permitido» acuñada por la doctrina científica. Sobre la naturaleza excluyente del tipo o de la antijuricidad del «riesgo permitido» no vamos a pronunciarnos en esta ocasión. Sí, en cambio, de algunas peculiaridades de su regulación en el Derecho penal español.

El artículo 64 conecta con la imprudencia del supuesto en que el autor cree ejecutar un acto lícito que en realidad no lo es (aquél supone que su comportamiento se sigue desarrollando dentro del *riesgo permitido* sin estarlo en realidad) y su error pudo haberse evitado si hubiese llevado a cabo el examen previo exigido (38).

Téngase, sin embargo, en cuenta que el artículo 64 se limita a establecer la sanción correspondiente a una conducta prevista en otro lugar (la ausencia del requisito exigido en el art. 8.º, 8 para eximir). Lo que aquel precepto determina no implica el pronunciamiento del legislador sobre los efectos del error acerca de los presupuestos de una causa de justificación. Simplemente se limita a equiparar su tratamiento penal al de la imprudencia.

Ello no significa, por tanto, que el legislador español se haya pronunciado sobre la teoría del dolo o de la culpabilidad. Del tenor legal lo único que cabe deducir es que en el Derecho español, salvo en el llamado «caso fortuito» (que en realidad no es tal), no se producen los efectos postulados por la teoría del dolo. Por esa razón, no es viable aquella teoría y sí la opuesta, de la culpabilidad.

2. De lo expuesto se deduce, en segundo lugar, que en el Derecho penal español no existe base legal suficiente para estimar sin más la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Naturalmente, con ello no se está prejuzgando cuál teoría tenga mejor fundamentación dogmática (si la que los niega o la que los afirma). Tan sólo se ha tratado de poner de relieve que, al igual que ocurría con la teoría del dolo, la teoría de los elementos negativos del tipo, es decir, la *teoría restrictiva de la culpabilidad* no es viable en el Derecho penal español, pues la norma reguladora de los efectos

---

(37) Véase, por todos, JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T. 3. Aufl. Berlín, 1978, págs. 322-326.

(38) En el mismo sentido, aunque partiendo de presupuestos distintos RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios II*, pág. 287 (art. 64).

de las causas eximentes en el C. p. es bastante clara al respecto: si falta el elemento objetivo de la causa de justificación el autor responderá por el delito doloso cometido, si bien con la atenuación prevista por el artículo 66. *Sólo la concurrencia del elemento objetivo y del subjetivo permite estimar la causa de justificación*. El elemento subjetivo no puede subsanar lo que objetivamente falta: el presupuesto objetivo de la justificación (39).

Ahora bien, ello no quiere decir que sea imposible seguir la iniciativa de Jescheck (40) de aplicar la norma sancionadora de la imprudencia a los casos de legítima defensa putativa. Para ello basta con estimar *por analogía* lo establecido en el artículo 64 para la causa de justificación del artículo 8.º, 8, pues de esa forma no se está diciendo que desaparezca el desvalor de acción de la conducta de quien actúa en legítima defensa putativa, sino que aquél resulta simplemente disminuido. Dicho de otra manera: la errónea suposición del presupuesto de la causa de justificación («elemento negativo del tipo») no hace decaer la antijuricidad, sino que se limita a determinar una *disminución de la culpabilidad* y, por tanto, de la pena.

Todavía pueden reducirse más los efectos de la legítima defensa putativa: mediante el análisis del *juicio objetivo* sobre la situación justificante. Veamos. La valoración de la antijuricidad de un comportamiento no puede depender de la intención del autor (41). Puesto que la norma permisiva autoriza en definitiva la lesión de bienes jurídicos ajenos, su intervención no puede depender de la representación subjetiva del agente. El error sufrido por aquél puede desembocar en responsabilidad penal. Ahora bien, la valoración del presupuesto de la causa de justificación es un *juicio ex ante*. Si cualquiera hubiese apreciado en los hechos una agresión ilegítima, la acción de defensa («putativa») no podrá estar prohibida. (Si con posterioridad se descubre que el arma utilizada para amenazar era de juguete, ello no impedirá estimar legítima defensa cuando «ex ante» cualquiera habría creído en la seriedad de la agresión) (42).

3. Distinto de la legítima defensa putativa es el exceso en la legítima defensa (*causa de justificación incompleta*). En estos supuestos no se plantea en absoluto la discusión que veíamos entorno a la legítima defensa putativa. En ningún caso puede dudarse, ni siquiera el agente lo hace, de que el autor obra amparado *todavía* por la causa de justificación. Y, por otra parte, el exceso no puede atribuirse a la excitación o miedo que suele acompañar a estas situaciones (*infra*). Es precisamente para estos casos para

---

(39) KAUFMANN, Armin, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, Fest. für Welzel, pág. 400.

(40) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 375 («Rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie»).

(41) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 400.

(42) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, págs. 400-402.

los que está pensando el artículo 66, para las eximentes incompletas. Dicho de otra forma: puesto que no se dan los requisitos mínimos exigidos para la justificación (y en su caso la exclusión de la culpabilidad), el comportamiento sigue siendo injusto. El autor responderá por un delito doloso consumado, si bien el artículo 66 permite atenuar la penalidad de la forma allí prevista.

4. Finalmente, por lo que se refiere a la ignorancia del autor sobre la situación objetiva justificante (el autor mata ignorando que lo hace en una situación amparada por la legítima defensa), sólo vamos a poner de relieve aunque sea muy brevemente que por una elemental razón de coherencia dogmática habrá que castigar por el correspondiente delito doloso consumado, y no sólo por tentativa (43).

Si resulta que el elemento subjetivo justifica en el delito doloso y el objetivo en el imprudente (el elemento subjetivo de justificación es irrelevante en la imprudencia según la doctrina aquí criticada), lo que ya de por sí es poco convincente (44), en el caso inverso tendremos que mientras el delito imprudente en ningún caso puede resultar justificado (el autor ha realizado imprudentemente el examen exigido: elemento del tipo), el delito doloso sí puede estarlo (pues no realiza todos los elementos de un tipo de injusto que reza: «Responde por homicidio sólo quien mata sabiendo que no concurre causa de justificación alguna»). *Toda proyección sobre el tipo de justificación de elementos procedentes del tipo de injusto está llamada a producir un efecto contrario al deseado.* Tan sólo la materia de prohibición puede ser infringida dolosa o imprudentemente. La norma permisiva en cambio, sólo puede ser estimada si al elemento subjetivo de justificación se añade la concurrencia efectiva de la causa de justificación (45).

## V

1. La circunstancia eximente núm. 10 del artículo 8.º de *miedo insuperable* es una *causa de inculpabilidad*. Sólo partiendo de este presupuesto se evita convertir a aquélla en una simple modalidad del estado de necesidad (causa de justificación) o del trastorno mental transitorio (causa de inimputabilidad) (46). Dicho de otra forma: los casos en que la eximente está llamada a ser tenida en cuenta han de ser supuestos en que no debe quedar duda de que el autor no obra amparado por una causa de justificación gozando, además, de plena capacidad de culpabilidad. Por ello, han de

---

(43) Sobre la discusión en torno a este punto que en la actualidad divide a la doctrina alemana, fundamentalmente a finalistas y no finalistas, véase por todos, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, I, pág. 115-116 (§ 16).

(44) KAUFMANN, *Lehre vom personlem Unrecht*, págs. 398, nota (13).

(45) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 400.

(46) Sobre la evolución dogmática de esta eximente, véase recientemente, DÍAZ PALOS, F., *Miedo insuperable*, NEJ XVI, Barcelona, 1978 (págs. 345-355), págs. 347-349.

ser distintas las razones de la exención. Una interpretación netamente culpabilista del miedo insuperable como la aquí propuesta parece chocar a primera vista con dos grandes inconvenientes de la regulación legal. De una parte, lo insuperable del miedo parece ir referido a un criterio objetivo dirigido al común de los hombres en esa situación en que se encuentra el agente, lo que repugna al subjetivismo consustancial a la culpabilidad. En segundo lugar, la exigencia de ponderación entre el mal que se causa y el que se trata de evitar parece aproximarle al estado de necesidad, donde «también» se exige que el mal que se trata de evitar sea igual o menor que el que se teme; lo que también chocaría con la configuración culpabilista de esta eximente, que no debería encontrar limitación alguna dado el estado de excitación que se padece y que parece incompatible con la fría ponderación exigida (47). No obstante, estimamos que ambas objeciones pueden ser salvadas mediante una interpretación del tenor legal acorde con la naturaleza atribuida a la eximente.

La concepción normativa de la culpabilidad, hoy absolutamente dominante, obliga a desprender a aquélla en lo posible de todo psicologismo. Antijuricidad y culpabilidad son dos distintos juicios de valor, referido el uno a lo objetivo y el otro a lo subjetivo (48). Dejando a un lado la imputabilidad, presupuesto de la culpabilidad, el legislador es libre de hacer recaer o no un juicio de reproche sobre el comportamiento antijurídico del agente, de hacerle responder por la totalidad de lo realizado o de sancionarle con una pena disminuida, de exigir en fin de un grupo de personas (policías, bomberos, etc.) lo que no va a reprochar a los restantes hombres. En virtud de esta graduabilidad del juicio normativo de reproche, el legislador exime de responsabilidad penal en el número 10 del artículo 8.º (no hace recaer sobre ellos el juicio de reproche de la culpabilidad) a quienes actúan en un determinado estado (¿psicológico?): «miedo insuperable», siempre que concurren unas exigencias objetivas: «mal, igual o mayor».

a) Entendida normativamente la culpabilidad, el miedo no debe ser interpretado en un sentido exclusivamente subjetivista, como estado psicológico excluyente de la imputabilidad (¿Qué contenido normativo distinto al núm. 1 del art. 8.º tendría el núm. 10?). El juicio de insuperabilidad es de naturaleza normativa, y como decíamos antes puede variar de un sujeto a otro. Lo valorado como

---

(47) CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, (págs. 328-358) (art. 8.º, 10), pág. 337: «Si la esencia de la circunstancia décima viene dada por el *miedo*, y éste representa un estado psíquico *personal*, del que la jurisprudencia incluso llega a exigir la producción de una propia situación de inimputabilidad, resulta incomprensible que se recurra al baremo impersonal del común de los hombres»; y pág. 352: «La comparación de los males entre sí no se compatibiliza con el estado psíquico propio de ese estado emotivo».

(48) Véase, por ejemplo, ROXIN, C., «*Schuld*» und «*Verantwortlichkeit*» als strafrechtliche Systemkategorie, *Strafrecht und Strafrechtreform* (páginas 257-279), pág. 257.

insuperable en un caso puede no serlo en otro distinto pese a concurrir las mismas circunstancias. Por esa razón, lo insuperable del miedo ha de ser conectado con los restantes elementos de la causa de exención, lo que nos permitirá valorar bajo qué condiciones el estado en que se encuentra el agente es relevante para determinar su impunidad y, lo que es más importante: cuál es el contenido normativo del elemento *miedo* que se exige en la circunstancia núm. 10 del artículo 8.º.

La «solterona» histérica que ve en todo hombre que se le acerca a un violador en potencia, no va a ser amparada por la eximente si asesina al vecino que ha llamado a su puerta para pedirle un poco de sal. Precisamente la *idea regulativa de no exigibilidad* que subyace a la eximente: el individuo puede realizar perfectamente aquello a lo que el Derecho *no* le obliga, ofrece un contrapeso constituido por la necesaria concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, pues sólo su presencia determina la no exigibilidad (49). Esta es precisamente la función a desempeñar por el requisito de la evitación de un mal igual o mayor, que pese a su evidente configuración objetiva no modifica ni enturbia la clara configuración culpabilista de esta eximente. O sea: la eximente núm. 10 del artículo 8.º responde a la renuncia del legislador al juicio de reproche de la culpabilidad pese a la constatación de la antijuricidad y la culpabilidad porque éstas aparecen tan disminuidas que no se ha alcanzado el límite mínimo de punibilidad.

El mal temido estará constituido por el ataque antijurídico propio de la legítima defensa o por el daño que amenaza en el estado de necesidad. Ambos «males» pueden ser incluidos en el *mal* del miedo insuperable. Así pues, el artículo 8.º núm. 10 excluirá comportamientos antijurídicos, no incluidos en el estado de necesidad ni en la legítima defensa justificantes; bien porque el mal ocasionado supera en valor al daño que se trata de evitar (estado de necesidad), bien porque la acción de defensa no ha sido estrictamente *necesaria* para repeler el ataque antijurídico (legítima defensa). El primer supuesto está constituido por lo que en el Derecho alemán se llama *estado de necesidad disculpante* (§ 35 de la nueva regulación del StGB) y el segundo por el *exceso en la legítima defensa* (§ 33 StGB).

Partiendo de las premisas anteriores, no habrá inconveniente en interpretar, como ya se apuntaba, lo insuperable del miedo en un sentido totalmente normativo; como típica situación que surge para quien tiene ante sí una situación tremendamente conflictiva, todo lo conflictiva que es la necesidad de defender unos bienes jurídicos propios que se ven amenazados de un mal eminente y no evitable de otra forma (pese a la relativa desproporcionalidad entre ambos) o la defensa frente a un ataque antijurídico ante el

---

(49) Así, JESCHKEK, *Lehrbuch*, pág. 387.

que se exige una valoración precisa de la racionalidad del medio empleado para repelerlo y que obviamente se ve dificultada en el mismo momento de tener que actuar, por lo que se hace difícil exigir el no exceso; de ahí la disculpa propiciada por la eximente estudiada.

b) Finalmente, por lo que se refiere a la adjetivación del mal en el texto legal como *igual o mayor* al causado, es necesario interpretarlo en sentido laxo, al contrario de lo que ocurre con la misma exigencia que se reproduce en el estado de necesidad justificante. Pues mientras que resulta recusable amparar en el estado de necesidad justificante supuestos en los que el mal causado y el temido sean equiparables (¿Cómo puede estar *justificado* sacrificar una vida para salvar la propia? ¡Sólo de *exculpación* puede hablarse en estos casos!), sin embargo es rechazable por otra parte exigir estrictamente que el mal causado bajo la circunstancia disculpante del miedo no puede ser mayor que el que amenaza producirse.

Por esa razón, hay que estimar que la valoración exigida no se haga en términos absolutos, sino que, por el contrario, se entienda como *cláusula-límite de la no exigibilidad más allá del cual no sea posible extender la causa de inculpabilidad*. Dicho de otra forma: no resultarán disculpados aquellos casos en que el bien defendido sea de tan pequeño valor frente al atacado que se produzca una desproporcionalidad absoluta. En estos casos, desaparecerán los dos fundamentos en que se basa la causa de inculpabilidad: el contenido de antijuricidad representado por el mal que amenaza producirse y el de culpabilidad, pues la presión que opera sobre la motivación del agente disminuye de tal forma que el Derecho vuelve a obligar a asumir a aquél la situación, no dándole disculpa (50).

2. Al igual que ocurría con la causa de justificación, el agente puede errar sobre el presupuesto objetivo de la causa de exclusión de la culpabilidad. El párrafo (2) del § 35 StGB prevé precisamente la hipótesis del estado de necesidad disculpante putativo, estableciendo que si fuese evitable la pena resultará disminuida. Jescheck (51) ha caracterizado a este error como *peculiar* («eigener Art»), pues no se trata de un error sobre el tipo ni de un error sobre la autorización (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), dejando intacto el dolo y el conocimiento de la antijuricidad. Su tratamiento es pues el correspondiente al error de prohibición. La razón de este tratamiento estriba en que la representación del autor no ha de ser la que decida lo que en una concreta situación puede ser exigido o no por el Derecho. La regulación del StGB pone de manifiesto el claro pronunciamiento del legislador alemán por la teoría estricta de la culpabilidad en esta materia. La pena a aplicar será la correspondiente al delito doloso, si bien disminuida.

(50) JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 391-392.

(51) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 395.

A la misma conclusión hay que llegar en nuestro Derecho a la vista de la regulación legal. La aplicación analógica del artículo 64, de responsabilidad por imprudencia, a las restantes causas de justificación «incompletas» no es extensible a las causas de exclusión de la culpabilidad. Las razones que abonan la responsabilidad por imprudencia en las causas de justificación putativas (fundamentalmente la creencia errónea de obrar de conformidad a Derecho) (52) no concurren en estos casos. De otra forma, además, el artículo 66 C. p. no se aplicaría jamás, lo que supondría la «perversión» del ordenamiento jurídico. Conclusión: en los casos de error sobre el presupuesto de la causa de exclusión de la culpabilidad *evitable* se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito doloso, conforme a lo establecido en el artículo 66.

## VI

1. Uno de los autores que más penetrante y exhaustivamente se ha ocupado de estudiar los fines de la pena en el C. p. ha sido Casabó (53). Por eso, y porque de sus consideraciones pudieran derivarse algunos equívocos, conviene que nos detengamos a analizar sus puntos de vista.

a) Según Casabó, «para la doctrina penal dominante ninguna de las posturas extremas, la absoluta (retributiva) o la plenamente relativa (preventiva), merece ser aceptada. Hoy se considera necesario distinguir entre el fundamento y los fines de la pena. El fundamento justificante de la imposición de una pena únicamente puede residir en la previa realización culpable de una conducta considerada por la ley como antijurídica. A su vez, el injusto culpable realizado constituye el criterio vinculante para la determinación de la cuantía de la pena... Estas son las consecuencias de lo que la doctrina conoce con el nombre de fundamento retributivo de la pena. Pero este fundamento no impide el que puedan perseguirse otros fines en la aplicación de las penas. Pero los fines han de respetar siempre los límites marcados por el fundamento retributivo» (54).

La ambigüedad del texto acabado de reproducir reside en que a su vez el *fundamento de la pena* puede referirse bien, en concreto, al criterio básico de determinación de su medida; bien, en abstracto, a la última razón de punir. En este último sentido, la retribución no es el fundamento definitivo de la pena, sino su *necesariedad*; como han puesto de relieve los partidarios de la *retribución justa* (55), que no es una teoría absoluta. Y en el pri-

(52) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 375.

(53) CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios II*, págs. 1-23, comentarios al capítulo primero del título III: «De las penas en general».

(54) CASABÓ, *Comentarios II*, pág. 8.

(55) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl. Berlin, 1969, pág. 239.

mer sentido, respetadas las exigencias culpabilistas de la idea de retribución justa, nada se opone a que se dé entrada a la idea de prevención (general y especial) para llenar de contenido el amplio margen que permite la culpabilidad, como Casabó reconoce.

b) Más interesante, si cabe, es el estudio de este tema en el texto legal. Según Casabó (56), «pueden encontrarse en él datos suficientes para la formulación de su esencia. De éstos cabe deducir que el principio básico y tradicional es el de la naturaleza retributiva, pues tiene su razón de ser en el delito cometido. Esta esencia retributiva queda patente a través de muy variadas *manifestaciones*». Entre éstas cita: 1.<sup>a</sup> la referencia del artículo 2.<sup>o</sup> al grado de malicia y al daño causado como criterios de los que deducir la excesiva agravación de la pena de resultas de la aplicación estricta de los preceptos penales, de donde se deduce que el grado de malicia y el daño causado son el fundamento (¿o factores?) de medición de la pena; 2.<sup>a</sup> el artículo 565 que pone de manifiesto cómo siendo el daño causado el mismo (?), se impone una pena inferior a la correspondiente a la modalidad dolosa, en base al menor grado de culpabilidad de la imprudencia; 3.<sup>a</sup> por lo que se refiere al menor mal causado, hay que subrayar la menor pena para las formas imperfectas de ejecución y la determinación de la misma en los delitos contra el matrimonio y las lesiones, en atención a la cuantía del daño producido (57).

Como *consecuencias* del principio retributivo en nuestro C. p., alude Casabó a: 1.<sup>a</sup> la determinación legal de las penas, hasta el punto de pormenorizar los efectos de las simples circunstancias modificativas y su juego dentro del marco de la pena, lo que muestra su incompatibilidad con un Derecho penal puramente preventivo; 2.<sup>a</sup> la acumulación de penas en el concurso real de delitos, a tenor del artículo 69, según el cual a cada delito debe imponerse la pena correspondiente aunque sean varios los que se imputan a un mismo sujeto: luego el acento se sitúa en las conductas y no en el agente (58).

Le asiste toda la razón a Casabó al denunciar la incorrección de que el legislador haya atendido a la no producción del resultado (por ejemplo en la frustración) para castigar más atenuadamente supuestos donde la *culpabilidad* es igual que cuando media su producción (59); o que proceda a acumular las penas en el concurso real de delitos, sin tener en cuenta el criterio de prevención de

---

(56) CASABÓ, *Comentarios II*, pág. 10.

(57) CASABÓ, *Comentarios II*, págs. 11-13.

(58) CASABÓ, *Comentarios II*, pág. 13.

(59) Es ésta precisamente una reivindicación en la que desde hace mucho tiempo viene insistiendo el finalismo con su acentuación de los elementos constitutivos del llamado *desvalor de acción*; véase, exhaustivamente, ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgswert*, págs. 128-151 y 200-217.

la unidad de sujeto inculpado (60). No obstante, hay que hacer algunas precisiones.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que todos estos problemas no se refieren a la culpabilidad en sentido estricto, pues aquélla aparece recogida taxativamente en el marco de la pena (con un máximo y un mínimo) (*principio de legalidad*). Todas estas cuestiones hacen referencia al *marco de culpabilidad*, entendido como *valoración de la culpabilidad en concreto*, que lógicamente ha de discurrir por cauces más estrechos que los del *marco total*. Es en esta concreta valoración donde cobran relevancia, a mi entender, con bastante precisión el grado de malicia y el daño causado; que ya no actúan como fundamento de la culpabilidad sino como *factores de determinación* o, mejor, *de mediación de la pena* (61).

Por lo que se refiere a la menor punición de la imprudencia respecto del delito doloso, pese a la «igualdad» del daño, no parece argumento válido, pues evidentemente en derecho penal se castigan comportamientos humanos, y el comportamiento doloso es más grave que el imprudente, por lo que puede decirse que el «daño» es mayor en el delito doloso que en el imprudente.

Finalmente, es recusable que el legislador español acuda al daño producido para determinar la pena a aplicar en los delitos contra el patrimonio. Sería conveniente que el marco de la pena fuera el mismo para todos los hurtos; pero que al mismo tiempo fuese lo suficientemente amplio como para que al fijar la culpabilidad en concreto pudiera el juez atenerse, junto con otros factores, al daño producido. Ahora bien, la dirección de la pena a la cuantía del daño producido no significa una agravación (o atenuación) por el resultado, una especie de «versari» en la determinación de la pena. Veamos: El ladrón que penetra en una casa relativamente modesta con la intención de conseguir una serie de objetos de escaso valor, entre los que se encuentra un cuadro que nadie podría sospechar se tratara de un «Velázquez», no responderá por un robo de varios millones de pesetas. El *principio de culpabilidad* actúa aquí como *límite de medición de la pena*. Al autor de un delito sólo se le podrá hacer responder de la cuantía del daño producido si éste fue perseguido dolosamente o al menos era previsible (imprudencia) el valor de lo robado (62). En este caso sí se podrá atribuir al agente el resultado en la cuantía producida. Y puesto que, pese a ser realizado imprudentemente, el

---

(60) Creo haber insistido suficientemente en mi trabajo sobre la función de la normativa concursal acerca de la conveniencia de seguir para el concurso real el mismo sistema de la *pena única* que se aplica al concurso ideal de delitos, si bien con las correcciones necesarias; CUELLO CONTRERAS, *Función de la normativa concursal* (1), págs. 73-91.

(61) Sigo la terminología empleada por Zipf en Maurach-Gössel-Zipf, *Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 2*, 5. Aufl. Heidelberg, 1978 (págs. 409-527), páginas 413-414, 433.

(62) En el mismo sentido, Zipf, *Strafrecht, A. T. Teilb. 2*, págs. 348-349.

autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, no habrá inconveniente en aplicar la circunstancia núm. 4 del artículo 9.º, sin necesidad de recurrir a la idea del «versari» (63). Nuestra tesis de que todos estos problemas hacen referencia a la *concreta medición de la pena* se pone de manifiesto con el estudio de las *circunstancias modificativas*. Estas son *criterios tipificados de medición de la pena*. Prueba de ello es que en su ausencia el juez, según el artículo 61, núm. 4, podrá moverse por toda la extensión del marco de la pena, aplicando el grado máximo, medio o mínimo.

2. De lo que anteriormente había expuesto, concluye Casabó (64): «Si se acepta la anterior premisa (la tesis retribucionista), debe llegarse también a la conclusión de que, si en un supuesto concreto entrasen en conflicto el principio preventivo y el retributivo, debería sacrificarse el primero en aras del último, por ser básico. De lo contrario, se rompería la estructura lógica que necesariamente ha de presidir todo texto codificado». Y continúa: «No puede desconocerse, empero, lo perturbador que resulta el que existan dos principios distintos en la misma materia...».

Ciertamente, es éste precisamente el argumento más válido que puede esgrimirse contra las teorías de la prevención, pues es lo cierto que a veces es necesario imponer una pena pese a que no concurre ninguna razón de prevención general ni especial que la exija (p. ej., en los casos en que la excepcionalidad de la circunstancia que motivó el delito no amenaza reproducirse) (65). Ello, sin embargo, sólo quiere decir que en esos casos la prevención nada tiene que decir sobre la determinación de la pena dentro del marco de la culpabilidad; por lo que habrá que tender a aplicar la pena mínima. Por tanto, entendidas así culpabilidad y prevención, no existe peligro del conflicto de principios a que alude Casabó. Si, por contra, se propone este autor rechazar la pretensión de convertir a la prevención en primer fundamento de la pena (única posibilidad de que surja el problema aludido), hay que decir que efectivamente el texto legal no permite realizar dicha pretensión; y sí la integración culpabilidad-prevención aquí propugnada.

En efecto, en nuestro Derecho codificado hay base suficiente para integrar estos grandes principios de política criminal de forma, por otra parte, muy precisa: el principio de culpabilidad está plenamente recogido con carácter general en el artículo 1.º, I del Código; y, por lo que se refiere a la determinación de la pena, con el establecimiento de un marco penal taxativo en todas y cada una de las figuras delictivas de la Parte especial. Una prueba de lo

(63) Véase *supra* I.

(64) CASABÓ, *Comentarios II*, págs. 16-17.

(65) Cfr. LENCKNER, TH., *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, Handbuch der forensische Psychiatrie I (Göppinger-Witter Hrg.), Berlin, 1972 (págs. 3-286), págs. 16-17.

que decimos es el artículo 61, núm. 6, que bajo ningún concepto (excepción hecha de la reincidencia) permite imponer una pena superior en grado a la fijada por el tipo para el delito cometido, aunque las circunstancias agravantes concurrentes sean varias. La misma constatación hace el núm. 7 de dicho artículo, en cuanto a los límites de cada grado de la pena.

Con todo, el precepto más importante del C. p. sobre la *teoría de la medición de la pena* es el artículo 61, núm. 4 que contiene una referencia al *marco total* de la pena (con sendos grados máximo, medio y mínimo); una referencia a la *valoración concreta de la culpabilidad*, con la alusión a la «mayor o menor gravedad del hecho» (que por supuesto puede basarse en *critérios personales*: p. ej., móviles; u *objetivos*, como la mayor o menor gravedad del mal causado); y, finalmente, una referencia a la *valoración de la prevención*, con la siguiente fórmula: «personalidad del delincuente» (66).

---

(66) Exhaustivamente, Zipf, *Teilband 2*, págs. 449-465 («Die Prävention bei der Strafzumessung»).

