

«Acto, resultado y proporcionalidad»(*)

(Aportación a la reforma del Código penal español)

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho Penal

En los últimos años la dogmática penal ha llegado a algunas conclusiones, que pueden ya considerarse como unánimes, respecto a una serie de cuestiones fundamentales del delito y la pena. El movimiento renovador que en lo que concierne a Alemania fue propiciado por la ingente labor colectiva de configuración del nuevo Código penal, tarea que dio lugar al Proyecto Alternativo de Código (1), y que en Italia ha supuesto la entrada fulminante del análisis político en la dogmática, debido en especial a los trabajos del grupo de penalistas vinculado al Centro de Estudios para la Reforma del Estado (2); parece en cambio que todavía no ha comenzado a desarrollarse plenamente en España, al menos de una manera organizada y planificada (3). Frente a esto se ha producido ya el anuncio oficial de la redacción de un nuevo Código penal que, espero, no estará aún elaborado cuando estas líneas vean la luz.

(*) Es para mí un honor contribuir con este modesto trabajo al merecido homenaje que se rinde al profesor Antón Oneca, cuya obra nos sirve de permanente orientación en el quehacer de penalistas.

(1) El Proyecto Alternativo de Código penal era más avanzado político-criminalmente que el Proyecto oficial; algunas de las propuestas del Proyecto Alternativo serían recogidas en el texto definitivo o bien variarían ciertas disposiciones. La Parte General del Alternativ-Entwurf apareció en 1966 (2.ª edición en 1969), mientras que la especial ha ido publicándose parcialmente los años 1968, 1970, 1971.

(2) Este grupo tiene como principal órgano de expresión la revista «La Questione Criminale», que comenzó a publicarse en 1975. Entre sus miembros cabe destacar a Bricola, Baratta, Melossi, Sgubbi, Pavarini, etc.

(3) Que no significa que no existan las preocupaciones, sino que, a diferencia de lo ocurrido en Alemania e Italia no se han manifestado a través de grupos organizados. Si en este lugar he citado los ejemplos alemán e italiano ha sido a fin de aprovechar la ocasión para destacar la perentoriedad de una reacción organizada de los penalistas españoles ante la inminencia de un nuevo Código.

¿Será un nuevo Código o será una «reforma» más o menos profunda del actual (4)? Es este el pilar básico del problema. Solamente un nuevo Código puede acometer esas cuestiones fundamentales del sistema que en modo alguna podrán variarse de conservarse la antigua arquitectura por mucho que se quiera remozarla. Y, sí en el mejor de los casos será un nuevo Código, es urgente adelantar presupuestos a respetar ineludiblemente, que no son ciertamente un invento de los penalistas españoles, sino tan sólo expresan un sentir generalizado en nuestra órbita cultural.

En otro lugar me he referido a problemas concretos como el de la determinación de la pena. Aquí, en cambio, pretendo destacar algunos problemas que no por sabidos pierden su importancia, y que se inscriben en el ámbito de la técnica penal o de los tipos penales en relación con una serie de principios básicos que los mismos deben acatar.

Es sabido que como principios fundamentales del sistema penal se invocan hoy los de mínima intervención (5), protección exclusiva de los valores ético-sociales imprescindibles para la convivencia —que se configuran como bienes jurídicos tutelados (6)—, seguridad jurídica (7), respecto a la idea de Estado de Derecho, humanitarismo, legalidad de los delitos, las penas, el proceso, y la ejecución, legalidad que se entiende en una dimensión no formalista sino plena de contenido material que arranca de la vinculación misma a las garantías constitucionales y a los fines que de esas garantías se desprende corresponde al aparato represivo (8), y respeto, por último, a los principios de culpabilidad y proporcionalidad (9), condensadores, en la aplicación concreta del sistema punitivo, de buena parte de esos principios ge-

(4) Un nuevo Código implica una nueva filosofía política y político-criminal; por eso no fueron «nuevos» Códigos las sucesivas reformas del texto de 1944 (Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», Madrid, Civitas, 1977, p. 48). Sobre el papel de los penalistas en la elaboración de un nuevo Código me remito a ANTÓN: «Notas críticas al Código penal. Las decisiones». Estudios Penales, Homenaje al P. J. Pereda, Bilbao, 1965, pp. 775-776.

(5) Sobre el principio de mínima intervención y sus consecuencias, vid.: MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho penal», Barcelona, 1975, pp. 59 y ss.

(6) El significado del bien jurídico es crucial para la política criminal. Eso explica la coincidencia entre la creciente preocupación por la función de la política criminal y la renovación de los estudios sobre el bien jurídico. Sobre el tema recientemente cabe destacar el libro de Annelung «Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft», 1972, y el de Hassemer «Theorie und Soziologie des Verbrechens», 1973; un análisis de ambos en Bustos, «Política criminal e injusto», Comunicación presentada al Congreso de la AIDP, Madrid-Plasencia, 1977; del mismo, «Consideraciones en torno del injusto», en Nuevo Pensamiento Penal, Homenaje a Welzel, Buenos Aires, 1974, p. 33 y ss.

(7) Vid. MIR, «Introducción a las bases del Derecho penal», 1977, p. 143 y siguientes.

(8) Sobre el significado de la legalidad de la intervención del poder punitivo me ocupé en mi libro «Represión penal y Estado de Derecho», Barcelona, 1976. El mismo problema puede verse también en MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 79, R. MOURULLO, op. cit., p. 58 y ss., y MIR, op. cit., p. 151 y ss.

(9) Vid. R. MOURULLO, op. cit., p. 53 y ss.; MIR, op. cit., pp. 153 y ss.; JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts», 1972, p. 14 y ss.; SCHMIDHAUSER, «Strafrecht», AT, 2.ª ed., 1975, pp. 28 y s.

nerales en relación con un individuo concreto. A todo ello es imprescindible añadir las nuevas aportaciones sobre el sentido de la pena y el tratamiento penitenciario, materia en la que los planteamientos tradicionales o meramente reformadores han llegado ya a una situación límite (10).

Lógicamente, no me puedo ocupar en esta modesta aportación del significado y la trascendencia que en un texto penal positivo deben tener cada uno de esos principios. Nuestro futuro Código habrá de reflejarlos, traduciéndolos en fórmulas legales. En el reducido ámbito de estas páginas intentaré únicamente destacar algunas de las consecuencias que la idea de proporcionalidad implica en orden a la modelación de las estructuras de comportamiento punible.

Sería prolijo plantear previamente en toda su profundidad el debate que en la actualidad se desarrolla entre los conceptos de culpabilidad y de proporcionalidad (11). La disputa, frecuentemente, se desquicia en la medida en que se quiera entender que la proporcionalidad es un «sustitutivo» de la culpabilidad, en lugar de lo que en realidad debe ser: una visión más racionalizada y científicamente aprehensible de un problema crucial. Ese problema no es otro que el de la necesidad de un equilibrio aceptable entre los presupuestos de la reacción punitiva y la reacción misma, tanto en el estadio de la conminación del castigo como en el ulterior momento de aplicación de una pena a un autor concreto. Con la proporcionalidad no se pretende resolver aquellos problemas que como el libre albedrío (o la capacidad de determinarse libremente con arreglo a motivos), o la posibilidad de un «reproche personal» a formular judicialmente, atormentan a la culpabilidad. A mi juicio, la proporcionalidad lo que persigue es una solución que supere esos escollos, de índole prepenal, salvando todo aquello que la culpabilidad supone en la vida del sistema positivo, y que se condensa en lo teórico en el fundamento de una serie de casos de exclusión de la responsabilidad, en otros supuestos mitigación de la misma, y en la explicación de la reacción punitiva. La aportación que la culpabilidad hace a un sistema penal moderno, por consiguiente, no puede ni ser discutida (12). Lo que sí puede rechazarse es la explicación que

(10) Sobre ello, recientemente, «Giustizia penale e riforma carceraria in Italia», por Bricola y otros, Roma, Ed. Riuniti, 1974, así como el núm. 2 de 1976 de *La Questione Criminale*. Además, el importante libro de R. P. CALLIES, «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», 1974.

(11) Vid.: A. KAUFMANN, «Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz», *Fests.f.Lange*, 1976, pp. 27 y ss.; y el trabajo, duramente criticado por Kaufmann, de Ellscheid y Hassemer «Strafe ohne Vorwurf», 1970.

(12) Señala al respecto MIR (op. cit., p. 158) que el principio de proporcionalidad afecta al injusto del hecho, mientras que la atribución del mismo a su autor se efectúa en función de la culpabilidad. Pero, a mi juicio, no es imprescindible el recurso al concepto de culpabilidad para impedir que determinados injustos sean atribuidos al autor que, por ejemplo, obró en error absoluto o impulsado por un miedo insuperable. Aplicar la pena en esos casos sería olvidar que la misma carece de sentido, en su conminación, respecto de esos autores: sería innecesario someterlos a ella. Esto mismo ocurre también en otras causas de exculpación (en este sentido

ónticamente se da al principio de culpabilidad y determinadas consecuencias que se extraen y que en la práctica son humanamente irrealizables. Por su parte, la proporcionalidad, como criterio liberado de trabas filosóficas y, por ello, asentable normativamente, se inspira en consideraciones de política criminal. Una de ellas, a la que aquí quiero prestar atención, es la del equilibrio del sistema. Brevemente expondré a qué me refiero con esa expresión.

Por nadie se discute que, por ejemplo, los hechos dolosos merecen mayor castigo que los imprudentes, o que el delito intentado no es tan grave como el consumado (12 bis), o que el menor no puede ser tratado igual que el adulto, o que la incultura no puede ser indiferente en el ámbito del error de prohibición, etc. Lo que sí se discute, y así lo he intentado describir antes, es que esas diferencias de tratamiento de distintas situaciones individuales obedezcan a que la culpabilidad proporciona por sí sola una respuesta diferentes en cada caso o bien que la idea de proporción, que impone la necesidad de tratar desigualmente lo que es desigual en una valoración material y político-criminal, es la que explica que las reacciones del sistema punitivo sean variantes en cada uno de aquellos casos.

Dejando, pues, aclarado que, sea la culpabilidad o sea la proporcionalidad quien lo fundamenta, un sistema penal no será equilibrado «en su aplicación a los individuos» si desconoce la diversa entidad de cada una de aquellas situaciones citadas a título de ejemplo, veamos un segundo aspecto del problema que cabe referirlo a la formulación misma de los tipos de comportamiento que pueden ser objeto de represión, pues en lo antes dicho se ha abordado tan sólo cuestiones concernientes al individuo en cuanto «ya» es autor de un hecho, momento en el que se contemplan sus condiciones personales generales y su participación intelectual en su propio hecho.

Pero antes de llegar al hombre autor concreto, al cual el sistema puede y debe tratar con el mayor respeto a lo que la proporcionalidad implica, ese sistema tiene que haber sido formulado de una manera también proporcional, equilibrada, a fin de que no se ffe a una última instancia la solución de incorrecciones o fallas provocadas por el sistema mismo.

Con frecuencia el penalista o el juez se encuentra ante una situación fáctica en la que desearía la solución más acorde con la justicia: pero es el propio «rigor legis» quien se lo impide. No me refiero ahora al conocido aforismo «summum ius, summa iniuria» ni a las consecuencias del legalismo, sino a un problema conexo pero más grave. Cuando la legalidad es correcta en términos generales se podrá objetar, si es

vid. GIMBERNAT, «El sistema de Derecho penal en la actualidad», en Estudios de Derecho penal, 1976, p. 104 y s., «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en la misma obra, p. 107 y ss.).

(12 bis) Aunque hay alguna excepción a destacar, como por ejemplo Zielinski, quien en una evidente hipertrofia del significado del desvalor de acción, entendiende de igual gravedad el delito intentado que el consumado (vid.: DIETHAR ZIELINSKI, «Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff», Berlín, 1973, pp. 264 y ss.)

excesivo el rigor de aquélla, que es necesario flexibilizarla. Pero si la legalidad no es correcta, sino disfuncional respecto a la realidad de las cosas o respecto a los postulados político-criminales, la necesidad de aplicarla se torna dramática. Pero el primer peligro de disfuncionalidad del sistema reside en el sistema mismo. Si el Código carece de coherencia interna —y recuérdese que un Código es un cuerpo armónico y no una recopilación de normas— evidenciará la falta de homogeneidad de las decisiones que puedan adoptarse con arreglo a él. La homogeneidad es una necesidad que no se opone en manera alguna al postulado de que es preciso tratar desigualmente lo desigual. Por el contrario, la homogeneidad tiene una dimensión material superior que se traduce en el equilibrio y proporcionalidad del sistema.

Llegamos así al punto crucial: el de fijar las condiciones determinantes de la proporcionalidad en el sistema. De las que afectan a la fundamentación y medición de la pena he hablado en otro lugar (13). Aquí me concretaré en un aspecto diverso y anterior: la proporción que ha de existir entre los criterios que sirven de base al desvalor penal y a la consiguiente reacción punitiva.

Según entiendo, el sistema penal tiene ante sí tres caminos posibles (14), fundamentalmente. El primero, tomar como base del injusto y de la pena el lado subjetivo del comportamiento humano; en tal caso se defendería la idea de que la ofensa al bien jurídico viene determinada esencialmente por la voluntad del autor. El segundo, centrar la ofensa al bien jurídico en el aspecto objetivo del acto, en su lado externo. Por último, utilizar ambos criterios asignando a cada uno la función que le corresponde. Además, el sistema penal puede inspirarse en otro tipo de criterios —los citados se insertan en la básica sumisión al principio de legalidad y al Derecho penal de hechos—, como es el de la responsabilidad por pertenencia a un tipo de autor (15).

Para los defensores del primero de los criterios indicados es evidente que el Derecho penal sólo puede dirigir sus mandatos y prohibiciones a la conciencia del hombre para orientar sus actos; no podría pretender prohibir o castigar directamente «resultados». Estos pueden provocar represión, pero no son susceptibles de «ordenación superior». La trascendencia de la voluntad del individuo en el Derecho penal es

(13) Vid.: «El problema de la determinación de la pena y los presupuestos político-criminales de la reforma del Código penal», Comunicación presentada a la Reunión del Grupo Regional de la AIDP, Madrid-Plasencia, 1977, y «Política criminal, proporcionalidad y determinación de la pena», en prensa.

(14) Naturalmente me refiero ahora a la opción sobre el fundamento del desvalor. La decisión en este tema es importante pues, como señala Krauss, de ella depende después la distinción entre injusto y culpabilidad. El mismo autor indica que las tres vías de respuesta al problema pasan por las tres teorías principales sobre el injusto: la «clásica», la «social», y la del «injusto personal» del finalismo, para inclinarse por una solución integradora y que respete la estructura oscilante de cada particular tipo de delito (vid. Krauss, «Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht», ZStW, 1964, páginas 19-20 y 65 y ss.).

(15) Sobre su significado, BOCKELMANN, «Studien zum Täterstrafrecht», Berlín, De Gruyter, 1939.

hoy indiscutible y es la aportación fundamental de la teoría de los imperativos defendida en su día por Rinding, Thon y Ferneck, sólo que éstos y sus seguidores pretendieron demostrar que las normas jurídicas únicamente consisten en imperativos, lo cual es una cuestión diferente que ahora no nos interesa. En todo caso, es clara la importancia del contenido de la voluntad con relación al injusto, y el finalismo así lo ha demostrado.

Otras opiniones entienden, en cambio, que no puede haber otra base de desvalor que no sea el resultado —no me refiero al «resultado del delito», concepto distinto, sino a la dimensión objetivo-material del comportamiento humano—, pues sólo eso trasciende a la colectividad y explica la intervención del aparato represor.

Digamos antes de seguir que si un sistema positivo opta globalmente por una de las dos soluciones tendrá una coherencia formal interna. Otra cosa es que político-criminalmente fuese criticable, ya que el sentido de los tipos de injusto no permite prescindir ni del desvalor de acto ni del desvalor de resultado. Ni el voluntarismo puro ni el objetivismo a ultranza resuelven satisfactoriamente el problema penal.

Es por eso que parece más correcto ensamblar el acto y el resultado como elementos mutuamente condicionados en la configuración de la acción injusta. Como señala Bustos Ramírez, es innegable que el ordenamiento jurídico protege los bienes jurídicos mediante el establecimiento de normas que por su naturaleza sólo pueden referirse a actos, pero eso no significa que se pueda prescindir del desvalor de resultados; no obstante, el primer aspecto garantizador es el desvalor de acto, sólo se pueden punir actividades desvalorativas (16). Pero el desvalor de resultado expresa la afección efectiva del bien jurídico por esa actividad desvalorativa, y permite establecer positivamente la antijuricidad. Actividad y afección real, desvalor de acto y desvalor de resultado son indispensables para configurar lo injusto (17). A su vez, el desvalor de resultado tiene también una función de garantía pues impide que se tomen en consideración afecciones irreales o presuntas de los bienes jurídicos (18).

Recientemente Rodríguez Mourullo señala con razón (19) que la antijuricidad material reside esencialmente en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y ahí radica el desvalor de resultado; el desvalor de acción se apoya, en cambio, en la forma y modalidad de perpetrar la ofensa. Pero indica que la lesión de un bien jurídico «puede» no constituir un injusto típico si no va «a veces» acompañado del desvalor de la acción, añadiendo que es indiscutible que el desvalor de acción puede jugar y de hecho juega en ocasiones un papel decisivo al lado del desvalor de resultado, pero que no por ello hay que atribuirle la

(16) BUSTOS, «Política criminal e injusto», cit., p. 7.

(17) BUSTOS, op. cit., p. 8.

(18) BUSTOS, op. cit., p. 9.

(19) RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», cit., p. 331 y ss.; fuera de dudas deja en todo caso R. Mourullo la necesidad de contemplar ambos aspectos.

primacía (20). Es más, en su opinión, la primacía corresponde en todo caso al desvalor de resultado (21). Respetando que la tesis de R. Mourullo es correcta con sus premisas metodológicas, entiendo que cabe al menos matizarla en algún sentido. Concretamente, el desvalor de acción a mi juicio no puede interpretarse como una eventualidad que pueda requerir alguna estructura de responsabilidad punible. Si el desvalor de acción es el que da sentido al comportamiento típico no es posible admitir que pueda haber conducta típicas integradas por acciones valiosas, que pese a ello se tornan en antijurídicas porque acaban por ofender fácticamente a un bien jurídico. Eso ocurre ciertamente en los delitos cualificados por el resultado —de los que después me ocuparé—, pero éstos son precisamente una excepción a la regla, y especialmente crítica. La función de garantía que cumple el desvalor de acción, por consiguiente, supone que, sin conceder innecesarias primacías, ha de concurrir siempre y junto al desvalor de resultado. Incluso en la tentativa inidónea, a la que más tarde volveremos, el desvalor de acción cumple esa función de garantía: que no se castigue la tentativa «irreal» no implica una primacía del desvalor de resultado.

Así, pues, el desvalor de acción da pleno sentido al comportamiento típico; y sólo eso puede entonces considerarse en su potencialidad de ofensa a bienes jurídicos determinante de la esencia de la antijuricidad. Cuando en la doctrina se planteó polémica sobre si el injusto se inspira en el desvalor de acción o en el de resultado, era inevitable que no se llegara a un lugar pacífico (22), toda vez que se pretendía extraer unas funciones similares de ambos tipos de desvalor. Siendo así no podía ocurrir otra cosa que la disputa, agravada porque sobre ella se superpone la discusión entre causalistas y finalistas sobre el sentido de la tipicidad y de la antijuricidad, llevándoles respectivamente a una predilección por el desvalor de resultado y el de acción. Pero colocando cada cosa en su lugar, que siendo próximo no es el mismo (acción típica e injusto), y reconociendo unas funciones al desvalor de acción (23) previas al desvalor de resultado (24), no hay necesidad de entrar en el terreno de las primacías o de dilucidación que es en todo caso «imprescindible» que ocurra, ya que ambos son imprescindibles salvo excepciones. Otra cosa será que algunos tipos penales, contemplando a la vez el desvalor de acto y el de resultado, concedan a uno de los dos un mayor peso res-

(20) R. MOURULLO, op. cit., p. 333.

(21) R. MOURULLO, op. cit., p. 334.

(22) La falta de consenso se daba, según Jescheck, únicamente en la dogmática clásica, en tanto que la actual acepta en pie de igualdad el desvalor de acto y el de resultado («Lehrbuch des Strafrechts», 2.ª ed., 1972, p. 180). No obstante, entiende que la aceptación no es tan pacífica en la medida en que subsiste polémica respecto a la respectiva función de cada uno en el concepto de delito.

(23) Sobre las funciones del desvalor de acción, vid., JESCHECK, op. cit., pp. 181 y s., y, en especial, RUDOLPHI, «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalen Unrechtslehre», en Fests.f.Maurach, Karlsruhe, 1972, p. 51 y ss.

(24) Respecto a éste, STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht», Fests.f.Schaffstein, 1975, pp. 177 y ss. passim.

pecto a la pena, la cual, como regla, debe ser resultante proporcionada a ambos. Si la penalidad imponible, como según veremos ocurre a veces en el vigente Código, gravita casi exclusivamente sobre el significado del acto o del resultado, aunque ambos aspectos se contemplan, el sistema evidenciará una grave falta de proporcionalidad. Si la penalidad, en cambio, no tomara en consideración más que un solo aspecto prescindiendo totalmente del otro (p. e., acto desvalorable con resultado valioso o indiferente, o acto valioso o indiferente con resultado objetivamente ofensivo a un bien jurídico), el problema no sería ya de «desproporcionalidad» del sistema, sino algo más grave: demostraría irracionalidad y, posiblemente, clara injusticia comparativa entre los diferentes hechos punibles.

Partiendo, pues, de la aceptación de este postulado teórico básico, son ricas las consecuencias que se derivan para la configuración del sistema positivo. Y es precisamente en las fórmulas del mismo donde debe reflejarse. Si los preceptos penales se estructuran prescindiendo de esa aportación dogmática será inútil pretensión esperar que la aplicación diaria del derecho dé cabida a esa doble consideración del acto y del resultado, pues el jurista se verá obligado a forzar la letra de la ley, lo que no siempre es posible, para evitar que el castigo se haya establecido en función de una sola de esas dimensiones del comportamiento.

Del mismo modo es innegable que el equilibrio y la proporcionalidad que invocamos para la totalidad del sistema imponen la necesidad de que esa simultánea sumisión al acto y al resultado sean efectivas en «todas» las clases y formas de comportamientos incriminados, tanto en las concretas figuras de delito cuanto en las conductas castigadas a través de reglas genéricas (tentativa, frustración, participación), y lo mismo en los delitos dolosos que en los imprudentes. Si eso se cumple por el legislador obtendremos un ordenamiento punitivo equilibrado y proporcionado, principio mínimo para instrumentar a través suyo una correcta política criminal, la cual exige previamente conocer con nitidez los criterios que definen una conducta como sometible al Derecho penal, criterios que nunca pueden ser heterogéneos.

* * *

Tras haber recorrido este camino podemos ahora indagar si el vigente sistema punitivo cumple esos requisitos de proporcionalidad y equilibrio que se recaban como imprescindibles o sí, por el contrario, carece de esa homogeneidad esencial. Para dar respuesta cabal a semejante cuestión sería preciso revisar todas y cada una de las conductas general o especialmente incriminadas por el actual sistema, tarea que resulta imposible en los limitados márgenes de este trabajo. Por ello me referiré simplemente a algunos ejemplos que juzgo significativos y que bastan para poder emitir un juicio, ya que, como acabo de indicar, el principio de homogeneidad y proporción no admite «excepciones», sino que ha de presidir todo el sistema. Dicho de otro modo: si el Derecho positivo fundamenta la represión unas veces en el contenido de la voluntad, otras en la dimensión objetiva del comportamiento, y en otras considera por igual uno y otro aspecto, no será proporcional

y provocará una aplicación que resultará desigual y por lo mismo injusta. No obstante, quiero destacar que sí es admisible que determinadas clases de injusto requieran por la naturaleza misma del bien jurídico afectado un mayor acento en uno u otro aspecto, es decir, que ambos intervendrán siempre, pero que es aceptable una relativa variabilidad de la proporción en que lo hagan (piénsese, por ejemplo, en las diferencias de estructura, en el sentido expuesto, del delito de injurias y del homicidio, y subrayo de paso que no hay que entender que los llamados delitos de simple actividad no tengan un «desvalor de resultado», que indudable e inexcusablemente lo tienen).

La idea de proporcionalidad en el Derecho español sufre un primer ataque, en general, que por ser ya ampliamente conocido y denunciado por la doctrina no voy a osar exponer aquí de nuevo. Me refiero a la responsabilidad objetiva, cuestión previa incluso al tema del equilibrio entre desvalor de acto y de resultado, por razones que ya antes he apuntado. La responsabilidad objetiva parte de prescindir totalmente del significado intrínseco del acto, del cual sólo interesa su dimensión causal, carácter externo y relevante para el resultado. No hay, pues, una desproporcionada valoración del resultado, sino que ésta es la única que se hace. Por eso el problema es anterior a la distinción y consiguiente equilibrio entre desvalor de acto y de resultado. El sistema, al aceptar la responsabilidad objetiva, renuncia a principios esenciales como el de que las normas solamente pueden prohibir u ordenar comportamiento humanos que como tales tienen un sentido; se cae en el absurdo de prohibir la causación imprevisible, como si alguien pudiera conocer de antemano el azar. Al dar cabida a la responsabilidad objetiva el Derecho positivo renuncia a utilizar un concepto unitario de norma. Si el significado de la norma, cualquiera que se le dé, se traduce en soluciones legales desiguales, estaremos ante un problema de falta de proporción, pero si, como ocurre en la responsabilidad objetiva se prescinde del sentido que la moderna ciencia jurídica otorga a las normas, se incurre en la pura arbitrariedad. Y me resisto a aceptar que la arbitrariedad pueda ser instrumento de política criminal alguna.

Parece que el tiempo no ha conseguido erradicar del Derecho penal la responsabilidad objetiva; en cambio, según Mommsen, la exclusión de la responsabilidad por el resultado se encontraba ya en la Ley de las Doce Tablas (25), que así determinaron una superación del derecho anterior a ellas. No obstante, en tiempos modernos, y en contra de lo que pueda en principio creerse, no han faltado defensores de la responsabilidad objetiva. Autores alemanes que antes de la tercera ley de reforma del Código penal habían reclamado la necesidad de la desaparición de la responsabilidad por el resultado se opusieron extrañamente al nuevo parágrafo 56 StGB (hoy parágrafo 18) (26). El argumento empleado en defensa de ella era el de que en último término que la pena se base

(25) Cfr. MOMMSEN, «Le droit pénal romain», trad. Duquesne, I, París, 1907, pp. 98-99.

(26) Cfr. GIMBERNAT, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», Madrid, Reus, 1966, pp. 160 y 161.

esencialmente en el resultado no es una especialidad de estos delitos, sino que es común a todos los hechos punibles, y que, en un plano puramente subjetivista, la punición de comportamientos reprochables se basa siempre en el resultado (27). En esencia, como señala Gimbernat, estos argumentos aciertan al indicar que siempre el resultado es determinante de la reacción punitiva, y que ese resultado en el fondo está ligado en su aparición a condiciones que no dependen absolutamente de la voluntad del hombre, pero eso no tiene nada que ver con que el resultado sea o no previsible. Y es esa previsibilidad la que permite hacer responder al autor por su producción dolosa o imprudente. En los delitos cualificados por el resultado se renuncia a esa previsibilidad, contrariando las reglas de la lógica jurídica. Objetivamente es claro que con o sin previsibilidad se puede ofender un bien jurídico, pero eso no nos dice aún cuando es punible el autor.

Señala con razón Pereda: «que la ofensa material a la vida sea igual si se suprime voluntariamente o casualmente, es un argumento de un primitivismo que no admite discusión...» (28), y que en el fondo la responsabilidad objetiva es como la responsabilidad social que defendería el positivismo italiano (29).

Frente a los argumentos histórico, lógico-jurídicos y político-criminales, el actual sistema positivo español se encuentra ligado al objetivismo de varias maneras:

En primer lugar, el párrafo tercero del artículo 1 Código penal, el cual, si bien en la inicial voluntad del legislador de 1848 fuera referirlo al error en la persona dentro del mismo delito (30), por obra de ulteriores reformas e interpretaciones permite fundamentar el castigo de lo no querido como si lo fuera (cuestión distinta es que las reglas para la fijación de la pena permitan atenuarlo). A partir de ese presu-

(27) Análisis de estos argumentos en GIMBERNAT, «Delitos cualificados...», cit., p. 162 y ss.

(28) PEREDA, «Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva», en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1956, p. 213.

(29) PEREDA, op. cit., pp. 218-219.

(30) CEREZO («El *versari in re illicita* en el Código penal español», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1962, pp. 57 y ss., y p. 58), entiende en el propósito acerca de limitar al máximo la declaración contenida en el párrafo 3.º del artículo 1 CP, «... una interpretación restrictiva que permita aplicar estos preceptos (sc. arts. 1 y 50 CP) solamente cuando se trate de supuestos de error in persona o un caso de «*aberratio ictus*» en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta..., este error sería irrelevante a efectos penales, salvo cuando afecte a la índole del delito...». Pereda, por su parte, entiende que es posible interpretar restrictivamente el citado párrafo, limitándolo a los casos de resultado más grave dentro del mismo delito, recordando, además, que la voluntad inicial del legislador era referirlo a los casos de error en la persona dentro del mismo delito (op. cit., pp. 221 a 223). En otra posición distinta se sitúa Rodríguez Mourullo, pues a su juicio la mejor interpretación será la más lata posible, de modo que ese párrafo quede en una «... muy amplia y vaga declaración... que ni prejuzga ni precluye ninguna solución» («Comentarios al Código Penal, con Córdoba, Casabó y Del Toro, I, 1972, pp. 51 y ss.». Evidentemente, en todas las opiniones vive la común idea de que lo mejor que puede hacerse con tal precepto es suprimirlo (así expresamente, CEREZO, op. cit., p. 60).

puesto inicial es coherente que el principio del 'versari' esté presente en la regulación de la preterintencionalidad (31), sin que en nuestra práctica judicial se haya aún impuesto el criterio, que por demás es tradicional en el pensamiento penal latino, como recuerda Antón (32), de que la preterintencionalidad exige la previsibilidad del resultado más grave. Otra institución afectada por el 'versari' es el caso fortuito; su actual regulación, que la doctrina se ha esforzado en interpretar racionalmente, deja abierta la puerta a que incluso pueda entenderse que mediando un arranque ilícito el autor incurre como mínimo en imprudencia punible aunque hubiera observado la diligencia debida respecto del resultado producido (33), de manera tal que el 'versari' incidiría tanto en el delito doloso como en el culposo. No obstante, entiendo con Antón que «... hay que limitar el alcance del acto lícito a lo que no es ilícito penal, aunque sea ilícito de otra naturaleza, puesto que la simple infracción de reglamentos no da lugar a culpabilidad si no va acompañada de imprudencia simple...» (34). Pero en todo caso es lo cierto que en el seno de una situación delictiva es actualmente imposible eximir de pena por un resultado fortuito, que, y con suerte, será al menos atribuido al autor a título de culpa. Este enfoque se repite incluso en figuras concretas de delito, como es el caso del robo con homicidio, donde también chocan los esfuerzos de la doctrina por limitar el alcance del tipo con la actitud jurisprudencial de extenderlo a las muertes fortuitas (35).

Junto a estos problemas se sitúa, evidentemente, el tema de los delitos cualificados por el resultado, ya sea en los casos de resultado fundamentador del castigo como en los que solamente lo agrava. Su número es lo suficientemente elevado en nuestro actual Código como para descalificarlo plenamente como Código moderno. Por si eso fuera poco la regulación de los mismos evidencia cosas aún más graves:

En primer lugar, como indica Rodríguez Devesa, en los delitos cualificados por el resultado la pena debe ser en teoría superior a la del delito básico e inferior a la que correspondería por la realización dolosa

(31) Cfr. ANTÓN ONECA, «Derecho Penal», 1949, p. 228.

(32) ANTÓN, *op. cit.*, p. 229.

(33) Este problema se ha querido obviar a través de la interpretación del artículo 64, entendiéndose que la remisión al artículo 565 sólo es efectiva en caso de que el autor no haya observado la diligencia debida (Vid. R. MOURULLO, «Comentarios», cit. II, p. 268 y s.). No obstante, recientemente Torio, apoyándose en argumentos históricos relativos al total significado del «versari», sostiene que el artículo 64 es también una derivación de ese principio, de modo que faltando el requisito de licitud inicial es inevitable castigar la consecuencia no querida como imprudencia, aunque el autor haya observado el cuidado debido (TORIO, «Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, pp. 17 y ss.).

(34) ANTÓN, *op. cit.*, p. 232.

(35) Sobre el problema interpretativo del delito de robo con homicidio puede verse una exposición de diferentes posiciones en GIMBERNAT, «Delitos cualificados...», cit., pp. 176 y ss.; recientemente, además, TORIO, «Motivo y ocasión del robo con homicidio», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, pp. 605 y siguientes.

del segundo resultado (36). Frente a este correcto principio, que tiende a colocar a esta clase de delitos en su adecuado nivel de gravedad, que no puede ser nunca el mismo de los delitos dolosos, nuestro Código, en casos en que el resultado cualificador es el de muerte dispone la pena de reclusión menor, es decir, la misma que si esa muerte hubiera sido dolosamente causada (así, arts. 348, 411, del C. p.).

Esto por lo que respecta a la pena. Pero además, aparece previamente el problema de la causalidad, que es la vía por la que la interpretación doctrinal ha buscado la limitación del ámbito de la responsabilidad por el resultado, y eso no solamente en los delitos cualificados por el resultado, sino también en la preterintencionalidad y en la imprudencia (en general cabe señalar por otra parte que el entendimiento del problema causal debe ser común a todas las estructuras de responsabilidad que el Código contempla). Los esfuerzos doctrinales se centran en la exigencia de que la adecuación entre causa y resultado sea siempre respetada, negando la causalidad respecto a aquellos resultados que sólo puedan imputarse en virtud de la teoría de la equivalencia de condiciones (37). En otra dirección, pero llevado del mismo propósito limitador, Gimbernat reclama la peligrosidad de la acción base, idea que liga a la de adecuación acogiéndose a la tesis de v. Kries (38), aunque el mismo autor manifiesta sus dudas acerca de que el principio de adecuación por sí solo resuelva los problemas que en nuestro derecho presentan cuestiones como el homicidio preterintencional o el robo con homicidio (39). Junto al requisito de la adecuación se ha exigido en

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Pte. Gral., Madrid, 1976, p. 375.

(37) ANTÓN ONECA, tras indicar que la teoría de la equivalencia de condiciones por extender en demasía el concepto de causa, permite imputar al sujeto conductas que quedan fuera del tipo, vulnerando así el principio de legalidad, se pronuncia en favor de la causalidad adecuada como teoría que mejor encuadra en la tipicidad (op. cit., pp. 166-167). Realmente, el problema causal en la actualidad ha de considerarse superado en cuanto a los planteamientos que, a partir del siglo XIX, pretendieron dar explicaciones físico-materiales al tema del nexo causal. En la medida en que la moderna dogmática entiende el problema de la imputación de un resultado como una cuestión netamente jurídico-penal, se calman las aguas y ya no hay ningún inconveniente en aceptar la equivalencia de condiciones como fórmula causal, ya que la causalidad por sí sola es nada. Cuando, por el contrario, se quiso ver en la causalidad la clave de bóveda del comportamiento típico —concepción que en nuestro país ha durado más que en otros— fue inevitable la hipertrofia de teorías causales, y perfectamente lógica la denuncia de los absurdos a que conducía la equivalencia de condiciones. En el momento en que nuestra legislación no permita nunca un castigo por haber sido simplemente «causa» no habrá inconveniente en utilizar la equivalencia de condiciones. La adecuación entre acción y resultado es una exigencia derivada del tipo mismo (problema de tipicidad y no de causalidad). Para una exposición completa de las teorías causales me remito al citado libro de GIMBERNAT, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad»; de interés además el trabajo de ROXÍN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Derecho Penal», en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. de Luzón, Madrid-Reus, 1976, pp. 128 y ss.

(38) GIMBERNAT, op. cit., pp. 168 y ss.

(39) GIMBERNAT, op. cit., p. 170. Esto es explicable pues, por ejemplo, el problema no es sólo de adecuación entre acto y resultado letal, sino de

general en la doctrina comparada que el resultado cualificador sea al menos imputable a título de culpa, por consiguiente previsible (40).

Frente a todas estas sensatas observaciones doctrinales que, de haber sido aceptadas, hubieran mitigado los efectos de la responsabilidad objetiva (a través de la adecuación causal y de la previsibilidad), la jurisprudencia, hasta tiempos recientes, en los que paulatinamente va aceptando al menos el criterio de la adecuación, ha permanecido inermemente aferrada al más puro objetivismo; en materia de causalidad denunciaba Pereda la acogida jurisprudencial de la teoría de la equivalencia de condiciones de von Buri, poniéndose incluso en contra de la mejor tradición jurídica hispana (41).

De ello se desprende que cuando el planteamiento legal es incorrecto el esfuerzo dogmático puede resultar baldío, a lo cual se une en España el grave divorcio entre jurisprudencia y dogmática— no señalo responsables, aunque subrayo que en este país se olvida siempre que la doctrina científica es también fuente de interpretación del Derecho.

Resumiendo, la responsabilidad objetiva es un problema anterior al del desvalor de acto y de resultado que en nuestro Derecho tiene además tintes especialmente dramáticos que sólo pueden superarse a través de una total renovación legal que, como mínimo inexcusable, deje fuera de discusión los principios de adecuación causal y de previsibilidad del resultado, es decir, que éste sea, al menos, imputable al autor a título de imprudencia (42). Además, es imprescindible replantear el ámbito del caso fortuito incluyendo en él todo lo que sea realmente fortuito, sin limitación alguna. Y, en todo caso, que la pena nunca supere a la correspondiente al mismo resultado dolosamente causado.

Al filo del problema de la responsabilidad objetiva, en sus distintas manifestaciones, aparecen figuras delictivas en las que no reina como en aquéllas la unanimidad respecto a su naturaleza, concediéndose al objetivismo un papel impreciso. Se trata de delitos en los que al menos se intenta otorgar a la acción su auténtica relevancia en el total del injusto típico. En los puros casos de responsabilidad objetiva, como hemos visto, eso es imposible, y supletoriamente se intenta paliar los

cuantas «causaciones adecuadas de muerte» se comprenden dentro de ese tipo complejo (vid. nota 35).

(40) Vid.: ANTÓN, loc. cit. en nota 32. También, JESCHECK, «Lehrbuch», cit., p. 197, SCHIDHAUSER, «Strafrecht», AT, p. 246 (ambos en el sentido del parágrafo 18 del Código penal alemán).

(41) De la que nos habla PEREDA en p. cit., p. 224.

(42) Lo cual debiera garantizarse mediante una disposición propia del Libro I del futuro Código, en la que se estableciera el fundamento mínimo de la pena. Tal precepto convendría no sólo en relación a la cualificación por el resultado, sino también respecto a problemas diferentes de los que aquí no puedo ocuparme por razones de espacio; pero destaco entre ellos, por ejemplo, a los delitos de peligro, para que en todo caso se exigiera que la reacción punitiva se condicionara a la realidad del peligro en el caso concreto, eliminando las presunciones «iuris et de iure» y respetando el terreno que deba relegarse al aparato sancionatorio administrativo. (Sobre la significación e interpretación de los delitos de peligros vid.: ESCRIVÁ, «La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho penal», Barcelona, 1976).

excesos del objetivismo limitando al alcance del tipo a través de la adecuación causal o de la peligrosidad de la acción base. Me refiero ahora a figuras que aparentemente no parecen tan sumidas en ese objetivismo, como los resultados de muerte en los delitos contra la salud pública o en el aborto, por ejemplo; no obstante, el análisis dogmático demuestra que el problema es igual o más grave si cabe.

A título ejemplificativo, avalado por su elevada incidencia estadística, me referiré a dos delitos: las lesiones y el hurto. En ambos, con diversos matices, se observa que el lado subjetivo del comportamiento no es realmente considerado en la configuración del injusto típico —en otros planteamientos se tratará de irrelevancia para la culpabilidad—, en la medida en que la pena no se proporciona a ese aspecto subjetivo sino que sólo contempla lo objetivo, prescindiéndose en tales tipos de la función limitadora del desvalor de acción, problema que incide directamente en el significado material del principio de legalidad.

La actual regulación del delito de lesiones, de cuyos antecedentes nos da cuenta Antón en su magistral aportación al tema (43), se encuentra dominada por una serie de problemas: casuismo excesivo y, paradójicamente, insuficiente (44), carencia de un concepto unitario, lo cual, como veremos, da lugar a graves consecuencias, técnica defectuosa en el establecimiento de los distintos niveles de penalidad —fijados frecuentemente en atención a criterios como el tiempo de curación—, y, sobre todo, y en lo que aquí interesa, un desgraciado tratamiento de la participación subjetiva del autor en el hecho punible.

Aparentemente, el delito de lesiones es calificable como doloso, y así lo define un sector de nuestra doctrina. Pero en la práctica el dolo no se refiere más que a la acción inicial (45), en especial por parte de la Jurisprudencia. En la doctrina, en cambio, un nutrido sector lo califica como delito cualificado o determinado por el resultado. Algunos autores, que no suscriben plenamente tal calificación, intentan resolver la cuestión indicando que lo que ocurre es que estamos ante un dolo genérico o indeterminado (46) o de un dolo de ímpetu; o bien que «es suficiente que el sujeto admita en su voluntad los resultados unidos a su acción cualesquiera que éstos sean...» (47), es decir, un dolo mediato o

(43) ANTÓN ONECA, «Notas críticas al Código penal. Las lesiones», en «Estudios Penales en Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.», Bilbao, 1965, p. 776 y siguientes.

(44) Sobre el casuismo en las lesiones, ANTÓN, «Notas Críticas», pp 778 y siguientes; BERISTAIN, «Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado», Rvta. Gral. de L. y J., 1971, p. 222; RODRÍGUEZ DEVESA, «Valoración de las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista jurídico-penal, en «Estudios Penales», por Bajo y otros, Santiago de Compostela, 1977, p. 323.

(45) Cfr., MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal», Parte Especial, cit., p. 81. Con razón indica Rodríguez Devesa que referir el dolo a los golpes significa ignorar qué supone el dolo en los delitos de resultado y hacer de imposible estimación la preterintencionalidad (Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, 1977, p. 129, nota 70).

(46) Así, CUELLO, «Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, 1975, t. II, página 559.

(47) RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal», P. E., cit., pp. 129-130. El mismo

directo de segundo grado; la doctrina clásica veía aquí un caso de dolo indirecto. En cuanto a la tesis de que basta un dolo genérico hay que decir que en el fondo no es otra cosa que contentarse con referir el dolo simplemente a la acción, lo cual nada resuelve. Respecto a la solución que ve un dolo mediató me creo que se puede objetar que tampoco obvia el problema que en la práctica supone averiguar qué concreta lesión quiso el sujeto causar, toda vez que lleva la cuestión a un terreno vecino: el de discernir cuáles eran los resultados que su voluntad «ex ante» había admitido, pues no cabe decir que eso puede presumirse «ex post» a la vista de lo ocurrido. De la clásica solución del dolo indirecto dice Antón, y a su autorizada opinión me sumo, que no es más que una combinación de dolo y caso, o sea, la encarnación del principio del 'versari' (48).

En atención a lo expuesto no queda más camino que aceptar que en nuestro Derecho el delito de lesiones se configura renunciando a que la conciencia y voluntad del autor abarquen el concreto resultado lesivo. Se encuentra, pues, esta infracción, sumida en el objetivismo, lo que, por otra parte, no es una peculiaridad hispánica pues, según indica Beristain, el ataque al principio de culpabilidad en el ámbito del delito de lesiones se da en todas las legislaciones influidas por el Código Napoleón (francesa, italiana, española), siendo en cambio mejor respetado en las de la órbita germánica (Alemania, Suiza, Austria) (49). Las lesiones son, por consiguiente, un delito determinado por el resultado. Y digo «determinado» y no «cualificado» acogíendome a la opinión de Antón (50), a la que también se ha adscrito Beristain (51). Esta clase de delitos guardan importantes diferencias con los delitos cualificados por el resultado. En los determinados por el resultado la pena se establece en función del resultado objetivo, prescindiendo de que sea igual, mayor o menor que el querido, previsto, previsible, o imprevisible. En cambio, en los delitos cualificados por el resultado éste nunca puede ser dolosamente causado —lo cual sí puede suceder en aquellos otros—, suponen un aumento de la pena básica, y el resultado siempre ha de ser más grave que el querido (52).

autor, aclarando que antes había entendido que se trataba de un delito cualificado por el resultado, opinión que ya no defiende, sostiene esta misma idea en «Valoración de las deficiencias...», cit., p. 322, sobre la base de que pueden imputarse a título de dolo los resultados necesariamente unidos a la acción. En todo caso, y aunque en contra del parecer de Rodríguez Devesa se entienda con Antón que éste es un delito determinado por el resultado, es perfectamente válida su idea de limitar la imputación —no entorpeciendo ahora en sí ha de ser o no a título de dolo— a aquellos resultados que en una adecuación lógica debían derivarse, en consideración «ex ante», de la acción realizada, idea afín a la de la limitación por peligrosidad de la acción base.

(48) ANTÓN, «Notas Críticas...», cit., p. 785.

(49) BERISTAIN, op. cit., pp. 303, 305, 331. ANTÓN señala también a este respecto la influencia del Código de Napoleón en el español de 1822 («Notas Críticas...», cit., p. 777).

(50) ANTÓN, «Notas Críticas...», cit., p. 785.

(51) BERISTAIN, «Observaciones...», cit., pp. 229 a 231.

(52) BERISTAIN, loc. u. cit.

El resultado objetivamente producido aparece así como la clave del delito de lesiones. A ello se une que en nuestro Derecho no contamos con un concepto general de lesión punible que pudiera servir de módulo base comprensivo de los mínimos elementos objetivos y subjetivos que debieran relacionar acción y resultado en todo delito de lesiones (53). La formulación legal, por ello, renuncia a respetar la idea de proporción. De esto derivan una serie de consecuencias que chocan frontalmente, y llegamos ahora al punto crucial en relación con el tema de este trabajo, con la importancia que tanto en la dogmática como en la práctica tiene el contenido de la voluntad en los delitos contra la vida y la integridad física. En uno de los temas en donde el penalista ve con más claridad y preocupación la trascendencia del contenido subjetivo del acto típico es precisamente donde eso menos le importa al Código.

Veamos esquemáticamente las consecuencias más importantes:

A) Como indica Antón (54) en relación con la apreciación de la tentativa y la frustración, en la práctica se renuncia a averiguar cuál era la lesión que el autor quería causar —recordemos que estamos ante un delito determinado por el resultado, según nos enseña el mismo autor—, castigando por lesión consumada cuando quizá se trataba de tentativa o frustración de otro delito más grave o de otra lesión más grave. Esto evidencia un problema general: el de la dificultad de conocer qué resultado quería producir el autor, dificultad trascendente por cuanto el Código opera exclusivamente con resultados; si los criterios fueran otros el problema no sería tan grave. A esto hay que unir que en todos los casos en que no se ha producido resultado lesivo alguno la calificación de tentativa o frustración respecto a una concreta especie de lesión no puede basarse más que en presunciones o intuiciones del juzgador. Ciertamente que el resultado hipotético es una constante en la apreciación de la tentativa (55), y difícilmente puede evitarse que así sea. Pero en las lesiones, al ser tan variables los resultados derivados de una acción típica formulada exactamente igual para todos los casos, y decidir tan graves cambios de penalidad, el problema se multiplica extraordinariamente por culpa de la regulación legal que dificulta una correcta aplicación de la justicia incluso en el relativismo que siempre tiene esa aplicación.

B) En la relación entre el delito de lesiones y el de homicidio genera uno de los problemas más debatidos en la doctrina, en donde se han propuesto distintas soluciones que, comenzando por la de Silvela, no han perseguido otra cosa que racionalizar la interpretación de los artículos 1-3, 9-4.º y 5.º del Código penal. El delito de lesiones, en su relación con el homicidio, es precisamente quizá el más afectado por la interpretación que se dé a esos preceptos, tema en el que no pienso entrar aquí, pues por sí solo exigiría la total dedicación de este

(53) Así lo destaca ANTÓN, «Notas críticas...», cit., p. 781.

(54) ANTÓN, loc. u. cit.

(55) ANTÓN, «Derecho Penal», P. G., cit., p. 231.

trabajo. Por ello me remito a las diferentes soluciones apuntadas por la doctrina (56) y aquí me limito al único aspecto que interesa: el problema de la actual regulación del delito de lesiones ocasiona a cualquiera de las interpretaciones posibles. Antes de señalarlo conviene aclarar que, evidentemente, si la preterintencionalidad y la desviación del curso causal no recibieran el tratamiento arcaico que actualmente les dispensa el Código el problema no sería el mismo, es decir, que el drama arranca del inicial desprecio legal a la función garantizadora del dolo y la culpa. Mas sea como fuere el caso es que siempre hay que referirse a un delito de lesiones que no se sabe exactamente cuál de ellos es, pero que ha de tomarse como criterio fundamental para determinar la pena. Ante esa grave dificultad el Tribunal Supremo ha optado, como denuncia Antón, por el expediente más cómodo: calificar de homicidio doloso con la atenuante 4.ª del artículo 9.º, en vista del problema que supondría acudir al artículo 50 (57). A ello hay que unir las frecuentes invocaciones jurisprudenciales a la dificultad de distinguir entre «animus necandi» y el «animus laedendi», lo cual se traduce en nuevos aumentos del objetivismo, y, además, como destaca Beristain (58), olvida una tradición jurídica que había perfilado las diferencias entre ambos y el modo de establecerla.

C) Y dentro del ámbito mismo del artículo 420, en el cual se dice por la doctrina que es correcto apreciar la atenuante 4.ª del artículo 9.º por tratarse del mismo delito, sucede que también se repite el problema pues, en todo caso, hay que decidir que el autor no quería causar «una lesión de la gravedad de la que causó», lo cual es directamente contradictorio con la naturaleza de esta infracción como delito determinado por el resultado, que, como antes se expuso, implica que sea indiferente que el resultado causado sea mayor, igual o menor que el querido, previsto o no previsto. Si es así la apreciación de la atenuante hay que reputarla como graciosa y, además, aceptada en base a criterios meramente intuitivos. En estos casos se evidencia el deseo de jurisprudencia y dogmática de valorar debidamente la acción a pesar de la oposición del Código, que se muestra así claramente disfuncional (58 bis).

(56) Vid.: SILVELA, «El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España», 2.ª ed., Madrid, 1903, II, p. 116; R. MOURULLO, «Comentarios al Código penal», cit., I, p. 439 y ss.; COBO, «Preter intentionem y principio de culpabilidad», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, pp. 85 y ss.; CEREZO, «El versari in re illicita y el Código penal español» (vid. nota 30); GIMBERNAT, «Delitos cualificados...», cit., pp. 203 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Del llamado homicidio preterintencional», Rvta. Jur. de Cataluña, 1974; ANTÓN, «Derecho Penal», cit., p. 228 y ss. Algo hay en común en todas las soluciones: el deseo de limitar el «versari» y el número de supuestos comprendidos en el ámbito de la preterintencionalidad, institución derivada de aquél. A mi juicio, la mejor solución se extrae entonces con sencillez: derogación de estos preceptos y resolver los problemas de diferencia entre lo querido y lo causado a través de las reglas del concurso, y siempre respetando la separación entre lo doloso o culposo y lo fortuito.

(57) ANTÓN, «Notas Críticas...», cit., p. 781.

(58) BERISTAIN, «Observaciones...», cit., pp. 234 y s.

(58 bis) No me refiero a la apreciación de la atenuante de preterinten-

Tal vez tengan razón los que defienden que el delito de lesiones no puede configurarse de otra manera, toda vez que las agresiones lesivas en la práctica aparecen como conductas en las que poco más hay aparte de un propósito general de vulnerar la integridad física del ofendido. Pero aún admitiendo que esa sea la realidad material que subyace en el problema no por eso el penalista puede renunciar a que también en este delito el tipo ha de dar cabida a una contemplación del desvalor de acción. Si un tipo se concibe como amenaza de pena a causación de resultados simplemente, el desvalor de acción no puede pretenderse que sea la realización dolosa de la acción inicial causal. El desvalor de acción, por el contrario, debe situarse en el marco de la plena incorporación de la inteligencia del autor a la totalidad del hecho, y eso ha de posibilitarlo el tipo, tanto por razones dogmáticas como de política criminal. Para que así suceda es necesario, en consecuencia, que el dolo tenga que captar un mínimo de elementos que traben previsiblemente la producción de un resultado. Trasladado esto al delito de lesiones la conclusión de «*lege ferenda*» que puede sugerirse estriba en modificar la descripción típica escalonando las distintas gravidades no solamente en función de los resultados producidos, sino previamente en función de la peligrosidad de los medios empleados cuya utilización sí que puede imputarse al autor, y proporcionaría una base sobre la que desvalorar su acción. El cuadro se completaría exigiendo, a través de un precepto de índole general, la mínima cobertura de imprudencia respecto al resultado producido (59).

Distinta es la situación en el delito de hurto, el cual es considerado como delito doloso de resultado, a diferencia de las divergencias que existen sobre la naturaleza del delito de lesiones. En el hurto, en virtud de su actual regulación legal, no es necesario recabar que se incorporen al tipo nuevos elementos constitutivos. La realización de la conducta descrita en el artículo 514-1.º, por ejemplo, permite a la ley y al juez fundamentar el desvalor de acción, y eso, en virtud de la coherencia que debe existir entre acción desvalorada y resultado, sabemos que no puede decirse en el delito de lesiones. Pero, a pesar de todo eso, el legislador español mantiene, apartándose de la línea que siguen los Códigos más modernos, el criterio de establecer la pena

cionalidad en los delitos contra las personas en general, sino en el de lesiones en particular. Un sector jurisprudencial niega la posibilidad de acogerla en este delito (Sobre esto, R. MOURULLO, «Comentarios...», cit., I, p. 464; el mismo autor indica que la apreciación es posible porque las lesiones no ofrecen «... la estructura objetivista característica de los delitos cualificados por el resultado...»). En opinión de DEL ROSAL es correcto negar la preterintencionalidad si el medio empleado por el agente era adecuado para producir la consecuencia concreta (DEL ROSAL, «Preterintencionalidad en las lesiones», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1951, pp. 94 y 95). En el fondo, esta opinión coincide con la ya antes expuesta de que en los casos de responsabilidad objetiva la vía de limitación de la incriminación ha de ser la adecuación causal y la peligrosidad de la acción. No obstante, el autor últimamente citado no califica éste como caso de delito cualificado por el resultado).

(59) Una solución similar propone BERISTAIN, en «Observaciones...», cit., pp. 338 a 340.

en función de la cuantía de la cosa hurtada, cuantía que puede ser ignorada por el autor, extremo que resulta indiferente al Código. El resultado del delito es el apoderamiento de la cosa con posibilidad de disponer de ella (60). Ese es el resultado que puede y debe ser conocido y querido por el autor. Sólo que la pena prescinde de esa estructuración de la infracción ya que la cuantía de la cosa no es parte necesaria del tipo y, por consiguiente, del ámbito de conocimiento del dolo (61). ¿Cumple entonces realmente el desvalor de acción su función de garantizar? ¿Es acaso ese el significado del desvalor de resultado? A ambas preguntas me atrevo a responder que no. Para que desvalor de acción y desvalor de resultados se reflejen materialmente en el castigo no basta con un condicionamiento externo entre esos elementos. Ante todo es preciso que el agente haya podido conocer aquello que ha de fundamentar la reacción punitiva. Si el ataque a la posesión ajena determinara «per se» una pena «con independencia del valor de la cosa», no habría nada que objetar, y se podría pasar a analizar la proporcionalidad de la gravedad de esa pena. Pero en el hurto no sucede así: la pena se establece en razón al valor de la cosa, el cual no necesariamente ha de ser conocido por el autor.

Vemos entonces que el problema aquí no consiste en una insuficiencia de tipo, pues éste está estructurado con suficiente número de elementos —la definición de lo que es el hurto, por otra parte, coincide esencialmente con las que se dan en el Derecho comparado—; además la superposición de otros elementos (p. e., el abuso de confianza o el carácter sagrado de la cosa), determina la aplicación de otros tipos agravados especialmente descritos. La acción típica en el hurto es, pues, plena de significado desvalorativo (no cabe cualquier acción que determine un menoscabo patrimonial). El bien jurídico protegido, en cuya lesión radica la esencia del desvalor de resultado, es también precisable (62): básicamente la ofensa del patrimonio ajeno. Pero, en contra de lo que cabría esperar, la confluencia de desvalor de acción y desvalor de resultado no es el único presupuesto del castigo, ya que además es necesario que la cosa hurtada tenga «al menos» el valor establecido en los números 3.º y 4.º del artículo 515, y esa cuantía puede ser desconocida para el autor y, por consiguiente, no forma parte del tipo. Tan es así que dichas cuantías y penas se fijan en un precepto diferente del que describe el delito, lo cual no obedece simplemente a razones de técnica legislativa.

Establecido, pues, que la pena será tal... si la cosa vale tanto..., y que ese valor no pertenece a la esfera del tipo, no queda sino admitir que las cuantías en el hurto —lo cual se repite en otros delitos

(60) En este sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal», P. E., cit., página 372; el mismo, en «El hurto propio», Madrid, 1946, pp. 207 y ss. y páginas 210-211; MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal», P. E., cit., p. 175.

(61) Vid., R. DEVESA, «Derecho Penal», P. E., cit., p. 374; «El hurto propio», cit., p. 206; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 175. Ninguno de estos autores, con razón, incluyen en el dolo la conciencia de la cuantía.

(62) Sobre el bien jurídico protegido en el hurto, R. DEVESA, «Derecho penal», P. E., cit., pp. 369 y 370, y «El hurto propio», cit., p. 63 y ss.

contra la propiedad— operan como condiciones objetivas de punibilidad (63), una fundamentadora (la cuantía mínima), y las demás cualificadoras (las que determinan los sucesivos cambios de penalidad). Vincular la pena a condiciones objetivas supone evidentemente una decisión político-criminal (64). Que el valor de la cosa pueda en oca-

(63) A buen seguro causará extrañeza que asigne a las cuantías del artículo 515 el carácter de condición objetiva de punibilidad. Ciertamente es una opinión sin apoyo doctrinal. Pero a mi juicio es posible ver en esas cuantías las características propias de las c. o. p., según he intentado explicar en el texto: a) En primer lugar, si bien no siempre sea así, el valor de la cosa puede ser ignorado por el agente o imposible de conocer por él, o valer más o menos de lo que creía, si es que algo hubiera previsto (por ejemplo, el hurto de una billetera ignorando su contenido, el de un cuadro, sin saber que era de una firma cotizada, etc.). b) En segundo lugar, esa cuantía no es «el resultado»—éste es la desposesión de la cosa sufrida por la víctima—, sino una valoración del mismo realizada judicialmente y «a posteriori». c) En tercer lugar, si lo hurtado no alcanza el valor legal, por grande que pueda ser el valor afectivo, no es posible reprimir el hecho pese a la teórica constancia de acción y resultado desvalorados. En todo caso, de rechazarse la solución que propongo para la interpretación de las cuantías, no queda más recurso que incorporar el valor al tipo y presumir que siempre concurrirá respecto al mismo al menos dolo eventual; pero esta solución, que no siempre será de fácil sustentación en la práctica, no parece asentable dogmáticamente en el tenor del código vigente. Por último, quiero destacar que las condiciones objetivas de punibilidad, como problema, ni pueden ni deben ser incluidas en la misma crítica que se formula a la responsabilidad objetiva, ya que constituyen un problema radicalmente distinto, y cabe aventurar que pueden ser justificadas respecto a algunos delitos.

(64) No es éste el lugar, como ya he advertido, para profundizar en el tema de las condiciones objetivas de punibilidad, me remito a los trabajos de STRATENWERTH, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959», ZstW, 1959, p. 565 y ss. y SCHMIDHAUSER, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», ZstW, 1959, pp. 545 y ss. Cuando la doctrina aborda este problema se aprecia ante todo la superficialidad del análisis, lo cual no creo que sea casual, ya que si se profundiza en él puede tambalear la supuesta perfección del sistema. La pena, en estos casos, no se hace depender ni del injusto ni de la culpabilidad, y esa es una anomalía tradicionalmente subrayada por la doctrina. La razón de la pena sólo puede explicarse entonces recurriendo a razones político-criminales, con lo que se demuestra no sólo la presencia de la política criminal en sistema positivo a través de cláusulas de otro modo inexplicables, sino incluso la imposición de éstas sobre la perfección dogmática. Si se quisiera encajar a las c. o. p. en la lógica dogmática el problema sería insoluble. Pensemos, sólo a título de ejemplo, en la preterintencionalidad y en el error: ¿Pueden afectar a algo que no es ni siquiera resultado fundamentador o cualificador en el sentido de la responsabilidad objetiva? No lo creo, pues las c. o. p. atañen a la posibilidad de aplicar el castigo a la infracción, pero no a la infracción misma. Además, todas ellas dependen —o pueden depender, ya que es imaginable que el autor previera aquello que integra la condición (por ejemplo, la cuantía exacta de lo que hurtaba—, de factores ajenos a la voluntad del autor; y, si no es vinculable a su voluntad, ¿cómo construir el error o la preterintencionalidad respecto a algo ajeno a la estructura de la infracción? A pesar de todo sabemos que la atenuante de preterintencionalidad ha sido a veces apreciada en el delito de hurto: cuando eso ha sucedido creo lo más seguro aceptar que el Tribunal no se ha guiado por una estricta consideración técnica o dogmática, sino por la necesidad de rebajar en lo posible unas penas desproporcionadas e innecesarias, como son las que la ley prevé para este delito.

siones ser conocido o previsible para el autor no desdice la posibilidad que se estudia, por demás bastante frecuente. Se trata, pues, de decidir si es correcta la actual política criminal decidida por la ley en el delito de hurto. En este sentido creo que solamente puede aceptarse que lo hurtado haya de tener un valor mínimo, ya que de lo contrario el número de delitos de esta clase sería desorbitado. Pero, dejando aparte ese mínimo, entiendo que nuestra ley debiera seguir el camino de otros Códigos más modernos, y fijar la pena en el delito de hurto prescindiendo de la cuantía de la cosa (65). Las sucesivas cualificaciones se establecerían sólo en atención a condiciones particulares concurrentes en la comisión del delito (por ejemplo, en una vivienda o en lugar sagrado, como ya hace el actual Código) o en la cosa hurtada (p. e., valor histórico-artístico, carácter público o sagrado, etc.). Todas estas cualificaciones pueden sin problema formar parte del tipo y, por consiguiente, entrar en el ámbito de voluntad del autor. No creo que esto implicara graves trastornos respecto al sistema actual y sí una notable mejora.

Volviendo a la denuncia del actual método de incriminación del hurto conviene destacar lo absurdo que es el que la penalidad pueda diferir entre hurtar 50.000 pesetas o 150.000, y en cambio sea lo mismo, a efectos de pena, hurtar un millón que cien. Se dirá que esa diversa cuantía tendrá su adecuado reflejo en la responsabilidad civil. Y es cierto, pero no sólo en ese caso, sino en todos los demás. No veo por qué cien mil pesetas más pueden aumentar la pena y no, en cambio, un millón más. Lo que prueba que la pena nunca tiene por qué aumentar por razón del puro valor económico, y que esa dimensión del problema, en una sana política criminal, ha de ser siempre contemplada bajo el prisma de la responsabilidad civil. Para cerrar el catálogo de estas rápidas críticas cabe destacar las casi insalvables dificultades con que se enfrenta el intérprete para dilucidar cómo se apreciará la atenuante de preterintencionalidad, que se dice de particular importancia en este delito (66), y con qué criterio se fijará la pena imponible en caso de frustración o tentativa. Tanto en uno como en otro supuesto puede ocurrir que se desconozca «cuánto» económicamente pensaba hurtar el autor; y ese es un dato fundamental para decidir si hurtó más de lo que preveía y también para saber respecto a qué penalidad debe medirse el descenso en uno o dos grados a efectos de calcular la pena correspondiente a los grados imperfectos. En ambos supuestos la decisión judicial tendrá que basarse en conjeturas más o menos intuitivas.

(65) Esta reforma del sistema legal, abandonando el criterio de las cuantías, la reclamaba ya RODRÍGUEZ DE VESA en «El hurto propio», cit., páginas 237 y 238, pronunciándose, en lo que estoy de acuerdo, en favor de fijar una pena unitaria para el delito de hurto.

(66) Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, «Derecho penal», P. E., cit. p. 178. En otro tiempo el Tribunal Supremo había mantenido la tesis de que la atenuante de preterintencionalidad no era aplicable a los delitos contra la propiedad, mientras que en algunos fallos se sostiene lo contrario (Sobre esto y la doctrina española favorable a su admisión en los delitos patrimoniales, vid. R. MOURULLO, «Comentarios», I, cit., pp. 464 y 465).

tivas que, en el mejor de los casos, se resolverán en favor del reo ante la duda.

Resumiendo: En los delitos cualificados o determinados por el resultado notábamos que la ley no dejaba espacio para que el desvalor de acción pudiera jugar su función garantizadora y limitadora de los comportamientos objeto de atención penal. En el ejemplo del delito de hurto no es incorrecta la configuración del tipo ya que permite o suministra los elementos objetivos y subjetivos sobre los que se erige el desvalor de acción y el de resultado, pero en cambio la penalidad olvida esa estructura típica y se establece en atención a unas tablas de cuantía arbitrarias y ridículas que nada tienen que ver con el ámbito del tipo. El objetivismo vuelve así a triunfar, aunque sea con peculiaridades respecto a cómo lo hace en aquellos otros delitos a los que ya me he referido. Para supuestos como el del delito de hurto la solución no es recabar la mínima cobertura de la culpa, sino abandonar el sistema de cuantías en favor de otros político-criminalmente más coherentes (67).

El sistema penal español se inscribe básicamente entre los que conceden preponderancia a lo objetivo sobre lo subjetivo —y no hago referencia ahora a los aspectos del desvalor—. La hipertrofia del objetivismo se aprecia en los ya mentados casos de desprecio del desvalor de acción e incluso del significado del desvalor de resultado. Pero que nuestro Derecho tienda al objetivismo en la descripción de sus instituciones fundamentales no quita que, si bien en menor medida, también haya casos en los que el subjetivismo entra en cuña rompiendo también los principios de la proporcionalidad. En esos pocos casos que la ley contempla conviene advertir que no se da una hipertrofia de la importancia del desvalor de acción, sino mejor un inadecuado entendimiento de lo que significa ese desvalor. Dicho expresivamente: confundir el desvalor de acción con la pura actitud anímica del sujeto. Afortunadamente el problema no llega al extremo de permitir que se afirme que en nuestro Derecho intervienen elementos puramente «espirituales» o de «ánimo» en el establecimiento de la responsabilidad penal al estilo de los «Gesinnungsmerkmale» de la dogmática alemana, los cuales, según creo, han de rechazarse en una política criminal democrática (68). Ciertamente no deben confundirse con el llamado «De-

(67) Como ejemplo podría citarse el sistema seguido en los párrafos 242 y ss. del Código penal alemán.

(68) Sobre el significado de esos elementos en la dogmática alemana me remito a SCHMIDHAUSER, «Strafrecht», AT, cit., p. 367 y 455 y ss., y, del mismo, «Gesinnungsmerkmale im Strafrecht», 1958. Por su parte WELZEL («Das deutsche Strafrecht», 11.ª ed., 1969, p. 80) pone de manifiesto el peligro que representan ciertos elementos de esta clase incorporados a algunos tipos penales, pues, superponiéndose a la objetividad, pueden conducir a la pura y simple punición de la actitud, es decir, a un Derecho penal «del ánimo» en lugar de «elementos de ánimo». BETTIOL cree que no existe tal riesgo y que, por el contrario, los «Gesinnungsmerkmale» posibilitan la eticización del Derecho penal en la contemplación del ser humano, lo cual constituye según él un ideal del Estado de Derecho (vid.: BETTIOL, «Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht», Fests. f. H. Welzel, 1974, pp. 185 y ss. y p. 196).

recho penal de la voluntad»; pero entiendo que se pueden configurar los tipos penales sin recurrir a ellos, especialmente por los riesgos que para la seguridad jurídica comportan. Volviendo a la cuestión que nos ocupaba, quiero destacar, también por la vía del ejemplo, algún caso en el que la técnica legal empleada da entrada a una excesiva preponderancia de la valoración de la actitud anímica del autor. Que sea «excepcional» en nuestro sistema no resta nada a la posibilidad de criticarlo, en su caso.

Yendo a esos ejemplos, en los que no me extenderé, pienso en la configuración legal de la tentativa inidónea. Esta institución ha sido denunciada como una «anomalía» en el ámbito del Código (69). Mas aunque sea un cuerpo extraño clavado en el Código lo cierto es que ahí está. La doctrina se ha esforzado por restringir al máximo los casos en que puede aplicarse la disposición contenida en el párrafo segundo del artículo 52 Código penal, tarea que el tenor de la ley ciertamente no facilita. No voy ahora a exponer todas las soluciones dogmáticas propuestas sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea y los requisitos objetivos, subjetivos, o combinación de ambos —eso depende de cada opinión— que deben concurrir para que ello sea posible. Tan sólo quiero llamar la atención sobre un hecho legal evidente: si la tentativa idónea cuenta con un inicio de ejecución objetivamente valorable como tendencialmente orientado al resultado, resulta por exclusión que en la llamada tentativa inidónea no existe ese principio de ejecución coherente con el resultado buscado, sino que tan sólo hay un propósito del autor que, desde una consideración «ex ante», obviamente no puede alcanzar, ya sea por inidoneidad del medio o del objeto o del autor mismo. Doctrinalmente podrá decirse que esas inidoneidades han de ser sólo relativas, negando la punición de los casos de inidoneidad absoluta. Pero lo cierto es que el «rigor legis» permite interpretaciones notoriamente más ampliadas, siendo incluso problemática la exclusión del castigo de la tentativa llamada «irreal» (70). Ante esta situación, contra la que la doctrina lucha denodadamente, el intérprete puede preguntarse si el significado del desvalor de acción merece algún respeto al legislador. Y la respuesta creo que ha de ser indudablemente negativa. Quiero además subrayar, en contra de lo que en ocasiones se ha afirmado, que el castigo de la tentativa

(69) Cfr. R. MOURULLO, «Comentarios», II, cit., p. 224, que hable de «desviación» de los principios generales. Además, sobre el tema de la tentativa inidónea y las soluciones dadas en nuestro Derecho, el mismo autor, op. cit., pp. 216 y ss.; SUÁREZ MONTES, «El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ADP, 1966, en esp., pp., 219 y ss.; ANTÓN ONECA, «Derecho penal», cit., pp. 416 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal español», Parte General, Madrid, 1976, pp. 665 y ss.; CERERO, «Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa», Valladolid, 1964; NÚÑEZ BARBERO, «El delito imposible», Salamanca, 1963.

(70) Cfr. CÓRDOBA, en «Notas al Tratado de Derecho Penal», de Maurach, t. II, Barcelona, 1962, p. 185 y 186. A juicio de R. MOURULLO, si bien debe excluirse el castigo de la tentativa irreal, no es posible limitar el párrafo 2.º del artículo 52 CP a los casos de «inidoneidad relativa» («Comentarios...», II, cit., pp. 225 a 231).

inidónea no es un caso de hipertrofia del desvalor de acción, sino que, especialmente en los ordenamientos que como el nuestro lo permiten con una amplitud desmesurada, constituye una vulneración del concepto y significado de la acción relevante para el Derecho penal. No creo que se pueda sostener que el desvalor de acción es el mismo en la tentativa «irreal», en la «inidónea», y en la «idónea», y que sólo las diferencia la entidad del desvalor de resultado en cada caso. Para poder desvalorar penalmente una acción es imprescindible ponerla en conexión no sólo con un bien jurídico que el autor quiera ofender, sino además, y previamente, con la forma de ataque (tipo) que el legislador ha decidido incriminar. Es por eso que no todos los ataques a un bien jurídico se reprimen, sino solamente aquéllos que sean típicos. Las acciones humanas cobran sentido precisamente por su relación con los tipos que, lejos de la neutralidad que en ellos viera Beling, expresan algo pleno de significación social y por eso relevante. Minimizar cómo ha de ser la acción es minimizar lo que es el tipo y su función de garantía. Cuando se habla de desvalor de acción ya dije antes que se alude a un aspecto del delito de por sí insuficiente para explicar el injusto, pero que cumple una irrenunciable función de garantía. Dicho de otro modo, sólo pueden llegar al desvalor de resultado acciones desvalorables. Si algo no puede desvalorarse en manera alguna y, a pesar de ello se afirmara la existencia de un injusto punible, se habría operado una anomalía, inventando un acto injusto donde dogmáticamente no puede demostrarse que lo haya.

Volvamos ahora a la cuestión del desvalor de acción y la tentativa. Partiendo del principio teórico de que en todo hecho punible, según he pretendido explicar, concurre o debe concurrir el desvalor de acción junto al desvalor de resultado, no cabe otra cosa que afirmar que en la tentativa idónea hay desvalor de acción y desvalor de resultado —lo cual, como sabemos, no se refiere al «resultado» del delito—, con la característica de que el desvalor de resultado en la tentativa no tiene la misma entidad que en el delito consumado al ser menor el grado de afección del bien jurídico protegido. La situación en la tentativa inidónea es diferente —me muevo siempre en el terreno de los principios—, pues en ella no es que el grado de afección respecto al bien jurídico sea menor que en el delito consumado y que en el delito intentado, sino que además es de menor entidad el grado de desvalor de acción (el valor y el desvalor son conceptos graduables); pero aún con ese menor grado de desvalor tanto en la acción como en el resultado es necesario que en una relativa medida se den ambos, pues de lo contrario no puede políticamente explicarse la reacción represiva que sería a todas luces desproporcionada. Para que pueda hablarse de desvalor de acción en la tentativa inidónea es necesario que el autor haya decidido vulnerar un bien jurídicamente tutelado a través de una acción que no sea «absolutamente ajena» a la órbita del tipo. Traducido a un concepto sencillo: solamente hay un grado de desvalor en la llamada «inidoneidad relativa»; a su vez, en ésta, el desvalor de resultado se pronunciará sobre la «relativa imposibilidad» de ofender el bien protegido. Además, en coherencia con esto, si el

grado de desvalor de acción y de resultado es de menor entidad que en la tentativa adecuada, lógicamente, y en aras del principio de proporcionalidad, la pena no podrá ser igual para ambas especies de tentativa (nótese que nuestro artículo 52 dispone la misma penalidad para ambas).

En cambio, tanto la tentativa «absolutamente inidónea» como la llamada «tentativa irreal», constituyen casos no sólo de ausencia de desvalor de resultado, sino también de desvalor de acción. Aquí hay una total desconexión con la acción típica; falta la mínima relevancia para conmocionar a la sociedad y aconsejar la intervención del Derecho. Comoquiera que el «deseo» del autor de ofender o atacar a un interés tutelado es un «nada» jurídico-penalmente hablando, es obvio que no es una acción ni valorada ni desvalorada y por ello no puede generar consecuencia jurídica alguna. Esto es claro en la tentativa «irreal»; pero creo que en el fondo puede predicarse también de la tentativa «absolutamente inidónea»: si en esta se acepta que hay un «desvalor de acción» igual al de la tentativa idónea se despreja totalmente la capacidad de los tipos penales, plenos de significado, para «colorear» negativamente acciones humanas que de otro modo serían indiferentes al Derecho.

Resumiendo: En la tentativa idónea y en la relativamente inidónea —aunque en este caso en menor grado— hay desvalor de acción y de resultado —también éste con diferencia de entidad—. En cambio, en mi opinión, no cabe admitir desvalor de acción —y obviamente tampoco de resultado— ni en la tentativa absolutamente inidónea ni en la irreal. Si la tentativa irreal es impune y la inidónea no lo es, la causa hay que buscarla no en la ausencia de desvalor de resultado sino antes, en la carencia de desvalor de acción en la irreal (71); además, como queda dicho, tampoco «debiera ser» punible la tentativa absolutamente inidónea.

Veamos ahora cómo contesta a todo esto nuestro sistema positivo. Como antes dije, y lo avala un sector de la doctrina, no parece posible negar la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea en nuestro Derecho y es incluso difícil excluir el castigo de la irreal (72), aunque su impunidad es por todos naturalmente sostenida. Así, pues, la vigente normativa castiga en todo caso la tentativa inidónea y, además, ¡con la misma pena que la tentativa idónea! Ello indica, por una parte, que el legislador despreja la existencia o no de desvalor de acción y de resultado —pues tanto da que la inidoneidad sea absoluta o relativa, y ya antes se expuso que en la absoluta inidoneidad no hay una hipertrofia del desvalor de acción sino, por el contrario, un despreja de lo que eso significa—; por otra parte, implica un tratamiento «igual» de lo que es «desigual», es decir, la idoneidad y la inidoneidad de la tentativa, resultando indiferente en orden a la pena la diversa entidad desvalorativa de cada una de esas conductas, con lo cual el castigo deviene desproporcionado.

(71) De otra opinión, R. MOURULLO, «Derecho penal», cit., p. 335.

(72) Cfr. CórDOBA, op. y loc. cit. en nota 70.

Por todo ello, el futuro Código debería replantear a fondo el problema de la tentativa inidónea, definiendo claramente qué debe entenderse bajo esa denominación, y no dando una mera regla de aplicación de pena. La exclusión de la inidoneidad absoluta tendrá que quedar fuera de toda duda. Además de eso, en términos generales, es imprescindible decidir cuándo la naturaleza del bien jurídico tutelado merece que se reprima también la tentativa, abandonando el actual método de incriminación genérica, ya que respecto a muchas infracciones carece de sentido político criminal castigar la tentativa, y esto lo digo tanto respecto a la tentativa inidónea como a la idónea. El sistema sería, pues, de doble norma: una general definidora y otra especial que acompañaría a determinados tipos estableciendo la punibilidad de la tentativa en ese concreto delito. Que en todo intento de lesionar un bien jurídico haya un desvalor de acción y resultado no quiere decir que político-criminalmente sea aconsejable castigarlo siempre.

Pero no terminan ahí los casos en los que el vigente Código propicia una «particular» e incorrecta visión de lo que es el desvalor de acción. Otras normas legales permiten tomar en consideración aspectos de la conciencia del sujeto o de su personalidad que rompen la idea inicial de que el nuestro sea un Derecho penal de hechos. Sin entrar en el ya conocido problema de la definición de los llamados «estados peligrosos», pues parece que a la vigente Ley de Peligrosidad le espera corta vida, citaré a título de ejemplo algún precepto del Código que se sitúa en esa línea criticable. Tal ocurre, a mi juicio, en la legítima defensa de extraños: la ley condiciona la apreciación de la eximente a que el defensor no obre impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo (art. 8.º, núm. 6), presuponiéndose desde luego la necesidad de la defensa a la vista de una agresión ilegítima que no puede de otro modo afrontarse. Esta restricción de la eximente en base a razones «morales» había sido ya duramente censurada por Silvela (73), quien agudamente subrayaba que lo útil al Derecho no era necesariamente lo más moral y que una disposición así, en cambio, podía empujar a abstenerse de defender siempre que mediara entre agresor y defensor esa animadversión u odio. Creo que no puede añadirse nada a la crítica de Silvela, que conserva hoy plena vigencia. Algunos autores han querido limitar el alcance de esta absurda disposición sosteniendo que la ley no puede pretender otra cosa más que evitar que el odio o el resentimiento sea el «único» motivo que impulse al defensor, pero que si existe ánimo de defender no importa ya que eventualmente concurran otras motivaciones (74). Pero también se ha mantenido que el ánimo defensivo ha de ser el exclusivo móvil del autor (75). La verdad es que asombra constatar que

(73) SILVELA, «El Derecho penal...», cit. II, p. 158 y 159.

(74) Sobre la compatibilidad del ánimo de defender con otro tipo de motivaciones, vid.: JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho penal», t. IV, 1961, página 256; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho penal español», Parte General, cit., página 489.

(75) Así, CÓRDOBA, «Comentarios», cit., I, p. 257.

toda la exigente de legítima defensa, como la idea de injusto en general, esté en nuestro Derecho preponderantemente imbuida de objetivismo —al menos es ese el parecer más extendido— y que de pronto, inopinadamente, lo justo o injusto se condicione a que el defensor guarde resentimiento, etc., contra el agresor; ¿acaso la acción defensiva, valorada positivamente, ha de pasar por esa sola razón a desvalorarse? En mi opinión no se trata exactamente de eso: el desvalor o valor de una acción, como tantas veces ha querido explicar a lo largo de este trabajo, es un juicio que únicamente puede emitirse en base a razones jurídico-positivas. El odio o el resentimiento, o la venganza, no inciden especialmente en la ofensa a la integridad o vida de otro, es más, ni siquiera se contemplan como circunstancias agravantes; por consiguiente, es una actitud moral que no valora ni desvalora. Esa incursión en la conciencia individual no indica, pues, una exageración de la importancia del desvalor de acción, sino que nada tiene que ver con él, y no es sino confundir el delito con el pecado. También aquí la ley abandona la senda de lo razonable para entrar en lo emocional por ilógico que ello sea y a pesar de las funestas consecuencias político-criminales que puedan derivarse. El problema de fondo es, por consiguiente, que en casos como el que nos ocupa la ley es arbitraria en la elección de los elementos sobre los que funda el juicio de valor; y si es arbitraria o rompe la regla no puede ya admitirse que ahí el desvalor «se inspire en otros criterios», sino, simplemente, que se prescinde de una correcta utilización de tal concepto.

* * *

Tras este largo camino llegamos a alguna modesta conclusión: El principio de proporcionalidad no se refiere sólo a la determinación de la pena, sino también al modo de estructurar los comportamientos punibles. El vigente ordenamiento punitivo no respeta siempre ese principio de proporcionalidad, pues el respeto implicaría una adecuada y equilibrada presencia en el delito, tanto del acto como del resultado desvalorados. Las quiebras a la proporcionalidad proceden primordialmente de la excesiva trascendencia que se otorga a los resultados objetivamente producidos, sean o no queridos, lo cual no es el desvalor de resultado sino una adulteración de lo que éste significa. Aunque en menor medida no faltan tampoco casos en los que el desequilibrio se origina en una trastocada visión de lo que debe ser la acción a valorar. La proporcionalidad que ha de materializarse en las penas ha de comenzar a manifestarse ya en las estructuras de responsabilidad. Si la legalidad es irracional la política criminal que resulte de su aplicación difícilmente será correcta. Ya que no resulta especialmente arduo corregir esos errores esperemos que el nuevo Código penal que se nos anuncia no incurra de nuevo en ellos, como viene sucediendo desde 1848.

