

HANS-HEINRICH JESCHECK

**Director emérito del Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero
e internacional**

Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.

Tres conferencias de Derecho Penal comparado

PROLOGO

Las conferencias que aparecen publicadas a continuación: "Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal", "La reforma del Derecho penal alemán en comparación con el Derecho penal español actual y futuro" y "La nueva configuración de lo injusto en la teoría jurídico-penal alemana en comparación con la doctrina actual española", las he dictado en el período de tiempo comprendido entre el 8 y el 24 de mayo de 1984 en las Facultades de Derecho de diversas Universidades españolas. Cada Facultad anfitriona eligió, a estos efectos, el tema. He visitado las Facultades de Derecho de las Universidades de El País Vasco (en San Sebastián), Bilbao (Deusto), Santiago de Compostela, Sevilla, Valencia, Alicante y Zaragoza así como, en Madrid, las de la Universidad Complutense, Universidad Autónoma y Colegio Universitario San Pablo.

La invitación para estas conferencias, que encuentra su origen en la iniciativa de uno de nuestros amigos españoles más antiguos, el Profesor Antonio Beristain Ipiña, de San Sebastián, fue expresión de la íntima conexión de las mencionadas Facultades con el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo y conmigo

personalmente. La base de estas estrechas relaciones radica sobre todo en que desde hace casi treinta años jóvenes profesores de Derecho penal y de criminología, ayudantes y doctorandos de estas y otras Facultades, muchos de los cuales son hoy ya titulares de cátedras en España, fueron nuestros huéspedes en Friburgo y aquí estudiaron, investigaron, escribieron sus trabajos y entablaron amistad con nosotros.

Debo expresar mi agradecimiento por esta invitación, así como por la generosa hospitalidad, extensiva también a mi mujer, de las Facultades y por las numerosas conversaciones, plenas de franqueza, que nos han mostrado la imagen de la nueva España, con sus problemas y sus esperanzas. Tenemos la suerte de haber percibido nuevamente, cosa que nunca habíamos dudado, que España se siente parte integrante de Europa y espera poder ocupar el lugar que le corresponde en las Instituciones europeas. De qué manera refleja España la historia europea nos lo han mostrado una vez más la señorial imagen de sus monumentos y la riqueza de sus tesoros artísticos que, en compañía de nuestros expertos amigos, hemos conocido o vuelto a ver.

Quiero agradecer especialmente a los jóvenes colegas españoles que tradujeron mis conferencias, los doctores D. José-Luis de la Cuesta Arzamendi, la primera; D. Luis Arroyo Zapatero, la segunda y D. José-Luis Díez Ripollés, la tercera. Los traductores son Profesores Titulares de las Facultades de Derecho de San Sebastián, Complutense de Madrid y Zaragoza respectivamente. Agradezco también a nuestro actual huésped español, el Dr. Angel José Sanz Morán, de la Universidad de Valladolid, quien me ha ayudado en la preparación idiomática de las

conferencias, así como en el acopio de la bibliografía española y ha traducido este prólogo.

Espero que la publicación de las conferencias que a continuación siguen, que le debo agradecer al catedrático D. Agustín Fernández Albor, contribuya a fortalecer los lazos de amistad y de entendimiento entre España y la República Federal de Alemania dentro de mi especialidad, y a conservar vivas las relaciones personales con el Max-Planck-Institut de Friburgo.

Friburgo de Brisgovia, julio de 1984

Hans-Heinrich Jescheck

ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA MODERNA POLITICA CRIMINAL

Traducido por el Dr. D. José-Luis de la Cuesta Arzamendi,
Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de
Derecho de San Sebastián (Universidad del País Vasco)

La moderna evolución de la Política Criminal desde mediados los años sesenta ha llevado a la creencia general de que a la pena privativa de libertad van normalmente ligados una serie de males para el desarrollo personal de los condenados y su situación social. Por esta razón, muchos ordenamientos jurídicos han introducido cambios en su sistema de sanciones, tendentes a establecer alternativas efectivas a la ejecución de la pena privativa de libertad (1). Algunas de estas sanciones, como la reprensión pública o la dispensa de pena, no pueden, desde luego, las más de las veces, sustituir a la pena privativa de libertad, ya que debido a su escasa severidad sólo suelen preverse para delitos de escasa importancia; fundamental-

(1) Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano 1977; Grevi (ed.), *Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*, Bologna 1982; Schweiz. Nationalkomitee für geistige Gesundheit (Hrsg.), *Alternativen zu kurzen Freiheitsstrafen*, Diesenhofen 1979; en especial, sobre suspensión de la pena y asistencia probatoria, Dünkel/Spiess, *Alternativen zur Freiheitsstrafe*, Freiburg i. Br. 1983. Del desarrollo histórico se ocupa Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, 1981. En España véase Conde-Pumpido Ferreiro, *Los medios sustitutivos de las penas cortas de prisión*, Poder Judicial, núm. 7, 1983, pp. 65 y ss.; Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid 1979; Sáinz Cantero, *La sustitución de la pena privativa de libertad*, *Estudios penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago 1978, pp. 215 y ss. Una obra que trata de las penas en general es Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona 1983 (2 ed.).

mente, sólo sirven para estrechar el campo de aplicación de la pena pecuniaria y únicamente de modo excepcional alcanzan algún significado como sustitutos de la pena privativa de libertad. Otras sanciones, como la aplicación, como penas principales, de penas y consecuencias accesorias y privaciones de derechos son sólo adecuadas para determinados grupos de casos, para los que la sanción accesoria representa, en alguna manera, cierta respuesta al delito cometido; esto sucede con la prohibición de conducir en cuanto reacción a los delitos del tráfico. Un tercer grupo de sanciones, como el trabajo para la comunidad, presentan problemas de organización y control, y, en un tiempo de creciente desempleo, encuentran también dificultades para hallar un adecuado campo de actividad.

Con todo, la meta de la reforma del viejo Derecho Criminal, esencialmente apoyado sobre la pena privativa de libertad, no es sólo la limitación del empleo de la pena privativa de libertad, sino también, incluso, la evitación del proceso penal, pues a los ojos del mundo circundante una de las cargas aparentemente más ofensivas para los conciudadanos puede encontrarse ahí, en el hecho de haber comparecido ante un tribunal como inculpado. A tal fin, sirven diferentes medidas, por medio de las cuales el autor es, en cierto modo, extraído de la justicia penal y sometido a un tratamiento ambulatorio o una intervención resolutoria del conflicto. Estos métodos suelen agruparse en el concepto de “diversión” (2).

Cuatro son los grupos en que pueden sistematizar-

(2) Helmut Kury/Hedwig Lerchenmüller, *Diversions, Alternativen zu klassischen Sanktionsformen*, Bd. 1 y 2, Köln 1981; Walter, *Wandlungen in der Reaktion auf Kriminalität*, ZStW 95 (1983), pp. 2 y ss.

se las alternativas a la pena privativa de libertad normal: I. Formas especiales de penas privativas de libertad de corta o media duración que, por el modo y forma de su desarrollo y aplicación, no afectan a los condenados en cuanto a su situación social o sólo lo hacen en escasa medida; II. La suspensión condicional de la pena y formas similares de sanción, en razón de las cuales el condenado debe pasar un determinado período de prueba sin mala conducta, sufriendo la amenaza de la privación de libertad para el supuesto de que no supere satisfactoriamente el citado período de prueba; III. Formas diversas de penas de multa; y IV. Otros sustitutivos de la pena privativa de libertad, en especial el trabajo al servicio de la comunidad.

I. Formas especiales de privación de libertad de corta y de media duración

Una conocida forma especial de la pena privativa de libertad, que no arranca a los condenados ni de sus condiciones de trabajo ni de su familia y demás relaciones propias a su ambiente, es el arresto de fin de semana, que, por lo demás (como sucede en *Bélgica* y *Francia*, p.e.), no se estructura en la mayor parte de los casos como una pena autónoma, sino como modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad.

En *España*, sin embargo, va a ser introducido el arresto de fin de semana como pena principal (2a).

(2a) Higuera Guimera, *La pena de arresto de fin de semana*, Madrid 1982; Rodríguez Ramos, *El arresto de fin de semana en el proyecto de Código Penal, La Ley, 18.11.1980*, pp. 1 y ss.

Según el art. 36 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 la duración del arresto de fin de semana será como mínimo de uno y, a lo sumo, de veinticuatro fines de semana. El arresto de fin de semana reemplaza por completo a la pena privativa de libertad clásica de hasta seis meses, pues, en general, ésta sólo comienza a partir de entonces. No obstante, conforme el art. 82 puede sustituir también a las penas de privación de libertad de incluso hasta dos años. Cada arresto de fin de semana tiene una duración de 36 horas y, según el art. 24 del Reglamento Penitenciario, debe cumplirse en establecimientos de preventivos. Si el condenado no se presenta por segunda vez al arresto y, en opinión del juez encargado de la ejecución, sin justificación suficiente, el arresto de fin de semana pasa a ejecutarse como una pena privativa de libertad normal, cumpliéndose dos días por cada fin de semana establecido, de modo que por su mala conducta se añaden al condenado para su cumplimiento doce horas por fin de semana.

En *Italia*, a partir de la Ley “Modifíche al sistema penale”, de 24 de noviembre de 1981, el juez puede sustituir la pena privativa de libertad de hasta seis meses por la semidetención (art. 53), que consiste en que el condenado ha de pasar al menos diez horas al día en el establecimiento. Además se le suspende el permiso de conducir y se le retira el pasaporte (3).

En *Suiza*, las penas de prisión de hasta tres meses son ejecutadas en la misma forma que los más leves arrestos penales (art. 37bis StGB). Estas penas pueden cumplirse en semidetención siempre que el condenado realice su trabajo o prosiga su formación fuera del establecimiento; el tiempo libre de los días labo-

(3) A este respecto, Paliero en: Dolcini y otros, *Commentario delle Modifíche al sistema penale*, Milano 1982, art. 55, no. 1.

rables, y los fines de semana se cumplen en el establecimiento. Respecto de las penas de prisión y de arresto hasta dos semanas se admite, además, el cumplimiento por días (Reglamento núm. 4 al StGB suizo, de 13 de noviembre de 1973).

Todas estas formas especiales de pena privativa de libertad no son, en realidad, alternativas en sentido propio, pues, en cualquier caso, el condenado entra en contacto con el mundo de la prisión, que le puede corromper, a pesar del aislamiento celular, especialmente debido a su condición de intermediario ideal para los demás presos; además, el regreso diario o semanal al establecimiento, que no puede permanecer oculto para el mundo exterior, puede tener un efecto estigmatizante. De todos modos, las graves consecuencias desestabilizadoras de la pena privativa de libertad normal se evitan, en gran medida, a través de estas formas especiales y parece justificado, por ello, mencionarlas entre las alternativas a las penas privativas de libertad.

II. La suspensión condicional de la pena y otras instituciones de prueba

La característica común de todas las instituciones de sometimiento a prueba es su finalidad de librar al delincuente, total o parcialmente, de las consecuencias jurídicas del delito, en especial ahorrarle la ejecución de la pena privativa de libertad si durante el período de prueba cumple las condiciones impuestas, en particular si no comete un nuevo delito. A la no aplicación de la pena pueden ir ligadas obligaciones con el fin de ofrecer al autor una especie de escarmiento que le haga comprender la seriedad de la sanción, a pesar de la ventaja o favor que a él se ha con-

cedido. Además, cabe imponerle instrucciones que puedan influir sobre su conducta y favorecer su reinserción. La forma más importante de asistencia y control de los delincuentes durante el período de prueba es la asistencia probatoria, que puede ordenarse en cualquier momento del proceso penal. Si el período de prueba no se supera satisfactoriamente, podrá ejecutarse la pena privativa de libertad. Las instituciones de prueba son múltiples y comprenden desde el sobreseimiento condicional del proceso penal a través del ministerio fiscal al indulto condicional.

Seguidamente, se examinan las diferentes formas de las instituciones de prueba.

1. Ya con anterioridad al procesamiento se presenta la posibilidad de sobreseimiento del proceso penal a través del ministerio fiscal. Este se emplea del modo más sencillo en los países en que se puede aplicar, como institución probatoria, el principio de oportunidad. Así sucede en *Bélgica* (4) donde se prescinde de la persecución de los delitos más leves si el autor se somete a una de las obligaciones condicionales prescritas por el ministerio fiscal. Cabe, además, el sobreseimiento en procesos de "transaction" contra el pago voluntario de una multa por parte del autor. También en *Francia* (5) el principio de oportunidad concede al sobrecargado ministerio fiscal considerables posibilidades de sobreseimiento del proceso penal, con o sin obligaciones. En ambos países el núme-

(4) Schmitz, *Grenzen der Rechtsgewährung. Zur Situation der belgischen Straffjustiz*, en *Deutscher Richterbund (Hrsg.), Grenzen der Rechtsgewährung*, 1983, pp. 92 y s.

(5) Jescheck, *Grenzen der Rechtsgewährung in der Strafrechtspflege in rechtsvergleichender Sicht*, en *Deutscher Richterbund* (cit. n. 4), p. 73.

ro de asuntos penales a decidir por los tribunales se determina mediante el principio de oportunidad a través del ministerio fiscal, el cual puede controlar, de este modo, el volumen de asuntos de los tribunales.

Muchos países han introducido disposiciones formales sobre la suspensión condicional del proceso penal con imposición de obligaciones. Así, en la *República Federal de Alemania* se prevé respecto de los delitos menos graves (*Vergehen*) que el ministerio fiscal pueda prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, al tiempo que impone al inculpado ciertas obligaciones (generalmente, el pago de una determinada suma de dinero a una entidad de utilidad pública o al fisco), si ello basta para eliminar el interés público en la persecución penal. Sólo en caso de delitos patrimoniales con elevada amenaza penal mínima necesita, para ello, el ministerio fiscal la conformidad del tribunal, que suele concederse de manera rutinaria. Asimismo el inculpado debe mostrar su conformidad con la suspensión del proceso a cambio de la imposición de una obligación (§ 153a párr. 1 StPO). Esta sanción, que va ganando mucho terreno, pero todavía se aplica de manera desigual en la práctica, suele ser también un medio importante en delitos de cierta entidad de imponer al inculpado un sensible escarmiento con anterioridad al procesamiento, dándose por satisfecho si, dentro del plazo establecido, cumple la obligación impuesta. Correspondientemente, puede también el tribunal, tras el procesamiento, sobreseer provisionalmente el proceso en las mismas condiciones, con imposición de una obligación y la conformidad del ministerio fiscal y del inculpado (§ 153a párr. 2 StPO) (6). Tam-

bién en *Japón*, como en muchos otros países, alcanza un gran significado en la práctica del sobreseimiento del proceso por el ministerio fiscal condicionado al cumplimiento de una obligación (7).

2. El siguiente nivel de instituciones de prueba es la condena a prueba. Se trata aquí de la constatación judicial de la culpabilidad del inculpado, que en el sobreseimiento condicional del proceso penal no tiene lugar, y la suspensión del pronunciamiento de la pena, a cambio del cumplimiento de alguna obligación. Si el condenado no supera satisfactoriamente el período de prueba, se pronuncia con posterioridad la pena, tomando en consideración la mala conducta durante ese tiempo. Con la implantación, en el siglo pasado, de la “probation”, *Inglaterra* (8) se convirtió en el país clásico de la condena a prueba. Junto a la supervisión de la prueba por el “probation officer” pueden imponerse en ella importantes medidas sociales de formación o educación, como la visita a un “day training center” o la residencia en un “approved probation hostel” o la aplicación de un tratamiento psiquiátrico o de desintoxicación. En los últimos tiempos, son muchos los países que han introducido la “probation”, aun cuando conocieran ya, desde décadas atrás, la suspensión condicional de la ejecución de la pena en la forma tradicional del

(6) Según el cálculo de Riess, *Entwicklung und Bedeutung der Einstellung nach* § 153 a StPO, ZRP, 1983, 94 en 1981 fueron aplicados sobreseimientos de procesos a cambio de obligaciones frente a 170.000 inculpados. Sobre el ministerio fiscal recae el 68,4% de las suspensiones, sobre los tribunales el 31,6%. En cuanto a las obligaciones, predominan con el 96,3% las dinerarias.

(7) Jescheck, *Alternativen zur Freiheitsstrafe. Essays in Honour of Professor Shigemitsu Dando*, Tokyo 1983, pp. 85 y ss.

(8) Barbara Huber, *Die Freiheitsstrafe in England und Wales*, Köln 1983, pp. 108 y ss.

“sursis” (infra, núm. 4), para ofrecer a los jueces más amplias posibilidades de sustitución de la pena privativa de libertad: este es el caso de *Bélgica, Noruega y Portugal*, con su nuevo Código Penal de 1982. La diferencia con la suspensión condicional de la ejecución de la pena en la forma del “sursis” consiste, ante todo, en que no hay pronunciamiento de la pena.

Modalidades de prueba son, además, en *Suecia*, la condena condicional y la vigilancia (9). Cuando el condenado no se comporta adecuadamente no se impone aquí, sin más, una pena privativa de libertad, sino tan sólo, se intenta promover su vuelta al buen camino a través de la prolongación del período de prueba o de otras obligaciones diferentes. Únicamente en último caso entra en consideración la imposición de otra sanción que, entonces sí, puede ser una pena privativa de libertad.

Entre la “probation” inglesa y el aplazamiento de la ejecución de la pena en el sentido continental (“sursis”) se encuentra la condena a prueba de la *República Democrática Alemana*. El contenido del fallo de la sentencia consiste aquí, tan sólo, en la constatación de la culpabilidad y la condena a la prueba, así como la determinación de un período de prueba de uno a cinco años (§ 33, párr. 1, 2 StGB). Sin embargo, en la condena se prevé ya una pena privativa de libertad de tres meses hasta dos años, que se ejecuta en caso de revocación de la decisión de sometimiento a prueba. Además, pueden imponerse al autor una serie de deberes, en especial, el buen desempeño del puesto de trabajo y el tribunal puede aceptar la garantía de un colectivo de trabajadores, lo que supone para los compañeros de trabajo el de-

(9) Karin Cornils, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im schweizerischen Recht*, JR 1982, 214.

ber de “garantizar la corrección del transgresor” (§ 31, párr. 2 StGB). En eso consiste la forma característica del Derecho socialista de asistencia probatoria a través del colectivo.

3. Un grupo más amplio de instituciones de sumisión a prueba, en las que igualmente se pronuncia un veredicto de culpabilidad sin condenar a pena alguna, puede englobarse bajo la expresión “aplazamiento del pronunciamiento de la pena”. En 1975, introdujo *Francia* (10) una alternativa a la pena privativa de libertad que se denominó “dispense de peine” (art. 469-2 C.p.p.). Por ésta se otorga al juez la posibilidad de constatar la culpabilidad del acusado, pero prescindir de la imposición de la pena, si se alcanza la resocialización del autor, se reparan los daños y se restablece la paz jurídica. Rara vez se darán, no obstante, estos presupuestos conjuntamente desde el principio. Es por ello que, como otra posibilidad más, se prevé el aplazamiento del pronunciamiento de la pena, tras la comprobación de la culpabilidad del acusado (art. 469-3 C.p.p.). Sin embargo, ambas alternativas a la inmediata condena a pena juegan sólo un escaso papel en la práctica en la fuertemente sobrecargada justicia francesa (11). Una regulación similar a la francesa del “ajournement du prononcé de la peine” es, en *Alemania*, la amonestación con reserva de pena (§ 59 StGB), que, en realidad, sólo puede apreciarse respecto de penas pecuniarias de hasta 180 días-multa, pero, en teoría, podría sustituir también incluso a penas privativas de libertad de alcance medio, como de hecho se preveía en el § 57 del Proyecto Alternativo de 1966 (penas priva-

(10) Teufel, *Reformen zur Ersetzung der kurzen Freiheitsstrafe in Frankreich*, Diss. Freiburg i. Br., 1978, pp. 213 y ss.

(11) Teufel (nota 10), pp. 221, 224.

tivas de libertad de hasta un año). También *España* quiere introducir el aplazamiento del pronunciamiento de la pena. La nueva institución se prevé en el artículo 75 de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 y ha sido bien acogida por la doctrina (12). La “suspensión del fallo” puede venir en consideración si la prognosis de buena conducta futura del autor es favorable y la pena no es grave (según el art. 42 núm. 3, a lo sumo dos años de prisión o tres de privación del derecho de conducir, multa o arresto de hasta 24 fines de semana). Si el delincuente comete un nuevo delito durante el período de prueba, el tribunal pronuncia la pena.

4. La suspensión de la pena, como aplazamiento condicional de la ejecución de una pena privativa de libertad, con o sin obligaciones, existe en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo, desde que, en 1888, fuera introducida por primera vez en *Bélgica* para condenados primarios y penas privativas de libertad de hasta tres meses. Especialmente digna de estudio es su regulación actual en *Alemania*. En su configuración presente, plenamente desarrollada desde 1969, la suspensión condicional de la pena comprende tres niveles (§ 56 StGB): las penas privativas de libertad inferiores a seis meses son suspendidas siempre, en caso de prognosis favorable de los condenados; lo mismo sucede con las penas privativas de libertad de seis meses a un año, si la “defensa del orden jurídico” no exige su ejecución; de forma excepcional, pueden suspenderse las penas privativas

(12) Sáinz Cantero, *El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales*, en Universidad de Santiago de Compostela (ed.), *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 190 y s.; Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general*, 8ª ed., Madrid 1981, pp. 857 y s.

de libertad de más de un año y de hasta dos años, si circunstancias especiales del hecho y de la personalidad del condenado hacen aparecer como indicada tal concesión. Pueden imponerse tanto obligaciones con carácter represivo (por regla general pagos de dinero que no pueden seguir aquí el sistema de días-multa) e instrucciones con sentido preventivo especial. El número de penas privativas de libertad suspendidas condicionalmente se ha elevado desde un 30,2% en 1954 al 65,5% en 1982. En algo más del 40% de los casos se ordena la asistencia probatoria. En 1980, la cifra de los sometidos a asistencia probatoria, que también comprende a los liberados condicionalmente sometidos a la misma, se elevó más allá de los 100.000 casos, mientras que el número de los internos permaneció en los 42.000. La suspensión condicional de la pena debe ser revocada, por no superación del período de prueba, en el 35-40% de los casos, lo que frente al gran número de probandos (unos 55 por cada delegado probatorio) y al índice de reincidencia de los ex-presos, que se eleva alrededor de un 65%, constituye, en todo caso, un resultado muy favorable: La diferencia más importante entre la suspensión condicional alemana y el sistema franco-belga consiste en que este último, en caso de buena conducta, considera no pronunciada la pena privativa de libertad, mientras que, para el Derecho alemán, sólo ha sido condonada (§ 56g, párr. 1 StGB).

En *Italia* pueden ser suspendidas condicionalmente las penas de prisión y arresto de hasta dos años (hasta tres años en jóvenes; hasta dos años y seis meses en personas de edad comprendida entre 18 y 21 años y mayores de 70 años). En este tipo de suspensión condicional de la pena, no hay asistencia probatoria ni medidas sociales de cualquier orden

dirigidas a la reincorporación del condenado a la sociedad. Una nueva institución del Derecho italiano es, sin embargo, la asignación al servicio social del artículo 47 del Ordinamento penitenziario de 1975. Conforme a ella se coloca al condenado bajo la asistencia del servicio social y se le dan instrucciones respecto de su comportamiento. La asignación al servicio social es admisible para las penas privativas de libertad de hasta dos años (de hasta tres años en personas menores de 21 y de más de 70), pero presupone que el condenado haya sido observado durante al menos tres meses en un establecimiento. La asignación, por tanto, no evita completamente el contacto carcelario del condenado y podría haberse incluido por ello entre las formas especiales de privación de libertad de las que nos hemos ocupado al comienzo. En un curioso contraste con la suspensión condicional de la pena —que no tiene realmente contenido, puesto que no se imponen condiciones cuando la pena privativa de libertad es de hasta dos años—, se encuentra la nueva regulación de la sustitución de la pena corta privativa de libertad (13). A través de ésta, en lugar de una pena privativa de libertad de hasta tres meses, puede imponerse la relativamente severa medida de la “libertad controlada”, que retiene al condenado en su lugar de residencia, incluye un deber de presentación diaria ante la policía y conlleva la pérdida del permiso de conducir y del pasaporte (art. 56 de la Ley de 24-11-1981) (14). Si el condenado infringe una sólo de estas dispo-

(13) Para las relaciones de los nuevos sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad con la suspensión condicional de la pena, Stile, *Neue italienische Kriminalpolitik nach dem Strafrechtsreformgesetz* von 1981, ZStW 96 (1984), pp. 181 y ss.

(14) Paliero (nota 3), art. 56, n. 5, habla de una “logica di polizia”.

siones, se ejecuta la pena privativa de libertad. El juez de ejecución de penas puede ordenar la asistencia del condenado a través del servicio social para facilitar su reinserción.

España ha mantenido prácticamente inalterada la forma y el ámbito de aplicación de la suspensión de la pena desde su introducción en 1908. La suspensión de la pena solo se prevé para condenados por primera vez (y desde 1983 también para personas equiparadas), a penas privativas de libertad de hasta un año, excepcionalmente de hasta dos años (arts. 92 y ss. C.p.) (15). Como única instrucción aparece el deber de notificación del nuevo lugar de residencia en caso de traslado durante el período de prueba. No obstante, a través de la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se dará un gran paso adelante en la política criminal de la suspensión condicional de la pena. Se prevé una ampliación de la clásica suspensión de la pena. Como presupuesto se exige sólo la prognosis de futura buena conducta del condenado, así como, al igual que en la suspensión del fallo, que la pena no sea grave. Con esto, las penas privativas de libertad entre uno y dos años serán, sin más, suspendibles, incluso si no concurre ninguna circunstancia atenuante especial. Lo que falta, como en la suspensión del fallo, son instrucciones de comportamiento para el condenado y, en especial, la asistencia probatoria, que, según el art. 84, núm. 2 de la Propuesta de Anteproyecto, sólo se prevé para los liberados condicionalmente, por orden del juez de vigilancia.

(15) Rodríguez Devesa (nota 12), pp. 857 y s.; Núñez Barbero, *Suspensión condicional de la pena y "probation"*, Salamanca 1970; el mismo, *¿Condena condicional o suspensión de la pena? Anuario de Derecho Penal*, 1970, pp. 5 y ss.; Yáñez Román, *La condena condicional en España*, Madrid 1973.

5. El indulto condicional fue en *Alemania* la institución precursora de la suspensión condicional de la pena (16). La suspensión de la ejecución de la pena se introdujo en la década de los 90 del pasado siglo a través del indulto condicional y, aplicada primeramente por las autoridades de ejecución penal, fue también inmediatamente empleada por los tribunales, de 1920 a 1933, en la medida en que se les había transferido el derecho de gracia. La suspensión de la pena a través del indulto condicional se mantiene todavía hoy junto a la suspensión judicial de la pena, introducida tan sólo en 1953. También en el extranjero muchos países conocen el indulto condicional de un condenado a pena privativa de libertad, en orden a la resolución de casos especiales a través de este flexible instrumento.

III. La pena de multa

La alternativa más importante a la pena privativa de libertad es la pena de multa. Ella no supone para los condenados —abstracción hecha de la privación de libertad sustitutoria de la que nos ocuparemos inmediatamente— ningún contacto con el mundo carcelario, pero se presenta, sin embargo, como un mal sensible para su patrimonio y aporta algo al Estado, sin costar más allá de los gastos de administración. La pena de multa plantea esencialmente los siguientes problemas:

1. Se distinguen dos modelos de pena de multa:

(16) v. Liszt, *Die bedingte Verurteilung in Preussen*, en *Aufsätze und Vorträge*, Bd. II, 1905, pp. 160 y ss. Sobre el indulto en España, Linde Paniagua, *Amnistía e indulto en España*, Madrid 1976; Sobre monte Martínez, *Indultos y amnistía*, Valencia 1980.

el sistema global y el sistema de días-multa (17). El tradicional sistema global, que todavía sigue vigente en la amplia mayoría de los Estados, consiste en la determinación judicial de la pena de multa por el tribunal, dentro del marco penal legal, en una cantidad total, cuyo importe se fija sobre la base, por un lado, del injusto y la culpabilidad y en atención, por otro lado, en la mayor parte de los países, a la situación económica del autor. El sistema escandinavo de días-multa, que tuvo precedentes en el siglo XIX en *Brasil y Portugal*, es, por el contrario, un modelo que se compone de dos niveles. El número de los días-multa se determina sobre la base del injusto del hecho y la culpabilidad del autor, conforme a las reglas generales de medición de la pena; en cambio, el importe correspondiente a cada día-multa se establece conforme a la situación económica del autor, en particular, atendiendo a sus ingresos y sus obligaciones alimenticias. La suma total resulta sólo de una multiplicación de ambos valores. A través del sistema de días-multa, la pena de multa deviene más justa y también más transparente y, con ello, más adecuada al fin de sustitución de la pena privativa de libertad. En efecto, la cantidad de los días-multa pone de manifiesto cómo ha valorado el juez el injusto y la culpabilidad; en este sentido, los principios básicos de medición de la pena son los mismos para todos los intervinientes en el hecho. El importe del día-multa, por el contrario, se adapta del modo más justo posible a las posibilidades económicas del afectado y puede ser, por ello, muy bajo para los pobres, alto para los ricos y, en definitiva, diverso

(17) Grebing, *Die Geldstrafe in rechtsvergleichender Darstellung*, en Jescheck/Grebing (Hrsg.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden 1978, pp. 1249 y ss.

para los diferentes participantes en el hecho. El sistema de días-multa rige en los *Estados nórdicos*, excepto *Noruega e Islandia*. Fue adoptado en 1975 por la *República Federal de Alemania* y por *Austria*, en 1978 por *Hungría*, en 1982 por *Portugal* y en 1983 por *Francia*. En *España*, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 ha acogido el nuevo sistema en la modalidad de pena de multa con cuotas diarias, semanales o mensuales y, con ello, se adhiere a la idea de la pena de multa duradera procedente del Proyecto Alternativo alemán de 1966 (arts. 45 y ss.) (18). En *Israel* también se plantea la introducción de los días-multa.

2. En una serie de países, la sustitución de la pena privativa de libertad por la pena de multa se efectúa a través de reglas de preferencia formales. Tras la reforma de 1975, la pena privativa de libertad inferior a los seis meses ha adquirido en la *República Federal de Alemania* el carácter de "ultima ratio": el tribunal impone una pena privativa de libertad de esa magnitud sólo si, por razones de culpabilidad, no puede apreciarse una pena privativa de libertad más grave, pero, para incidir sobre el autor (prevención especial) o para la defensa del orden jurídico (prevención general), es imprescindible una pena corta de privación de libertad (§ 47 StGB). El número total de penas cortas privativas de libertad ha descendido desde entonces a menos de un tercio (anualmente, algo más de 50.000 frente a las 185.000 anteriores) (19). El Proyecto Alternativo alemán de 1966 quiso avanzar mucho más y acabar completamente con las penas privativas de libertad inferiores a seis meses, pero,

(18) Críticamente al respecto, Rodríguez Devesa (nota 12), pp. 867 y ss.; Sáinz Cantero (nota 12), pp. 188 y s.

(19) Heinz, *Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung*, ZStW 94 (1982), p. 654.

justamente, no llegó a aprobarse. *Austria* ha seguido el ejemplo alemán y ha establecido igualmente la primacía de la pena de multa sobre las penas cortas privativas de libertad, con inclusión de la importante barrera de los seis meses. Sin embargo, frente a la fórmula alemana de la “indispensabilidad” de la pena privativa de libertad para la “defensa del orden jurídico” la regulación austríaca permite, en mayor medida, la apreciación de exigencias preventivas (20). Según el Proyecto de nuevo Código Penal de 1980 la pena privativa de libertad de hasta seis meses debe ser sustituida, también, en *Brasil*, por la pena de multa. Por Ley de 24-11-81 *Italia* (21), ha añadido asimismo, a las dos alternativas de penas cortas privativas de libertad ya citadas —semidetención y libertad controlada— la pena de multa, sólo que sujeta a unos límites muy estrechos: en lugar de una pena privativa de libertad de hasta un mes el juez puede imponer la pena de multa, siguiendo un criterio de conversión establecido por el que cada día de privación de libertad se corresponde con 25.000 liras de multa. El Derecho italiano no conoce, sin embargo, ninguna regla de prioridad para la pena de multa, que vincule al juez. La aplicación de sanciones alternativas, antes bien, sigue los criterios generales de medición de la pena. Cabe destacar que el juez puede aumentar o disminuir la multa establecida por la ley por razones de equidad (art. 133 bis párr. 2 C.p.). Recientemente, *Francia* ha entrado en el círculo de países que emplean la pena de multa como alternativa a la pena privativa de libertad. Según el

(20) Driendl, *Die Reform der Geldstrafe in Österreich*, Baden-Baden 1978, p. 100.

(21) Grasso, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione de breve durata*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981, 1411 ss.

art. 43-8 y ss. Code pénal, en su versión de 10 de junio de 1983, si el autor ha merecido una pena de prisión por un delito, en lugar de esta pena, el tribunal puede imponer una multa de hasta 360 días-multa. Tampoco aquí se ofrece una regla formal de preferencia, sino, más bien, una equiparación cuantitativa en la medida, pues resulta obvio que la pena de multa puede afectar a las penas privativas de libertad de hasta un año, siempre que el juez sustituya el número de días de privación de libertad por el mismo número de cuotas diarias de multa. La Propuesta de Anteproyecto español de 1983 es la más avanzada en la sustitución de la pena privativa de libertad mediante la pena de multa. Según el art. 83 el tribunal puede sustituir una pena de prisión inferior a dos años no sólo, como ya se ha dicho, por la correspondiente suma de arrestos de fines de semana, sino también por la pena de multa. Para ello, se impone en lugar de cada día, cada semana o cada mes de privación de libertad un número doble, respectivamente, de cuotas diarias, semanales o mensuales, de modo que la pena de multa puede llegar hasta los 48 meses (22). En vez de la pena privativa de libertad de hasta seis meses, viene en consideración siempre, según la Propuesta de Anteproyecto, la pena de multa o de arresto de fin de semana o alguna privación de derechos, pues el límite legal mínimo de la pena privativa de libertad sólo comienza en los seis meses.

3. En cuanto alternativa a la pena privativa de libertad, la pena de multa plantea, con todo, el conocido problema de que debe preverse una sanción sustitutoria para el caso de que el condenado no

(22) Críticamente al respecto, Rodríguez Devesa (nota 12), p. 870; Sáinz Cantero (nota 12), p. 192.

pueda o no quiera pagar (23). El medio coercitivo empleado, tras la pena de multa, por la gran mayoría de los países es la pena privativa de libertad sustitutoria. En la *República Federal de Alemania*, el número de días a cumplir resulta del número de días multa que no ha satisfecho el condenado, según la estricta relación de uno a uno (§ 43 StGB). Por razones de prevención general, a tenor de doctrina dominante, la pena privativa de libertad sustitutoria no puede ser suspendida condicionalmente. Sólo se prescinde de ella por orden del tribunal si su cumplimiento supusiere para el condenado un rigor contrario a la equidad (§ 459 y s. StPO). En principio, la regulación es la misma en *Austria*, únicamente que a cada día de arresto sustitutorio corresponden aquí dos cuotas diarias (§ 19, párr. 3 StGB), lo que supone una mejor proporción libertad-dinero que la regulación alemana. Frente al puro automatismo de la privación de libertad sustitutoria *alemana* o *austríaca*, en la mayor parte de los países las regulaciones son más flexibles. La forma y modo de conversión de la pena de multa en una determinada pena privativa de libertad sustitutoria queda frecuentemente al arbitrio del juez, sin baremos legales de conversión, por lo que pueden ser mejor apreciados la situación económica del autor y el grado de culpa respecto de su insolvencia. Una regulación de este tipo es también la del actual Derecho penal *español* (24). Según el art. 91 C.p.,

(23) Grebing (nota 17), p. 1325; Boix Reig, *Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria*, *Cuadernos de Política Criminal*, 1977, núm. 3, pp. 29 y ss.; Quintero Olivares, *El arresto sustitutorio*, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, pp. 122 y ss.

(24) Beristain, *La multa en el Derecho penal español*, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1976, pp. 349 y ss.; el mismo, *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privati-*

cuando el condenado no paga la multa, el tribunal fija a su arbitrio la pena privativa de libertad sustitutoria, si bien ésta no puede superar los seis meses, para los delitos, y los 15 días, en las faltas. La pena privativa de libertad sustitutoria puede ser, asimismo, suspendida condicionalmente, conforme al art. 93, párr. 1, núm. 2 C.p. La Propuesta de Anteproyecto de 1983 prevé también la pena privativa de libertad sustitutoria y establece, como en *Austria*, que cada día, semana o mes de privación de libertad extinguen, respectivamente, cuotas de dos días, dos semanas o dos meses (art. 48, 1), pudiendo incluso el tribunal reducir aún más ese tiempo por razones de equidad. Sin embargo, según el art. 77, 2 de la Propuesta de Anteproyecto, quedará excluida en el futuro la suspensión condicional de la pena privativa de libertad sustitutoria, lo que frente al Derecho vigente constituiría un retroceso.

4. Para evitar la pena privativa de libertad sustitutoria en casos de impago de la pena multa, sin renunciar completamente a una sanción, se ofrecen dos caminos: en primer lugar el arresto coactivo. La “*contrainte par corps*” francesa se ha desarrollado a partir de la cárcel por deudas del Derecho civil de tiempos más antiguos. La duración del arresto se establece en la sentencia y se ajusta a la cuantía de la pena de multa, de modo que en el caso de la pena de multa por días-multa también se impone en *Francia* un día

vas de libertad, Cuestiones penales y criminológicas, Madrid 1980, pp. 457 y ss.; Manzanares Samaniego, *La pena de multa*, Madrid 1977; el mismo, *La multa en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal, Poder Judicial*, núm. 9, 1983, pp. 65 y ss.; Rodríguez Ramos, *El sistema de días-multa en el Proyecto de Código Penal, La Ley*, 17.10. 1980, pp. 1 y ss.; Roldán Barbero, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Madrid 1983.

de cárcel por cada dos cuotas diarias (art. 43-10 C.p.). Aunque la "contrainte par corps" es un arresto forzoso y no una pena privativa de libertad no se diferencia en nada en su ejecución de una pena corta privativa de libertad. Su desventaja más importante consiste en que la ejecución del arresto coactivo no extingue la pena de multa. Más justa y adecuada a la Política Criminal moderna es, por ello, la posibilidad de sustitución de la privación de libertad sustitutoria por el trabajo no remunerado. Esta posibilidad existe, p.e. en algunos estados de la *República Federal de Alemania*, en *Noruega* y en *Suiza*. Pero, como el trabajo supone la voluntariedad del condenado y como las personas afectadas sólo difícilmente se dejan convencer para trabajar sin cobrar, en lugar de cumplir un corto arresto, las posibilidades del trabajo en cuanto sustitutivo de la privación de libertad sustitutoria, de acuerdo a las experiencias habidas hasta el momento, tiene todavía poca entidad práctica. De todas maneras, la organización y aplicación de este sustitutivo de la privación de libertad sustitutoria, en sí mismo muy razonable, exige una mayor atención por parte de la Administración.

5. *Italia* ha suprimido completamente la pena privativa de libertad sustitutoria a partir de la ya citada Ley de 24-11-1981 (25), posterior a la decisión del Tribunal Constitucional de 1979, de considerarla inconstitucional por violación del principio de igualdad entre ricos y pobres (26). En lugar de la pena privativa de libertad sustitutoria se ha introducido la libertad controlada y, en el caso de las penas de

(25) Dolcini, en Dolcini y otros (nota 3), art. 102.

(26) Corte costituzionale n. 131, *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, I, p. 1046.

multa de hasta un millón de liras, el trabajo sustitutorio a petición del condenado, asimilando 50.000 liras a un día de trabajo sustitutorio, cuando la medida de conversión en la libertad controlada es sólo de 25.000 liras. En *Inglaterra* y *Suecia* existe la posibilidad de remitir completamente la cuestión de la pena privativa de libertad sustitutoria, en casos de insolvencia no culpable, a un procedimiento posterior de fijación judicial. Desde el 1 de julio de 1983, la transformación sólo se realiza, en *Suecia*, a título facultativo.

6. Una alternativa a la pena privativa de libertad de especiales características es la pena restrictiva de libertad introducida en 1969 en *Polonia* (27). Tiene, en parte, el carácter de una pena de trabajo, con obligación de prestación gratuita de un trabajo para fines de utilidad común, judicialmente impuesto y controlado, y de una extensión temporal de 20 a 50 horas al mes durante al menos tres meses y hasta dos años (art. 33 § 2, art. 34 § 1 C.p.). También se ofrece como alternativa, mucho más empleada en la práctica, la reducción salarial de un 10 a un 25% (art. 34 § 2 C.p.), que confiere a la pena restrictiva de libertad el carácter de una "pena de multa duradera disfrazada" al estilo de la pena de multa con cuotas semanales o mensuales del art. 45 de la Propuesta de Anteproyecto *español*.

IV. Otros sustitutos de la pena privativa de libertad

Consideraremos cinco posibilidades de sustitución:

(27) Ewa Weigend, *Die Freiheitsbeschränkungsstrafe im polnischen Recht*, *Recht in Ost und West*, 1980, 8 y ss.

1. Pocos ordenamientos ofrecen la posibilidad de la indemnización al ofendido como única reacción a un hecho delictivo, algo comprensible, pues la obligación de resarcir suele existir ya, sin más, por disposición legal y, consiguientemente, la indemnización de la víctima no puede aparecer como una "pena" en sentido estricto (28). Esta solución sólo entra en consideración, por ello, de modo puramente excepcional como sustitutivo de una pena de multa en casos leves.

2. La dispensa de la pena (28a) sí es, en verdad, una sanción independiente, pues siempre supone el pronunciamiento de un fallo condenatorio a causa del delito cometido: pero, debido a su carácter más bien simbólico, sólo en circunstancias especiales puede reemplazar a una pena privativa de libertad. El Derecho *alemán* conoce uno de estos casos. La dispensa de la pena se prevé aquí, también respecto de hechos relativamente graves, en tanto el autor no incurra en una pena privativa de libertad superior a un año. Presupuesto de la dispensa de la pena es que las consecuencias del hecho, que hayan afectado al autor, sean tan graves, que la imposición de la pena resultaría manifiestamente indebida (*poena naturalis*) (§ 60 StGB). Dispensa de la pena es también la "dispense de peine" *francesa* (art. 469-2 C.p.p.) (compárese más arriba II.2). El "perdono giudiziale" supone en *Italia* la sustitución de la pena privativa de libertad para jóvenes menores de 18 años, si no aparece indicada pena superior a la de privación de libertad de hasta dos años (art. 169 C.p.). De un modo muy general, *Portugal* ha introducido, en el

(28) Grebing (nota 17), p. 1225.

(28a) Antón Oneca, *El perdón judicial*, Madrid 1922.

nuevo Código Penal de 1982, la dispensa de la pena bajo determinados presupuestos, si la pena privativa de libertad indicada según las circunstancias no sobrepasa los seis meses (art. 75). En muchos ordenamientos jurídicos, la dispensa de la pena se prevé, además, en los delitos de escasa importancia, para los que no suele preverse pena privativa de libertad.

3. También cabe estudiar como sustitutivo de una pena privativa de libertad la reprobación pública. Como reacción al delito, supone un paso más que la dispensa de pena, pues constituye ya una sanción, subsiguiente al fallo condenatorio y de acentuado sentido moral. La reprobación pública es, sobre todo, de uso extendido en el círculo jurídico socialista. La encontramos, p.e., en la *Unión Soviética* (art. 28 de los Fundamentos del Código Penal de la URSS y de las Repúblicas de la Unión de 1958), en la *República Democrática Alemana* (§ 37, párr. 1 StGB) y en *Polonia* (art. 18, no. 4 de la Ley de contravenciones). En los países occidentales, la reprobación pública aparece sobre todo en el Derecho penal de jóvenes como admonición o amonestación (p.e. en la *República Federal de Alemania* y *Austria*). Aparte de ello *España* conoce la reprobación no sólo respecto de jóvenes, sino también para adultos. Esta se aplica, como reprobación pública, en audiencia del tribunal a puerta abierta y, como reprobación privada, a puerta cerrada (art. 89 C.p.). En la Propuesta de Anteproyecto de 1983, sin embargo, no se incluye ya la reprobación que tiene actualmente escasa importancia. Contrariamente, *Portugal* ha introducido en su nuevo Código Penal la reprobación (*admoestação*) como alternativa a la pena privativa de libertad de hasta tres meses.

4. También es una forma de sustitución de la pena privativa de libertad el empleo de penas accesorias, consecuencias accesorias y medidas, como penas principales. En este campo es *Francia*, a partir de la Ley de reforma de 1975, quien va en cabeza. Según el art. 43-1 C.p., las sanciones accesorias aplicables a un delito menos grave pueden ser impuestas solas, como penas principales. Además, el art. 43-2 introduce la inhabilitación profesional como sanción principal si el hecho fuere sancionable con pena de prisión y se hubiere cometido con ocasión del ejercicio profesional del autor. Aún más, el art. 43-3 C.p. menciona seis sanciones que —independientemente del hecho cometido y sin que aparezcan previstas en las disposiciones penales aplicables— pueden ocupar el puesto de una pena de prisión; entre ellas destaca como más importante la prohibición de conducir de hasta cinco años. En cuanto incursión del legislador francés en un nuevo campo, las nuevas sanciones son de gran significación teórica, pero, exceptuada la prohibición de conducir, encuentran escasa aplicación en la práctica (29). En los *Países Bajos*, la Ley sobre penas pecuniarias, de 31-3-1983, ha introducido la posibilidad de que penas accesorias, p.e. ciertas pérdidas y privaciones de derechos, puedan ser impuestas en lugar de una pena principal. En *España* rigen las siguientes: “inhabilitación absoluta, inhabilitación especial para cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, y suspensión de cargos públicos, derechos de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio”, que pueden ser tanto penas principales como accesorias (30).

(29) Teufel (nota 10), p. 229.

(30) Gimbernat Ordeig, *Das spanische Strafrecht*, en Mezger/Schönke/Jescheck, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, Bd. VI, 1982, p. 409; Beristain, *La inhabilitación penal, ayer, hoy y ma-*

En cuanto a la pena de privación del permiso de conducir, se prevé en el actual Código penal como pena principal, grave o leve, con una duración, en el primer caso, superior a tres meses, y que no llegue a esos meses, en el segundo supuesto (art. 28 C.p.). La Propuesta de Anteproyecto de 1983 también prevé, además, como pena principal, la privación del derecho de conducir de un mes a seis años (art. 38c).

5. Junto a la pena de multa, la alternativa más importante a la pena privativa de libertad es la imposición, como pena principal, del trabajo al servicio de la comunidad. Su sentido político criminal radica no sólo en que pueden evitarse los efectos negativos que la privación de libertad tiene sobre los condenados, sino también en que posibilita la compensación del delito por el delincuente, aunque sea de una manera simbólica, a través de la prestación positiva de un servicio a la comunidad. El trabajo correccional sin privación de libertad resulta frecuente en el círculo jurídico de los países socialistas. Conforme al artículo 27 del Código Penal de la *República Socialista Soviética rusa*, consiste en que el condenado pierde durante cierto período de tiempo una parte de su salario, apareciendo así, igual que la pena restrictiva de libertad polaca, como una "pena de multa duradera disfrazada". De igual modo se organiza el trabajo correccional en el nuevo Código Penal *húngaro*. En cambio, *Inglaterra* ha introducido en 1972 el trabajo en servicio de la comunidad (Community service), en sentido propio, con

ñana, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1966; Manzanares Samaniego, *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*, *Anuario de Derecho Penal*, 1975, pp. 175 y ss.

un mínimo de 40 horas y un máximo de 240, y, al parecer, esta nueva sanción ha demostrado allí suficientemente su eficacia (31). *Francia* se ha sumado, asimismo, en 1983, adoptando los mismos límites mínimo y máximo (art. 43-3-1 ss. C.p.), mientras que *Portugal* permite en su nuevo Código penal de 1982 la sustitución de una pena privativa de libertad de hasta tres meses por prestaciones laborales en favor de la comunidad de 9 a 180 horas (art. 60). En 1982, *Dinamarca* ha introducido la pena de trabajo en lugar de la pena privativa de libertad de hasta siete meses y, en *Noruega* se proyecta su introducción.

Conclusión

A través de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, *España* ha ascendido rápidamente a la cima del movimiento de reforma internacional. Se suprime la pena privativa de libertad de hasta seis meses y se sustituye por la pena de multa o arresto de fin de semana. La pena de multa y el arresto de fin de semana pueden ocupar también el puesto de la pena privativa de libertad de hasta dos años. Además, la suspensión del fallo y la suspensión condicional de la pena se extienden hasta los dos años de privación de libertad. La determinación judicial de la pena se lleva a cabo sobre la base del principio de culpabilidad. Las medidas de seguridad entran en acción si la pena ligada al principio de culpabilidad no basta para satisfacer las exigencias de seguridad de la colectividad (32). Lo que todavía falta en

(31) Barbara Huber, *Community Service Order als Alternative zur Freiheitsstrafe*, JZ 1980, pp. 642 y s.; la misma (nota 8) p. 130.

(32) Críticamente al respecto Muñoz Conde, *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*, GA 1984, pp. 218 y ss.

la institución probatoria son las instrucciones de comportamiento para el condenado y, sobre todo, el establecimiento de un servicio de prueba.

El nuevo Derecho Penal de la *República Federal de Alemania* no llega tan lejos como la Propuesta de Anteproyecto español. La pena privativa de libertad inferior a seis meses no está suprimida, sino sólo limitada en su aplicación, y todavía se impone con relativa frecuencia en la práctica. La suspensión condicional de la pena sólo alcanza de manera excepcional a penas privativas de libertad de uno o dos años y el aplazamiento del pronunciamiento de la pena sólo tiene lugar en el marco de las penas de multa, leves y de gravedad media, como amonestación con reserva de pena. Con todo, también en *Alemania* la culpabilidad del autor constituye la base de la medición de la pena y ésta puede completarse con medidas para satisfacer las exigencias de seguridad colectiva. Bien desarrollada está en *Alemania* la asistencia probatoria. Sólo cabe esperar que en *España* la Propuesta de Anteproyecto de 1983 se convierta realmente en Ley, y desear que *Alemania* vuelva a avanzar sobre los progresivos niveles político-criminales alcanzados en los últimos quince años, en la línea del proyecto español.

LA REFORMA DEL DERECHO PENAL ALEMÁN EN COMPARACION CON EL DERECHO PENAL ESPAÑOL ACTUAL Y FUTURO

Traducido por el Dr. D. Luis Arroyo Zapatero,
Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de
Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Introducción

El Derecho penal a que se ha llegado en Alemania con la reforma iniciada en el año 1953 muestra numerosos aspectos comunes con el Derecho penal español y con la reforma en curso. La comparación entre ambos ordenamientos jurídicos, tarea que me propongo abordar aquí, puede por tanto llevarse a cabo sobre una base que es común en aspectos esenciales y que posibilita una consideración en paralelo de los problemas fundamentales.

Comenzaré con lo que he denominado rasgos comunes de los derechos penales alemán y español.

En primer lugar, se ha de hacer referencia a la historia. El Código penal alemán de 1871 encuentra sus raíces en el Código penal prusiano de 1850 y en las codificaciones de la primera mitad del siglo XIX, en las que dominaba la idea de que el mantenimiento del orden social había de realizarse mediante las penas privativas de libertad junto con la pena de muerte, imperando como fundamento de todo ello el principio de intimidación, sin específica consideración a la personalidad del delincuente.

Los esfuerzos reformadores han llevado desde principios de este siglo a la formulación de numerosos proyectos (1), pero sólo la impresión producida por

(1) Jescheck, *German Criminal Law Reform: Its Development*

los grandes cambios en la política criminal operados desde los años 60 ha hecho posible la reforma completa de la Parte general y la reforma en curso de la Parte especial, mediante leyes singulares.

Por su parte, también el Código penal español de 1870 se asentó sobre el Código autoritario y restaurador de 1848, perdurando su estructura básica, que, a pesar de reconocidas necesidades de reforma y de la existencia de numerosos Proyectos, han pervivido en los Códigos posteriores de 1932 y 1944, así como el texto refundido de 1973, vigente todavía hoy (2). El gran viraje se ha producido en España por la Constitución de 1978 y con el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal que el Gobierno remitió a las Cortes en 1980 (3).

Los principios constitucionales, que conforman decisivamente el Derecho penal, son iguales en ambos países y representan la antítesis de las dictaduras autoritarias del pasado. La República Federal de Alemania y España son, tal y como lo establecen las Constituciones respectivas de 1949 y 1978, Estados liberales, sociales y democráticos de Derecho con un orden social pluralista, y persiguen por ello en el reforma de su Derecho penal los fines de libertad, humanización y formalización del orden jurídico. Ambos países han alcanzado en la legislación penal casi el mismo

and Cultural-Historical Background, en G.O.W. Mueller (ed.), *Essays in Criminal Science*, London 1961, pp. 395 y ss.

(2) Barbero Santos, *Kriminalpolitische Grundlagen des Sanktionensystems des spanischen Strafrechts seit 1948*, ZStW 87 (1975), pp. 397 y ss.

(3) Mir Puig, *Das Rechtsfolgensystem im spanischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs*, ZStW 93 (1981), pp. 1293 y ss.; Rodríguez Mourullo, *Directrices político-criminales del Anteproyecto de Código Penal*, en Mir Puig (ed.), *La reforma del derecho penal*, Bellaterra 1980, pp. 165 y ss.; *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980; *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona 1980.

nivel. En Alemania entró en vigor en 1975 una nueva versión de la Parte general de un Código que tenía más de 100 años de vida, y la Parte especial ha venido siendo transformada desde 1968, poco a poco y por materias, mediante numerosas leyes de reforma parcial (4). En el año 1976 se promulgó una Ley de ejecución de penas que, por vez primera, estableció un fundamento federal común para el cumplimiento de la pena privativa de libertad. No puede decirse que esta ley haya introducido algo radicalmente nuevo pero, sin embargo, ha sido valorada por la práctica como un paso decisivo hacia el futuro y en muchos aspectos ha llevado a una mejora de las relaciones en las instituciones penitenciarias (5).

Por lo que a España respecta, es verdad que no ha traspasado el umbral de un nuevo Código penal, pero en el año 1980 se publicó un Proyecto gubernamental de un Código de nueva planta (6), al que ha seguido en 1983 una Propuesta de Anteproyecto (7) que ha recogido numerosas enmiendas que los grupos parlamentarios presentaron al primero, así como las críticas doctrinales. Al igual que se hizo en Alemania en 1970, se ha procedido a introducir en 1983 las modificaciones más urgentes en dos leyes de re-

(4) Jescheck, *Strafrechtsreform in Deutschland. Allgemeiner Teil*, SchwZStr 91 (1975), pp. 1 y ss.; el mismo, *Strafrechtsreform in Deutschland. Allgemeiner und Besonderer Teil*, SchwZStr 100 (1983), pp. 1 y ss.; Stratenwerth, *Tendencias y posibilidades de una reforma del derecho penal*, en Mir Puig (ed.), (nota 3), pp. 39 y ss.

(5) Dünkel/Rosner, *Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970*, Freiburg i.Br. 1982, 2ª ed., pp. 343 y ss.

(6) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm. 108-I, de 17 de enero 1980, p. 657.

(7) Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, 1983.

forma parcial (7a). También se ha promulgado en 1979 una moderna ley penitenciaria cuyo cumplimiento se enfrenta con problemas todavía más graves que la alemana, como establecimientos anticuados, masificación de internos, especialmente preventivos, e insuficiente dotación de medios personales y materiales (8).

Un excepcional elemento en común, que convierte toda discusión sobre técnicas de reforma penal entre alemanes y españoles en una conversación de amigos, viene constituido por el hecho de que desde los años anteriores a la Primera Guerra Mundial, en los que Jiménez de Asúa, Saldaña y Cuello Calón visitaron el berlinés seminario de Derecho penal de Franz von Liszt, numerosos penalistas españoles, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial, han realizado una parte de sus estudios en Alemania y, por ello, están ligados a nosotros en un espíritu común (9). El que el Proyecto español de 1980/83 muestre numerosos rasgos de la reforma penal alemana no es un hecho casual, pues casi todos los Catedráticos que han integrado las diversas Comisiones de reforma han estudiado en Alemania y conocen a la perfección la discusión sobre la reforma habida en nuestro país y los resultados a que se ha llegado. Por otra parte,

(7a) Ley Orgánica 23 abril 1983, núm. 7/83: Prisión provisional, Boletín Oficial del Estado, 26 abril 1983 (núm. 99); Ley Orgánica 25 junio 1983, núm. 8/83: Reforma urgente y parcial, Boletín Oficial del Estado, 27 junio 1983 (núm. 152).

(8) Ley Orgánica 26 septiembre 1979, núm. 1/79: General Penitenciaria. Vid. García Valdés, *La reforma penitenciaria*, en Mir Puig (ed.) (nota 3), pp. 297 y ss.; el mismo, *La reforma del derecho penitenciario español*, en Universidad de Santiago de Compostela, *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago 1980, pp. 59 y ss.

(9) Barbero Santos, *Proemio*, en Primera Cátedra de Derecho Penal, Universidad de Madrid (ed.), *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid 1982, pp. 13 y ss.

durante este tiempo han tenido lugar en suelo español varios Coloquios hispano-germanos de Derecho penal con objeto de estudiar el Proyecto español y las experiencias de la reforma alemana (10).

Para caracterizar el parentesco entre ambos ordenamientos jurídicos también en el contexto internacional, se ha de hacer referencia a que ambos países, en el seno de sus respectivos ámbitos de cultura jurídica se ven circundados de tendencias de reforma de similares características, lo que proporciona los correspondientes impulsos que la colaboración internacional lleva más allá de las fronteras. Así, y en el ámbito germánico, Austria ha aplicado en su Código penal de 1974 el mismo instrumentario que la República Federal de Alemania en el suyo (11) y en Suiza, por su parte, aunque siguen predominando las penas privativas de libertad, se suspenden a prueba las de corta duración en un 80% de los casos y para el supuesto de cumplimiento efectivo se dispone de instituciones moderadoras, por lo que la situación resulta comparable con la que determinará la introducción del arresto de fin de semana previsto en España (12).

Por lo que se refiere a los países latinos con relaciones científicas con España, Portugal se ha dado un nuevo Código penal en 1982 cuya orientación

(10) Mir Puig (ed.), *La reforma del derecho penal*, Bellaterra 1980; Primera Cátedra de Derecho Penal, Universidad de Madrid (ed.), *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid 1982.

(11) Burgstaller, *Das neue österreichische Strafrecht in der Bewährung*, ZStW 94 (1982), pp. 723 y ss.

(12) Beckmann, *Statistische Angaben über die Geldstrafe in der Schweiz*, en Jescheck/Grebing (ed.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, Baden-Baden 1978, p. 850, tabla 7; Beckmann, *Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz*, Baden-Baden 1982, pp. 158 y ss.

progresista le lleva considerablemente más allá del nuevo Derecho penal alemán (13). En Italia, una Ley de 1981, titulada discretamente "Modifíche al sistema penale" (14), juntamente con la Ley penitenciaria de 1975 (15) ha llevado a cabo reformas sustanciales. Francia, por su parte, se ha sumado al movimiento internacional de reforma mediante la adopción de alternativas modernas a la pena privativa de libertad en las leyes de 1975 (16) y 1983, como por ejemplo, el empleo de penas accesorias como penas principales, los trabajos de interés comunitario y el sistema de días-multa.

¿Cuáles son, en breve síntesis, los fines de la política criminal con los que nos enfrentamos hoy en el movimiento internacional de reforma penal? (17).

El Derecho penal es el último y más extremo medio coactivo de que dispone el Estado para garantizar el orden jurídico. De ello se sigue el mandato de descriminalización, es decir, de limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos que no pueden ser suficientemente tutelados de otro modo, y a conductas que lesionan o ponen en peligro dichos

(13) Figueiredo Dias, *Les nouvelles tendances de la politique criminelle du Portugal*, Archives de politique criminelle, núm. 6, 1983; Hünerfeld, *Neues Strafrecht in Portugal*, JZ 1983, pp. 673 y s.

(14) Grasso, *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, Rivista italiana di diritto e procedura penale 1981, pp. 423 y ss.

(15) Grevi, *Das italienische Strafvollzugsgesetz*, ZStW 94 (1982), pp. 497 y ss.

(16) Teufel, *Reformen zur Ersetzung der kurzen Freiheitsstrafe in Frankreich*, Diss. Freiburg i.Br. 1978, pp. 150 y ss.

(17) Jescheck, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del derecho penal*, en Mir Puig (ed.) (nota 3), pp. 9 y ss.; Sainz Cantero, *El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales*, en Universidad de Santiago de Compostela (nota 8), pp. 167 y ss.

bienes jurídicos de modo reprochable e intolerable. A su vez, los mandatos y prohibiciones penales, así como las conminaciones penales deben configurarse del modo más concreto posible, confiriendo al Juez sólo un marco delimitado de arbitrio. La pena tiene primordialmente la misión de garantizar la prevención general (18), es decir, la afirmación del orden jurídico establecido ante los ciudadanos, que mediante ello verán reforzada su conciencia jurídica y que deben encontrar satisfacción a su necesidad de seguridad. La pena, por el contrario, no persigue la realización de la Justicia como tal, pues es tarea en la que los hombres habrían de fracasar ineluctablemente, dada la limitación de sus medios y posibilidades. Ahora bien, como toda reacción estatal punitiva a una violación del Derecho debe ser siempre justa, ésta debe conectarse a la responsabilidad personal del autor, como medida comunmente comprensible de la Justicia o, expresado con otras palabras, debe fundamentarse en el principio de culpabilidad (19). Dado que la retribución no es el fin de la pena, la tarea del Juez consiste en elegir la clase y medida de sanción menos gravosa para el autor en los límites de su culpabilidad y en fomentar en lo posible su inserción social, en vez de debilitarla o destruirla. La pena privativa de libertad efectivamente ejecutada es, por ello, la “última ratio” de entre todos los medios de sanción penal y debe re-

(18) Mir Puig, *Die Funktion der Strafe und die Verbrechenlehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat*, ZStW 95 (1983), pp. 413 y ss. Sobre sus relaciones con la prevención general v. Luzón Peña, *Antinomias penales y medición de la pena*, en Mir Puig (ed.) (nota 3), pp. 201 y ss.

(19) Vid. al respecto, críticamente, Muñoz Conde, *El principio de culpabilidad*, en Fernández Albor (ed.), *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Santiago de Compostela 1976, pp. 219 y ss.

servarse básicamente para los autores de delitos violentos, sujetos peligrosos, delitos con resultado dañoso particularmente grave y para reincidentes contumaces. En los demás casos, debe sustituirse por la suspensión a prueba, la pena de multa, los trabajos de interés comunitario y demás instituciones alternativas. La inserción social del delincuente ha de ser facilitada mediante asistencia pública y privada, lo que es expresión de la idea de que dicha asistencia se deriva de la co-responsabilidad de la sociedad en la criminalidad y por ello la asistencia al delincuente no es algo libre y graciosamente decidido sino un correlato necesario y vinculante del Estado social.

Tras las consideraciones introductorias expuestas, en la parte central de mi conferencia deseo analizar la medida en que la reforma del Derecho penal alemán ha tenido en cuenta los postulados de la moderna política criminal y en qué aspectos ha podido quedar por debajo de ellos. Los resultados a que al respecto lleguemos me propongo contrastarlos con el Derecho penal español vigente y con el porvenir. En un primer apartado me ocuparé de los problemas de la Parte general. Para concluir me ocuparé en un segundo apartado del problema de la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo, que representa una de las cuestiones fundamentales de la reforma de la Parte especial.

I. La reforma de la Parte general

1. La idea de que el Derecho penal es el último y más extremado medio de que el legislador dispone para el mantenimiento del orden jurídico y de que en

lo posible ha de recurrirse preferentemente a medios distintos y menos gravosos, constituye el fundamento del Derecho penal alemán vigente (20). Por ello el legislador ha dado grandes pasos en la descriminalización del Código penal, y así han sido suprimidas de un plumazo todas las faltas, transformándolas predominantemente en contravenciones del orden y, en muchos casos, suprimidas sin sustituirlas por cualquier otra clase de infracción. La Ley sobre contravenciones del orden de 1968 ha establecido para todos los ilícitos del orden y especialmente para las infracciones de tráfico leves un sistema sancionador por parte de las autoridades administrativas. Uno de los efectos de la Ley ha sido el descargar de trabajo a la justicia penal, pues solo un 10% de los cinco millones de multas administrativas anuales son impugnadas ante los Tribunales, mientras el restante 90% adquiere firmeza sin intervención del juez (21).

El legislador ha intervenido también en la zona central del Código penal. Las transformaciones producidas en las concepciones de amplios sectores sociales en el ámbito del matrimonio, la familia y la moral sexual han llevado a una retracción del Derecho penal en el ámbito de los delitos sexuales y contra la familia. Especialmente significativas son la despenalización del adulterio, de las relaciones sexuales entre parientes, de la homosexualidad entre hombres de más de 18 años y del bestialismo, así como la restricción de la punibilidad del celestinaje al favoreci-

(20) Roxin, *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo*, en Mir Puig (ed.) (nota 3), pp. 83 y ss.

(21) Jescheck, *Grenzen der Rechtsgewährung in der Strafrechtspflege in rechtsvergleichender Sicht*, en Deutscher Richterbund (ed.), *Grenzen der Rechtsgewährung*, 1983, p. 65.

miento de la prostitución y la liberalización de las publicaciones pornográficas, en tanto no se trate de la llamada “pornografía dura” o no se ponga en peligro a los jóvenes.

La reforma penal española ha tomado un derrotero similar. El Proyecto de 1980 menciona expresamente en su Exposición de Motivos que el Derecho penal es la “ultima ratio” del Estado. En lo que respecta a las faltas, la despenalización queda un tanto por detrás de la regulación alemana, pues, aunque en menor número que con anterioridad, perviven en su mayor parte. Incluso en el Anteproyecto de 1983 se mantiene la habilitación para que la Administración establezca y castigue por sí misma infracciones leves, si bien, y en virtud de lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 25 de la Constitución, no se contemplan para las mismas penas privativas de libertad, ni siquiera como arresto sustitutorio (22). No se ha adoptado en España hasta ahora una ley de infracciones al orden pero sería posible sin dificultad alguna, por ejemplo según el modelo alemán o el portugués de 1982, y contribuiría quizá a aliviar a la agobiada Justicia penal española (23). Los delitos sexuales y contra la familia se ven restringidos sustancialmente en el Proyecto, al igual que en Alemania, lo que evidencia el grado de decisión en el compromiso de construir un orden social pluralista inclusive en una sociedad y en un Estado en que tanto pesa la tradición.

(22) Casabó Ruiz, *La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código penal*, en Universidad de Santiago de Compostela (ed.) (nota 8), pp. 271 y ss.

(23) Acerca de la situación de la justicia penal española, v. Rodríguez Devesa, *Derecho penal español, Parte general*, Madrid 1981, 8^a, Prólogo, pp. VII y ss.

2. El principio de legalidad tiene para el nuevo Derecho penal alemán una importancia fundamental. Lo encontramos al principio del Código, en un precepto que se corresponde literalmente con su formulación en la Constitución: "Un hecho sólo puede ser castigado si su punibilidad ha sido legalmente determinada con anterioridad a su comisión" (Art. 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental). A través de esta autovinculación del Estado se asegura que la punibilidad de una conducta y la sanción con la que se la conmina se encuentre establecida ya en el momento de la ejecución del hecho, de tal modo que todo el mundo pueda confiar en que una conducta que al tiempo de su realización no se hallaba declarada expresamente como punible, no podrá ser castigada con posterioridad. De lo expuesto se sigue por tanto, que el Juez penal no está autorizado para cubrir lagunas legales por propia iniciativa mediante la aplicación de preceptos generales análogos, pero no directamente aplicables. Para el Derecho civil rige como principio general el conocido precepto del art. 1, 2º del Código Civil suizo: "Si no se pudiere tomar de la Ley precepto alguno, el Juez deberá aplicar el Derecho consuetudinario, y de no existir éste deberá decidir el caso de conformidad con la regla que él mismo como legislador hubiera establecido". Por el contrario, en Derecho penal rige el principio opuesto, sobre todo cuando de la aplicación analógica de una norma material hubiere de resultar, en perjuicio del reo, una agravación de la situación jurídica que se deriva del texto.

También en España ha sido consagrado expresamente el principio de legalidad en el art. 25.1. de la Constitución e, igualmente, en los artículos 1 y 23 del Código penal vigente así como en el art. 1 del

Anteproyecto. Además, el art. 4 del Anteproyecto establece de modo singularizado el principio de prohibición de la analogía autorizándola tan sólo en favor del reo. Como más importantes correlatos del principio de legalidad, se suprimen en el Anteproyecto las medidas de seguridad pre-delictuales (art. 87.1) (24) y la cláusula general de incriminación de las conductas imprudentes (actual art. 565 C.p.). Se echa de menos, empero, un precepto acerca de la punibilidad de la comisión por omisión, al estilo, por ejemplo, del párrafo 13 StGB, cuya necesidad se deriva de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1 del Anteproyecto, pues precisamente en los delitos de comisión por omisión no nos encontramos ante omisiones previstas por la Ley como delito o falta, únicas que pueden formalmente ser objeto de punición (25). La Reforma urgente y parcial de 1983 ha suprimido igualmente por su incompatibilidad con el Derecho penal propio de un Estado de Derecho, la presunción de culpabilidad implícita en el último párrafo del art. 502 (26). El Anteproyec-

(24) Barbero Santos, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en Universidad de Santiago de Compostela (ed.) (nota 8), pp. 99 y ss. En contra, también Muñoz Conde, *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*, GA 1983, pp. 219 y s.

(25) Cerezo Mir, *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en Universidad de Santiago de Compostela (ed.) (nota 8), pp. 202 y s.; sobre los delitos de omisión impropia en España vid. Gimbernat Ordeig, *Das spanische Strafrecht der Gegenwart*, en Mezger/Schönke/Jescheck, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, vol. VI, Berlin 1982, pp. 389 y ss.

(26) Boletín Oficial del Estado, 27 junio 1983 (núm. 152), p. 1325. Vid. también, Sainz Cantero, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, vol. VII, Santiago de Compostela 1984, pp. 395 y ss.; Muñoz Conde/Quintero Olivares, *La reforma penal de 1983*, Barcelona 1983.

to, por su parte, suprime la presunción de culpabilidad que contiene todavía hoy el art. 483, relativo al reo de detención legal que no diere razón del paradero de la persona detenida.

3. El Derecho penal alemán ha desempeñado a nivel internacional un papel de vanguardia en el reconocimiento del principio de culpabilidad, que constituye sin duda el fundamento ético del Derecho penal alemán vigente. A la perseverancia en este principio, debemos el que se haya reafirmado nuevamente también en el extranjero frente a los criterios puramente utilitarios (27). El fundamento político-criminal del Derecho penal alemán radica en la combinación de dos ideas básicas: por una parte, la de que la culpabilidad del autor debe compensarse mediante una pena adecuada al fin de asegurar la prevención general y, por otra, la de que el fin de la pena es también el de actuar sobre su personalidad para evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro (prevención especial). Esta doble finalidad ha sido consagrada en el apartado primero del párrafo 46 StGB, cuyo tenor literal dice: "La culpabilidad del reo es fundamento de la determinación de la pena; el Juez deberá tener en cuenta también los efectos de la pena en la vida futura en sociedad del sujeto". Este precepto pone definitivamente en claro que una pena incompatible con la clase y grado de la culpabilidad vulnera la ley. El párrafo 46 proscribire también tanto la responsabilidad objetiva en Derecho penal como la sustitución de la pena por medidas sin correspondencia con la culpabilidad. Por otra parte, del párrafo 46 se deriva que el Juez ha-

(27) v. Hirsch, *Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre*, ZStW (1982), pp. 1063) y ss.

brá de tomar en consideración en cada caso concreto de determinación de la pena los efectos de la sanción en la vida futura en sociedad del condenado y que, en consecuencia, la pena no ha de concebirse en modo alguno como mera retribución.

Para el observador extranjero del nuevo Derecho penal español, uno de los aspectos que mayor impresión le proporcionan es el modo consecuente de adecuarse al principio de culpabilidad (28). En el párrafo segundo del art. 1 C.p., tal y como ha sido formulado por la Ley de Reforma Urgente y Parcial, se consagra el principio “Nulla poena sine culpa” así como el precepto —construido a imagen del § 18 StGB— conforme al cual en los delitos cualificados por el resultado al sujeto no se le puede imputar el ulterior resultado más grave si no hubiere sido causado, cuando menos, imprudentemente. Al mismo tiempo se han suprimido todos los supuestos de responsabilidad objetiva, que habían pervivido como manifestaciones del viejo “*versari in re illicita*” (29). Un paso muy significativo hacia el principio de culpabilidad ha sido también la incorporación de los preceptos relativos al error de tipo y al error de prohibición en el art. 6 bis C.p. (30), en el que el error de prohibición se ha regulado a semejanza del § 17 StGB, si bien con la diferencia de que el sujeto debe haber creído positivamente que actuaba conforme a Derecho.

(28) Rodríguez Mourullo (nota 3), pp. 175 y ss.

(29) Cerezo Mir, *El versari in re illicita en el Código penal español*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1962, pp. 53 y ss.

(30) Torío López, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal*, en Universidad de Santiago de Compostela (ed.) (nota 8), pp. 247 y ss.; Sainz Cantero (nota 26), pp. 427 y ss.; Muñoz Conde/Quintero Olvidares (nota 26), pp. 38 y ss.

El Derecho alemán contiene en el párrafo 14 StGB una causa general de extensión de la pena que en los casos de “actuar para otro” y en los tipos que afectan a un determinado círculo de destinatarios, por ejemplo, a una sociedad anónima o a una persona legalmente representada (como el deudor común en el concurso de acreedores) extiende dichos tipos a sus representantes, siempre y cuando éstos hayan asumido el cumplimiento de los deberes jurídicos que corresponden a sus representados. La Ley de Reforma Urgente y Parcial ha introducido en el Código penal una disposición similar en el art. 15 bis, si bien, limitada a los directores, órganos y representantes de personas *jurídicas*. Se ha pensado ante todo en la lucha contra los delitos económicos, a los que el Anteproyecto dedica el Título XII del Libro segundo (31). Otra coincidencia más con el nuevo Derecho penal alemán se produce cuando el Anteproyecto de 1983 menciona en el art. 28 a la autoría mediata como forma de autoría, en formulación similar a la del párrafo 25, 1 StGB, mientras que por otra parte, y en contraste con el Derecho alemán, considera a la inducción y la cooperación necesaria como formas de autoría y no como formas de participación (32).

4. El tema central de la reforma del Derecho penal

(31) Barbero Santos, *Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos*, en *Primera Cátedra de Derecho Penal*, Universidad de Madrid (ed.) (nota 9), pp. 143 y ss.; Bajo Fernández, *El Proyecto de Código penal y el art. 38 de la Constitución*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, pp. 433 y ss.; Stampa Braun/Bacigalupo, *La reforma del Derecho penal económico español*, en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona 1980, pp. 143 y ss.

(32) Vid., críticamente, Cerezo Mir, *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, en Mir Puig (ed.) (nota 3), pp. 238 y ss.

alemán no radica tanto en los presupuestos de la punibilidad como en el sistema de penas y medidas. El nuevo Derecho penal ha transformado profundamente el sistema de sanciones de acuerdo con los principios de la moderna política criminal.

Ya en 1949 la pena capital fue suprimida por la Ley Fundamental (art. 102 GG). La pena privativa de libertad ha quedado por tanto como columna vertebral del sistema de penas alemán, puesto que incluso se aplica subsidiariamente ante el impago de la pena pecuniaria. Sin embargo, ha sido suprimida en los supuestos en que estaba prevista con una duración de hasta un mes (parágrafo 38, 2 StGB) y en los supuestos que comportan un marco desde uno a seis meses se sustituye generalmente por la de multa (parágrafo 47 StGB). La imagen de la determinación de la pena se caracteriza en la práctica por el hecho de que en el 82% de todas las sentencias condenatorias se imponen penas de multa, de las que poco más de un 5% han de sustituirse por prisión subsidiaria a causa de que el condenado, o no quiere o no puede pagar. También nos muestran las estadísticas que el 18% de todas las sentencias condenatorias lo son a penas privativas de libertad. A su vez, dentro de estas últimas, en un 65% de los casos se suspende su ejecución a prueba, revocándose dicha suspensión en el 35% de los mismos, por no superar el sujeto el período de prueba. No obstante, la población reclusa continúa poco a poco incrementándose (en la actualidad cuarenta y dos mil penados y quince mil preventivos), pues la delincuencia aumenta y los Tribunales imponen penas privativas de libertad de mayor duración. La concesión de libertad condicional una vez cumplidos dos tercios de ella o, excepcionalmente, la mitad de la misma, tiene lugar actualmente en

un 29% de los casos. La pena privativa de libertad es una pena unitaria (§ 38 StGB). La prisión perpetua ha sido mantenida a pesar de fuertes críticas (33), si bien, como consecuencia de una Sentencia del Tribunal Constitucional (BVerfGE 45, 187) se ha introducido la posibilidad de la remisión condicional tras el cumplimiento de 15 años (§ 57a StGB).

La pena de multa, construida conforme al sistema escandinavo de días-multa (§ 40 StGB) resulta, por una parte, más justa y, por otra, más comprensible para el condenado y para la sociedad, concediéndose también generosamente facilidades para su abono (§ 42 StGB). Se prevén asimismo sustitutivos para el condenado a pena de multa. La amonestación con reserva de pena ofrece al respecto una posibilidad nueva en multas de hasta 180 días (§ 59 StGB), limitándose el Tribunal, en estos casos, a declarar en la sentencia la culpabilidad por el delito cometido y a fijar una multa cuya imposición se reserva pronunciando solamente una amonestación al acusado. Si el condenado no supera el período de prueba será condenado a la pena que en la sentencia se determinó.

A su vez, en la fase previa del proceso penal el Ministerio Fiscal pide, conforme establece el § 153 a StPO, archivar provisionalmente el procedimiento en casos leves, imponiendo al sujeto el cumplimiento de determinadas obligaciones dejándolo así por completo al margen de la Justicia penal. Eso es una manifestación de la llamada “diversion” americana.

El Derecho penal español vigente y el que se espera para el futuro no solamente ha seguido la evolución moderna del sistema de sanciones sino que está en

(33) Jescheck/Triffterer (ed.), *Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig?* Baden-Baden 1978.

vías de superar en buena parte el nivel alcanzado por el Derecho alemán. Al igual que en Alemania, la pena capital ha sido abolida por la Constitución, salvo lo dispuesto en las leyes militares para tiempos de guerra (art. 15) (34). En el Anteproyecto la pena privativa de libertad es también pena unitaria que abarcará desde 6 meses a 20 años y debe ser adecuada a la culpabilidad y a la personalidad del reo, abandonándose con ello la “aritmética penal” que introdujo el Código penal de 1848 (35). Conforme establece el artículo 25.2 de la Constitución y el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria de 1979 la pena privativa de libertad debe servir a la reeducación y a la reinserción social del condenado. La prisión perpetua, abolida en 1932, no reaparecerá en el futuro Derecho penal español. El máximo de 20 años previsto para la pena de prisión conduce, sin embargo, en conexión con la poco generosa regulación de la libertad condicional, que presupone el cumplimiento de tres cuartos de la pena, a que el límite de cumplimiento efectivo de la pena de prisión quede en 15 años, tras los cuales cabe la liberación, igual que en Alemania y en la mayoría de los demás países. Debe hacerse referencia además a que el máximo legal se eleva a 25 años para los casos especialmente graves, e incluso a 35 años para delitos de terrorismo.

Una gran novedad del Proyecto es la introducción del arresto de fin de semana, que oscila desde uno a 24 fines de semana, comportando cada uno de ellos

(34) Beristain, *Pro y contra la pena de muerte en la política criminal contemporánea*, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid 1979, pp. 577 y ss.; Higuera Guimera, *La previsión constitucional de la pena de muerte*, Barcelona 1980; Barbero Santos, *La pena de muerte en la Constitución*, Revista de Ciencias Sociales, Mayo de 1981, pp. 31 y ss.

(35) Barbero Santos (nota 2), p. 406.

36 horas (artículo 36.1, Anteproyecto de 1983). El arresto de fin de semana, junto con la pena de multa, vienen a sustituir totalmente a la pena corta privativa de libertad de hasta 6 meses, pero con su duración máxima de hasta 24 meses de arresto de fin de semana (art. 82.1 Anteproyecto) alcanza ampliamente el ámbito de la criminalidad intermedia. El artículo 24 del Reglamento Penitenciario de 1981 establece que ha de cumplirse en unidades independientes de establecimientos de preventivos o en establecimientos específicos. Con la limitación de la pena privativa de libertad, con un mínimo de 6 meses, y con la introducción de la pena de arresto de fin de semana, desde un mínimo de 1, el Proyecto español ha encontrado una solución intermedia entre la del Derecho penal alemán y la del Proyecto Alternativo, que en su día propuso prescindir de cualquier pena privativa de libertad para el ámbito inferior a los 6 meses.

A diferencia del Derecho alemán, aunque en correspondencia con la Ley francesa de 1975, la privación del derecho de conducir se prevé en el Código vigente (art. 27, 28, 30 y 42, par. 3) y en el Anteproyecto (art. 38 c) no sólo como pena accesoria sino también como pena principal.

La pena de multa se configura conforme al sistema de días-multa, empleándose también las referencias de semana y mes-multa (36). Con un máximo de 24 meses-multa, la pena de multa puede alcanzar el doble que en Alemania y, al igual que el arresto de fin de semana, servir ampliamente para el ámbito de la criminalidad intermedia. Queda por ver la medida en la que los Tribunales españoles harán uso de esta posibilidad, pues lo que en todo caso muestra la experien-

(36) Beristain, *La multa en el derecho penal español*, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1976, pp. 366 y ss.

cia alemana es que en la práctica pocas veces se superan las cuotas de 90 días. En las condenas a semanas y meses-multa el Proyecto español incorpora la idea de la pena de multa duradera que propuso el Proyecto Alternativo alemán (§ 49 PA), pues las penas semanales y mensuales solamente pueden ser abonadas el último día laborable del período de tiempo correspondiente. Radica aquí una mayor dificultad administrativa que posiblemente conduzca a que los Tribunales impongan solamente cuotas diarias de multa. Tras la pena de multa se encuentra también en el Proyecto español la prisión subsidiaria (art. 48 Anteproyecto), diferenciándose con gran acierto de la regulación alemana en que cada día, semana o mes corresponde a dos días, dos semanas o dos meses de multa.

Con la introducción de la suspensión del fallo el Anteproyecto incorpora una nueva y trascendente posibilidad para evitar por completo la pena (art. 74). En supuestos de pronóstico social favorable y respecto de penas de prisión de hasta dos años, veinticuatro arrestos de fin de semana, tres años de privación del derecho de conducir o de veinticuatro meses de multa, el Tribunal está facultado para suspender el fallo de la sentencia, absteniéndose de imponer la pena y quedando condicionada la suspensión a que el reo no delinca en el período de tiempo que se le señale. La suspensión del fallo es similar en su estructura a la amonestación con reserva de pena del Derecho alemán, aunque es de un alcance considerablemente más amplio, pues en Alemania se limita a las penas de multa de ciento ochenta cuotas diarias.

Junto con la suspensión del fallo, y para el mismo ámbito de delitos se prevé la suspensión condicional

de la pena, si bien, a diferencia del Proyecto de 1980, no se contempla como complemento la imposición de instrucciones y obligaciones y sobre todo la asistencia durante la prueba. Esta última solo está prevista para la libertad condicional y debe ser prestada por órganos de las instituciones penitenciarias (art. 84, 2 Anteproyecto 1983). La condena condicional se reduce así a una reprensión pública, sin acompañamiento de otras medidas de fomento de la reinserción social del condenado.

El Anteproyecto contiene además dos trascendentales posibilidades de sustitución de penas privativas de libertad. Al igual que en el Proyecto Alternativo alemán (§ 50 PA), se prevé que la prisión inferior a dos años pueda ser sustituida por multa, inclusive cuando no estuviere prevista en la ley para el delito de que se trate. Habida cuenta de que aquí un día, una semana o un mes de privación de libertad se equiparan también a una cuota *doble* de pena de multa, ésta podrá en casos extremos llegar hasta los cuarenta y ocho meses, cosa que resulta poco realista. Como segunda posibilidad se prevé que la pena privativa de libertad de hasta dos años pueda ser sustituida por arrestos de fin de semana durante un período equivalente. El condenado ha de cumplir tantos fines de semana de arresto como se contengan en el período de tiempo que cubra la pena de prisión impuesta. Si el condenado incurriere en dos ausencias no justificadas la pena de prisión impuesta se ejecutará ininterrumpidamente hasta el cumplimiento de la totalidad de la condena. En contraste con estas amplias posibilidades de sustitución de la pena de prisión por la de arresto de fin de semana y por la de multa, la regulación de la libertad condicional resulta excesivamente limitada, pues, como ya se ha mencio-

nado, presupone el efectivo cumplimiento de tres cuartos de la pena privativa de libertad y en todo caso, como mínimo, de seis meses. En la propuesta de reforma no se prevé el mantenimiento de la re-dención de las penas por el trabajo, lo que hace ne-cesaria una sustancial mitigación de la práctica de la determinación de la pena.

5. Tanto el Derecho penal alemán como el Ante-proyecto español siguen el sistema de doble vía. En Derecho alemán son medidas de seguridad privativas de libertad el internamiento en hospital psiquiátrico, en un establecimiento de desintoxicación, y en un establecimiento de terapia social así como la custodia de seguridad (§ 61, 1 a 4 StGB). La regulación del sistema de medidas se ha acomodado a la concepción del Derecho Penal propio de un Estado de Derecho a través de la introducción del sistema vicarial, de la posibilidad de suspender a prueba el cumplimiento de la medida y, por último, del abono para el cumpli-miento de la pena del tiempo de privación de libertad transcurrido durante la aplicación de la medida (36a). La entrada en vigor de las nuevas disposiciones sobre establecimientos social-terapéuticos se ha retrasado hasta el primero de enero de 1985 (37). Muy posi-blemente el establecimiento de terapia social como medida cuya adopción corresponda al juez, tal como se concibe en el § 65 StGB, no llegue a ser introduci-da en absoluto, y permanezca como mera posibilidad de traslado a un establecimiento de tal clase con el consentimiento del preso, y ordenado por la autori-

(36a) En este sentido también Muñoz Conde (nota 24), pp. 228 y ss.

(37) Schüler-Springorum, *Problemática de los establecimientos de terapia social*, en *Primera Cátedra de derecho penal*, Universidad de Madrid (ed.) (nota 9), pp. 119 y ss.

dad penitenciaria, que es como está previsto y como funciona en la actualidad conforme a lo dispuesto en el § 9 de la Ley de Ejecución de Penas. En el caso de que las cosas sucedan de este modo, es de esperar que la decisión del traslado de presos a establecimientos de terapia social se atribuya al órgano judicial competente para la ejecución de las penas. Con ello se llevaría a cabo la necesaria presión sobre los gobiernos en orden a la imprescindible ampliación de plazas disponibles en los mencionados establecimientos, limitadas en la actualidad a 650.

El Anteproyecto español prevé cinco medidas privativas de libertad y entre ellas también la de internamiento en centros de terapia social, que tantas dificultades ofrece hoy en Alemania (art. 86, 2) (38). Los presupuestos de la imposición de una medida resultan demasiado exiguos en comparación con el Derecho alemán, pues basta para ello un único delito de cualquier gravedad y clase, sin que se exija la comisión de delitos anteriores al que da lugar a la medida y sin que el peligro de comisión de nuevos delitos se circunscriba a delitos de considerable gravedad (art. 87). No obstante, el principio de proporcionalidad que se contiene en el art. 88, quizá suponga un contrapeso. También se prevén en el Anteproyecto el sistema vicarial, la suspensión a prueba de la medida y el abono del tiempo cumplido en ésta para el cómputo de la duración de la pena. De todo ello se exceptúa por el artículo 100 solamente la medida de internamiento de delincuentes habituales en centros

(38) Barbero Santos (nota 24), pp. 104 y s.; Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Madrid 1976; Olesa Muñido, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Código penal*, Barcelona 1980, pp. 207 y ss. Un examen del derecho comparado v. en Beristain, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Madrid 1974.

de terapia social, cuyo cumplimiento puede acumularse al total de la pena impuesta, pudiendo ejecutarse con posterioridad a esta última. En Alemania, por el contrario, la custodia de seguridad tiene lugar *siempre* tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero debe matizarse que la custodia puede también suspenderse a prueba incluso antes de haberse iniciado su aplicación. El artículo 101 prevé un sistema de reglas de conducta posteriores a la puesta en libertad que sirve a la vigilancia del sujeto y a su reinserción social.

II. La reforma de la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo

Para concluir, y a modo de ejemplo de los problemas relativos a la reforma de la Parte especial, me voy a referir a la punibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo en ambos países.

1. En la República Federal de Alemania el sistema de prohibición absoluta del aborto del viejo § 218 StGB, mitigado tan solo por el reconocimiento de la indicación médica (que incluía la psiquiátrica), fue sustituido en el año 1974 precisamente por el sistema contrario, es decir, el del plazo, con un límite en las doce semanas (39). El Tribunal Constitucional, sin embargo, en sentencia de 25 de febrero de 1975 declaró el precepto inconstitucional por vulnerar el Derecho fundamental a la vida y, por tanto, nulo, en la medida en que disponía la impunidad de la in-

(39) Hirsch, *La reforma de los preceptos sobre la interrupción del embarazo en la República Federal Alemana*, en *Primera Cátedra de Derecho Penal*, Universidad de Madrid (ed.) (nota 9), pp. 37 y ss.; Jescheck, SchwZStr 100 (1983), pp. 16 y ss.

terrupción del embarazo sin la concurrencia de una razón justificante (BVerfGE 39, 1). Como consecuencia de ello la decimoquinta Ley de reforma penal de 1976, por la que se luchó en la opinión pública con dureza, estableció un sistema amplio que además de las indicaciones médica, eugénica y ética, incluye también la indicación social (denominada indicación de situación de necesidad). Conforme al nuevo § 218 a, apartado 2, número 3 StGB la interrupción del embarazo en el curso de las 12 semanas posteriores a la concepción resulta también justificada cuando la intervención se produce “para evitar a la mujer el peligro de una situación de necesidad tan gravosa que no se le puede exigir que continúe su embarazo” (indicación social). La interrupción del embarazo fuera de los supuestos de las indicaciones resulta punible para terceros intervinientes, sean o no médicos. La embarazada misma, sin embargo, queda libre de pena si se hace abortar por un médico dentro de las 22 primeras semanas y si previamente se sometió al asesoramiento previsto por la ley con carácter obligatorio.

No se ha visto realizada la expectativa del legislador de que se redujera el número global de interrupciones del embarazo a través de la imposición a la embarazada del deber de asesorarse, previamente a adoptar su resolución, en una instancia especializada, lo que por otra parte era previsible, pues, en realidad, con la acogida de la indicación social se había configurado un “sistema de plazo encubierto”. El número de interrupciones del embarazo registradas oficialmente en la República Federal de Alemania en los cinco primeros años que van desde 1977 a 1982 se elevó desde cincuenta y cuatro mil a noventa mil (frente a seiscientos veinticinco mil nacimientos), de los cuales un 77% de los casos correspondieron a la indicación

social. Si a ello se añade que las interrupciones del embarazo de mujeres alemanas realizadas en Holanda en el mismo período de tiempo ha descendido de cincuenta y seis mil a dieciocho mil, se pone de manifiesto que la cifra controlada de abortos ha permanecido prácticamente igual. Es posible que se haya reducido la cifra negra, que se nutre de abortos realizados en Suiza y Gran Bretaña así como en la propia Alemania, pero probablemente seguirá siendo relevante, como puede deducirse del hecho de que todavía en el año 1982 una quinta parte de las mujeres decididas a abortar han ido para ello a Holanda, a pesar de lo elevado de los costes que comporta y mientras que los de la intervención practicada en Alemania corren a cargo de la seguridad social. Las condenas por delitos de aborto tienden a desaparecer completamente habiéndose pasado de 39 casos en 1977 a 25 en 1982 y sin que en ninguno de ellos se haya impuesto incondicionalmente pena privativa de libertad. El problema de la punibilidad del aborto ha dejado de ser en Alemania un tema de actualidad, pues se trata de evitar que el conflicto se reavive. Con el transcurso del tiempo la gran mayoría se ha habituado a que el derecho a la vida del niño no nacido ceda en caso de conflicto ante la pretensión de la madre.

2. En España rige todavía el severo y viejo Derecho que castiga sin excepción toda interrupción voluntaria del embarazo. Inclusive la indicación médica es considerada por el Tribunal Supremo como una mera causa de exculpación, lo que comporta la punición del médico que realiza la intervención (40). La conocida sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao

(40) Sentencia de 31.12.1952, Jurisprudencia Criminal 1952, núm. 313.

de 24 de marzo de 1982 (41) que, en varios casos de considerable pobreza de las familias afectadas admitió la indicación social con el carácter de estado de necesidad putativo exculpante, ha sido casada por el Tribunal Supremo (s. 11 octubre 1983, A. 4733). La Comisión redactora del Anteproyecto de 1979 admitió inicialmente las indicaciones médica, eugénica y ética, pero la presión de la Iglesia (42) y de una gran parte de la profesión médica llevó al Gobierno a mantener el sistema de prohibición absoluta en el Proyecto de 1980 (43). Por el contrario, la segunda Comisión de expertos redactora del Anteproyecto de 1983 retornó al sistema de indicaciones previsto en el de 1979 (art. 148). La fórmula adoptada permite que algunos casos límite de indicación social —excluidos como tal— queden libres de pena por vía de la indicación ética, pues se castiga como violación el yacimiento con una menor de 12 años (art. 169.2) y como estupro si tiene de 12 a 14, así como si contando entre 12 y 16 medió engaño (art. 173.2 y 174), y ambos delitos son tomados en cuenta como presupuesto de la indicación ética.

El Gobierno socialista, haciéndose cargo de la inquietud que la regulación vigente del aborto inspiraba en sectores de la población y de la interpretación que los tribunales venían haciendo de ella, remitió entre tanto el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma urgente y parcial que, entre otros preceptos,

(41) "El País", de 26.3.1982.

(42) A favor del sistema de indicaciones, no obstante, Beristain, *Interrupción voluntaria del embarazo*, en *Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal*, 1981, pp. 80 y ss.

(43) Vid. críticamente, aunque contra el sistema de plazos, Cerezo Mir, *La regulación del aborto en el Proyecto de nuevo Código penal español*, en *Primera Cátedra de Derecho Penal*, Universidad de Madrid (ed.) (nota 9), pp. 25 y ss.

contemplaba un nuevo artículo 417 bis que reproducía el texto del Anteproyecto antes mencionado, si bien, con la variante de que limitaba los presupuestos de la indicación ética al delito de violación. Este texto, que fue objeto de tramitación como proyecto independiente bajo el título "Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal" alcanzó la aprobación definitiva por el Senado el 6 de diciembre de 1983 (43a), sin que haya entrado en vigor como consecuencia del recurso previo de inconstitucionalidad formulado por el Grupo Popular.

Por lo que a la realidad jurídica respecta, se estima que en España existe una elevada cifra negra de abortos clandestinos. En el año 1980 se han provocado en Inglaterra más de 18.000 abortos en mujeres españolas, y en Holanda 4.300 en el año 1982. Recientemente se informa en la prensa que numerosas mujeres del sur de España abortan en Tánger (44). El aborto realizado en otro país que lo permite no era, hasta hace muy poco, impune en España, pues, conforme estableció el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de diciembre 1980 (A. 4980) el hecho atenta contra el interés demográfico del Estado y también, en la persona del niño, contra un ser humano de nacionalidad española. Esta misma doctrina aparecía ratificada en la sentencia 15 octubre 1983 (A. 4749). El Tribunal Constitucional ha rechazado, sin embargo, hace escasas fechas, esta interpretación jurisprudencial y, en consecuencia, declara impune el aborto realizado en el extranjero (45).

(43a) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, II Legislatura, 6 de diciembre 1983 (núm. 50 f).

(44) "El País" de 17.6.1983, p. 31.

(45) Véase "El País" de 11.7.1984.

Habida cuenta de que el problema fundamental se encuentra en la indicación social, tal y como muestran las experiencias alemanas y los casos de Bilbao, es de prever que la nueva Ley que contempla las indicaciones médica, eugénica y ética, caso de obtener la aprobación del Tribunal Constitucional, alcanzará solamente una reducida influencia en el aborto clandestino y en el aborto en el extranjero. Si se llegara a reconocer en España la indicación social, la cifra de abortos legales se elevaría extraordinariamente; mientras que, por el contrario, se reduciría considerablemente la de los abortos clandestinos y en el extranjero. La admisión de las indicaciones médica, ética y eugenésica representa indudablemente un importante hito reformador, pero no resuelve el problema real. Si dicha regulación se mantiene, lo que es de esperar, queda para España solamente la vía de la planificación familiar y de los medios anticonceptivos correspondientes, que también habrán de estar a disposición de las clases humildes (46).

Conclusión

Con la reforma del sistema de sanciones previsto en el Anteproyecto de 1983 España se situará de un poderoso salto a la cabeza de los Estados con una moderna Política criminal. El único interrogante es tan sólo si este paso no resultará demasiado grande y brusco para una Administración de Justicia habituada a un Derecho penal autoritario y regresivo y

(46) Hasta 1978 el art. 416, núm. 4 y 5 C.p. castigaba tanto la difusión como la propaganda de medios anticonceptivos. El Decreto de 15 de diciembre de 1978 los equiparó a los demás medicamentos de expedición con receta médica.

para un sistema penitenciario que adolece de personal e instituciones insuficientes.

En el año 1977 todavía un 54,5% de todas las penas impuestas por Audiencias Provinciales y Jueces de Instrucción eran penas privativas de libertad y sólo un 44,5% penas de multa. También en la justicia de distrito, competente para entender de las faltas, un 27% de las condenas lo fueron a penas de arresto. Las penas cortas privativas de libertad inferiores a 6 meses han sido igualmente frecuentes, representando casi la mitad de todas las penas privativas de libertad impuestas por las Audiencias Provinciales y los Jueces de Instrucción en 1977. Por su parte, la condena condicional sólo se ha autorizado hasta el presente dentro de límites muy estrictos, concretamente respecto de penas de hasta un año de privación de libertad y cuando el reo haya delinquirido por vez primera. Como sustitutivos de la privación de libertad el vigente Código penal conoce solamente el confinamiento y el destierro y la reprensión pública y privada, de las que prescinde acertadamente el Anteproyecto. La nueva Política criminal que renuncia por completo a la pena corta de privación de libertad, con excepción del arresto de fin de semana, y que da entrada, incluso en el campo de la criminalidad intermedia, a la pena pecuniaria, el arresto de fin de semana, la suspensión del fallo y la condena condicional en lugar de la pena de prisión, exige del juez un cambio radical en las costumbres que rigen hoy la determinación de la pena, para poder adaptarse al nuevo Derecho que está llamado a aplicar.

También el sistema de doble vía sitúa al juez ante nuevas tareas. El derecho español conocía ya medidas "post delictum", pero limitadas a personas inimputables y a jóvenes entre 16 y 18 años. El nuevo derecho

abre dimensiones completamente nuevas de la determinación de la pena, con los centros de deshabitación, los de reeducación de jóvenes delincuentes y los de terapia social para delincuentes habituales, todo ello conectado con el sistema vicarial, el abono del tiempo cumplido en la medida y la suspensión a prueba del cumplimiento de las medidas.

Por último, también al sistema penitenciario se le plantean tareas nuevas, como la de favorecer el acceso a la cultura y el libre desarrollo de la personalidad que establece el artículo 25.2 de la Constitución y las que establece la Ley General Penitenciaria: el derecho al trabajo (art. 26), la remuneración del trabajo penitenciario (art. 27), la individualización del tratamiento sobre bases científicas (art. 72.1) y la labor asistencial y de ayuda a los presos (art. 1.2) que también está prevista para los liberados condicionalmente si así lo dispusiere el juez de vigilancia (art. 84.2, Anteproyecto 1983). Anteriormente ya se ha hecho referencia a los problemas prácticos que plantea la organización del arresto de fin de semana, con miles de ingresos cada sábado y otras tantas salidas cada domingo. Particulares dificultades puede plantear el intento de organizar seriamente la ejecución de las nuevas medidas, toda vez que hasta ahora las instituciones penitenciarias han estado orientadas predominantemente, en sus establecimientos y en su personal, al cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Todo lo expuesto no lo digo para descorazonarles, sino, al contrario, para estimularles a Ustedes desde la convicción de que todos esos problemas son solubles. Se trata tan sólo de no esperar cosas excesivas y de estar prevenido ante las dificultades. El gran cambio se producirá tan sólo si el Anteproyecto ac-

tual se convirtiera en ley. Para todo lo que con ello vendrá, y desde las experiencias globalmente positivas que hemos tenido en Alemania con la moderna Política criminal (47), me permito desearles suerte y éxito.

(47) Jescheck, *Das neue deutsche Strafrecht in der Bewährung, Jahrbuch der Max-Planck-Gesellschaft 1980*, Göttingen 1980, pp. 18 y ss.

LA NUEVA CONFIGURACION DE LO INJUSTO EN LA TEORIA JURIDICO-PENAL ALEMANA EN COMPARACION CON LA DOCTRINA ACTUAL ESPAÑOLA

Traducido por el Dr. José-Luis Díez Ripollés,
Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Zaragoza

Introducción

Lo “nuevo” en la concepción de lo injusto de la doctrina jurídico-penal alemana es el concepto de lo injusto personal (1), que se ha ido imponiendo paulatinamente a lo largo de su proceso de elaboración conceptual, iniciado y sustancialmente determinado por Hans Welzel, y que ha durado más de medio siglo. Tal concepto significa que el dolo, en cuanto que es el elemento director de la acción, se ha de incluir, a tenor de los diferentes elementos de la acción punible que venimos diferenciando, en lo injusto. Una buena constatación de la fuerza persuasiva que emana de la nueva sistemática vinculada al cambio de lugar del dolo y de sus consecuencias reside en que la doctrina austríaca, tan cercana a la dogmática alemana pero a la vez mantenedora críticamente de las distancias, también ha aceptado entretanto el concepto personal de lo injusto (2).

(1) Gallas, *Die Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en *Festschrift für P. Bockelmann*, 1979, p. 155; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 3^a ed. 1978, pp. 191 y ss.; Rudolphi, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, en *Festschrift für R. Maurach*, 1972, p. 51; Schönke/Schröder/Lenckner, *Strafgesetzbuch*, 21^a ed., 1982, Vorbem. § 13, núm. 54.

(2) Nowakowski, *Probleme der Strafrechtsdogmatik*, JBl. 1972, 22 y s.; el mismo, en Foregger/Nowakowski (ed.), *Wiener Kommentar*

Hay buenas razones a favor de que en las conferencias penales que durante estos días estoy dando en Facultades de Derecho españolas no me ocupe sólo de la Política Criminal, por más que ésta, debido a la reforma penal de nuestros dos países, pueda reclamar un interés especial, sino que también trate hoy de un tema central de la Dogmática. Por un lado, la Dogmática es un instrumento indispensable en la reducción del Derecho Penal a su función de "ultima ratio" del control social y en su utilización de modo uniforme y previsible, como ha expuesto convincentemente, tras una estancia investigadora en Friburgo, Gimbernat Ordeig, por lo demás desde premisas político-criminales concebidas diversamente a como por ejemplo yo lo hago (3).

Por otro lado la discusión que hoy queremos mantener sobre un tema central de la Dogmática jurídico-penal no es nueva, sino que tiene una historia larga y respetable. Desde finales del siglo XVI hasta mediados del siglo XVIII se registran en la ciencia y práctica del derecho penal común alemán fuertes influencias de la doctrina jurídico-penal española, desarrollada tempranamente debido a la precoz recepción del Derecho penal romano-canónico, ante todo las de Diego Covarrubias (4). Tales influencias

zum *Strafgesetzbuch*, Vorbem. § 3-5, núm. 9; Platzgummer, *Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGE im Licht der neueren Strafrechtsdogmatik*, JBl. 1971, 238; Burgstaller, *Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB*, ÖRiZ 1975, 15, Anm. 25; Moos, *Die finale Handlungslehre*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme der Gegenwart*, II, 1975, pp. 28 y ss.

(3) Gimbernat Ordeig, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, ZStW 82 (1970), pp. 405 y ss. (en español en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, 1971, p. 106).

(4) v. Weber, *Zur Entwicklung des gemeinen deutschen Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung spanischer Einflüsse*, en *Studi in memoria di Paolo Koschaker*, T. 1, 1953, pp. 343 y ss.; el mismo, *In-*

se han desarrollado desde comienzos del siglo XX en dirección contraria. A partir de ese momento la evolución española se ha producido en un contacto tan estrecho con la alemana que, en virtud de las traducciones de los manuales principales se pueden reencontrar en España, en completo paralelismo, las diversas fases de la moderna teoría del delito alemana (5). Al margen de las grandes ventajas derivadas de tales traducciones, las obras jurídico-penales alemanas son también leídas directamente en el original por los autores españoles y utilizadas con el mismo rango que la literatura jurídica propia. En sentido inverso, comienza asimismo a fluir de nuevo en Alemania la corriente del pensamiento jurídico penal español, desde el momento en que nuestra ciencia penal empieza a aprender español y los autores españoles, a su vez, pasan a exponer también en alemán las cuestiones básicas de su Dogmática y Política Criminal.

Si pasamos la vista por los caminos por los que han transitado las modernas relaciones jurídico-penales hispano-alemanas (6), encontramos al inicio la traducción del Manual de Franz v. Liszt por Saldaña y Jiménez de Asúa (1914-1917), con la que, según Juan del Rosal, comienza la "orientación técnico-jurídica de la Ciencia del Derecho penal" en Espa-

fluencia de la literatura jurídica española en el derecho penal común alemán, Anuario de historia del derecho español, T. XXIII, no. 6 (1953), pp. 177 y ss.

(5) Véase al respecto la exposición de Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal, Parte General*, 1977, pp. 196 y ss.

(6) Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*. Parte General, I, 2^a ed. 1981, pp. 113 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 272 y ss.; Hünerfeld, *Zum Stand der deutschen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition in Europa*, ZStW 93 (1981), pp. 988 y s.

ña (7). A esta obra representativa de la teoría clásica (lógico-formal) del delito siguió en 1935 la traducción del Manual de Edmund Mezger por Rodríguez Muñoz, y con ello la recepción de la principal exposición de la estructura neoclásica (teleológica) del delito en el mundo de habla hispana. Ya antes había desarrollado Jiménez de Asúa, en su famosa lección inaugural del Curso Académico 1931/32 en la Universidad de Madrid sobre “La teoría jurídica del delito” su propio punto de vista sobre la teoría del delito, partiendo de la dogmática jurídico-penal alemana (Beling, M.E. Mayer, Graf zu Dohna, Mezger, Sauer), y entablando así de un modo renovado la discusión actual de los españoles con la teoría alemana (8). Esta conferencia supuso en España un cambio de rumbo en la Dogmática similar al de Italia con la lección de ingreso de Arturo Rocco en la Universidad de Sassari en 1910 sobre “Il problema e il metodo della scienza del diritto penale” (9) y más tarde con el libro de Giacomo Delitala “Il fatto nella teoria generale del reato” en 1930 (10). Estos tres trabajos fueron pioneros en la discusión con la ciencia jurídico-penal alemana y precursores de su influencia en España e Italia. Las obras cumbres del finalismo constituyeron la tercera etapa con traducciones de los Manuales de Hans Welzel (11) y Reinhart Maurach (12), comple-

(7) Juan del Rosal, *Überblick über die Entwicklung der Strafrechtswissenschaft in Spanien während der letzten fünfzig Jahre*, ZStW 67 (1955), p. 156.

(8) Al respecto Mattes, Luis Jiménez de Asúa. *Leben und Werk*, ZStW 84 (1972), pp. 170 y s.

(9) Arturo Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, en *Opere giuridiche*, T. III, 1933, pp. 263 y ss.

(10) Al respecto Bettiol, *Wesenszüge und Probleme der italienischen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart*, ZStW 87 (1975), pp. 170 y s.

(11) Traducido en Argentina por Fontan Balestra y Eduard Friker, Buenos Aires 1956. Ha tenido mayor difusión la traducción de los chi-

tados con numerosos análisis críticos de la doctrina de la acción finalista salidos de las plumas de autores españoles quienes con frecuencia podían basarse en impresiones personales obtenidas en Alemania (13). La etapa a la que ha llegado actualmente la teoría alemana, aceptando indudablemente las ideas sistemáticas de la teoría final de la acción, pero fundamentándolas a partir de la naturaleza de la norma jurídico-penal, con independencia del concepto de acción, ha accedido a España a través de las traducciones de una conferencia fundamental de Gallas del año 1954 (14), de un escrito programático de Roxin (15), así como del Manual de Jescheck (16). Por

lenos Bustos Ramírez y Yáñez Pérez sobre la 11ª ed., 1970; 2ª ed. 1976. Es importante además la traducción del escrito programático de Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, realizada por Cerezo Mir, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, 1964.

(12) Traducción de la 2ª edición por Córdoba Roda, 1962.

(13) Así, Rodríguez Muñoz, *La doctrina de la acción finalista*, *Anales de la Universidad de Valencia*, T. XXVII, Fascículo 1, 1953; Cerezo Mir, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho Penal*, ADPCP 1959, pp. 561 y ss.; el mismo, *Curso de Derecho penal español* (nota 6), pp. 316 y ss.; Córdoba Roda, *Una nueva concepción del delito. La doctrina de la acción finalista*, 1963; Conde-Pumpido, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, ADPCP 1962, pp. 265 y ss.; Suárez Montes, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo*, 1963; Yáñez Román, *La teoría final de la acción*, *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, T. XII, no. 33, 1963; Rodríguez Mourullo, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, 1965. También Welzel expuso personalmente su teoría en España en la conferencia "La doctrina de la acción finalista hoy", ADPCP 1968, pp. 229 y ss.

(14) Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, ZStW 67 (1955), pp. 1 y ss.; traducción de Córdoba Roda bajo el título "La teoría del delito en su momento actual", 1959.

(15) Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª ed., 1973; traducción de Muñoz Conde bajo el título "Política criminal y sistema de derecho penal", 1972.

(16) Traducción de Mir Puig y Muñoz Conde con el título "Tratado de Derecho penal", T. I, II, 1981.

otro lado, resulta notable la llegada de influencias de la dogmática jurídico-penal española a Alemania a través de conferencias de Derecho comparado de invitados españoles (17) y de la recientemente aparecida exposición general del Derecho penal español realizada en alemán por Gimbernat Ordeig (18).

Con el trasfondo de estos contactos, cuya duración e intensidad no han sido superados por ninguna otra relación bilateral de la ciencia penal alemana ni de la española, quisiera exponer hoy la situación actual de la teoría de lo injusto de los delitos doloso y culposo en Alemania, comparándola con la Dogmática española.

I. La teoría de la acción

Hay que partir de la teoría de la acción ya que a tenor de ella pueden sacarse, y de hecho se han sacado, conclusiones completamente diversas sobre la estructura del concepto de lo injusto. En este apar-

(17) Cerezo Mir, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 84 (1972), pp. 1033 y ss. (en español en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, pp. 104 y ss.); el mismo, *Zur Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), pp. 1017 y ss. (en español en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 198 y ss.); Mir Puig, *Die Funktion der Strafe und die Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat*, ZStW 95 (1983), pp. 413 y ss. (en español, en versión ampliada, bajo el título "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho", 1979, 2ª ed. 1982); Muñoz Conde, *Monismus und Dualismus im spanischen Strafrecht*, GA 1984, pp. 218 y ss.

(18) Gimbernat Ordeig, *Das spanische Strafrecht*, en Mezger/Schönke/Jeschek, *Das ausländische Strafrecht der Gegenwart*, T. VI, 1982, pp. 301 y ss. (en español con el título "Introducción a la parte general del derecho penal español", 1979).

tado trataremos tres conceptos diferentes de la acción y una concepción en cierto modo negativa.

1. El concepto causal de acción, elaborado por Franz v. Liszt y Beling, y que todavía lo tomó Mezger como base de su teoría, entiende la acción humana como un fenómeno causal en el que la voluntad sólo se toma en consideración en cuanto causa de las consecuencias producidas en el mundo exterior, de modo que el *contenido* de la voluntad ha de tenerse en cuenta únicamente como objeto del juicio de culpabilidad. Al concepto causal de acción corresponde uno de lo injusto fundamentado meramente en la ejecución de un movimiento corporal (en los delitos de simple actividad) y además, en los delitos de resultado, en la producción de un resultado típico a través de un acto de voluntad del autor. Pero esta concepción, antes dominante, se ha convertido paulatinamente en minoritaria. El concepto causal de acción y la concepción de lo injusto limitada al injusto del resultado se encuentra hoy en Alemania en el Manual de Baumann (19), en Austria en la exposición programada de la Parte General de Kienapfel (20) y en Suiza en la Introducción de Hans Schultz (21). En España Rodríguez Devesa defiende un concepto de acción que en cualquier caso prescinde del contenido de la voluntad (22) y consecuentemente el dolo no es para él parte integrante del concepto

(19) Baumann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed. 1977 (en cooperación con Ulrich Weber), pp. 220 y s., 269.

(20) Kienapfel, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed. 1983, pp. 98, 242.

(21) Schultz, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, T. I, 4ª ed. 1982, pp. 119, 145.

(22) Rodríguez Devesa, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. 1981, pp. 348 y ss., 391, 437.

de lo injusto sino objeto del reproche de culpabilidad. En Antón Oneca nos encontramos con la configuración clásica del concepto causal de la acción, con una concepción de lo injusto limitada al injusto del resultado (23).

2. Con el concepto final de la acción, creado por Hans Welzel a comienzos de los años 30 y del que progresivamente se han ido extrayendo todas sus consecuencias para la nueva configuración del concepto de delito, se produjo el gran cambio en la dogmática jurídico-penal alemana. A tenor de la teoría final de la acción el actuar humano consiste en el ejercicio de una actividad finalista. Esta se basa en la capacidad de la persona para asignarse fines, prever dentro de ciertos límites las consecuencias de su actividad y emplear los medios existentes conforme a un plan de forma que el curso causal sea dirigido hacia el fin elegido. Por tanto, la dirección final viene a ser también necesariamente el núcleo de la acción antijurídica. El juicio de antijuricidad, dada la naturaleza del concepto de acción, debe incluir sin más al dolo como portador del acto de voluntad finalista y colocarlo en el lugar central del concepto de lo injusto, como su elemento sustancial. Esta teoría finalista estricta es defendida en la moderna literatura alemana por Armin Kaufmann (24), Hirsch (25),

(23) Antón Oneca, *Derecho Penal. Parte General*, T. 1, 1949, p. 160. En el mismo sentido se orientan actualmente Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, II, 1982, pp. 259, 326 y ss. y Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal, Parte General*, II, 1981, pp. 67 y ss., y III, 1982, pp. 108 y ss.

(24) Armin Kaufmann, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en *Festschrift für H. Welzel*, 1974, pp. 395 y s.; asimismo en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 153 y s.

(25) Hirsch, *Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), pp. 844 y ss.

Stratenwerth (26) y Gössel (27), entre otros. En España son partidarios de la teoría final de la acción Cerezo Mir (28), Córdoba Roda (29), Suárez Montes (30) y Beristain (31), si bien estos autores opinan que la pertenencia del dolo al concepto de lo injusto no está predeterminada necesariamente por la estructura final de la acción humana, sino que el contenido de ese concepto debe deducirse de la naturaleza de la misma norma jurídico-penal. En ese sentido, por tanto, no son los españoles unos finalistas genuinos.

3. El concepto social de la acción surgió de los esfuerzos por formular una noción genérica que señalara un criterio común a todas las conductas humanas a las que por lo general se atiende en la valoración jurídico-penal. Tal función no la podía cumplir el concepto final de acción puesto que, en opinión de sus críticos, no era capaz de explicar satisfactoria-

(26) Stratenwerth, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I, 3ª ed., 1981, pp. 62 y s.

(27) Maurach/Gössel, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5ª ed. 1978, pp. 58 y ss.

(28) Cerezo Mir, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, ZStW 71 (1959), pp. 136 y ss. (en español en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, p. 115 y ss.); el mismo, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Julio/Agosto 1961, pp. 3 y ss.; el mismo, *Zur Doppelstellung des Vorsatzes* (nota 17), p. 1017; el mismo, *Curso* (nota 6), pp. 328 y ss., 336 y ss.

(29) Córdoba Roda, *Una nueva concepción* (nota 13), pp. 59 y ss., 85 y ss., 93 y ss.

(30) Suárez Montes, *Consideraciones críticas* (nota 13), pp. 69 y ss.; el mismo, *Weiterentwicklung der finalen Handlungslehre?* en *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 380.

(31) Beristain, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, pp. 23 y ss.

mente el actuar culposo. Sin duda consiste éste en una ejecución no cuidadosa de una acción final, como aducen correctamente los defensores de esta teoría, pero la falta de cuidado en la ejecución de la acción no es un aspecto de su finalidad, sino el resultado de exigencias normativas y de análisis valorativos. Además la dirección del proceso causal a través de la representación de un fin y la conducción del acontecer con ayuda de actos de voluntad, característico del desarrollo de la acción final, falta de un modo completamente evidente en la omisión. Acción en el sentido del concepto social de acción es la conducta socialmente relevante dominada o dominable por la voluntad. Si la acción final es dominada, la acción culposa y la omisión dolosa o culposa son dominables. Una conducta es socialmente relevante si afecta, a través de sus efectos externos, a las relaciones del autor con su mundo circundante. En el concepto social de acción, a cuya fundamentación colaboró de modo esencial Eberhard Schmidt (32), se basan hoy en Alemania, con diferentes formulaciones, Engisch (33), Jescheck (34), Maihofer (35), Arthur Kaufmann (36), Wessels (37), E.A. Wolff (38) y Zipf (39). En España han aceptado este

(32) Eb. Schmidt, *Soziale Handlungslehre*, en *Festschrift für K. Engisch*, 1969, pp. 339 y ss.

(33) Engisch, *Der finale Handlungsbegriff*, en *Festschrift für E. Kohlrauch*, 1944, p. 164.

(34) Jescheck (nota 1), pp. 176 y ss.

(35) Maihofer, *Der soziale Handlungsbegriff*, en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 178.

(36) Arthur Kaufmann, *Die ontologische Struktur der Handlung*, en *Festschrift für H. Mayer*, 1966, p. 116.

(37) Wessels, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 13^a ed. 1984, pp. 23 y ss.

(38) E.A. Wolff, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964, pp. 29 y ss.

concepto Rodríguez Mourullo y Sáinz Cantero (40). Es común a todos los defensores del concepto social de acción la idea de que el concepto de lo injusto no debe determinarse a tenor del momento ontológico de la finalidad, sino que debe explicarse partiendo del significado de la norma jurídico-penal, siendo fundamental el que los mandatos y prohibiciones del Derecho penal se dirijan hoy exclusivamente a la voluntad humana y a su capacidad para dominar el suceder causal. Conscientemente digo en este contexto “hoy”, pues hasta la ley de 25 de junio de 1983 todavía perduraba en España la responsabilidad objetiva en relación con no pocos delitos y en Alemania, a su vez, hasta 1953 no fue introducida la exigencia de imprudencia de cara a la imputación del resultado más grave producido en los delitos calificados por el resultado (40a). El concepto social de acción se limita a señalar lo que en general es relevante en la valoración jurídico-penal. Jakobs (41) defiende una variante del concepto social de acción que vuelve la vista a lo subjetivo, queriendo determinar el dominio de la acción en función de las capacidades individuales del autor, de modo que tal dominio constituya “la expresión de un sujeto”. Con ello pasa a ser concep-

(39) Maurach/Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 6^a ed. 1982, p. 203. Una panorámica global, exhaustiva y crítica, da Bloy, *Finaler und sozialer Handlungsbegriff*, ZStW 90 (1978), pp. 609 y ss.

(40) Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal* (nota 5), p. 220; Sainz Cantero (nota 23), pp. 259 y s. Véase también Cerezo Mir, *Curso* (nota 6), pp. 330 y ss.

(40a) Con apoyo en las exigencias del principio de culpabilidad algunos autores proponen la abolición completa de los delitos calificados por el resultado, véase Díez Ripollés, *Die durch eine fahrlässig herbeigeführte schwerere Tatfolge qualifizierten Delikte und das Schuldprinzip*, ZStW 95 (1984), núm. 4.

(41) Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, pp. 117 y s.

to genérico del actuar doloso y culposo la “producción de resultados individualmente evitables”.

4. Hay una serie de autores que renuncia por completo y desde el principio a la formulación de un concepto de acción, dada la escasa utilidad que presta éste como fundamento de conclusiones sistemáticamente relevantes. Se conforman con negar que sean acciones jurídico-penales las conductas que no están sujetas objetivamente a la capacidad directiva de la persona (como actos reflejos, movimientos corporales en estado de inconsciencia, actuaciones bajo fuerza irresistible). Defensores en Alemania de este concepto, en cierto sentido, “negativo de acción” son Bockelmann (42), Gallas (43), Otto (44), Roxin (45) y Lenckner (46). También se puede incluir a Schmidhäuser en este grupo (47). A este punto de vista resignado ha objetado Maiwald (48), con razón, que el concepto de acción es indispensable dada la necesidad de delimitar teóricamente y caracterizar materialmente a la omisión como realidad social frente al principio “cogitationis poenam nemo patitur”. En España puede citarse a Gimbernat Ordeig

(42) Bockelmann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3^a ed. 1979, pp. 43 y s.

(43) Gallas (nota 14), pp. 14 y s.

(44) Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 2^a ed. 1982, pp. 183 y s.

(45) Roxin, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), p. 517.

(46) Schönke/Schröder/Lenckner (nota 1), núm. 39.

(47) Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1982, Studienbuch, pp. 79 y ss.

(48) Maiwald, *Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?*, ZStW 86 (1974), p. 642. Véase también Engisch, *Logische Überlegungen zur Verbrechenstheorie*, en *Beiträge zur Rechtslehre*, 1984, pp. 176 y ss.

(49) como partidario de un concepto de acción reducido a su función limitadora negativa. A él se ha adherido Mir Puig (50). En Italia ha defendido este punto de vista Marinucci (51). En cualquier caso el concepto de acción no puede ir más allá de expresar conceptualmente aquello que se considera en general y de cara a la imputación jurídico-penal como una acción, y por tanto es en último término irrelevante para la construcción del concepto de delito que se parta de un concepto social de acción o se tome como base simplemente una descripción negativa, excluyente de conductas que desde el principio quedan fuera de la imputación jurídico penal.

II. El concepto formal del tipo

Antes de ocuparme de la teoría personal de lo injusto, que goza también en España de una progresiva aceptación, sin que por lo demás se vincule sistemáticamente al concepto final de acción, quisiera aclarar el concepto formal de tipo, dado que éste proporciona el marco externo para el concepto de lo injusto. Tanto en el derecho alemán como en el español, y a tenor de las exigencias de la seguridad jurídica, todas las modalidades de conducta antijurídica declaradas punibles por el legislador deben estar determinadas en la ley por medio de descripciones concretas denominadas “tipos” (Art. 103 p. 2 de la Ley Fundamen-

(49) Gimbernat Ordeig, *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, 1979, p. 38.

(50) Mir Puig, *Adiciones a Jescheck, Tratado de Derecho penal. Parte General*, T. I, 1981, pp. 306 y s. También Cobo del Rosal/Vives Antón (nota 23), pp. 147 y ss.

(51) Marinucci, *Il reato come “azione”*, 1971.

tal alemana, Par. 1 del Código penal alemán, Art. 25 no. 1 de la Constitución española, Art. 1 p. 1 del Código penal español).

1. El tipo como tipo de lo injusto (a diferencia del tipo de culpabilidad que queda fuera de nuestro estudio) abarca a todos los elementos que fundamentan, aumentan o disminuyen el contenido de lo injusto material de una determinada clase de delitos. También pertenecen al tipo aquellas circunstancias de lo injusto que en algunas clases de delito, como los impropios de omisión, no regulados de un modo exhaustivo en la ley, y los hechos imprudentes, deben añadirse a través de la interpretación del juez para completar la descripción legal de lo injusto. El tipo, como concepto integrador de los elementos de lo injusto característicos de una determinada clase de delitos, abarca a todo lo específico del contenido de prohibición de la norma, pero a su vez *sólo* a lo específico, y por tanto deja fuera a las causas de justificación entendidas negativamente. La concepción del tipo como descripción exhaustiva de lo injusto específico es actualmente opinión dominante en Alemania (52). En sentido contrario, la teoría de los elementos negativos del tipo pretende incluir en éste todas las circunstancias relativas a la antijuricidad, entre ellas las causas de justificación, puesto que sólo la presencia o ausencia de una causa de justificación posibilitaría un juicio definitivo sobre la antijuricidad de un hecho. Tal opinión, no obstante, sólo se sigue compartiendo hoy por una minoría. Cabe citar a Engisch (53), Arthur Kaufmann (54), Otto

(52) Jescheck (nota 1), pp. 195 y ss.

(53) Engisch, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en *Juristen-tags-Festschrift*, 1960, T. 1, p. 401.

(54) Arthur Kaufmann, *Schuld und Strafe*, 1966, pp. 102 y ss.

(55), Roxin (56) y Samson (57). La opinión contraria, dominante, y que considera a las causas de justificación como una categoría de preceptos permisivos contrapuesta al tipo e independiente, es sostenida ante todo por Hirsch (58), Gallas (59), Jakobs (60), Jescheck (61), Armin Kaufmann (62), Lenckner (63), Schmidhäuser (64) y Zipf (65). Estos autores consideran al tipo como un nivel valorativo independiente llegando así a la estructura tricotómica del delito como acción típica, antijurídica y culpable. El principal resultado de la teoría de los elementos negativos del tipo, el que la creencia errónea de la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación lleve sólo a la imposición de la pena propia de la imprudencia, se puede fundamentar de un modo más diferenciado desde la teoría de la doble posición del dolo, sobre la que luego hablaré (véase infra III.3), dado que entonces se mantiene lo injusto del tipo doloso.

2. También en los manuales más relevantes españoles se considera en todo caso al tipo como determina-

(55) Otto (nota 44), p. 67.

(56) Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed. 1970, p. 173.

(57) SK (Samson), 3ª ed. 1983, Vor § 32, núm. 7 y ss.

(58) Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, p. 275.

(59) Gallas (nota 14), p. 27.

(60) Jakobs (nota 41), pp. 131 y ss.

(61) Jescheck (nota 1), pp. 199 y s.

(62) Armin Kaufmann, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 47 y ss.

(63) Schönke/Schröder/Lenckner (nota 1), Rdn. 14 y ss.

(64) Schmidhäuser, *Der Unrechtstatbestand*, en *Festschrift für K. Engisch*, 1969, p. 438.

(65) Maurach/Zipf (nota 39), pp. 318 y ss.

ción legal de los elementos de lo injusto característicos de una determinada clase de delito, entendiéndolo, con ello, al menos como indicio de la antijuricidad (66). Además se han pronunciado a favor de la teoría de los elementos negativos del tipo Rodríguez Devesa (67), Mir Puig (68) y Gimbernat Ordeig (69). Pero también en España la opinión dominante, en las voces de Jiménez de Asúa (70), Rodríguez Muñoz (71), Córdoba Roda (72), Cerezo Mir (73), Rodríguez Mourullo (74), Cobo del Rosal/Vives Antón (74a), Sáinz Cantero (74b) y Susanna Huerta Tocildo (74c), es contraria. Estos autores se ven obligados a buscar, en el tratamiento del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación una solución propia, la cual unas veces desemboca en la teoría estricta de la culpabilidad, otras en la restringida, y otras finalmente en la teoría del dolo.

(66) Antón Oneca (nota 23), pp. 182 y ss.; Rodríguez Devesa (nota 22), pp. 393 y ss.

(67) Rodríguez Devesa (nota 22), pp. 400 y s.

(68) Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 1979, pp. 60 y s.; el mismo, *Introducción a las bases del derecho penal*, 1976, pp. 42 y ss.

(69) Gimbernat Ordeig, *Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*, en *Festschrift für H. Henkel*, 1974, p. 174 N. 9; el mismo (nota 49), pp. 48 y s.; el mismo, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1969, p. 60 nota 214.

(70) Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T. VI, 1962, pp. 691 y ss.

(71) Rodríguez Muñoz (nota 13), pp. 39 y ss.

(72) Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, pp. 115 y ss.

(73) Cerezo Mir (nota 17), p. 1059; el mismo, *Curso* (nota 6), pp. 377 y ss.

(74) Rodríguez Mourullo (nota 5), pp. 251 y ss.

(74a) Cobo del Rosal/Vives Antón (nota 23), pp. 120 y s.

(74b) Sainz Cantero (nota 23), pp. 293 y ss.

(74c) Susanna Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, p. 120, pp. 131 y ss.

III. La concepción dualista del injusto

1. Según la doctrina dominante en Alemania el núcleo de lo injusto de los delitos de acción dolosos reside en lo injusto de la acción. Se basa en la acción típica prohibida por la norma, entendida como concepto integrador de los elementos de lo injusto subjetivos y objetivos. El dolo, en cuanto elemento director del acontecer es el núcleo de lo injusto de la acción (75). En la actualidad, tanto en Alemania como en España, son generalmente reconocidos también otros momentos subjetivos, los elementos subjetivos parciales de lo injusto, descubiertos en los años 20 por Hegler, M.E. Mayer y Mezger. Pero a lo injusto de la acción pertenecen igualmente, junto a la resolución delictiva y estos aspectos subjetivos parciales, circunstancias objetivas tales como los elementos objetivos de la autoría (p.e. la cualidad de funcionario, comerciante, pariente) y, sobre todo, el modo y forma de realización del hecho (76). El que el dolo sea el elemento nuclear de lo injusto de la acción y no se haya de considerar simplemente como un elemento de la culpabilidad, es algo que los partidarios consecuentes del concepto final de acción, como Hirsch, Armin Kaufmann y Stratenwerth, estiman consecuencia necesaria del carácter de la finalidad como factor directivo de la conducta, mientras que un número cada vez mayor de autores lo deducen de la naturaleza de la norma jurídica. Así, leemos en Ga-

(75) Hirsch (nota 25), pp. 844 y ss.; Armin Kaufmann (nota 24), pp. 153 y s.; Otto, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 87 (1975), p. 588; Rudolphi (nota 1), p. 55; Wessels (nota 37), p. 41.

(76) Gallas (nota 1), p. 156; Jescheck (nota 1), p. 191; Krauss, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, ZStW 76 (1964), pp. 57 y s.; Stratenwerth, *Zur Relevanz des Erfolgsunwerts im Strafrecht*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, 1975, p. 178 Anm. 9.

llas (77) que la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto no se deriva de su naturaleza final, sino del sentido del tipo delictivo concreto. De modo similar se expresa Roxin (78). Asimismo para Bockelmann la delimitación del concepto de injusto no depende del de acción, sino de que las normas del Derecho penal deben afianzar juicios desvalorativos ético-sociales. De ahí que haya que preguntarse “qué circunstancias dan lugar al específico carácter efectivo de la conducta humana, y fundamentan con ello el juicio de desvalor jurídico. En primer plano están el dolo y la imprudencia” (79). Jescheck (80) atiende ante todo al carácter imperativo de las normas jurídicas. Se prohíben “actuaciones voluntarias que pretendan un resultado delictivo, pero también aquellas que se realizan siendo conscientes de que el resultado delictivo está vinculado necesaria o posiblemente a ellas”. Además sostiene Jescheck (81) la mayor peligrosidad para el objeto de acción protegido que se deriva del hecho doloso en comparación con la mera imprudencia, cuando no el azar.

También en España se van abriendo camino las reflexiones que han llevado en Alemania a aceptar el concepto personal de lo injusto. Así Suárez Montes (82) defiende la pertenencia del dolo a lo injusto. Con él la mayoría de los autores españoles que parten de la pertenencia del dolo a lo injusto del hecho doloso no hacen depender tal cosa de la estructura

(77) Gallas (nota 14), p. 32.

(78) Roxin (nota 45), p. 549.

(79) Bockelmann (nota 42), p. 53.

(80) Jescheck (nota 1), p. 192.

(81) Jescheck, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), p. 20.

(82) Suárez Montes (nota 13); el mismo (nota 30), pp. 378 y ss.

final de la acción humana, sino que aluden a otros argumentos dogmáticos, como el reconocimiento de elementos subjetivos de lo injusto, tan cercanos al dolo, la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, la utilización en los tipos de conductas descritas finalmente, y, ante todo, del carácter imperativo de las normas penales. Como defensores de esta orientación cabe citar a Cerezo Mir, Córdoba Roda, Mir Puig, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde y otros (83). La opinión contraria, que siguiendo la tesis tradicional considera al dolo de modo exclusivo objeto del reproche de culpabilidad, está representada actualmente en España ante todo por Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Torío y Cobo del Rosal/Vives Antón (84).

2. A tenor de la doctrina dominante en Alemania el injusto típico se divide entre injusto de la acción (de la conducta) e injusto del resultado. Lo injusto de la acción consiste, como hemos visto, en el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto y los elementos objetivos que caracterizan la acción, en especial el modo y forma de producción de lo injusto del resultado (85). Lo injusto del resultado consiste

(83) Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del derecho penal*, 1982, pp. 27 y ss.; el mismo (nota 28), pp. 1017 y s.; el mismo, *Curso* (nota 6), pp. 411 y ss.; Córdoba Roda (nota 13), pp. 59 y ss., 85 y ss., 93 y ss.; Mir Puig (nota 68), pp. 50 y ss.; Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho penal*, 1976, p. 96; el mismo (nota 18), p. 327; Núñez Barbero, *El delito culposo*, 1975, p. 87; Muñoz Conde, *Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Köln 1974, pp. 309 y ss.; Susanna Huerta Tocildo (nota 74c), pp. 64 y ss.

(84) Rodríguez Devesa (nota 22), pp. 437 y ss.; Rodríguez Mourullo (nota 5), pp. 256 y s.; Torío, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, ADPCP 1972, pp. 72 y ss.; Cobo del Rosal/Vives Antón (nota 23), pp. 153 y ss.

(85) Véase los autores citados en nota 76.

en la lesión o puesta en peligro del objeto de acción protegido, y con ello de modo mediato en el menoscabo de la pretendida vigencia ideal del bien jurídico protegido. Hoy se acepta en Alemania de forma absolutamente mayoritaria que el concepto de lo injusto se compone de un injusto de acción y uno de resultado. Con todo, una minoría incluye en el concepto de injusto sólo el aspecto subjetivo de lo injusto de la acción, excluyendo lo injusto del resultado, representado por el resultado típico, al que relega al papel de mera condición objetiva de punibilidad (86). Sin embargo, se ha de rechazar esta concepción subjetiva radical de lo injusto de la acción, expresiva de una posición extrema del finalismo, dado que considera a lo injusto sólo como manifestación de una voluntad dirigida contra el precepto normativo, cuando en realidad se trata de un injusto de todo el acontecimiento. La punición de la tentativa imposible en cuanto puro injusto de acción es un caso excepcional, que de ningún modo está previsto en todos los ordenamientos jurídicos. Lo que se prohíbe por la norma jurídica no es la acción delictiva "en la medida en que es expresión de la desobediencia al derecho, sino debido a su vinculación con una posibilidad real de lesión del bien jurídico" (87). Es por eso que lo injusto de la acción debe entenderse como una unidad final-causal de significado compuesta por elementos subjetivos y objetivos. Además a lo injusto de la acción se añade en el mismo plano lo injusto del resultado como realización del riesgo inserto en la acción de lesión o pues-

(86) Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 78 y ss.; Armin Kaufmann (nota 24), p. 168; Lüderssen, *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts*, ZStW 85 (1973), p. 292; Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973.

(87) Gallas (nota 1), p. 159.

ta en peligro del objeto de acción protegido (88). La concepción, defendida por autores aislados, del resultado típico como mera condición objetiva de punibilidad ignora que el grado de injusto depende sustancialmente de la clase y gravedad del resultado típico y que éste se imputa al autor como producto socialmente defectuoso en la medida en que, bien lo ha pretendido (intención), bien no lo ha evitado siendo consciente de que estaba ligado a su acción de un modo necesario (*dolus directus*) o posible (*dolus eventualis*).

También en España se trata a lo injusto de la acción y del resultado como elementos constitutivos a un mismo nivel del tipo de lo injusto (89). La teoría subjetiva radical, que degrada el resultado típico a mera condición objetiva de punibilidad, se defiende también en España. De acuerdo con Lüderssen, Mir Puig (90) y Gimbernat Ordeig (91) aunque no consideran al resultado típico elemento constitutivo de lo injusto, sí que en todo caso lo estiman como prueba de la peligrosidad del riesgo producido por el autor. Las posturas de la doctrina en este ámbito no parecen todavía definitivamente establecidas. Probablemente la tesis de que lo injusto de la acción y del resultado se han de considerar elementos constitutivos del

(88) Hirsch, ZStW 94 (1982), p. 253; Stratenwerth (nota 76), p. 192; Maurach/Zipf (nota 39), p. 207. De modo restrictivo Jakobs (nota 41), p. 141.

(89) Rodríguez Mourullo (nota 40), pp. 331 y s.; Suárez Montes (nota 30), p. 382; Susanna Huerta Tocildo (nota 74c), pp. 64 y ss. Rodríguez Devesa por el contrario (nota 22), p. 408 se opone a la distinción "desvalor de acción-desvalor de resultado".

(90) Mir Puig (nota 68), p. 48.

(91) Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho penal*, 1976, p. 77, N. 44a.

concepto de injusto en un mismo plano se impondrá paulatinamente también en España (92).

3. En Alemania ha constituido desde siempre un punto especialmente discutido de la teoría de lo injusto el tratamiento del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Se da tal error, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa putativa; el autor considera erróneamente que concurren circunstancias que si realmente se dieran justificarían el hecho. La teoría de los elementos negativos del tipo, que ya rechazamos antes, concluye aquí sin más que hay que negar el dolo del tipo puesto que los elementos fácticos de la causa de justificación se han de considerar elementos negativos del tipo (93). Si cabe reprochar al autor una imprudencia se le aplicará el tipo imprudente, siempre que éste exista. La teoría subjetiva radical de lo injusto (94) llega por el contrario a la conclusión de que el hecho está justificado ya que la justificación no se ha de basar en la situación objetiva sino exclusivamente en la idea que de ella tenga el autor. Se ignora de este modo que el permiso para interferir en la esfera jurídica del afectado no puede quedar a merced de lo que el autor, posiblemente de un modo temerario, se represente. La teoría de la culpabilidad pura, sostenida por los partidarios consecuentes del finalismo, considera al error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un error de prohibición normal,

(92) Véase en este sentido Cerezo Mir, *Curso* (nota 6), pp. 445 y ss.

(93) SK (Rudolphi), § 16, núm. 10 y ss.; Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 1982, p. 192.

(94) Zielinski (nota 86), pp. 22 y s. Al querer valorar las circunstancias que sirven de base a la justificación, aunque objetivamente, a través de un juicio "ex ante", llega Armin Kaufmann (nota 24), pp. 158 y s. a un resultado práctico aproximadamente igual.

que lleva a la aplicación del tipo doloso, y con ello a una solución severa, con frecuencia injusta (95). La teoría dominante de la culpabilidad restringida trata por el contrario este error como un caso especial del error de prohibición, esto es, como un error de prohibición producido a partir de un error de hecho (96). Consecuentemente se mantiene el tipo doloso con su injusto de acción y de resultado, pero la culpabilidad se valora a tenor del tipo de culpabilidad de la imprudencia, siempre que éste exista. Una parte de la doctrina fundamenta esta solución en que en los supuestos de creencia errónea de una causa de justificación no se da una oposición a los valores defendidos por el Derecho ya que el autor cree actuar lícitamente, por más que pueda darse un defectuoso análisis de las circunstancias concretas del hecho. Ello no obsta para que en tales casos se exija un especial cuidado al autor, ya que ha realizado dolosamente el tipo de lo injusto (función de advertencia del tipo de lo injusto). De ahí que aunque falte la culpabilidad a título de dolo pueda darse una culpabilidad por imprudencia y resulte merecida por tanto la pena propia de ésta. La citada doctrina parte de una doble posición del dolo, en lo injusto de la acción y en la culpabili-

(95) Así Welzel, *Lehrbuch*, 11^a ed. 1969, pp. 168 y ss.; Bockelmann (nota 42), pp. 123, 127 y s.; Hirsch (nota 58), p. 331; LK (Schroeder), 10^a ed., § 16, núm. 52.

(96) Dreher, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, en *Festschrift für E. Heinitz*, 1972, pp. 223 y ss.; Gallas (nota 1), pp. 169 y ss.; Jescheck (nota 1), p. 375; Krümpelmann, *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums*, Suplemento de la ZStW 1978, pp. 40 y ss.; Lackner, *Strafgesetzbuch*, 15^a ed. 1983, 9 17, nota 5b; Maurach/Zipf (nota 39), p. 499; Stratenwerth (nota 26), p. 154; Wessels (nota 37), pp. 121 y s. Jakobs (nota 41), p. 309 mantiene una posición intermedia entre la teoría de la culpabilidad pura y la restringida, ya que, si existe la figura delictiva culposa, aunque considera al hecho como doloso le aplica la pena propia de la figura culposa.

dad (97). Si el dolo como portador de la voluntad de la acción es elemento constitutivo de lo injusto de la acción, pasa a ser por el contrario en la culpabilidad portador del desvalor de la actitud interna, expresando esa actitud interna jurídicamente defectuosa que existe en los casos normales pero que falta si se da un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación.

En España Cerezo Mir e Higuera (98) se han adherido a la teoría de la culpabilidad estricta en los casos de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Los defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo niegan, como en Alemania, el dolo (99). A la misma conclusión práctica llegan Torío y Córdoba Roda, partiendo el pri-

(97) Hünerfeld (nota 6), pp. 99 y ss. En la misma línea Roxin (nota 15), pp. 42 y s. En Austria Moos, *Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition*, ZStW 93 (1981), pp. 1031 y ss. De manera diferente en Italia Riz, *Zum derzeitigen Stand der Verbrechenlehre in Italien*, ZStW 93 (1981), pp. 1005 y ss.

(98) Cerezo Mir (nota 28), pp. 1019 y ss.; el mismo, *Curso* (nota 6), pp. 382 y ss.; Higuera, *El delito de coacciones*, 1978, p. 235. En el mismo sentido también Romeo Casabona, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, ADPCP 1981, pp. 761 y ss.; Zugaldía Espinar, *El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980*, CPC 15, pp. 520-521; Susanna Huerta Tocildo, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980*, CPC 12, pp. 36-37; de la misma autora (nota 74c), pp. 145 y ss. Conviene precisar que la solución de la teoría estricta de la culpabilidad no es tan rigurosa en España como en Alemania pues, según el art. 6 bis a) C.p. (tras la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio) la atenuación de la pena correspondiente al delito doloso no es facultativa, como en Alemania, sino obligatoria y puede llegarse incluso (art. 66 C.p.) a una pena inferior en dos grados a la del delito doloso.

(99) Así Rodríguez Devesa (nota 22), p. 598, N. 8 con jurisprudencia; Gimbernat Ordeig (nota 49), pp. 48 y s.

mero de estos autores, de las premisas propias de la teoría estricta del dolo (99a), mientras que el segundo apoya su solución en una comprensión del art. 565 C.p. según la cual estarían comprendidos en él tanto la culpa de hecho como la culpa de derecho (Rechtsfahrlässigkeit) (100). Ambos autores incluyen dentro del error de prohibición el relativo a las causas de justificación. La nueva teoría de la doble posición del dolo en lo injusto de la acción y en la culpabilidad no ha arraigado todavía en España ya que el dolo, con su pertenencia a lo injusto de la acción, queda ya definitivamente situado (101).

IV. El concepto de lo injusto en los delitos imprudentes

1. Para terminar quisiera decir todavía unas palabras sobre el concepto de lo injusto en los delitos imprudentes. Ante un público español tal cosa no resulta difícil ya que la concepción básica sobre lo injusto culposo concuerda ampliamente en ambos países. La imprudencia no es, como se aceptaba antes de modo general, una mera forma de la culpabilidad al lado de la del dolo, sino una clase especial de acción punible, que muestra una estructura independiente tanto en lo injusto como en la culpabilidad. La imprudencia se determina según un

(99a) Torío López, *El "error iuris". Perspectivas materiales y sistémicas*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho penal 1976*, pp. 313 y ss., 336.

(100) Córdoba Roda, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, pp. 130 y ss.

(101) Cerezo Mir (nota 28), p. 1018; Muñoz Conde, *Introducción a la traducción de la obra de Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtsreform*, 1972, pp. 12 y ss.; Mir Puig (nota 50), p. 332.

doble criterio. Por un lado se examina qué comportamiento es objetivamente debido en una determinada situación de peligro de cara a evitar lesiones no queridas de un bien jurídico. Por otro, si puede además exigirse personalmente al autor el citado comportamiento a tenor de sus cualidades y capacidades individuales. Consecuentemente lo injusto típico del hecho imprudente no se determina de modo exhaustivo a través de la producción del resultado. A ello hay que añadir el que el resultado se base en una lesión de aquellas exigencias de cuidado que el ordenamiento jurídico dirige en esa situación a un miembro responsable e inteligente del sector de vida al que pertenece el autor, y que el resultado hubiera sido asimismo previsible para tal persona. Sólo cuando se ha comprobado este aspecto objetivo del hecho imprudente (tipo de lo injusto) se ha de pasar a examinar si la norma de cuidado y previsión podía ser cumplida también por el autor individual dadas su inteligencia y formación, su destreza y capacitación, su experiencia y su posición social (tipo de culpabilidad). Esta estructura dicotómica del delito imprudente corresponde a la opinión actualmente dominante en Alemania y Austria (102). Frente a ella, Stratenwerth y Jakobs (103) desean

(102) Bockelmann (nota 42), p. 159; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, p. 26; Jescheck (nota 1), pp. 456 y s.; Armin Kaufmann, *Das fahrlässige Delikt*, en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 138 y ss.; Lackner (nota 96), § 15, nota III; Rudolphi, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS 1969, p. 549; Schönke/Schröder/Cramer, *Strafgesetzbuch*, 21^a ed. 1982, § 15, núm. 122, 129. Schmidhäuser (nota 47), pp. 220 y s. defiende por el contrario un concepto de imprudencia "unitario" entendido como elemento de culpabilidad.

(103) Stratenwerth (nota 26), pp. 294 y s.; Jakobs (nota 41), p. 261 y ss. A ellos se han unido Otto (nota 44), pp. 172 y ss.; Maurach/Gössel (nota 27), p. 94; SK (Samson) (nota 57), § 16, anexo núm. 13 y ss.

entender el concepto personal de lo injusto en el delito imprudente de tal modo que en él lo decisivo haya de ser la capacidad *individual* del autor para prever y evitar el resultado típico. Esta doctrina es también consecuencia como la clasificación del resultado entre las meras condiciones objetivas de punibilidad (104) —de la rechazable teoría subjetiva radical, a la que se superpone (105). Las normas objetivas de cuidado son imprescindibles en la vida colectiva de la persona. Todos los miembros de la comunidad jurídica tienen que ajustar su comportamiento a las exigencias mínimas del tráfico, y han de poder confiar en que éstas sean observadas por todos los demás, a no ser que se trate de niños o enfermos mentales. La naturaleza personal del concepto de injusto significa, en lo que concierne al delito imprudente, simplemente que el juicio de antijuricidad alude a hechos que son dominables por los miembros del sector de vida al que pertenece el autor. Con ello se queda en que desde el punto de vista de lo injusto culposo hay que medir el comportamiento de toda persona según un baremo objetivo cuyas exigencias sólo diferirán a tenor del código deontológico del sector de vida en cuestión (106).

(104) Así Armin Kaufmann (nota 24), p. 168; Horn (nota 86), pp. 78 y ss.; Schaffstein, *Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en *Festschrift für H. Welzel*, 1974, p. 561; Zielinski (nota 86), pp. 128 y ss.; 200 y ss.

(105) Maiwald, *Zum Massstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit*, en *Festschrift für E. Dreher*, 1977, pp. 452 y ss.; Schmidhäuser, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, 1975, pp. 151 y ss.; Schünemann, *Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik*, en *Festschrift für F. Schaffstein*, 1975, pp. 164 y ss.; el mismo, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, pp. 512 y ss.; Triffterer, *Die "objektive Voraussehbarkeit"*, en *Festschrift für P. Bockelmann*, 1979, pp. 208 y ss.

(106) Hirsch, ZStW 94 (1982), pp. 270 y ss.

2. El concepto de lo injusto de los delitos culposos antes desarrollado constituye opinión dominante en España (107). El Tribunal Supremo, al igual que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 4, 341; BGHZ – Grosser Senat - 24,21), sostiene en jurisprudencia constante que la observancia del cuidado objetivamente debido no sólo excluye la culpabilidad sino ya antes la tipicidad de la conducta (108). La doctrina española (109) considera además de modo correcto al resultado típico, también en los delitos culposos, elemento igualmente constitutivo de lo injusto típico, al lado de lo injusto de la acción, y ésto no sólo como prueba de la peligrosidad de la inobservancia del cuidado, sino en la medida en que la falta de cuidado se ha de plasmar en la producción del resultado. En España sigue la tesis de considerar la capacidad individual del autor elemento constitutivo de lo injusto de la acción en los delitos culposos Mir Puig (110).

Conclusión

En 1978, al dar una panorámica del futuro de la

(107) Cerezo Mir, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ADPCP 1961, p. 65; el mismo, *Problemas fundamentales del derecho penal*, 1982, pp. 125 y ss.; Conde-Pumpido (nota 13), p. 277; Gimbernat Ordeig (nota 18), p. 383; el mismo (nota 69), p. 159 n. 17; Suárez Montes (nota 13), pp. 75 y ss.; Córdoba Roda (nota 13), pp. 90 y ss.; Beristain (nota 31), pp. 22 y ss.; Núñez Barbero (nota 83), pp. 34, 49, 50; Torío, *El conocimiento de la antijuricidad en el delito culposos*, ADPCP 1980, pp. 86 y ss. Defiende por el contrario la tesis tradicional Rodríguez Devesa (nota 22), pp. 456 y s.

(108) Cerezo Mir, *Problemas* (nota 107), p. 126 n. 107.

(109) Cerezo Mir, *Problemas* (nota 107), p. 127; Beristain (nota 31), p. 24 n. 55, 35 y ss.; Suárez Montes (nota 30), pp. 75 y ss.

(110) Mir Puig, Adiciones a Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, 1981, p. 791, y *Función de la pena* (nota 68), pp. 53 y ss.

dogmática jurídico-penal, me atreví a hacer el siguiente pronóstico: “Hay que contar con que el pensamiento sistemático que fundamenta el concepto del delito del finalismo se irá imponiendo, ya que resulta convincente incluso con independencia de la teoría final de la acción. En las doctrinas extranjeras ligadas a la dogmática alemana también se impondrá paulatinamente la nueva construcción del concepto del delito” (111). Esta predicción se ha cumplido ya completamente en lo que concierne a la doctrina penal alemana. La dogmática española comienza a orientarse recientemente en la misma dirección. En ambos países buscamos una Dogmática que haga posible una administración de la justicia penal racional, humana y ajustada a las cualidades y capacidades de la persona. No tengo dudas de que la nueva teoría del delito alemana opta por esa vía. El que podamos confiar en recorrerla conjuntamente y en estrecho contacto con nuestros amigos españoles significa la coronación de muchos esfuerzos aportados desde hace años por ambas partes con el mismo espíritu.

(111) Jescheck (nota 1), p. 171.

LISTA DE ABREVIATURAS

A.	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
Bd.	Band / tomo
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen / Sentencias del Tribunal Federal de Justicia en causas penales (Colección oficial)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen / Sentencias del Tribunal Federal de Justicia en causas civiles (Colección oficial)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts / Sentencias del Tribunal Federal Constitucional (Colección oficial)
C.p.	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Diss.	Dissertation / tesis doctoral
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 / Ley Fundamental de la República Federal de Alemania
Hrsg.	Herausgeber / editor
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl.	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LK	Leipziger Kommentar
ÖRiZ	Österreichische Richterzeitung
PA	Proyecto Alternativo
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StGE	Strafgesetzentwurf / Proyecto de Código penal
StPO	Strafprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
§	Paragraph