

Revista de libros

Sección coordinada por

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

LACERDA DA COSTA PINTO, Federico de: «A relevância da desistência em situações de comparticipação (La relevancia del desistimiento en situaciones de participación). Ed. Livraria Almedina, Coimbra, 1992, 349 págs.

Este libro está dedicado al análisis del artículo 25 del Código Penal portugués, que dispone: «Si varios agentes coparticipan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impide la consumación o la verificación del resultado, o la de aquel que se esfuerza seriamente por impedir una u otra, aunque los copartícipes prosigan la ejecución del crimen o lo consumen».

Su recensión puede llamar la atención por dos motivos: por tratarse de un libro portugués y por versar sobre un problema tan específico. Sin embargo, son precisamente ambas circunstancias las que justifican este comentario. Por lo que a la primera se refiere, considero que la atención que se presta en nuestro país a la literatura penal portuguesa no es toda la que su calidad merece; esta recensión podría interpretarse como un pequeño intento de acercamiento. En segundo lugar, el que el libro verse sobre un tema muy específico: el desistimiento al la participación delictiva, no decrece el interés que pueda tener en nuestro país, sino todo lo contrario. A diferencia de algunas normativas penales extranjeras —como precisamente la portuguesa— nuestro actual Código Penal guarda silencio sobre el problema del desistimiento en la codelinuencia, no habiéndose ocupado tampoco la doctrina de su estudio. Por el contrario, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, de 1992 introduce un precepto regulador del tema. Su artículo 18 dispone: «Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada e impidan o intenten pedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito». La similitud con el artículo 25 del Código Penal portugués es evidente.

Es por ello que he considerado interesante recensionar el libro del profesor De Lacerda. El análisis en él realizado puede ayudar a solventar el problema que, dada la ac-

tual ausencia de regulación plantean en nuestro país los supuestos de desistimiento del partícipe, además de ofrecemos puntos de referencia para una valoración de la propuesta transcrita del Proyecto, lo que puede resultar de gran interés dado el momento de reforma del Derecho penal que nuestro país atraviesa.

Al margen de esta reseñación dejamos cuestiones que poseen para nosotros un reducido interés, como por ejemplo el estado de la cuestión con anterioridad al Código Penal portugués de 1982 que incorporó el artículo analizado o las concretas razones o proceso histórico que condujo a su introducción. Mayor interés ofrecen los esfuerzos del autor desarrollados en la segunda parte del libro y dedicados al análisis del contenido del artículo y ello porque, dada la semejanza entre el artículo 25 del Código Penal portugués y el 18 del Proyecto, no es ésta sino la labor que habrá de desarrollarse en nuestro país de convertirse la propuesta legislativa en Derecho vigente. De esta segunda parte, por la trascendencia apuntada, destacaríamos dos cuestiones:

En primer lugar, el problema de la delimitación del campo de aplicación del artículo 25 respecto al artículo 24 (págs. 247 y ss.). donde se regula el desistimiento del autor, delimitación sumamente importante en la medida en que el artículo 24 consagra un régimen de desistimiento más estricto que el establecido en el artículo 25, condicionando la impunidad al impedimento de la consumación o a la evitación del resultado no comprendido en el tipo de crimen (art. 24.1) y haciendo bastar el serio esfuerzo tan sólo cuando el hecho no llega a consumarse por razones diferentes al comportamiento del que desiste (art. 24.2). También el Proyecto de 1992 establece dos regímenes diferentes de desistimiento: el del autor, más estricto por condicionar la impunidad a la evitación de la consumación y el aplicable a los supuestos de intervención de varios en el hecho, en los que se considera suficiente el intento serio y voluntario en pro de la evitación del resultado.

También de convertirse el Proyecto de 1992 en Código Penal, adquirirá gran interés el pormenorizado y documentado análisis que De Lacerda realiza sobre el significado que debe serle concedido a la cláusula de «serio esfuerzo», entendiéndolo por tal el autor «toda conducta, activa u omisiva, que entre las alternativas de tutela a disposición del agente sea, según un juicio objetivo *ex ante*, la más idónea para proteger los bienes jurídicos en peligro o aquella que, a pesar de no poseer esta cualidad, no inutiliza irreversiblemente la posibilidad de ser adoptada otra medida con más probabilidades de defensa de la víctima» (pág. 228).

A pesar de la importancia de estas cuestiones, debido al momento de reforma que atravesamos, considero más interesante centrarse en la valoración desde un punto de vista dogmático y político-criminal de la opción adoptada por el prelegislador en el Proyecto de 1992, consistente, como hemos visto, en conceder, en los supuestos de intervención de varios en el hecho (art. 18), la impunidad por el serio esfuerzo dirigido a impedir el resultado, mientras que al autor se le sigue exigiendo la evitación de la consumación (art. 17.2). Ello permite al mismo tiempo reflexionar sobre la forma más idónea de integrar la laguna legal de la que nuestro Código Penal adolece.

Son fundamentalmente tres los modelos de desistimiento en la participación defendidos por la doctrina y consagrados por algunas normativas penales:

1. El condicionar la impunidad por desistimiento a que el partícipe evite la consumación, sistema éste que De Lacerda denomina «modelo restrictivo» (págs. 82 y ss.).

2. El denominado por el autor «modelo causalista», consistente en conceder la impunidad al partícipe que anula la eficacia causal de su comportamiento, que neutraliza el riesgo creado (págs. 101 y ss.).

3. Y, por último, el consagrado en el artículo 25 del C.P. portugués y en el artículo 18 del Proyecto del 92, que como se ha visto consiste en conceder la impunidad al partícipe que se esfuerza seria y voluntariamente en pro de la evitación de la consumación aunque dicho esfuerzo sea infructuoso (págs. 239 y ss.).

Es este último el sistema que De Lacerda considera dogmática y político-criminalmente más adecuado. Sin embargo, no comparto esta opinión, por lo que, dejando patente el juicio sumamente positivo que este libro me merece, no puedo resistirme a entrar en la discusión. El mantener que debe concederse la impunidad al partícipe por el serio esfuerzo dirigido a la evitación de la consumación, supone consagrar dos regímenes diferentes de desistimiento: el que rige para el autor, el cual, tanto según el artículo 3 de nuestro Código Penal, el 18 del Proyecto y —aunque con alguna concesión— el artículo 24.2 del Código Penal portugués, debe evitar la consumación y el que se propondría para el partícipe, mucho más benigno, no estando a mi juicio justificada en modo alguno esta diferencia de trato.

A favor de conceder la impunidad al partícipe que se esfuerza seriamente en pro de la evitación de la consumación se argüyen las siguientes razones:

1. En primer lugar, afirma De Lacerda que esta tesis ofrece importantes *ventajas por lo que hace a los objetivos político-criminales de tutela de los bienes jurídicos y de protección de la víctima*, al permitir que ciertos agentes practiquen actos de defensa del bien jurídico en peligro, sin que el efecto eximente de tal comportamiento se condicione a la efectiva ausencia de consumación (págs. 239-240). Obsérvese cómo este argumento parece apelar a un posible efecto motivador de los preceptos que conceden la impunidad por desistimiento, recordando a las teorías político-criminales sobre el fundamento de la impunidad por desistimiento, actualmente abandonadas en su formulación positiva. Pero, aun admitiendo que los preceptos sobre el desistimiento, entendidos como estímulo, pueden resultar más eficaces de cara a la tutela de los bienes jurídicos haciendo bastar con el esfuerzo serio, no se ve por qué estas ideas no son aplicables también al desistimiento del autor. Este argumento no serviría, por lo tanto, para justificar la existencia del doble régimen de desistimiento que conlleva el mantener la impunidad para el partícipe por el intento en pro de la evitación de la consumación, mientras que la impunidad del autor se condiciona a la efectiva eficacia de su desistimiento.

2. De Lacerda intenta asimismo fundamentar la solución del serio esfuerzo con el argumento de que dicha fórmula *minimiza la repercusión en la responsabilidad del sujeto de aquellos riesgos que, a pesar de tener un origen casual, no rompen el nexo de imputación objetiva*, con lo que se atenuarían considerablemente los resquicios de responsabilidad objetiva aún existentes. Y como prueba de esta supuesta virtud, el autor argumenta que la solución propuesta permitiría, por ejemplo, que el cómplice en un homicidio quede impune si, para salvar a la víctima, llama rápidamente a una ambulancia y, sin embargo, ésta no llega a tiempo por sufrir un accidente cuando se dirigía al lugar de los hechos. La solución propuesta conllevaría en estos casos la impunidad, mientras que si se exigiera la evitación de la consumación o la neutralización de la aportación al cómplice del ejemplo debería responder por su participación en un homicidio consumado (págs. 240-241).

Sin embargo, este argumento no resulta del todo convincente, pues las razones esgrimidas serían también aplicables al desistimiento infructuoso del autor, por lo que no explica la diferencia de tratamiento que supondría respecto a éste el admitir que baste para la impunidad del partícipe el serio esfuerzo. Una vez que la víctima ha ingerido el veneno, las posibilidades del autor de evitar el resultado, de incidir en

el curso causal son las mismas que las del partícipe. Lo único que ambos pueden hacer es llamar a una ambulancia sin pérdida de tiempo, o trasladar al herido al hospital. Si alguna circunstancia causal, como por ejemplo un accidente de la ambulancia, que no rompe el nexo de imputación, malogra el desistimiento, no se percibe por parte alguna la razón por la cual la misma conducta —llamar a la ambulancia— debe ser valorada de distinta manera si la lleva a cabo un autor que si la realiza un partícipe. No se ve por qué realizando la misma conducta de arrepentimiento el autor ha de responder por un asesinato consumado y el partícipe ha de quedar impune. Si el hacer valer el serio esfuerzo para merecer la impunidad tuviera como función excluir la responsabilidad objetiva por el resultado —responsabilidad objetiva de la que a mi juicio no puede hablarse en este caso, pues el resultado es perfectamente imputable—, debería eliminarse dicho resquicio tanto de la responsabilidad del partícipe como de la del autor.

3. Para justificar esta diferencia de trato entre autor y partícipe De Lacerda alude a que *mientras el autor controla el curso causal*, por lo que resultaría coherente exigirle la evitación de la lesión del bien jurídico, *el partícipe carece de dicho dominio*, puesto que el desarrollo de los hechos no depende única y exclusivamente de él. El exigirle que evite la consumación supondría que los demás —con su decisión de consumir o no, o de permitir o no que el partícipe «recoja» su aportación— controlan y deciden en último extremo su responsabilidad, lo que se evitaría haciendo bastar para la impunidad con el serio esfuerzo (págs. 98, 106 y ss., 242). Pero la fuerza de este argumento puede ser también, a mi juicio, relativizada:

a) En primer lugar, no es totalmente cierto que el autor posea en todo momento un control absoluto sobre el curso causal. Cuando ha realizado todos los actos ejecutivos, cuando ha colocado las condiciones del resultado, el curso causal escapa de sus manos, disminuyendo considerablemente sus posibilidades de influir en el desarrollo de los acontecimientos. Y si esta pérdida de control no revierte en favor del autor en cuanto a los requisitos del desistimiento, no se entiende por qué una pérdida de control del partícipe sobre el desarrollo de los acontecimientos deba justificar un trato más favorable. El partícipe ha de contar con que, una vez verificada su contribución —entregado el arma, o dada la dirección—, la utilización de la misma o la influencia que tenga en los hechos no va a depender exclusivamente de su voluntad, al intervenir otros sujetos que no tienen por qué aceptar en un momento dado su decisión de desistir. Y esto es algo con lo que el partícipe debe contar, por ser consustancial al fenómeno de la participación delictiva.

b) Tampoco considero justificado el reproche que De Lacerda dirige tanto al «modelo restrictivo» como al «de la causación», por entender que suponen *un reflejo de la responsabilidad por el hecho ajeno a todas luces incompatible con el principio de culpabilidad*, en la medida en que la efectiva evitación de la consumación o la neutralización de la aportación por parte del partícipe, dependerá de la aptitud que adopta el autor y el resto de los intervinientes respecto a su desistimiento, por lo que éstos controlan en buena medida la eficacia del desistimiento del sujeto que desea apartarse del hecho (págs. 98, 106 y ss.).

Si bien es cierto que, según el «modelo restrictivo» o «de la causación», el autor controla con su decisión —consumar o no consumir, o renunciar o no a la aportación prestada— la responsabilidad del partícipe, ello no supone una vulneración del principio de personalidad de la responsabilidad, puesto que al partícipe no se le castiga sino por lo que ha hecho: contribuir con su aportación al hecho principal. Si un sujeto deja al autor

una pistola para que mate, se arrepiente e intenta recuperarla pero no lo consigue, ni tampoco consigue evitar que el autor la utilice para matar, el castigarle por una cooperación necesaria en un homicidio no supone una violación del principio de culpabilidad, en la medida en que en la consumación ha influido la aportación realizada consciente e intencionalmente por el partícipe. Ello no significa que el esfuerzo infructuoso en pro de la neutralización de la aportación o de la evitación de la consumación deba carecer de cualquier reflejo en la calificación definitiva de los hechos. Al igual que ocurre en los casos de desistimiento malogrado por parte del autor, dicho esfuerzo podrá ser tenido en cuenta mediante la aplicación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo o, de no considerarse posible su aplicación directa, mediante su puesta en relación con la atenuante analógica del artículo 10.

Además, el que la responsabilidad del partícipe dependa de lo que decida el autor principal y de lo que haga en último extremo no es sino una consecuencia del principio de accesoriedad. Y nadie ha pretendido ver una manifestación de la responsabilidad por la actuación ajena en el hecho de que el que el partícipe no responda, responda por participación en una tentativa, o en un hecho consumado, dependa de que el autor decida no utilizar el arma prestada, lleve a cabo tan sólo parte de los actos ejecutivos o consume el delito. En estos tres casos el partícipe ha realizado exactamente lo mismo. Su responsabilidad depende de lo que haga el autor principal, pero esto no es consecuencia sino de los principios básicos que rigen la participación delictiva.

Resumiendo, hasta el momento no existe ninguna razón que justifique convincentemente la convivencia de un doble régimen de desistimiento, requiriendo para el autor la evitación de la consumación y haciendo bastar para el partícipe el esfuerzo serio y voluntario en la evitación de la lesión del bien jurídico, doble régimen establecido en el Código Penal portugués, en el Proyecto de Código Penal de 1992 y en nuestro Código Penal de entenderse que la laguna legal existente al respecto debe ser integrada condicionando la impunidad del partícipe al serio esfuerzo en pro de la evitación de la consumación.

Por otra parte, la fórmula del esfuerzo suele presentarse como el sistema más benigno de los que hemos analizado. Sin embargo, esta «generosidad» es tan sólo aparente, pudiendo resultar más riguroso que el sistema de la neutralización de la aportación.

Imaginemos que el que ha prestado la llave maestra para cometer el robo en una casa, consigue arrebatarla al autor en el momento en que éste se disponía a introducirla en la cerradura, marchándose con ella y sin querer saber nada sobre el posterior desarrollo de los hechos. No obstante, el autor no desiste en su empeño y realiza el robo forzando la puerta. Si se exige para conceder la impunidad que el sujeto realice un serio esfuerzo encaminado a la evitación de la consumación, en este caso deberíamos negar la impunidad del sujeto y afirmar el castigo —si bien no en un robo consumado, sino como partícipe en una tentativa de robo— y ello aunque el partícipe con anterioridad a la consumación ha anulado las razones que convirtieron su anterior conducta en un comportamiento punible, ha neutralizado el peligro que para el bien jurídico creó con su contribución. En este sentido, con la teoría del esfuerzo se estaría exigiendo al partícipe más de lo que se le exige al autor principal. Este debe anular el fundamento de la punición de su conducta, mientras que no basta que el partícipe realice lo propio, no basta con que neutralice su aportación, exigiéndole que se esfuerce en la evitación del resultado. Con ello se estaría incurriendo en uno de los defectos achacables al sistema que

propone la evitación de la consumación: Se estaría convirtiendo al partícipe, al exigirle que se esfuerce en evitar la consumación, en un tutor de la legalidad, en un garante de los bienes jurídicos, en un funcionario titular de la lucha contra el crimen que tiene por obligación el evitar los delitos de los demás, lo cual no creo que esté justificado.

Por lo dicho no considero como solución más idónea ni condicionar la impunidad del partícipe a la evitación voluntaria de la consumación, ni hacer bastar el serio esfuerzo. Esta última opción resulta especialmente injustificada cuando se circunscribe al desistimiento del partícipe, condicionando al mismo tiempo la impunidad del autor a la evitación de la consumación, lo que significa el rechazo de la propuesta del Proyecto de 1992. El exigir al partícipe la anulación de la contribución prestada constituye a mi entender la solución más correcta.

Esta postura —neutralización de la aportación, en el sentido de evitar que esta tenga algún reflejo en la efectiva lesión del bien jurídico— es la que De Lacerda denomina teoría de la causación y que rechaza dirigiéndole la siguiente crítica.

1. Dado que la tesis de la neutralización en muchas ocasiones conducirá a las mismas consecuencias que la exigencia de evitación de la consumación --en la medida en que a menudo no se podrá anular la aportación, sino mediante la evitación de la consumación--, a la postura aquí defendida se le dirigen gran parte de las críticas que se esgrimían contra la tesis más rigurosa. Así, De Lacerda reprocha a esta tesis que en muchos casos el autor y el resto de los partícipes van a controlar y a determinar con su decisión de consumir o no, la responsabilidad del partícipe, lo que supondría de nuevo una *responsabilidad por el hecho ajeno* (págs. 106 y ss.). Sin embargo, el carácter contundente y la capacidad de convicción de esta crítica ya fue puesta anteriormente en entredicho.

Asimismo, De Lacerda crítica que esta postura crearía distintos regímenes de desistimiento para los diferentes partícipes. Para aquellos que puedan neutralizar su aportación les bastará anularla para conseguir la impunidad, mientras que a los que no les sea posible, deberán impedir la lesión del bien jurídico, no dependiendo este diferente sistema de la gravedad de las aportaciones. Puede ocurrir que un sujeto que haya realizado una aportación no excesivamente importante no pueda neutralizarla y sí uno cuya contribución ha sido decisiva, por lo que la solución propuesta lesionaría el principio de igualdad (págs. 109-110). Sin embargo, esta crítica tampoco convence, puesto que lo que el autor haya de hacer para neutralizar su aportación no depende sino de lo que él mismo previamente ha realizado, de en qué ha consistido su intervención en los hechos. Exactamente lo mismo ocurre en supuestos de autoría. Imaginemos dos sujetos que deciden matar con veneno. El sujeto A elige un veneno con unos efectos muy rápidos y el sujeto B uno que tarda varias horas en hacer efecto. Una vez que la víctima ha ingerido la dosis letal, ambos se arrepienten, llamando rápidamente al médico. Mientras que éste no puede salvar la vida, por la rápida eficacia del veneno, en el caso del sujeto A, sí lo consigue en el caso del sujeto B. Evidentemente, la evitación de la consumación le resulta más fácil a uno o que a otro. Ambos han realizado la misma conducta de desistimiento: llamar inmediatamente al médico. El que a un sujeto le resulte más difícil desistir eficazmente que al otro no es sino consecuencia de la conducta que previamente cada uno de ellos ha realizado. El que en un caso se concede la impunidad y en otro no, no veo que tenga que lesionar el principio de igualdad.

El discrepar con el profesor De Lacerda sobre el punto concreto discutido no afecta para nada a la valoración positiva que su libro merece. Todo lo contrario. El tratarse de

un trabajo que incita a la reflexión y a la discusión ha de considerarse como un valor añadido a la seriedad y rigor con que el autor analiza el problema del desistimiento en la participación delictiva.

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

MARTÍNEZ PEREDA, JOSÉ MARÍA: *Magia y delito en España*, con prólogo de Julio Caro Baroja, Laida, Bilbao, 1992, págs. 275.

Magia y delito en España es una contribución importante en el campo de las ciencias ocultas, de gran utilidad especialmente para criminólogos, psicólogos, abogados, jueces, sociólogos y estudiantes ya que ofrece una panorámica retrospectiva en la historia de un tema que ha supuesto una constante preocupación en el hombre, el conocimiento de lo esotérico, lo oculto, y que ha tratado de adivinar mediante magia, hechicerías y aquelarres. Preocupación que permanece en algunos sectores de la sociedad en las postrimerías de este siglo y cuya presencia con rasgos importantes es permanentemente tribulación para la Iglesia hasta el punto de que en estos últimos años, crónicas provenientes de Italia informan que en algunas parroquias y obispados se viene procurando mediante la práctica de exorcismos expulsar el demonio de los cuerpos de las personas poseídas por satanás.

En lo referente al concepto de magia, difícil de resumir y presentar pues sus orígenes se remontan a la prehistoria y consecuentemente su primera explicación es cuestión de la metafísica, el autor de forma hábil y documentada nos ofrece un escenario lleno de definiciones, magos, hechizos, amuletos, fetiches, alegorías, ritos curativos, liturgias, suficientes para formarnos una idea clara de lo que representa y significa esta palabra, que a muchos causa inquietud solamente escucharla.

En cuanto a la consideración magia como factor criminógeno la obra aborda esta cuestión que suscita expectación, relatando cómo personas que se consideran brujos, satanistas, magos, etc., aprovechan esta condición para llevar a cabo o propiciar con sus iniciados, escenas macabras, actos de canibalismo, orgías que degeneran en abusos sexuales, torturas, suicidios y cómo, bajo el engaño astrológico se cometen estafas, defraudaciones, supuestos de operaciones quirúrgicas, aconteciendo todo ello en las últimas décadas de este siglo y en países civilizados y modernos.

Seguidamente rastreando los antecedentes de magia y delito en la prehistoria desde el arte paleolítico, pinturas rupestres, pinturas de Cógul, apunta el autor un auténtico rito de iniciación en la magia. En la prehistoria destaca la relación con el tema de los muchos dioses y santuarios, como el de la tumba de La Alisea, las Damas de Elche y Baza, el templo de Hércules, añade todo un abanico de costumbres enraizadas en los diferentes pueblos de la península que utilizaron diferentes simbologías como la danza guerrera presidida por un enano, la habilidad de los galaicos en interpretar el vuelo de las aves, la de los vascones como agoreros, etc. Ya en la España romana el autor pone de manifiesto que en el derecho romano primitivo se castigaban las reuniones nocturnas y la hechicería y que una Ley de las XII Tablas castigó los malos encantamientos y al meléficus se le imponía la pena capital, por este antecedente siglos después al que fuera obispo de Segovia, Prisciliano convicto de maleficio se le condenó a muerte. Igualmente destaca