

Algunas reflexiones a raíz de la nueva formulación del principio de culpabilidad en el Anteproyecto de Código Penal español de 1992

Emiliano Borja Jiménez*

El principio de culpabilidad, como principio básico que informa al conjunto del ordenamiento juridicopenal, suele venir enunciado por la doctrina científica como un juicio de reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico¹. A pesar de que no existe una expresa proclamación constitucional, se ha sobreentendido, sin grandes disidencias, que dicho principio se puede extraer del propio art. 10 de la Constitución española,

¹ Esta formulación clásica y normativa del principio de culpabilidad ha sido mantenida por un importante sector de la doctrina española: MANUEL COBO DEL ROSAL-TOMÁS SALVADOR VIVES ANIÓN, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 407; JOSÉ ANTONIO SÁINZ CANTERO, *Lcciones de derecho penal*, parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 41; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, parte general, 14ª ed., puesta al día por ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1990, pág. 432; ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, "Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad", en *ADPCP*, 1951, págs. 534 y ss.

Sin embargo, otro importante sector doctrinal ha rechazado esta concepción del principio de culpabilidad. A este respecto, y desde puntos de vista diferentes, SANTIAGO MIR PUIG, en *Notas al Tratado de derecho penal de Jescheck*, t. 1, Barcelona, 1981, págs. 584 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979, págs. 69 y ss.; del mismo, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1980, págs. 146 y ss.; JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 2ª ed., Barcelona, 1977, págs. 35 y ss.; ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general, Madrid, 1990, pág. 173; JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal*, parte general, Madrid, 1984, pág. 451; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989, págs. 120 y ss.

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Valencia

en la medida en que aquí se propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico la dignidad de la persona², la cual impide que la atribución de la consecuencia jurídica se realice a título de mera responsabilidad objetiva.

Tampoco existe en el Código Penal una clara afirmación del mentado principio³. Sin embargo, doctrina y jurisprudencialmente extraen de ciertos preceptos del texto punitivo, y en este sentido se acude a la propia definición legal de delito, pues esta exige, según se desprende del art. 1º del Código Penal, que las acciones y omisiones penadas por la ley sean dolosas o culposas. Con mayor claridad, el mismo precepto, en su párrafo segundo y primer inciso, determina que no hay pena sin dolo o culpa. Algunas voces muy autorizadas han visto plasmado el principio de culpabilidad en el propio art. 2º del Código Penal, cuando faculta al juez para que se dirija al gobierno, exponiendo lo conveniente y sin perjuicio de ejecutar la sentencia, desde luego, cuando de la rigurosa aplicación de la ley, entre otras consecuencias, la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito. La ley, en definitiva, está ofreciendo una posibilidad de modificar su propia aplicación en el caso concreto cuando la pena sea excesiva atendiendo, entre otros factores, al grado de malicia del autor, o, lo que es lo mismo, que el propio legislador condiciona la pena a la medida de culpabilidad del autor. Y la adecuación de la sanción criminal a la medida de culpabilidad del sujeto agente, como se señala más adelante, es una consecuencia directamente derivada del principio de culpabilidad.

De esta breve introducción interesa ahora destacar que, con diferentes fundamentos, existe cierta unanimidad doctrinal en la afirmación del principio de culpabilidad⁴ y que esa afirmación, aunque no está expresamente definida, se encuentra meridianamente reflejada en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, se fundamenta la culpabilidad en la libertad de acción de que goza el hombre, o en relación con su capacidad de poder ser motivado por la norma penal, o finalmente, en atención a la necesidad de pena, se sigue aceptando por parte de la doctrina, desde diferentes perspectivas, la vigencia del principio de culpabilidad (como admiten expresamente tanto CÓRDOBA RODA como MUÑOZ CONDE, de tal forma que las consecuencias de dicho principio suelen ser postuladas indistintamente por unos y por otros.

² El art. 10 de la Constitución española, en su párrafo primero, establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

³ Ni en los Códigos anteriores al vigente, ni en los proyectos de reforma penal, existe una declaración expresa del principio de culpabilidad. Una notable excepción la constituyen el proyecto de Código Penal de 1980 y el borrador de la parte general del Código Penal, de octubre de 1990, en los que se contiene, respectivamente, en los arts. 3º y 3º.2, una clara referencia: "No hay pena sin culpabilidad". Esta fórmula legal desaparece, sin embargo, tanto en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 como en el propio anteproyecto de Código Penal de 1992.

⁴ No todos los autores aceptan esta expresión, y a tales efectos se habla de atribuibilidad, imputación subjetiva o responsabilidad. No obstante, sea cual fuere el vocablo empleado, las consecuencias básicas que se derivan del principio de culpabilidad son aceptadas de igual forma por todos. Y es que, en definitiva, aquellos que aparentemente se muestran en contra del principio de culpabilidad, en realidad se oponen a una determinada concepción de dicho principio de culpabilidad. Un ejemplo de lo dicho en EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y SUSANA HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, Teoría jurídica del delito*, parte general, Madrid, 1986, págs. 294 y ss.

Del principio genérico de culpabilidad se derivan ciertas consecuencias que la doctrina suele expresar en forma de subprincipios, los cuales son concreción lógica y valorativa de aquel en determinados ámbitos. A este respecto, el principio de culpabilidad se formula básicamente en torno a dos proposiciones: a) *no hay pena sin culpabilidad*, y b) *la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad*⁵.

Pero también en nuestro actual Código Penal existen disposiciones que, de forma directa o indirecta, vulneran ciertas exigencias del principio de culpabilidad. Así, la propia existencia en el vigente texto punitivo de los delitos cualificados por el resultado supone una violación del principio según el cual la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad en la realización del hecho concreto, pues la propia ley habilita al juez para que castigue ciertos resultados a título de dolo cuando la responsabilidad del sujeto respecto de estos solo sea atribuible a título de culpa⁶. Existen más supuestos que ulteriormente serán referidos en el presente artículo, en los términos que más adelante se expondrán.

En este breve trabajo que aquí se expone, el fin que se pretende alcanzar es muy modesto. Con la reciente aparición del anteproyecto de Código Penal de 1992, que se proyecta como futuro texto punitivo, la nueva regulación de preceptos tanto de la parte general como de la especial, determinan a su vez, en conjunto, una nueva formulación del principio de culpabilidad en sus diversas concreciones, que suponen una variación respecto de su actual articulación en el vigente Código Penal. Se intenta, por tanto, realizar un análisis comparativo entre el presente y el futuro texto punitivo relativo a las diferentes formas de las que se deduce la afirmación o negación de ese principio de culpabilidad y sus consecuencias dogmáticas, así como la valoración personal que merezcan las modificaciones de uno sobre otro. Para un mejor análisis de los contenidos enunciados, se examinan separadamente cada una de las garantías que se derivan, según la doctrina mayoritaria, del principio de culpabilidad⁷.

⁵ Estas consecuencias inmediatas son aceptadas incluso por los autores que combaten con gran energía la formulación tradicional del principio de culpabilidad, como se ha señalado en la nota anterior. De esta forma, GIMBERNAT ORDEIG, en la medida en que admite la pena como una amarga necesidad para hacer posible la convivencia humana y rechaza el castigo innecesario que no justifique tal fin (*Estudios de derecho penal*, cit., pág. 149), está empleando en la elaboración de su sistema un principio paralelo a este enunciado en el texto de que no hay pena sin culpabilidad. Por otra parte, desde este mismo punto de vista también se acepta que la pena sea adecuada a la medida de la culpabilidad del autor. Expresado en otros términos, a esta misma conclusión llega GÓMEZ BÉNTEZ siguiendo los presupuestos de la teoría de la motivación: "...no es buena guía de eficacia la exacerbación indiscriminada de las penas (reclusión mayor, por ejemplo, para cualquier delito), porque ello fortalece el sentido colectivo de que las leyes son injustas y, por tanto, se fomenta el espíritu de desobediencia, y no el de integración dentro de la sociedad del Derecho..." (*Teoría jurídica del delito*, cit., pág. 452).

⁶ Así, en el párrafo segundo, segundo inciso, del artículo primero del Código Penal, se establece: "Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa".

⁷ En cuanto a la determinación de las garantías o subprincipios que se derivan del principio de culpabilidad, por su claridad expositiva tomamos parte de la enumeración que realiza MIR PUIG (*Derecho penal*, parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, págs. 107 y ss.). Estas garantías son admitidas por la totalidad de la doctrina occidental, aun cuando otros autores trasladan alguna de ellas a otros principios del derecho penal (por ejemplo, al principio del hecho). A efectos meramente expositivos, es conveniente tratar unitariamente estos postulados.

1. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL O PERSONALIDAD

En virtud de este principio, se prohíbe castigar a una persona por un hecho ajeno. De esta forma, violaría el principio de culpabilidad la tipificación de conductas por las que se castigase a un sujeto que no ha intervenido en el hecho que se le imputa.

En el vigente Código Penal existen algunos supuestos que pueden ser calificados como supuestos de responsabilidad por hecho ajeno⁸. Así el art. 227, en su párrafo segundo, que castiga a los jefes principales de una rebelión o sedición por los delitos particulares cometidos en la respectiva rebelión o sedición cuando no puedan ser descubiertos sus autores directos. También, se ha sostenido que suponen casos de responsabilidad por el hecho de otro los supuestos de autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta u otro que facilite la publicidad de forma similar, consagrados en los arts. 13 y 15 del vigente Código Penal⁹. Se puede pensar, en principio, que viola el principio de responsabilidad personal el castigo al director de la publicación cuando no ha aparecido el autor de esta. Sin embargo, esta recusable consecuencia fue evitada por una interpretación que redujo el aparentemente extenso ámbito de aplicación de los preceptos expresados¹⁰.

La situación en el proyecto de Código Penal de 1992, en lo que se refiere a los supuestos de responsabilidad personal, ha variado sustancialmente. En el art. 454 de dicho texto, que es equivalente al actual 227, desaparece la odiosa responsabilidad subsidiaria de los jefes de la rebelión o sedición cuando por los delitos particulares cometidos en la misma no aparezcan sus verdaderos autores. El anteproyecto, por tanto, da un paso importante en la afirmación de la responsabilidad penal por el hecho propio en este punto.

En cuanto a los supuestos de responsabilidad criminal en los que se utilizan medios mecánicos o soportes de difusión, el anteproyecto de 1992 parece decantarse

⁸ Sobre las distintas vulneraciones del principio de culpabilidad en el derecho positivo español, COBO-VIVES, *Derecho penal*, parte general, cit., págs. 270 y ss. y 412.

⁹ El art. 13 del vigente Código Penal establece que en los delitos y faltas cometidos por medio de la imprenta u otros procedimientos que faciliten la publicidad responden criminalmente tan solo los autores. El art. 15, por su parte, determina aparentemente una especie de responsabilidad en cascada, de tal forma que considera autores, en primer lugar, a los que realmente lo hayan sido del texto, escrito o estampa publicados o difundidos. A falta de estos, por no ser conocidos o no estar domiciliados en España, o estar exentos de responsabilidad criminal con arreglo al art. 8º del Código, se reputa autor al director de la publicación o del medio involucrado; a falta de este, por las mismas causas, al editor, y a falta de este, finalmente, al impresor.

¹⁰ En efecto VIVES ANTÓN, acudiendo a una fina interpretación de los textos aludidos, llega a la conclusión de que los supuestos de autoría que señalan los arts. 13 y 15, lejos de exacerbar la responsabilidad criminal en los delitos cometidos mediante la imprenta, reduce el ámbito de la autoría; y el director, editor o impresor debe reunir, para ser responsable de estos delitos, la condición de autor de los arts. 12, 1º y 14 del texto punitivo. [TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (la regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)*, Madrid, 1977, págs. 86 y 93].

por la interpretación estricta que había propuesto VIVES ANTÓN. Con mayor claridad que en el actual texto punitivo, el art. 27 de dicho anteproyecto establece en su numeral 1º que en los delitos y faltas cometidos utilizando medios mecánicos o soportes de difusión no responderán criminalmente los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente, eliminando cualquier posibilidad de participación o encubrimiento en el hecho con arreglo a las normas generales. Pero la segunda regla refleja con mayor nitidez la necesidad de que los responsables enunciados (los que realmente han redactado el texto o el signo de que se trate, los directores de la publicación o programa, los directores de la empresa implicada, los impresores de la empresa grabadora, reproductora o impresora) sean necesariamente autores, inductores o cómplices necesarios en el texto o programa de referencia. La clara dicción del tenor literal del precepto impide que a título de responsabilidad subsidiaria se castigue a uno de los sujetos señalados si no ha tenido una contribución en el hecho punible como autor directo o mediato, como inductor o como cómplice necesario¹¹. También en este punto, y en la medida en que el anteproyecto refleja con mayor nitidez la imposibilidad de una interpretación extensiva que determine una responsabilidad objetiva y ajena, y en este sentido, se puede decir que el anteproyecto avanza en la garantía de la aceptación del principio de responsabilidad personal.

Se puede decir, por tanto, que en el anteproyecto de 1992 desaparece un precepto que mantiene en el vigente Código Penal un supuesto de responsabilidad por el hecho de otro, y elimina las dudas existentes respecto de la aplicación de otros preceptos que podían dar lugar a un entendimiento de existencia de responsabilidad sin hecho. Esta consideración del pre-legislador implica una notable reducción de las posibilidades legales de vulneración del principio de responsabilidad personal, y por ende, del propio principio de culpabilidad¹².

2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

Es esta otra de las garantías que se deducen del propio principio de culpabilidad en el derecho penal de un Estado democrático. Según este subprincipio, nadie puede ser castigado por su carácter o forma de ser, o por el modo en que conduce su

¹¹ El art. 27.2 del anteproyecto, referido a estos supuestos, señala: "Los autores a los que se refiere el artículo 25 responderán de forma escalonada y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1º) Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2º) Los que sean directores de la publicación o programa en que se difunda. 3º) Los que sean directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4º) Los que sean directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora...". El art. 25 del anteproyecto es el equivalente, con algunas variaciones, al actual art. 14.

¹² Cierto es que aquí se podrían tratar también otros aspectos, como el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. Pero también es verdad que esta temática no solo afecta al principio de culpabilidad sino a otras materias de la teoría del delito como la capacidad de acción, el sujeto pasivo, la política criminal, etc. Por esta razón, y para no perder la línea expositiva de este breve trabajo, se considera más conveniente desarrollar solo aquellas cuestiones que inciden directamente sobre alguna de las garantías que comporta dicho principio de culpabilidad.

vida, sino en razón de la comisión de un hecho concreto tipificado como delito por la ley penal. El juicio de reproche en que, para algunos, consiste el principio de culpabilidad, no puede formularse en atención a la personalidad global del sujeto o por la forma en que desenvuelve su propio existir, sino que, por el contrario, la imputación subjetiva tiene que extraerse únicamente del concreto ilícito cometido, y solo en razón del mismo tendrá que ser determinada la ulterior sanción. En este sentido se distingue un *derecho penal del hecho* frente a un *derecho penal de autor*. La valoración del delito también es diferente, según se opte por uno u otro de estos derechos: según el primero, el delito sería el fundamento y límite de la desaprobación jurídica del autor; conforme al segundo, el delito tan solo representa una evidencia de la total personalidad antisocial del sujeto, que existe con anterioridad a su perpetración e incluso pervive con posterioridad. A estos efectos, en la actualidad es unánime en la doctrina la consideración del principio de culpabilidad por el hecho concreto y el rechazo de la culpabilidad de autor¹³.

Sin embargo, en nuestro vigente ordenamiento jurídico todavía quedan algunas reminiscencias de un derecho penal de autor.

Así, la posibilidad de castigar los supuestos de "imposibilidad de ejecución o de producción del delito" que todavía viene recogido en nuestro Código Penal¹⁴. Los casos de tentativas absolutamente inidóneas, por tanto, pueden ser castigados, en principio, con la misma pena que una simple tentativa. Si entonces el castigo no se puede fundamentar en la lesión o en la puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma, no queda otra posibilidad de justificar el castigo que no derive de aspectos emanados de la personalidad del autor¹⁵. La peligrosidad del autor, su voluntad rebelde a la norma, serían los principales argumentos que se pueden esgrimir en favor del castigo del delito imposible.

Por otra parte, la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970 contiene la previsión de estados peligrosos predelictuales con las correspon-

¹³ Y ello con independencia del sistema de derecho penal del que se parta. Con razón señala BACIGALUPO que la elección entre uno y otro tipo de culpabilidad no depende de los axiomas del sistema dogmático, del mayor o menor fundamento empírico de las premisas. "La racionalidad de esta decisión estará, por el contrario, condicionada por el mayor grado de controlabilidad judicial que el criterio adoptado ofrezca. En este sentido la culpabilidad por el hecho es la que brinda mayores garantías" (ENRIQUE BACIGALUPO, *Principios de derecho penal*, parte general, cit., págs. 172 y 173).

¹⁴ El art. 52, párrafo segundo del vigente Código Penal, incluye dentro de las reglas de determinación de la pena los supuestos de delito imposible, que viene castigado con la pena inferior en uno o dos grados al delito consumado.

¹⁵ En efecto, si la tentativa inidónea se interpreta sobre criterios objetivos, el art. 52.2 del Código Penal sería totalmente superfluo, pues su ámbito de aplicación quedaría ya cubierto por las previsiones de la tentativa simple del art. 3º del texto punitivo. Si, con arreglo al principio de vigencia en materia de interpretación, se quiere dotar de cierta posibilidad de aplicación al citado precepto, su fundamento solo puede mantenerse mediante criterios subjetivos basados en mayor o menor medida en la peligrosidad del autor o en su voluntad rebelde a la norma. De hecho, esta ha sido la fundamentación más frecuente utilizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (Sobre las diferentes posiciones al respecto, ELENA FARRE TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, págs. 359 y ss.).

dientes medidas de seguridad. Los estados peligrosos y las respectivas medidas de seguridad nacen como resultado de las tesis de la Escuela Positiva y responden históricamente a una concepción del derecho penal (o de su sustitución) en la que las categorías de peligrosidad, estado peligroso y medida de seguridad quieren sustituir a las clásicas de culpabilidad, delito y pena. De ahí que uno de los máximos exponentes de la culpabilidad de autor viniese establecido precisamente con base en la vigencia de dichos estados peligrosos y sus correspondientes consecuencias. No está tan claro que hoy en día se pueda mantener que los estados peligrosos representen un claro supuesto de culpabilidad de autor, pero algunas decisiones del Tribunal Constitucional han motivado serias dudas sobre su actual vigencia en consideración a su oscuro fundamento¹⁶. La regulación fuera del Código Penal de dichos estados peligrosos y medidas de seguridad y la arcaica terminología que emplea la misma ley¹⁷, coadyuvan a la desconfianza generalizada en cuanto a su compatibilidad con los principios constitucionales en los que se asienta el moderno derecho penal.

Un último dato legislativo apunta hacia un posible vestigio de culpabilidad de autor. Viene esta determinada por la referencia obligada a la agravante de reincidencia regulada en el actual art. 10, num. 15 del Código Penal¹⁸.

En efecto, la agravante de reincidencia supone siempre un aumento de la pena, no en atención a la comisión del hecho por el que es enjuiciado el reo, sino por los que realizó en un tiempo pretérito. El incremento en la sanción que va a sufrir el sujeto, por tanto, no viene determinado por circunstancias, móviles o elementos que se deriven de la conducta ilícita concreta, sino por otras características difícilmente compatibles con un derecho penal del acto¹⁹.

¹⁶ Al respecto, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, "Constitución y medidas de seguridad", en *Poder Judicial*, 1986, págs. 91 y ss.

¹⁷ Así, por ejemplo, el propio empleo de la proposición *peligrosidad social* o la referencia como supuesto de estado peligroso a *los vagos habituales* no contribuyen en nada a callar las sospechas que siempre ha despertado semejante instrumento normativo.

¹⁸ Art. 10. 15º: "Son circunstancias agravantes: ...Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro, al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor. La condena de un tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los tribunales españoles, siempre que hubiere sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubieren podido serlo".

¹⁹ Sin embargo, MIR PUIG, consecuente con su sistema, ha entendido que la circunstancia de reincidencia se puede fundamentar en un mayor contenido del injusto del hecho al que se aplica la agravante. Y es coherente con su sistema en la medida en que el autor mantiene que la conciencia de la antijuridicidad determina el propio injusto del hecho. El reincidente, desde este punto de vista, mayor conocedor de la significación antijurídica de la infracción que comete, determina una mayor antijuridicidad del hecho que es sancionada con un incremento en la pena (MIR PUIG, *La reincidencia...*, cit., págs. 532 y ss.). Con todo, y con independencia de la naturaleza jurídica de la reincidencia, el fundamento radica, según dicho autor, en la actitud de mayor desprecio y rebeldía ante los valores del ordenamiento jurídico del sujeto reincidente frente al sujeto primerizo (*La reincidencia...*, págs. 523 y ss.).

Estos serían los tres datos más importantes que revelarían cierta referencia a una culpabilidad de autor. Seguidamente tienen que examinarse estas tres situaciones en la regulación del anteproyecto de 1992.

En lo que respecta al delito imposible o la tentativa inidónea, desaparece del anteproyecto, estimándose plausible dicha supresión que venía propugnada casi unánimemente por la doctrina²⁰.

En cuanto a las medidas de seguridad, el anteproyecto establece un nuevo sistema que representa una notable mejoría, al menos en sentido teórico, respecto de la actual situación legal. Las medidas de seguridad se someten formalmente al principio de legalidad²¹, se introducen en el texto codificado²², solo pueden imponerse al sujeto que ha cometido un hecho constitutivo de delito (sistema vicarial)²³ y, en fin, se emplea un lenguaje más acorde con la concepción científica y el espíritu que las inspira²⁴.

Junto a estas importantes innovaciones, deben tenerse presentes, a efectos del presente examen, dos puntos claves, reflejados en el art. 4º del anteproyecto, que determinan una clara fundamentación en la responsabilidad por el hecho y no por el carácter. Así, en primer lugar, en el numeral 1º del mentado precepto se establece que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Y, en segundo lugar, en el numeral 2º se establece un principio de proporcionalidad y límite que viene determinado por el hecho inicialmente cometido: las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

No cabe duda, pues, que la base del sistema del establecimiento de las correspondientes medidas de seguridad descansa en un derecho penal preventivo respetuoso del principio de culpabilidad por el acto aislado, lo que representa un notable avance respecto de la regulación actual²⁵.

²⁰ El proyecto de Código Penal de 1980 mantiene esta figura en su art. 25: "...En los casos de imposibilidad de producción de un delito por falta de idoneidad de los medios empleados o por ausencia de objeto, la pena correspondiente a la tentativa podrá reducirse en los términos previstos en el artículo 73 de este Código". En términos similares se expresa la propuesta de anteproyecto de 1983 en su art. 21.2.

²¹ Art. 1º.3: "Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen establecidas legalmente con anterioridad ni para supuestos distintos de los expresamente señalados por las leyes".

²² El título IV del libro I del anteproyecto regula las medidas de seguridad.

²³ El art. 95 del anteproyecto exige como requisito necesario para la imposición de una medida de seguridad que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

²⁴ Puede compararse, a título de ejemplo, la criticada expresión de "peligrosidad social" empleada por la ley de 4 de agosto de 1970 frente a la referencia que se realiza en el numeral 2º del art. 95 del anteproyecto: "...Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".

²⁵ En relación con la introducción del nuevo sistema de medidas de seguridad en el anteproyecto, se ha señalado: "Han imperado posiciones realistas y garantistas, pese a que ello haya supuesto la desnaturalización de las medidas de seguridad y dejar pendiente la virtualidad del propio sistema por lo que se refiere a la emisión del necesario juicio de pronóstico de la peligrosidad que deberá realizarse con garantías y pruebas que enerven la presunción de inocencia, y en lo que atañe al establecimiento y medios para su cumplimiento" (JAVIER BOIX REIG, *El nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, núm. 2, 1992, pág. 3).

Finalmente, en cuanto a la agravante de reincidencia, se puede decir que el anteproyecto retrocede un paso respecto de las previsiones que venían establecidas en la propuesta de 1983 y en el borrador de 1990. En estos dos textos, la reincidencia desaparece como circunstancia agravante que determina automáticamente el incremento de la pena. En su lugar, con gran coherencia al menos en teoría, se establece una medida de seguridad para los supuestos de delincuencia habitual, si bien esta previsión no se contiene en el borrador²⁶.

El anteproyecto de 1992, por el contrario, vuelve a introducir la agravante de reincidencia, si bien es cierto que formalmente no se trata de una circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal. En efecto, la reincidencia se concibe ahora como una regla de determinación penal, junto a las genéricas que vienen establecidas en el art. 62. Pese al cambio de ubicación, la circunstancia guarda prácticamente todos los efectos que subsisten en el vigente Código Penal²⁷. Aunque la aplicación automática de la reincidencia ha disminuido en el anteproyecto de 1992, en la medida en que su imposición es facultativa para los supuestos de delito anterior más grave o dos de menor sanción, perviven todavía los vestigios de culpabilidad de autor que fundamenta su propia razón de ser. Sin duda alguna, argumentos de política criminal han primado por encima de planteamientos teóricos más o menos coherentes, debido, quizás, al gran problema que representa la delincuencia reincidente en los índices de criminalidad global²⁸. En este sentido, el propio

²⁶ El art. 100.3 de la propuesta considera habitual al delincuente que hubiere sido condenado por tres o más delitos que, no habiendo sido cancelados regístralmente, hagan presumible su inclinación a delinquir según declaración expresa del tribunal, previos los informes a que se refiere el art. 87.2º. En el numeral 1º de este art. 100 se establece la respectiva medida de seguridad: "A los delincuentes habituales el tribunal les impondrá, además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena". El borrador de la parte general del Código Penal de octubre de 1990 omite la agravante de reincidencia, y contiene en su art. 70 una referencia al delincuente habitual: "A los efectos de este Código, se consideran habituales los que hubiesen sido condenados por tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años". Sin embargo, frente a la propuesta de 1983, no se contiene ninguna medida de seguridad especial para los supuestos de delincuencia habitual.

²⁷ Así, el art. 65 del anteproyecto dispone lo siguiente: "1. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo capítulo de este Código y sea de la misma naturaleza.

"2. También hay reincidencia si la condena ejecutoria anterior lo fuera por otro delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquella señale pena menor.

"3. Cuando concurriera la circunstancia descrita en el número 1 de este artículo, los jueces o tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley. Si se trata de la reincidencia contemplada en el número 2, los jueces o tribunales podrán imponer la pena en su mitad superior, si lo estiman adecuado a las circunstancias del hecho y del autor".

²⁸ La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo, a este respecto, tampoco mantiene un criterio uniforme sobre el fundamento de la agravante de reincidencia. Así, la famosa sentencia del Supremo de 6 de abril de 1990, tras señalar que en el moderno derecho penal solo es admisible la culpabilidad por el acto aislado, establece que una determinada interpretación de la reincidencia puede ser inconstitucional, esto es, en los supuestos en que la aplicación de la agravante del art. 10.15º determine una pena superior a la medida que marca la culpabilidad atendiendo al acto aislado. Sin embargo, la sentencia

Tribunal Constitucional ha admitido en una reciente sentencia la total compatibilidad entre la agravante de reincidencia y los principios constitucionales básicos emanados del Texto Fundamental²⁹.

Es momento de evaluar, si bien brevemente, la situación del principio de culpabilidad por el hecho aislado en el anteproyecto de 1992. Y a este respecto se tiene que señalar que también en este punto la valoración global se muestra favorable. Desaparece la tentativa inidónea, y con ella uno de los vestigios de culpabilidad de autor que encontró su nacimiento legislativo en momentos en los que el autoritarismo de Estado era bien patente. De igual forma, el cambio de sistema en el establecimiento de las medidas de seguridad, la desaparición de los estados peligrosos predelictivos y la sustancial variación de su fundamento determinan un alejamiento de las fundadas sospechas, confirmadas en parte por el propio Tribunal Constitucional, de la compatibilidad de su vigencia con el Estado Social y Democrático de Derecho que propugna el propio Tribunal Fundamental. Pero el anteproyecto podía haber avanzado aún más en la línea marcada por la propuesta de 1983 o por el propio borrador que le antecede inmediatamente extrayendo de las agravantes (formales o materiales) la circunstancia de reincidencia, que solo encuentra su fundamento en razones que poco tienen que ver con la culpabilidad del hecho³⁰.

3. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El principio de presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, proyecta su significación y contenido en sus vertientes material y proce-

del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1990, tras mantener que el fundamento de la agravante de reincidencia reside en la mayor peligrosidad del sujeto, entiende que esta es perfectamente compatible con los principios constitucionales que informan el derecho penal. Un comentario sobre la primera resolución, desde diferentes perspectivas: MARÍA ÁNGELES JAREÑO LEAL, "Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad", en *Poder Judicial*, núm. 22, 1991, págs. 245 y ss.; EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, "La agravante de reincidencia y su acomodo constitucional", en *Revista General de Derecho*, núm. 552 (septiembre, 1990), págs. 6.580-6.589. Un análisis comparativo entre ambas reducciones: EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, "Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia", en *Revista General de Derecho*, núm. 558 (marzo, 1991); págs. 1.129-1.139.

²⁹ STC 150/1991, de 4 de julio (Pleno). No podemos entrar aquí, por obvias razones, en un análisis de esta interesante resolución. Simplemente se tiene que destacar el énfasis que ha puesto el Tribunal Constitucional en la libertad que tiene el legislador para establecer en atención a razones de política criminal las medidas que estime oportuno para poder garantizar los bienes jurídicos que permiten la coexistencia de la comunidad. La principal crítica que se le puede reprochar al Defensor de la Constitución en esta importante decisión, es el rechazo constante a los argumentos en favor de la inconstitucionalidad de la mentada agravante aduciendo reiteradamente la ausencia de posición dogmática en la interpretación de los preceptos constitucionales.

³⁰ La 23ª ley de reforma penal de 13 de abril de 1986, suprimió el § 48 del Código Penal alemán, que regulaba la institución de la reincidencia. Con razón ha señalado ROXIN que la circunstancia de agravación de reincidencia existente hasta ahora en el Código Penal alemán ha sido eliminada precisamente en consideración al principio de culpabilidad (CLAUS ROXIN, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito con base a la política criminal*, Barcelona, 1992, pág. 142 y nota 72).

sal³¹. De acuerdo con la primera, el principio de presunción de inocencia constituye un auténtico derecho subjetivo que implica, en el ámbito extraprocesal, el trato y la consideración como no autor o partícipe de un hecho punible, sin adelantar la consecuencia jurídica relacionada con el mismo. En el plano procesal estricto, el sujeto goza, a lo largo de su enjuiciamiento, de la presunción de inocente, que solo podrá ser levantada con pruebas fehacientes de su culpabilidad y en el momento procesal oportuno.

Pero no es aquí donde queremos centrar nuestras consideraciones, sino en el aspecto sustantivo de la formulación de la norma penal. "En el plano del derecho penal sustantivo, la presunción de inocencia *representa un límite frente al legislador*. En virtud de ese límite, y dado la naturaleza constitucional del mismo, serán nulos los preceptos penales que establezcan una responsabilidad basada en hechos presuntos o en presunciones de culpabilidad"³².

La vulneración del principio de presunción de inocencia, en su vertiente material, es una vulneración del principio de culpabilidad en la medida en que una norma puede establecer, en relación con el sujeto que realiza una determinada conducta, una imputación *iuris et de iure* de la comisión de un injusto penal, existiendo posibilidades en contra de esa relación impuesta como jurídicamente necesaria. Al sujeto, en definitiva, se le reprocharía un hecho que no necesariamente ha perpetrado.

En el vigente Código Penal subsisten algunos preceptos que pueden implicar el castigo de un sujeto por una presunción de comisión de un hecho.

De esta forma, el art. 502 del vigente Código Penal determina que los malhechores presentes en la ejecución de un robo en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlo. El respeto al principio de culpabilidad no parece asegurado en esta disposición, en la medida que se equipara pasividad con presunción *iuris et de iure* de autoría, relación que puede ser real en muchas ocasiones, pero que también puede suponer una mera ficción, sobre todo en los supuestos de inexigibilidad o de ausencia de relación causal por imprevisibilidad de la actuación de alguno de los miembros de la cuadrilla. Tampoco parece muy acertado en este sentido el art. 483 del mismo texto punitivo³³. El precepto, pese a algunos recientes intentos de justificación³⁴,

³¹ Al respecto, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, cit., págs. 78 y 79.

³² COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *ibidem*.

³³ "El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor".

³⁴ Así, el propio Tribunal Supremo, en la famosa sentencia de 25 de junio de 1990 (caso "El Nani"), fundamento jurídico decimoséptimo, interpreta que el precepto citado es perfectamente compatible con la Constitución. Otros autores sostienen esta constitucionalidad con base en diferentes argumentos. Así, COBO DEL ROSAL-CARBONELL MATEU, acudiendo al principio de conservación de las normas, entienden que en el precepto, pese a ser criticable su redacción, se puede justificar la gravedad del castigo con base a que la detención ilegal es indefinida. (MANUEL COBO DEL ROSAL, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, JAVIER BOIX REIG, ENRIQUE ORTS BERENGUER, JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, *Derecho penal*, parte especial, 3ª ed., Valencia 1990, pág. 746). También MUÑOZ CONDE (*Derecho penal*, parte especial, 8ª ed., Valencia, 1990, págs. 154 y 155) aboga por la constitucionalidad de la disposición legal por razones de política criminal. En esta misma línea de justificación del precepto, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *El delito de detención ilegal con desaparición forzada*, en Libro Homenaje al profesor FERNÁNDEZ ALBOR, Santiago de Compostela, 1989, pág. 362.

es de dudosa constitucionalidad en la medida en que presume que quien detiene a otro sin dar razón de su paradero o sin acreditar haberlo dejado en libertad, ha ocasionado su muerte. La grave pena que acompaña al hecho punible (reclusión mayor, la misma del parricidio) refuerza el carácter de presunción de la existencia de un delito contra la vida. Las mismas críticas son trasladables al injusto contenido en el art. 485 del Código Penal³⁵.

El anteproyecto en este punto no ha variado demasiado la posición que se mantiene en el vigente Código Penal. Ciertamente es que entre los delitos de robo ya no se encuentra ninguna norma que contenga previsión similar a la contenida en el actual art. 502, desaparición que se valora positivamente. Pero en materia de detenciones ilegales, el secuestro bajo presunción de homicidio sigue presente con idéntico tenor literal y similar castigo en términos comparativos³⁶, siendo esta disposición criticable por las razones señaladas. El anteproyecto no contiene, afortunadamente, precepto similar al del actual art. 485.

Tras este examen comparativo se puede decir que el anteproyecto da un paso más en relación con la supresión de algunos preceptos que ofrecen dudas sobre su acomodo al respeto del principio de presunción de inocencia en sentido material. Pero este paso es muy corto, pues no modifica la redacción del criticable precepto relativo a la detención con desaparición de la víctima. La reforma de 1989, que eliminó los dos delitos contenidos en los arts. 408 y 424 (homicidio y lesiones en riña tumultuaria), en razón de su dudosa constitucionalidad, apenas encuentra una tímida continuación en el anteproyecto de 1992. Es de esperar que antes de su redacción definitiva el criticable art. 170 de dicho proyecto sea objeto de una sustancial modificación.

4. PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL LA PENA NO DEBE SOBREPASAR LA MEDIDA DE CULPABILIDAD

Este subprincipio se formula como una exigencia del propio principio de culpabilidad, y ya se encuentra plasmado en alguna medida en los que han sido examinados anteriormente. Aquí se hará referencia a los aspectos que más directamente se

³⁵ Art. 485: "El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor".

³⁶ El art. 170 del anteproyecto determina: "El reo de detención ilegal o secuestro que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de prisión de doce a dieciséis años". Si se tiene presente que el delito de homicidio contenido en el art. 142 viene castigado con la pena de prisión de diez a quince años, no cabe duda que la presunción de existencia de ese crimen sigue latiendo en la regulación del que puede ser futuro Código Penal. El anteproyecto retrocede notablemente en este punto respecto de las previsiones que se contienen en el art. 183 del proyecto de 1980 y en el art. 161.2 de la propuesta de 1983 ("si por la detención ilegal o secuestro se causare dolosamente la muerte de la víctima, se impondrá la pena de quince a veinte años"), mucho más respetuosas con el principio de culpabilidad.

relacionen con la proporcionalidad de la sanción, en atención al contenido cuantitativo del reproche del autor por el hecho cometido. No se trata, pues, de establecer una innovación estructural del examen del principio de culpabilidad, sino solo de analizar en un mismo apartado y de forma conjunta y ordenada las cuestiones que contienen aspectos comunes.

Tras estas consideraciones generales, se puede pensar que la locución enunciada es tan evidente que no necesita de formulación alguna. Sin embargo, en la evolución histórica del derecho penal los supuestos de responsabilidad objetiva, sin tener en cuenta la intención del sujeto o las posibilidades de previsión y evitación del resultado, han contemplado una forma normal de imputación objetiva. De hecho, el principio del *versari in re illicita*, según el cual el autor de un hecho ilícito debe responder por todas las consecuencias derivadas de él, representa de entrada una garantía y un avance respecto a los supuestos de mera responsabilidad objetiva, en cuanto que ya se establece un límite: el acto inicial, al menos, debe de ser ilícito. Las consecuencias del principio del *versari*, que todavía están presentes en nuestro ordenamiento jurídico (preterintencionalidad, delitos cualificados por el resultado), sin embargo, lejos de constituir un progreso en la evolución del principio de culpabilidad, representan hoy en día una limitación del mentado principio. En las líneas que siguen se examina, partiendo de la regulación de nuestro vigente Código Penal, el estado de esa evolución en la superación de los vestigios del principio del *versari* en el anteproyecto de 1992. También se examinará el tratamiento que dicho anteproyecto les da a ciertas figuras cualificadas de la parte especial del vigente Código, cuyo incremento o disminución del castigo está anclado en una presunción de mayor o menor culpabilidad que encuentra difícil justificación en algún supuesto real de aplicación.

El primer inciso del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal establece que no hay pena sin dolo o culpa. Esta aseveración legal es considerada por algunos autores como un auténtico principio³⁷. Conductas perpetradas sin intención o conocimiento, de un lado; o sin violar el deber de cuidado que le correspondería observar al sujeto, de otro, no pueden ser castigadas con la sanción criminal. Los supuestos de responsabilidad objetiva en sentido estricto, por tanto, están fuera del ámbito del derecho penal. Y, por supuesto, nuestro Código Penal es coherente con este principio.

De este subprincipio también se extrae la consecuencia de que la conducta cometida a título de dolo es siempre más grave que la perpetrada a título de culpa³⁸, previsión que es asimismo contemplada en el actual Código Penal³⁹.

³⁷ En este sentido SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, parte general, cit., pág. 108; GONZALO QUINTERO OLIVARES, *Introducción al derecho penal*, parte general, Barcelona, 1981, pág. 53.

³⁸ Y en este punto están de acuerdo tanto los que califican la culpabilidad como reproche, como los que prefieren fundar la imputación subjetiva en la capacidad o posibilidad de motivabilidad del sujeto.

³⁹ El art. 565 del C. P. en su párrafo séptimo impide que un delito doloso sea penado igual que un delito imprudente: "Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando las penas previstas en el mismo sean iguales o superiores a las del correspondiente delito doloso, en cuyo caso los tribunales aplicarán la inmediata inferior a esta última en el grado que estimen pertinente".

Excederían la medida de culpabilidad, ya en el momento legislativo, consecuentemente, aquellos preceptos que de manera directa o indirecta sancionasen a título de dolo acciones, comportamientos o resultados que se perpetraran imprudentemente o que sobrepasan en su concreción material la intención del sujeto. Esto sucede, precisamente, con los delitos cualificados por el resultado y los supuestos de preterintencionalidad, las últimas reminiscencias del principio del *versari in re illicita*.

En cuanto a los denominados "delitos cualificados por el resultado", estos vienen previstos con carácter general, en el segundo inciso del párrafo segundo del artículo primero del Código Penal: "Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, solo se responderá de este si se hubiese causado, al menos, por culpa". Pese a que algún autor todavía considera que esta fórmula legal representa los efectos desplegados por el principio de culpabilidad (o responsabilidad subjetiva, según se quieran emplear los términos)⁴⁰, lo cierto es que la categoría de los delitos cualificados por el resultado implica, en la mayoría de los casos, la incriminación de toda conducta dolosa cuando parte de esta (la que afecta al resultado) se perpetra a título de culpa. Son mencionados como delitos cualificados por el resultado en nuestro Código Penal el aborto con resultado de muerte o lesiones graves⁴¹, el abandono de menores con resultado de muerte⁴² o los diversos delitos contra la salud pública con resultado de muerte⁴³, entre los más destacables. Suponen generalmente una vulneración del principio de culpabilidad porque, aun cuando respecto al resultado se exija al menos imprudencia, el hecho será castigado con mayor pena que si se hubiese tratado de un concurso de delitos (entre la infracción base dolosa y la derivada imprudente), o, incluso, un solo delito imprudente⁴⁴.

⁴⁰ En este sentido, JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de derecho penal* (parte general). *Las teorías de la pena y de la ley penal*, Granada, 1990, pág. 194. Es cierto que, a primera vista, el precepto señalado incorpora una limitación a la responsabilidad objetiva, pues ahora ya no es posible que el sujeto responda por las consecuencias fortuitas que tienen origen en el delito base ilícito. Pero, como se manifiesta más adelante en el texto, la misma subsistencia del delito cualificado por el resultado implica incriminar como dolosos actos que no son concebidos intencionalmente por el autor.

⁴¹ Último párrafo del art. 411: "Cuando a consecuencia de aborto o de prácticas abortivas realizadas en la mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número 2º del art. 421, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquier otra lesión grave, la de prisión mayor".

⁴² Último párrafo del art. 488: "En todos los casos de este artículo y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere otro delito más grave, cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y, si sobreviniere la muerte, se impondrán las penas inmediatamente superiores" (el subrayado es nuestro).

⁴³ Art. 348: "Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores, resultare muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos".

⁴⁴ Es en este punto donde se observa la influencia del principio del *versari in re illicita*. Por otra parte, no puede haber delito cualificado por el resultado, como es evidente, cuando respecto de este concurre dolo directo, pues en tal caso el sujeto responderá por los dos delitos perpetrados, impidiéndose de esta forma la aplicación de la infracción compleja. Más discutibles son los supuestos en los que, en relación con la consecuencia del injusto base, concurre dolo eventual. Dados los límites expositivos a los que se centra el presente artículo, no podemos entrar ahora a resolver esa problemática.

También implican una pena superior a la medida de culpabilidad del sujeto por el acto aislado los supuestos de preterintencionalidad. Como su propio nombre indica, existe preterintencionalidad cuando el resultado que constituye el hecho punible que se le imputa al autor excede la intención que este poseía en la comisión del ilícito inicial. El sujeto, que sabe que actúa antijurídicamente, no pretende causar un resultado de la entidad que ocasionó. Para resolver estos supuestos, el legislador ha entendido que la mejor vía de solución es la aplicación del precepto que objetivamente cometió el agente, y establecer la posible concurrencia de una circunstancia atenuante, denominada por doctrina y jurisprudencia "atenuante de preterintencionalidad"⁴⁵.

No es este el momento oportuno para analizar toda la problemática que entraña la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad. Sin embargo, de acuerdo con la opinión más común, parece lógico que esta entre en juego cuando concurren los presupuestos objetivos y subjetivos iniciales de una figura delictiva comprensiva de varios tipos que pueden regularse en atención al resultado⁴⁶. De los diferentes tipos unidos en una figura común, se aplicaría aquel en que se ha materializado objetivamente la conducta del agente, y que excede la intención (que apuntaba a un tipo delictivo con un resultado de menor gravedad) que guió al culpable en la comisión del ilícito inicial⁴⁷. De ahí que las consecuencias versaristas de la aplicación del precepto sean inevitables si se le quiere dotar de alguna vigencia: al sujeto que quiere y perpetra un hecho ilícito, se le imputa otro distinto (aunque el bien jurídico se encuentre en la misma línea de ataque), de mayor gravedad. Cierto es que este delito más grave atribuido al autor va a recibir el efecto de una circunstancia atenuante, pero no se puede olvidar que la pena base que se le impone al sujeto es, al menos, superior en grado y, por tanto, superior a lo merecido desde el punto de vista de la atribución subjetiva, sin que la susodicha circunstancia pueda bajar jamás al marco correspondiente a esa atribución subjetiva (salvo, claro está, que la circunstancia se considere como muy cualificada y no exista otra u otras agravantes).

La existencia de delitos complejos en nuestro Código Penal puede también enfrentarse a los postulados básicos que emanan de la afirmación del principio

⁴⁵ Art. 9.4º: "Son circunstancias atenuantes: ... 4º) La de no tener el culpable intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo".

⁴⁶ En este sentido, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, parte general, cit., pág. 493, y la cita doctrinal en este sentido en la nota 35.

⁴⁷ A título de ejemplo, la atenuante de preterintencionalidad se aplicaría en el supuesto de un sujeto que quiere ocasionar un incendio de escasa entidad en un establecimiento, con lo cual pretende ocasionar a su propietario unos daños equivalente a la deuda que este no le paga de 50.000 pesetas; aconteciendo que el resultado producido excede de 250.000 pesetas. En tal supuesto, según lo indicado en el texto, se trata de dos tipos contenidos en una misma figura legal (el querido inicialmente y el objetivamente producido), en el que se podría aplicar el resultado más grave efectivamente materializado, pero no alcanzado subjetivamente, con la atenuante del art. 9.4º. Luego se aplicaría el art. 552 en su inciso segundo (incendio de cosas no comprendidas en los artículos precedentes cuyo importe excede de 250.000 pesetas) con la concurrencia de la circunstancia de que el culpable no tenía intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

de culpabilidad. La refundición de dos tipos de injusto en una sola figura delictiva supone una exclusión, según el principio de especialidad del concurso de delitos con base en argumentos de dudosa solidez (razones de política criminal, especial consideración al tipo de autor, etc.) que determinan, en la generalidad de los casos, una mayor punibilidad de la que correspondería al sujeto si se enjuiciasen los delitos por separado. Los robos complejos del art. 501 (robo con homicidio, con lesiones, acompañados de violación) representarían una prueba palpable de la crítica expuesta⁴⁸. En la medida en que el contenido del injusto no aumenta en el delito complejo en relación con el concurso de delitos a que daría lugar el comportamiento delictivo de no existir aquel, no se explica muy bien por qué la punibilidad debe aumentar (o disminuir en casos excepcionales) en el mentado supuesto. La pena en tal situación no responde con coherencia a la medida de la culpabilidad del autor por el hecho o los hechos cometidos.

Existen, en fin, en nuestro vigente Código Penal algunas figuras delictivas cualificadas o atenuadas, cuya penalidad en abstracto no (o no siempre) parece responder muy bien a la medida de la culpabilidad del autor, atendiendo al hecho concreto cometido. A título de ejemplo se pueden citar los delitos de parricidio e infanticidio. En efecto, la primera de las conductas señaladas se castiga con la pena de reclusión mayor⁴⁹, superior en grado a la que conmina al delito de homicidio, y el único fundamento hoy admisible residiría en un mayor grado de culpabilidad (presumible objetiva y legalmente) que concurre en aquel que mata a uno de los familiares que figuran en el art. 405 (ascendiente, descendiente o cónyuge). Es esta, pues, una imposición legal que se constituye en presunción *iuris et de iure* de mayor culpabilidad, pensando el legislador que la norma subjetiva de determinación reprueba especialmente la desconsideración a las raíces afectivas emanadas del vínculo sanguíneo o de la relación matrimonial⁵⁰. De forma paralela, el delito de infanticidio tipificado en el art. 410 del Código Penal⁵¹ viene castigado con una sanción de prisión menor, notablemente inferior al delito de homicidio, y la razón parece hallarse en una menor reprochabilidad en atención a la coacción ético-social que presiona a la mujer en ciertos ambientes y bajo específicos condici-

⁴⁸ En ocasiones, el delito complejo produce efectos totalmente contrarios, y su punibilidad representa un beneficio para el autor. Esto ocurre en el supuesto de robo con homicidio con la concurrencia de la agravante de alevosía, que puede ser castigado más levemente que el propio asesinato en razón de la reforma del 25 de junio de 1983. Un menor contenido del injusto representa, paradójicamente, una mayor sanción, hecho que rompe con todos los principios penales y con la propia lógica.

⁴⁹ Art. 405 del Código Penal: "El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor".

⁵⁰ EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, *Parricidio e infanticidio: ¿Dos especies a extinguir?*, estudios en homenaje a la profesora Sylvia Romeu Alfaro. Valencia, 1989, págs. 143 y 144, notas 9 y 10, en las que se recoge el parecer de la mayoría de la doctrina (TORÍO LÓPEZ, DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, COBO-CARBONELL, BAJO FERNÁNDEZ, entre otros).

⁵¹ Art. 410: "La madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

mientos culturales. Ahora bien, ese menor reproche es contemplado normativamente por el legislador como inherente a la figura delictiva. Se crea de nuevo una presunción *iuris et de iure*, en el sentido de entender siempre en esa conducta especialmente relajada la norma subjetiva de determinación dirigida a los sujetos activos⁵².

Esta forma de concebir la culpabilidad en los dos delitos señalados puede dar lugar a situaciones paradójicas en las que la sanción es inversamente proporcional a la culpabilidad del sujeto. Así, por ejemplo, si una mujer mata a su hijo recién nacido por móviles piadosos (verbigracia, el bebé nace sin brazos ni piernas y la madre lleva a cabo la acción letal para evitar el sufrimiento del niño) será castigada, como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor. Pero si ocasiona la muerte de la criatura para ocultar su deshonra, entonces es castigada como autora del delito de infanticidio, y la pena es notablemente inferior: prisión menor. El injusto es el mismo, se ha matado a un recién nacido, la culpabilidad, desde el punto de vista material, también. Sin embargo, la consecuencia totalmente infortunada: el hecho más reprochable tiene que ser sancionado con el menor de los castigos, y viceversa. Es este resultado indeludible por defectos de técnica legislativa y de ausencia de continuidad técnica entre ambos hechos punibles, consecuencia que es, a todas luces, inconcebible en un derecho penal que quiera ostentar los calificativos de democrático y civilizado.

Vistos los principales escollos que se presentan en el vigente Código Penal respecto de la garantía establecida con vista a la proporcionalidad entre pena y medida de culpabilidad se tiene que analizar seguidamente la situación en el anteproyecto de 1992.

En cuanto a los delitos cualificados por el resultado, desaparece la referencia legal del segundo inciso del párrafo segundo del art. 1º del Código Penal, que con carácter general posibilita su existencia⁵³. Consecuente con esta supresión, en la parte especial del anteproyecto desaparecen gran parte de los delitos considerados por la mayoría de la doctrina como cualificados por el resultado. Es claro, pues, que el texto examinado retira un importante obstáculo en la configuración real del principio de culpabilidad, y esta consecuencia se estima favorable. El sujeto deberá responder del ulterior resultado ocasionado de forma independiente y con arreglo al grado de culpabilidad (dolo o imprudencia) que respecto del mismo concorra.

Las mismas consideraciones son trasladables a los supuestos de preterintencionalidad, de delitos complejos o de las figuras especiales de parricidio e infanticidio. Desaparece la atenuante de preterintencionalidad y con ella todos los problemas que tanto técnica como valorativamente se derivaban de su siempre cuestionable

⁵² BORJA JIMÉNEZ, *Parricidio e infanticidio*, cit., págs. 147 y 148. Sin embargo, la doctrina mayoritaria considera que la razón de la menor punibilidad del infanticidio reside en el contenido del injusto, en la medida que consideran el ánimo de ocultar la deshonra como un elemento subjetivo del tipo.

⁵³ Dicha regla ("Cuando la pena venga determinada por la ulterior producción de un resultado más grave solo se responderá de este si se hubiere causado, al menos, por culpa") procede del segundo párrafo del art. 3º del proyecto de 1980, y fue introducida en el vigente Código Penal por la reforma de 25 de junio de 1983. La propuesta de 1983, al igual que el proyecto, la elimina de su texto.

aplicación. La misma suerte corren algunos de los delitos complejos más importantes⁵⁴, dando lugar ahora las conductas que estos representaban al concurso de delitos, que valora más correctamente la culpabilidad del autor.

En cuanto a los delitos de infanticidio y parricidio, estos desaparecen en el anteproyecto de 1992, sin que ello signifique, claro está, que las conductas a las que se hace referencia en los respectivos preceptos queden sin sanción⁵⁵. En efecto, la muerte de un pariente será calificada, en principio, como delito de homicidio, y la circunstancia de parentesco se tendrá en cuenta (o no, si esta es totalmente irrelevante) para atenuar o agravar la pena, según la naturaleza, los efectos y los motivos del delito, como circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal, que es la que representa la circunstancia mixta de parentesco⁵⁶. En cuanto al delito de infanticidio, si este viene motivado por alguna circunstancia que disminuye la imputabilidad de la mujer en el momento del alumbramiento (y de mayor entidad que el mero ánimo de ocultar la deshonra sexual de la mujer, salvo casos muy excepcionales), se podrá aplicar el delito genérico contra la vida con la eximente completa o incompleta de trastorno mental transitorio, o incluso, si fuese el caso, la correspondiente atenuante analógica. Qué duda cabe de que la nueva regulación en relación con estos delitos propicia una sanción más adecuada a la culpabilidad del autor por el hecho cometido, y en este punto se produce, una vez más, un notable avance en la nueva formulación del principio de culpabilidad.

⁵⁴ Los delitos complejos de robo que hoy se encuentran en el actual art. 501 del Código Penal desaparecen en el anteproyecto de 1992. En este sentido, el art. 242 establece: "El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con las penas de prisión de tres a siete años, *sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizasen, si fueren constitutivos de delito*" (el subrayado es nuestro).

⁵⁵ El paso dado por el anteproyecto de 1992 es el resultado de una progresiva evolución que se produce tanto en los dos anteriores proyectos de reforma penal como en la propia doctrina. En cuanto al delito de parricidio, el proyecto de 1980 deja las cosas prácticamente como se encuentran en la regulación vigente; solo el art. 157 mejora la redacción acompañando a los sustantivos "ascendientes" y "descendientes" el calificativo de "consanguíneos". La propuesta de 1983 avanza algo más, y en su art. 141, manteniendo la previsión de consanguinidad del proyecto de 1980, elimina del parricidio los supuestos de conyugicidio.

En cuanto al delito de infanticidio, el proyecto de 1980 incrimina en su art. 158 la conducta de la madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por el alumbramiento. Con esta regulación, el citado proyecto abandona el sistema latino de tipificación de este delito y se adscribe al germánico. La propuesta define en su art. 143 la conducta en términos más claros, pero semejantes: "La madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia de tensiones emocionales provocadas por circunstancias del alumbramiento, será castigada como reo de infanticidio con la pena de prisión de tres a ocho años". Aunque la redacción de ambos preceptos representa un avance respecto de la actual, no cabe duda, como se indica arriba, que la mejor solución es la supresión de dichos delitos.

⁵⁶ El art. 22 del anteproyecto regula la circunstancia mixta de parentesco en términos idénticos al actual art. 11 del vigente Código Penal. Aparte de ese carácter reversible de la circunstancia, es preferible también su aplicación por el ámbito de relaciones de parentesco y cuasiparentesco que considera más amplio y acorde con la sociedad actual.