

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

**Catedrático de Derecho Penal y Director del Instituto de Criminología  
de la Universidad Complutense de Madrid.**

**La punibilidad en el sistema de la Parte general del  
Derecho penal español**

1.— Hace unos dieciocho años, con motivo de unas oposiciones a Cátedra de Derecho penal, redacté las páginas que, por amabilidad del Profesor Fernández Albor, se publican a continuación. No he deseado modificarlas. Se corresponden íntegramente, sin ni siquiera correcciones estilísticas, con el manuscrito base del tercer ejercicio a desarrollar en aquéllas, según la procedente reglamentación. He preferido dejarlas como estaban en el otoño de 1964. Con posterioridad, me he ocupado de algunos aspectos concretos del tema (1972) y de forma resumida y orgánica (1981). Carecen de notas a pie de página, pues obviamente se trataba de una intervención oral tan sólo, como es exigido.

Solamente desearía que despertasen algún interés en el lector, pues para mi únicamente tienen el valor del recuerdo y del testimonio. Y esto último, ahora, me es más que suficiente.

Se las dedico a Agustín Fernández Albor, entonces también coautor y siempre amigo y querido compañero, a quien agradezco la generosidad con que las ha acogido en la colección de publicaciones que tan acertadamente dirige.

Madrid, Julio 82.

2.— El tema de la punibilidad en la estructura del de-

lito, completamente descuidado, en opinión de Sauer, ofrece gran dificultad, por su carácter fundamentalmente abstracto. Exige, por tanto, la precisión de algunos extremos que serían tomados como su punto de partida. La racionalización, que dijera Hartmann, del estudio jurídico del delito, ha conducido a dos tendencias generales, que son denominadas tópicamente análisis-síntesis. La cuestión de los elementos del delito, y sus múltiples derivaciones, surge desde el momento que éste, en cuanto conducta regulada por el Derecho, es susceptible de ser estudiado jurídicamente, es decir, cuando se aplica en su investigación el método jurídico, que emplea la lógica como instrumento de trabajo. En ese sentido, análisis lógico y análisis racional, son la misma cosa.

Un estudio histórico dogmático de las posiciones sostenidas sobre la total estructura del delito, señala dos momentos fundamentales:

El *primero*, que pudiera denominarse analítico en sentido estricto, y cuyos genuinos representantes son Ernst Beling en Alemania y Giacomino Delitala en Italia. Los distintos elementos del delito son piezas autónomas, separadas entre sí: no tienen puntos de conexión y sus contornos se fijan casi con precisión geométrica. Elementos normativos del tipo, elementos subjetivos de la antijuricidad, son, desde este punto de vista, nociones que subvierten la pureza del análisis. Mittasch, en una obra en la que desarrolla el valor del método teleológico valorativo y su proyección en la sistemática del Derecho penal, demuestra que la actitud de Beling ante el delito era fiel reflejo del pensamiento filosófico de su época. La posición denominada analítica era, pues, producto de una acentuada concepción formalista del Derecho, y de un fuerte predominio del método lógico-formal.

Sus exasperaciones analíticas justificaron, en un cierto sentido, las críticas que ininterrumpidamente se repitieron, sin desconocer su considerable aportación al estudio técnico del delito.

Una exposición de las mismas, en algunos casos personal y apasionada, puede encontrarse en los autores pertenecientes al *segundo momento*, que marcamos en esta introducción: tendencia a la síntesis, que no debe confundirse con el llamado peyorativamente método totalitario, aludiendo también a la situación histórico-política, en que adquiere importancia, y parafraseando la exposición de Mezger en su *Straftat als Ganzes*. Esta tendencia a la síntesis no tiene, sin embargo, una exclusiva fundamentación política, como en alguna ocasión se ha afirmado, sino que constituye un fenómeno complejo que obedece a causas diversas. Que la consideración sintética del delito se haya radicalizado, como consecuencia de la virtualidad de una concreta actitud política, no significa que ésta haya condicionado total y absolutamente su formulación y nacimiento. Lo único que ha sucedido es que, partiendo de premisas sin duda ciertas, se llevó por algunos autores hasta sus últimas consecuencias la crítica y negación del análisis, influenciados evidentemente por el sistema político que a la sazón regía. No obstante, sería incurrir en una simple generalización, atribuir —como de forma ignara se ha atribuido—, a una estricta motivación política la revisión del sistema analítico.

En su dimensión técnica, y desde la perspectiva objetivo-subjetiva (antijuricidad-culpabilidad), el encuentro y desarrollo por sus primeros formuladores (Fischer, Hegler, M.E. Mayer), de los elementos subjetivos del injusto, significó ya un fuerte impacto en la estática concepción de que todo lo objetivo

pertenecía a la antijuricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad. La existencia de los citados elementos expresa la relación inexorable que en determinadas ocasiones se produce entre una y otra, y que hace difícil, desde el plano lógico, su perfecta distinción, aunque no por ello deje de ser practicable. Dentro de esa misma línea, la síntesis se consagrará con la negación de toda diferencia entre culpabilidad y antijuricidad, conforme se dedujera, con sus específicas particularidades, de las aportaciones de Ferneck, Dahm, Schaffstein, Petrocelli, etc.

De idéntica manera, y desde el ángulo naturalístico-normativo, tipo-antijuricidad, la formulación de los elementos normativos del tipo, comprometerá en algunos sistemas, por ejemplo en Baumgarten, la distinción entre uno y otra, y se llegará a afirmar que, en el fondo, todos los componentes del tipo son conceptos normativos, valorativos, por Wolf, Radbruch, y recientemente, por Petrocelli. Si seguimos la exposición de Schweikert y Kunert, se observa, cómo Engisch, en el *Festschrift für Mezger*, admite ya la posibilidad de restringir el tipo legal a injusto tipificado. El principio general sobre el que se fundará la relación entre tipo y antijuricidad, comienza diciendo que la calificación de típica es un *indicio* de la antijuricidad, y posteriormente, que es su *ratio essendi*, para finalizar identificando ambas. En los sistemas de M.E. Mayer, Welzel, y Mezger, pueden observarse perfectamente los tres grados de esa evolución.

Pero también en Italia se produce un movimiento favorable a la interrelación de los elementos. A pesar de que Grispigni advirtiera el distinto sentido y formulación que se le ha dado a los elementos subjetivos del injusto, como elementos subjetivos de la total

figura delictiva, no ha sido obstáculo para que se admitan como excepciones a la regla general por Bettiol, Dell' Andro, Piacenza, Franco, etc. Las críticas de Delitala a su admisión, y también a la formulación de los elementos normativos del tipo, no han sido atendidas por autores que, como Santoro, Messina, Aldo Moro, Nuvolone etc., no distinguen entre tipicidad y antijuricidad, por estimar que la primera sería ya expresión de la desvalorización jurídica del acto.

El dilema análisis-síntesis se radicalizó con la aparición del llamado *método unitario*. Los elementos del delito pierden su autonomía, y su sistemática no será ya una pirámide —empleando la metáfora de Mezger en el artículo antes citado—, sino que el delito será entendido como una totalidad, como algo orgánicamente homogéneo, que no es susceptible de ser dividido en partes singulares. La síntesis cobra su momento culminante, y pone de manifiesto, en ese concreto extremo, las corrientes irracionalistas que informan la concepción del Derecho y la absoluta desconfianza en el análisis conceptual (*begreifen*), así como el fundamento voluntarista del Derecho penal, que hace definir la esencia del delito, como un acto de rebelión de la voluntad individual a la voluntad colectiva. Los nombres de Dahm, Schaffstein, Kemperman etc., van vinculados a esta dirección, y en un cierto sentido, Antolisei y Maggiore, con sus diferencias respectivas por lo que a la doctrina italiana se refiere.

La superación de esta actitud metódica, y el planteamiento de los problemas en forma más jurídica, sin obedecer a determinados dictados políticos, hace que actualmente pueda declarar Maurach cuestión liquidada la pretensión de síntesis total que suponía el método unitario. De esa suerte, se recoge una afirmación general casi unánimemente formulada al indi-

cio de toda teoría jurídica del delito: que el método será el análisis, el analítico, pero al servicio de la síntesis, como se repite con fortuna.

Admitido el procedimiento analítico, la cuestión se desplaza a cuantos y cuales elementos componen ese concepto superior que es el delito. Una conclusión puede afirmarse: un examen de la doctrina científica más moderna presenta a la tripartición como sistema más generalizado. Es más: se afirma por Vassalli que se trata de un instrumento difícilmente sustituible en el estudio del delito. La evolución doctrinal, en el sentir de Maurach, parece que se ha detenido en esta zona tranquila.

Sin embargo, todavía resuenan voces que, aunque aisladas, propugnan por un sistema bipartito, con fundamento en el binomio objetivo-subjetivo, y niegan todo contacto a ambos, resistiéndose a aceptar los llamados elementos subjetivos del injusto. H. Mayer, Rittler, Nowakowski, como ha puesto de manifiesto Engisch, en el tomo homenaje dedicado al segundo, son expresivos de esa actitud. Antolisei, Pannain —este en tres ocasiones, la última en 1958, desde las páginas del *Archivio penale*—, sostienen la bipartición y claman por un retorno a lo antiguo, a la tesis que en Italia sostuvieron Manzini, Florián, Paoli etc., y también Carrara, a pesar de que Petrocelli vea en la construcción de este último un atisbo de tripartición.

Los tres elementos comúnmente aceptados son, como lo ha expresado con claridad Welzel, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Su afirmación en una conducta hacen que se convierta en delito. La cuestión, pues, parece tranquila aparentemente. Y es tan sólo aparente, ya que la interna relación de los citados elementos es la que, en la actua-

lidad, provoca las discusiones más fuertes en la doctrina científica.

En España se han seguido dos actitudes que genéricamente pueden ser expresadas así: unos, han afirmado que el delito es acción con las características de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; otros, añaden la *punibilidad* como elemento de la estructura del delito, en la forma que apuntaran algunos autores italianos, apenas conocidos y citados: Vasilotta, Martucci y también Bellavista, que conservan la antijuricidad y la punibilidad dentro del sistema, ya que Battaglini, conforme expondremos en su momento, suprime la primera, y en Mezger la segunda no recibe desarrollo dentro de la teoría jurídica del delito.

En la doctrina española, por tanto, no existe todavía opinión uniforme sobre la composición de la estructura del delito: se discute si la punibilidad debe o no considerarse como elemento. De aquí, pues, la necesidad de adoptar una actitud y precisar el valor y función que a la misma se le atribuya, tanto en el concepto, como en el sistema del delito, de forma que satisfaga las exigencias del Derecho positivo español.

Deben llevarse a cabo dos consideraciones metódicas en orden a la delimitación de funciones que al estudio de los elementos del delito se le debe asignar. Consideraciones necesarias para conseguir un mínimo de claridad en la exposición de un tema por demás complicado y, algunas veces, artificioso, hasta el punto de haber sido melancólicamente comparado por Schaffstein, en 1960, con la empresa de penetrar en una jungla, y por Antolisei, como un auténtico laberinto.

En primer lugar, se afirma que el valor de la tripartición, como de cualquier otro sistema, es simplemente

te convencional, y su función es tan sólo instrumental. La división del delito en elementos, como cualquier otra operación metódica en el campo jurídico, debe ser considerada como un auxilio, pero no como fuente de la interpretación. Las premisas metódicas y sistemáticas han de conservar su función instrumental, de *medio* para la clara visión de las normas jurídicas, pero en modo alguno deben tener una árida finalidad en sí mismas. En ese sentido, no está falto de razón Petrocelli cuando afirma, con cierto pesimismo, que observa con amargura y envidia el campo de otras disciplinas jurídicas en las que, sin desorbitar premisas y programas, las cosas van de modo más serio y positivo, constituyendo orgullo de los especialistas la concreción de sus trabajos encaminados hacia la interpretación del Derecho vigente.

En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre el siguiente extremo: el procedimiento analítico es una exigencia natural del conocer. El delito, como cualquier otro objeto de investigación, no puede ser aprehendido de un golpe, mediante una simple intuición unitaria. Todo conocimiento científico es conocimiento gradual, que ineludiblemente requiere una visión del objeto que se pretende conocer. El análisis, sin embargo, no es una operación de separación, sino de distinción de las diversas partes, que no tiene como finalidad disolver, sino construir y reforzar la unidad. Los elementos del delito son momentos de nuestra visión de la figura delictiva, que de ninguna forma pierden de vista la unidad que significan. El análisis tiene sentido en la medida que persigue la síntesis, es decir, la unidad del delito.

3.— La cuestión de las relaciones entre delito y punibilidad, supone, además, una toma de posición ante una cuestión de teoría general del Derecho, como es

la de las relaciones entre precepto y sanción. Dos actitudes pueden seguirse: La primera, que afirma la posibilidad de separar el precepto de la sanción y, por consiguiente, que la punibilidad es perfectamente destacable del delito, cobrando así autonomía y valor sistemático. La segunda, que parte de la indisolubilidad entre precepto y sanción, y en consecuencia, niega que exista la punibilidad con una función propia, separada del delito. De acuerdo con esta última, el carácter inseparable del precepto y la sanción se afirma, desde el momento que en la norma, surgen y funcionan conjuntamente, como una sola cosa. Así, se dice, que todo precepto jurídico, para que lo sea, debe prever determinadas consecuencias jurídicas. La anterior proposición, expresada negativamente, sería: que solamente cuando se dispone la sanción surge la figura de lo ilícito. Formulada penalmente es: *nullum crimen sine poena*.

Ha sido mérito de Petrocelli, sobre la base de Arturo Rocco y von Ferneck en tema de antijuricidad, verificar concretamente en Derecho penal las diversas y últimas consecuencias que se deducen de la anterior posición. De este específico tema de la punibilidad y de los elementos del delito, se ha ocupado en 1960 y en 1963. Si hubiésemos de destacar una nota de su valiosa contribución sería ésta: la autenticidad y rigor con que, en todo momento, ha empleado una metódica estrictamente jurídica.

En este planteamiento general, también la inextinguible relación entre precepto y sanción, encuentra fundamento en la noción de *hecho jurídico*. Este, como ha puesto de manifiesto Petrocelli, es el antecedente lógico de las relaciones entre ilícito y sanción, en la medida que un hecho es hecho jurídico siempre que para él haya previsto el ordenamiento una conse-

cuencia jurídica. Un hecho ante el cual el Derecho positivo permanezca inerte no es, ni puede ser, un hecho jurídico, es *ein juristische Nicht*.

Si lo anterior es cierto, y si también lo es que el delito es un hecho jurídico, solamente se podrá hablar de delito cuando a un determinado hecho la Ley reconduzca una determinada consecuencia jurídica, esto es, la pena. De esa forma, así como no pueden existir hechos jurídicos sin consecuencias jurídicas, ni tampoco un hecho jurídico ilícito sin sanción jurídica, no podrá asimismo hablarse de delito sin sanción penal.

En el área de los elementos del delito lo anterior se ve consagrado en la tesis de que éste es el conjunto de los presupuestos de la pena. Y a pesar de que Gallas estime que ha entrado en crisis la anterior formulación y de que, en cierto modo, constituya un simplismo, no cabe duda que debe darse la razón a Mezger cuando de esa suerte formula la genérica noción de delito.

Más concretamente, y dentro del ámbito de la punibilidad, se ha distinguido, con bastante éxito, entre un *momento normativo* y un *momento aplicativo* o de concreción.

El momento normativo se referirá al delito, en cuanto es una categoría, como esquema abstracto descrito por la Ley. El momento aplicativo —impropiamente denominado fenoménico por Pannain—, aludirá a una situación posterior, al delito ya realizado, es decir, al hecho ya verificado. La pena, entendida como consecuencia jurídica, podrá faltar por las causas que fuese en el segundo momento, pero nunca estará ausente en el momento normativo y, por consiguiente, podrá faltar como efectiva consecuencia, pero jamás como consecuencia legalmente prevista.

La proposición de Battaglini es, en este concreto aspecto, por demás exacta: el delito puede existir sin pena, pero sin punibilidad es lógicamente inadmisibles. En el momento normativo, pues, la relación pena-delito, es simplemente una correlación lógica: en aquellos casos en que, por cualquier razón, la Ley excluya o no prevea la pena, nunca podrá hablarse de delito. En esta misma línea de pensamiento, la categoría delito no admite término medio: o existe delito, o no. *Tertium non datur*.

No obstante, la diferenciación aquí propugnada no se acepta por aquellos autores que, principalmente con fundamento en la opinión de Beling, estiman que la punibilidad es aplicabilidad de la pena al delito concreto, o que éste es un *prius* —como dice Antolisei—, mientras que la punibilidad es un *posterius*. A pesar de la claridad de la tesis y del simplismo que encierra, no puede ser aceptada. Como ha demostrado Petrocelli supone una grave confusión de dos categorías, que a toda costa debe ser evitada:

En relación con el momento normativo, *nullum crimen sine poena*, significa correlación estrictamente lógica entre delito y pena. En el segundo momento, expresa la tendencia —pero sólo la tendencia—, a propugnar una indisolubilidad concreta entre la pena y el delito ya cometido, esto es, a sostener que, una vez cometido el delito, debe seguir la pena. En este último momento, se trata de un principio de política criminal, pero no de lógica jurídica. No será otra cosa que, lo que Carrara denominaba en sus *Opuscoli*, irremediabilidad de la pena. De esa suerte, aquellos que hablan de *prius* y *posterius*, solo contemplan un aspecto de la cuestión, que significa, sin duda, que una vez realizada la acción y reuniendo ésta determinados caracteres, después, se aplicará la pena.

Establecen así una correlación cronológica entre delito y pena. Pero, en la punibilidad, entendida en su momento normativo, que es el que aquí interesa, no se trata en forma alguna de correlación cronológica, sino, como se ha dicho, puramente lógica, de referencia a la sanción de la figura legal en cuanto sea ésta síntesis perfecta de todos los elementos del delito. Dentro de esa consideración, ni el delito, ni la pena, se encuentran en la realidad, sino solamente en la previsión de la norma. Sus relaciones no pueden fijarse en el tiempo de forma concreta, sino abstractamente de manera lógica.

También abundando en la crítica de la tesis comentada, Battagliani, el autor que más ha profundizado en tema de punibilidad y elementos del delito, ha afirmado, con acierto y rigor en el razonamiento, que si el delito es un hecho punible, la punibilidad no puede nacer *después* que el delito ya ha surgido y ocupar una categoría intermedia entre delito y pena.

De acuerdo con lo expuesto, y con fundamento en la tesis expuesta de Petrocelli, precisamos nuestra posición general acerca del tema, con las correcciones debidas. Para Petrocelli, la punibilidad es, en primer lugar, posibilidad de referir, abstractamente, la sanción penal a un hecho, y en segundo, aplicabilidad de la pena después que haya surgido el delito. Por nuestra parte, destacamos que la punibilidad expresa un juicio de relación entre un hecho jurídico que reúne determinados caracteres, y la pena como su consecuencia jurídica. Este hecho, en cuanto es descrito normativamente, no puede prescindir de la referencia a la pena para que pueda ser denominado hecho penalmente antijurídico. A esta ineludible referencia, llamamos punibilidad. Se distingue, perfectamente, del proceso de concreción de la punibilidad en su fa-

se aplicativa, que no es más que una dimensión de su noción genérica y abstracta. Cuando se emplea la palabra punibilidad, aludimos solamente a esta última, prefiriendo utilizar la expresión “concreción de la punibilidad” para señalar el segundo momento, y no la de “punibilidad concreta”, puesto que cuando la punibilidad ha quedado concretada se está, sencillamente, ante la pena.

Con este esquema general debe penetrarse en la estructura jurídica del delito, y determinar el sentido que a la punibilidad se le ha concedido en la misma.

4.— Un desarrollo histórico-dogmático del tema de la punibilidad, muestra dos vertientes generales desde las que ha sido estudiado. La primera, en la que se agrupan gran parte de los autores, señala la punibilidad simplemente como referencia conceptual del delito. La segunda, que implica la anterior, pero que lleva a cabo un desarrollo de la punibilidad como elemento de la estructura del delito y le concede un importante valor funcional y sistemático.

La alusión a la punibilidad en la definición del delito, se encuentra ya en los juristas romanos, y adquiere firmeza, siendo casi una constante, en los tratadistas del Derecho común. Como genuino representante de ese momento coinciden los autores en señalar a Böhmer, cuya referencia a la *sanctio poenalis* pretenden parificarla a la punibilidad. La *sanctio poenalis* es para Böhmer pieza imprescindible en su noción del delito, pero no recibe posteriormente mayor relieve. Es sólo un instrumento, un expediente para definir lo que sea el delito. El delito, además del *factum*, la *laesio iuris* y la *imputabilitas*, viene calificado como tal, por la *sanctio poenalis*.

La citada referencia a la punibilidad en el concepto

del delito, constituye una constante, prolongada en el tiempo, del modo de definirlo, y sólo, en fecha relativamente reciente, va a ser puesta en duda.

La primera fase se concreta por lo que a la doctrina alemana se refiere, en las críticas que hiciera Beling a von Listz. Para Listz “sancionado con una pena” es un requisito conceptual del delito. A juicio de Beling, se trata de una expresión que descubre la impropiedad de la definición: no se dice por Listz cuando cae bajo ese “sancionado con pena” la conducta de una persona. Por esta razón, en 1906, Beling la estima como una simple consecuencia, y no como un elemento del delito, y describe un amplio repertorio de requisitos sin aludir a “sancionado con una pena”, sino a “subsumible bajo una sanción penal adecuada”. Sin embargo, cuando en 1930 rectifica Beling su definición del delito, forzado por la crítica —especialmente de M.E. Mayer—, se verá obligado a formular negativamente la punibilidad, aludiendo en la definición a que “no concurra una causa material de exclusión de la pena”. En realidad lleva a cabo el mismo procedimiento mental que utilizó la doctrina italiana, por ejemplo Grispigni, en referencia con la antijuricidad, conectándola a su aspecto negativo.

La crítica que más fortuna alcanzó, y que negaba radicalmente debiera hacerse la menor referencia a la punibilidad en el concepto del delito, y de forma particular, en la noción de Beling de 1906, fue la desarrollada por M.E. Mayer en su Parte General del Derecho penal alemán. Para este autor, no tiene sentido que Beling incluya en la definición esa característica, o por mejor decir, la consecuencia del delito, junto con los tres elementos fundamentales (tipo, antijuricidad y culpabilidad), pues se trata de un auténtico “pleonasmismo”. La definición de Beling es, a su juicio, una

formulación pleonástica, (*pleonastische Formulierung*). La referencia a la punibilidad debe ser, por tanto, suprimida para evitar la redundancia citada.

Sin embargo, no será obstáculo para que, de nuevo, aparezca en la definición de von Hippel, en la de Arthur Wegner —quien estima engañosa la simplicidad que preside la fórmula de Radbruch, que no la menciona—, en la de von Weber, de forma terminante, en la de H. Mayer en 1953 —que la admite, según se expresa, en sentido propio, como “amenazado con pena”, con pena legal—, aunque en 1936 no la emplease, en la de Maurach, etc. Otros, por el contrario, prefirieron seguir la orientación de M.E. Mayer, como por ejemplo, Graf zu Dohna, Wolf, Welzel, Schönke-Schröder, Sauer, aunque este último no la utiliza en la definición de delito, lleva a cabo una distinción entre penalidad y punibilidad, careciendo la primera de relevancia en la estructura del delito y siendo los elementos de éste presupuestos de la segunda.

Especial mención merece la actitud seguida por Mezger. En su *Grundriss* la admitió como característica conceptual del delito, en razón, fundamentalmente, a la formulación por el Derecho positivo de un planteamiento pluridimensional de la teoría de las fuentes en Derecho penal, como consecuencia de la modificación introducida en 1935 en el párrafo segundo del Código penal alemán, con el régimen nazi, que hacía necesario aludir a la pena al objeto de concretar y delimitar lo que sea el hecho punible. En el *Lehrbuch*, omitió su referencia, aceptando expresamente la argumentación de M.E. Mayer acogida con entusiasmo por Rodríguez Muñoz. Su postura queda precisada definitivamente en el *Studienbuch*, en el que revisa de nuevo la cuestión de la punibilidad. Parte Mezger de que delito es “el conjunto

de los presupuestos de la pena” —de la misma forma que Sauer—, y si bien estos son tipicidad, culpabilidad y antijuricidad, admite la conminación penal como elemento del concepto del hecho punible. A su juicio, la tautología que pudiera suponer, y que empañaría la pureza lógica de la definición, si se tienen en cuenta dentro de ella las consecuencias jurídicas y no sus propias características, queda, en última instancia, obviada, desde el momento que sólo es posible definir, plenamente, al delito, aludiendo a su consecuencia jurídica, esto es, la pena, y además la cuestión pierde importancia en atención a que en la teoría de la pena no se prescinde de la discusión sobre lo que ella es y significa.

Como puede observarse en el último sistema de Mezger se expresa la necesidad indeclinable de relacionar el delito con su consecuencia. Dicha exigencia es, en definitiva, como el propio autor reconoce, una exigencia lógica, aunque se coloque al margen una tautología que, en última instancia, según indica, no resulta perjudicial. Y no se trata, como equivocadamente pudiera decirse, y en alguna ocasión se ha afirmado, que la punibilidad sea, sin más, un elemento del delito, puesto que en realidad es cosa bien diferente: pone de relieve únicamente la relación interna entre el hecho punible y sus consecuencias jurídicas, sin que aquel pueda ser formulado, sino es haciendo referencia a esta última. Es, por tanto, más que un elemento del delito una referencia a la pena, a su inexorable consecuencia jurídica. Y como tal referencia carece de todo valor sistemático en la estructura del delito, puesto que no es un concepto funcional que agrupe determinadas instituciones, ni siquiera aquellas que conducirían a la negación del delito. Es, sencillamente, una remisión a la teoría de la pena, pero

adviértase que es una remisión ineludible para la formulación del concepto. Es, por último, un requisito conceptual inexorable, que plasma la afirmación que hemos hecho al inicio de esta exposición: no puede concebirse delito sin punibilidad, o con otras palabras, sin referirlo, incluso en el momento de la definición a la pena, a su consecuencia jurídica. La aportación de Mezger todavía es más encomiable si se piensa que el autor lleva a cabo una rectificación al objeto de salvar en lo posible el principio de legalidad —piedra angular de todo Estado de Derecho, a pesar de las diferentes y ambiguas opiniones que se han mantenido sobre su función—, que se había visto roto por una ideología política afortunadamente lejana en el tiempo.

En la doctrina italiana, las cosas se llevaron todavía más lejos. De la punibilidad hicieron uso, en sus definiciones del delito, con expresión diferente, Crispigni, Antolisei, Pannain, Maggiore, Petrocelli, etc., pero *no* como elemento específico, con lo que ello significa. Un precedente de la tesis afirmativa, puede encontrarse en un artículo de Vannini publicado en 1914, en el que admite la posibilidad de que sea entendida como elemento del delito. Veinte años más tarde, Battaglini, en un estudio sobre los elementos del delito, cuya tesis desarrollará posteriormente en las ediciones de su Manual, estructura la punibilidad dentro de la sistemática del delito. La tesis, en principio, fue aceptada parcialmente por Bellavista en 1937, quien admitía junto a la punibilidad la antijuricidad, como elemento del delito, que continuaba gravitando tanto sistemática cuanto dogmáticamente en su estructura, y de la misma forma se pronunciaron Martucci y Vasilotta, en 1935 y 1938 respectivamente.

Es del máximo interés llevar a cabo una exposición

y crítica de la postura de Battaglini ya que significará un intento, coherente hasta sus últimas consecuencias, de su admisión como elemento del delito que ha tenido cierta influencia en la doctrina española. Después de una serie de consideraciones metódicas, referidas al empleo del análisis en el estudio técnico jurídico del delito, Battaglini ofrece su definición diciendo que es un hecho típico, culpable y punible. Los elementos del delito, son, pues, el tipo, la culpabilidad y la punibilidad; y la inclusión de esta última será, según Battaglini, expresión de un pensamiento penal italiano auténtico y autónomo.

Battaglini insiste, repetidas veces, en que la punibilidad, ni puede, ni debe, ser confundida con la pena. Son cosas diferentes. Un delito sin pena es imaginable, no así sin punibilidad. A su juicio, esta última es posibilidad de aplicar la pena, o si se quiere, más técnicamente, el derecho de castigar abstractamente considerado. Se trata, por tanto, de una categoría formal. La diferenciación entre pena y punibilidad, perfectamente formulada por el autor, queda reflejada en la siguiente proposición: delito es un hecho punible, no un hecho ya castigado.

Ahora bien; para Battaglini, la justificación de la punibilidad no sólo como referencia conceptual, sino como elemento esencial de la estructura del delito, debe encontrarse tanto en razones dimanantes de la lógica abstracta, como del Derecho positivo italiano. En su opinión, la incerteza e inseguridad que lleva dentro de sí la construcción de la antijuricidad como elemento del delito —extraña incluso a la tradición jurídica italiana—, hacen que el autor la formule como el *en sí* del delito, su esencia misma, como dijera Arturo Rocco, y repitieran Antolisei, Aldo Moro, Pannain, Nuvolone, etc., y un autorizado sector de

la doctrina. Ni siquiera concede Battaglini que la anti-juricidad tenga una simple función hermeneútica, en la forma razonada recientemente por Dell' Andro, o cuando menos, sea elemento diferenciador entre injustos penales y otros tipos de injustos, civiles, administrativos, etc., pues ambos extremos quedan embebidos por el valor asignado a la punibilidad dentro de su sistema. Esta, a su entender, ofrece datos de interés en orden a la práctica de la anterior distinción, así como de una serie de instituciones procesales, difícilmente diferenciables de otras de naturaleza estrictamente penal. Igualmente, sigue Battaglini, explica la función de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad: en la medida que la condición no se verifica, falta la punibilidad, y consecuentemente, falta el delito.

Pero quizá el extremo más importante y decisivo sea la función que Battaglini asigna a la punibilidad, como elemento que agrupa, en su dimensión negativa, las causas legales de negación del delito en sentido amplio. En su aspecto negativo, está compuesta por las llamadas causas impeditivas de la punibilidad, que no son otras sino las habitualmente denominadas causas de justificación (legítima defensa, consentimiento, etc.); y las causas extintivas de la punibilidad, tales como la muerte del reo, prescripción, amnistía, perdón judicial, remisión de la querrela, etc. En todas estas causas, según indica, existe un común denominador: ni puede hablarse de punibilidad, ni ésta puede ser verificada.

Las críticas a la construcción de Battaglini, se dejaron sentir rápidamente, siendo combatidas sus diferentes conclusiones. De los primeros en censurar la función concedida a la punibilidad fue Arturo Rocco, con palabras que después hará suyas Bettiol, en orden

a la confusión que se introduce en el sistema entre antijuricidad y punibilidad.

En 1942, Salvatore Messina, en interesante monografía sobre la antijuricidad, objetó a Battaglini que la sustitución de aquélla por la punibilidad, constituye una repetición inútil, y en manera alguna se puede decir que sea una categoría autónoma. Desde el ámbito de los elementos del delito la crítica ha sido constante y sumamente severa. En fecha reciente, Vassalli, afirma que la confusión entre punibilidad y antijuricidad en el sistema de Battaglini es totalmente inadmisibile, y Dell' Andro, en 1958, sostuvo que, con ese entendimiento de la punibilidad, queda desplazado, radicalmente, el valor funcional de la antijuricidad, e incluso, ella misma.

Petrocelli en 1960 y 1963 se ocupó del sistema de Battaglini, de forma muy concreta, y afectando su crítica a todos los extremos sostenidos por el antiguo profesor de Bari. Petrocelli dice, en primer lugar, que la punibilidad, entendida como posibilidad de aplicar la pena, es un concepto tan amplio como inútil, pues comprende tanto el momento normativo como el aplicativo, y no se llega a entender entonces su valor y función. En segundo lugar, que si el delito supone una referencia conceptual inderogable a la pena, no hay motivo alguno para incluir la punibilidad como un simple elemento del sistema. Y, por último, que la admisión de las causas extintivas de la punibilidad y las causas impeditivas de la misma, entendidas como excluyentes de la posibilidad de aplicar la pena, significaría incidir en una confusión de fenómenos e instituciones heterogéneas que, al referirlas todas ellas a la punibilidad, hacen que ésta no tenga límites claros ni precisos, y que se convierta en un concepto por demás impropio.

El presente examen hasta el momento ha demostrado que la punibilidad es admitida como abstracta referencia del concepto técnico del delito, aunque otros no hagan la menor alusión a ella.

Ahora bien; aquellos autores que la aceptan, posteriormente, no le conceden valor sistemático alguno en la estructura del delito, y solamente de forma excepcional se configura como elemento autónomo que agrupa determinadas instituciones. La principal dificultad para que sea aceptada, en esos términos, radica en su confusión con la antijuricidad —elemento del delito de más fácil admisión—, haciendo problemática su diferenciación, y asimismo, igualmente, se afirma que constituye un elemento inútil, pues su contenido es comprendido en otras secciones de la Parte General, sin que sea necesaria su formulación.

Especialmente debe resaltarse que aquellos autores que admiten una antijuricidad penal, no genérica, son totalmente opuestos a la admisión de la punibilidad como elemento de la estructura del delito, ya que, en realidad, ésta queda desplazada hacia la antijuricidad, o mejor dicho, incluida dentro de ella.

5.— ¿Qué actitud ha seguido la doctrina española? ¿Cómo será formulada la punibilidad para que satisfaga exigencias lógicas, sin que suponga una interpretación contraria a nuestro Derecho positivo?.

Las anteriores cuestiones se encuentran planteadas en la literatura española, que ha formulado tesis diametralmente opuestas. La punibilidad, se ha dicho, ni es elemento del delito, ni se necesita para que éste pueda ser definido. Por el contrario, para otros, la punibilidad es pieza indispensable en la formulación

técnica del delito, e incluso, elemento esencial de su estructura.

Genuino representante de la posición negativa es Rodríguez Muñoz, quien formula su tesis en una conocida nota a la traducción española del *Tratado de Derecho Penal* de Mezger. Rodríguez Muñoz plantea la cuestión en los siguientes términos: ¿puede, en realidad, prescindirse de la “pena” como característica conceptual del delito?. A su juicio, la citada pregunta debe ser resuelta de acuerdo con la legislación positiva española. Y de esa forma, continúa, existen casos en los que, dándose una conducta típica, anti-jurídica y culpable, sin embargo, no se castiga al autor. Tales casos se agrupan bajo el nombre de “excusas absolutorias”.

Ahora bien; de la existencia de esas excusas nace, según Rodríguez Muñoz, la fundada duda de que el delito no puede concebirse en nuestro Código solamente como conducta típica, antijurídica y culpable, pues se pensaría que, a pesar de reunir esas características, no es delito, desde el momento que no surge responsabilidad criminal alguna, en expresión de Rodríguez Muñoz. A continuación, lleva a cabo un examen de la tesis de Silvela, y de los supuestos legales en que éste fundaba la afirmación de que, en las excusas absolutorias, existen delitos “sin pena”.

La formulación de Silvela, que quizá fuese válida para el código de 1870, en atención a la distinta redacción del artículo 8 de las eximentes, no podía ser sostenida con el Código de 1944, y lo mismo puede decirse del texto revisado de 1963. Rodríguez Muñoz realiza un examen, detallado y concreto, de gran valor para la interpretación de los preceptos en particular, para concluir afirmando que la

cuestión se centra en los artículos 226 y 564, y eventualmente en el 461, referido éste a la *exceptio veritatis* en injurias a funcionarios públicos, que contemplan, según dice, excusas absolutorias, ya que en los otros preceptos citados por Silvela se está en presencia de causas de ausencia de tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, que nada tienen que ver con aquéllas.

En el artículo 226 Rodríguez Muñoz vé un auténtico y genuino *delito*, en el que el *arrepentimiento* funciona como causa que exime de pena. En el artículo 564, aunque reconoce que existe cierta dificultad, también se trata de un *delito*, pues su propio párrafo último emplea ese término. En ambos supuestos, y sin ninguna seguridad por lo que al 461 se refiere, verifica Rodríguez Muñoz su proposición: existen delitos, sin pena. Son, en consecuencia, expresión de que en nuestro Código el requisito de la pena no es necesario para definir el delito, pues éste puede existir —como sucede en esas hipótesis—, sin que se castigue a su autor, sin que, en definitiva, se aplique la pena. Rodríguez Muñoz, concluye, por consiguiente, afirmando que, en nuestro Código, delito es conducta típicamente, antijurídica y culpable, que no exige la menor alusión a la pena. Los artículos 564, 226, y quizá el 461, pero *solamente* ellos, fundamentan, según él, la anterior conclusión.

La posición de Rodríguez Muñoz no ha encontrado favorable eco en la doctrina española y al menos, por el momento, puede ser calificada de minoritaria. Se ha puesto en duda por Jiménez de Asúa la legitimidad para deducir de una simple interpretación gramatical de dos preceptos excepcionales del Libro II, toda una definición de delito que contraviene la expresa y clara formulación del artículo 1 del Código penal, que

taxativamente dice que son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la Ley, de suerte que si esto último no se dá, de ninguna forma puede decirse que exista delito o falta. Y no le falta razón a Jiménez de Asúa, pues la argumentación paradójica puede descubrir excepciones y quiebras particulares de un sistema general, pero sobre ella no puede construirse toda una genérica formulación, que solo contemplaría supuestos límite, perdiendo su amplia y total eficacia.

Pero también con fundamento en las llamadas excusas absolutorias se extraen argumentos por Jiménez de Asúa, y recientemente, por Córdoba, para aceptar la punibilidad como elemento del delito: si en tales hechos no se castiga a determinados autores, es porque son perdonados por la Ley, y para el perdonado no son delictivos, aunque lo sean para otros, como tampoco lo es para el inimputable, por faltar la imputabilidad, si bien existirá delito para el que es plenamente imputable (ejemplo de Jiménez de Asúa).

Desde otra perspectiva, se ha dicho por Del Rosal que la tesis de Rodríguez Muñoz olvida el artículo 112 del Código penal y las distintas causas que prevé de extinción de la responsabilidad criminal, que pudieran ser inscritas dentro del aspecto negativo de la punibilidad. Y, continuando en la crítica, se afirma, que lo que sucede en los artículos 226 y 564 es que, conductas que normalmente serían castigadas, no lo son, en virtud de la supresión del *ius puniendi*, paralizando el Estado la concreción de la punibilidad, pero quedando ésta salvada como requisito conceptual del delito.

En inmediata referencia con la posición de Rodríguez Muñoz, no debe olvidarse que la punibilidad, es una correlación lógica entre el delito y su especifi-

ca consecuencia jurídica de forma que si ésta no se encuentra normativamente prevista, aquél no podrá ser calificado como delito. Pero además, debe advertirse, que Rodríguez Muñoz ni una sola vez habla de punibilidad, sino que constantemente pregunta si no “castigando” al autor puede existir delito, si la “pena” es necesaria para su definición, etc. Y la expresión es ambigua porque no cabe duda que, sin pena y sin castigar al autor, puede existir delito, y por tanto, aquella no sería requisito inexorable del mismo, en la medida que aquél pueda darse sin la primera, pero lo que ya no es posible, pues sería un verdadero absurdo, es que pudiera hablarse de delito sin punibilidad, de hecho jurídico, abstractamente considerado, sin consecuencia jurídica normativamente prevista, ya que entonces, ni el hecho será jurídico, ni menos podrá ser denominado delito. La diferencia entre pena y punibilidad no debe ser olvidada, pues la infinidad de hechos delictivos, que nadie duda sean delitos, y cuyo autor posteriormente no es castigado, que cabe imaginar a la vista de nuestra legislación, son por demás aleccionadores, (baste recordar las hipótesis de los artículos 112, 113, 114 y 115 del Libro I del Código penal; 450, 451, 443, etc. del Libro II del Código).

Ahora bien; en el estricto terreno lógico —tan decisivo en un problema de concepto y estructura del delito—, debe evitarse, a toda costa, incurrir en una abierta y clara petición de principios. Quizá sea éste el argumento más decisivo y que inhabilita incluso la posibilidad del comentado planteamiento. La tesis de Rodríguez Muñoz se mueve dentro de los siguientes límites: si los hechos descritos por el 226 y 564, son delitos —opinión que él acepta—, como falta la pena, el delito puede ser definido sin aludir a ésta

última; pero sí, por el contrario, no son delitos —lo que, sin duda, pudiera sostenerse—, como falta la pena, se dirá que no lo son, porque ésta es requisito imprescindible para conceptuar el delito. Pero lo que no se dice, con anterioridad, es que se ha de entender por delito, siendo así que, necesariamente, para poder preguntarse si estamos a presencia de delito o no, habrá que dejar sentado qué se entiende por éste previamente, so pena que la pregunta se formule en el vacío. Es decir: para contestar si un supuesto legal concreto es o no delito, constituye indeclinable presupuesto tener una noción de lo que sea el delito, pues de lo contrario la pregunta no podrá ser formulada.

¿Cómo puede decirse que el 226 y 564 *son delitos*, si todavía no se sabe qué requisitos han de tener éstos últimos?. ¿Cómo puede negarse todo valor en la definición de delito a la punibilidad, si no se conoce lo que hemos de entender por delito?. Es más: ¿cómo puede partirse de un concepto, el de delito, precisamente cuando de lo que se trata es de saber qué requisitos lo componen?. Por último: ¿cómo puede negarse o afirmarse la necesidad de un elemento del concepto, si ya se acepta que, en esos casos, estamos a presencia del concepto *completo* del delito?.

Necesariamente habrá que decir que, si se trata de delitos, la pena —empleando la terminología de Rodríguez Muñoz— no es requisito, pues evidentemente en tales casos no se da. Pero lo que sigue sin demostrar, es por qué el 226 y el 564 son o no delitos, o por emplear otras palabras: no puede afirmarse, ni tampoco negarse, ni siquiera preguntar, sobre si son o no delitos hasta tanto no se sepa que se ha de entender por delito, y mucho más, en el caso presente, cuando lo que se discute, y se

pretende esclarecer, es si y hasta qué punto el delito necesita estos o aquellos requisitos.

Rodríguez Muñoz opera ya con una idea de delito que, de antemano, excluye la punibilidad de su concepto, que precisamente es lo que debiera demostrar. Se trata, por tanto, de un *preconcepto* que condiciona la investigación sobre el concepto de delito, y puesto que, en el primero, se acepta que no es necesaria la punibilidad, tampoco lo será para el segundo. Se quebranta así la pureza metódica de la investigación con un auténtico prejuicio: se prejuzga, antes de proceder al examen, lo que por delito deba entenderse.

La influencia del pensamiento de Mezger, en esta fase, en la que el ilustre dogmático alemán negaba, como hemos visto, todo valor a la punibilidad, por razones muy especiales que no guardaban semejanza con las alegadas por Rodríguez Muñoz, es decisiva, y éste último quedó vinculado a la seductora argumentación del primero, a pesar de que, por aquel entonces, se había ya publicado la correspondencia entre el Profesor de Munich y Battaglini, como apéndice a la Primera edición del Manual de éste, en la que si bien Mezger discrepaba de la posición de Battaglini, apuntaba ya una determinada función a la punibilidad dentro del concepto del delito.

Con base en un planteamiento distinto, Rodríguez Muñoz lleva a cabo una inversión en el razonamiento: incluso aceptando su tesis sobre el 226 y el 564, se verifica una generalización de lo que pudieran ser, simplemente, dos excepciones, y nada más. La argumentación paradójica puede descubrir excepciones y quiebras particulares en un sistema general, pero sobre ella no puede construirse toda una afirmación

genérica, que solamente sería útil para supuestos límite, perdiendo su amplitud y total eficacia.

La presente reflexión conduce, necesariamente, a las particularidades de nuestro Derecho positivo y a que se adopte una actitud sobre las denominadas *excusas absolutorias*.

Un examen minucioso del Libro I del Código, es decir, de preceptos formulados con la pretensión de que tengan una eficacia genérica, demuestra, en forma evidente, la existencia de una correlación inexorable entre delito y punibilidad. Más concretamente: que delito es conducta que requiere, entre otras características, siempre y forzosamente, la de ser punible. Delito, pues, es equivalente a acción punible. La correlación entre delito y punibilidad se afirma, por razones ya desarrolladas, como lógica e inexorable.

La anterior proposición hemos comprobado se sostiene, expresa o implícitamente, al menos en 24 artículos de la Parte General del Código penal español, e incluso en algunos de ellos reiterada en sus diferentes párrafos. Llevaría más tiempo del permitido verificar una exposición de los preceptos en particular, y solamente se hará alusión a aquellos en que, de manera expresa y sin apenas necesidad de razonamiento, demuestren la inderogable realidad del principio formulado:

Conforme ha señalado la doctrina española, en múltiples ocasiones, el párrafo primero del artículo 1, supone un inequívoco reconocimiento de la punibilidad, como requisito conceptual del delito: la expresión penadas por la Ley, no significa otra cosa que punible, y lo mismo cabe deducir de la formulación que hace Guallart en orden a un entendimiento como típicamente punible, conectando punibilidad y tipicidad. Pero es que, en el párrafo 2º del mismo artícu-

lo, de nuevo se insiste y se emplea, como sinónimo de delito o falta, la expresión “acciones y omisiones penadas por la Ley”, en referencia con la presunción legal de voluntariedad declarada por dicho apartado.

El artículo 6 del Código penal expresa la misma idea, desde el momento que distingue los delitos y las faltas en atención a la mayor o menor gravedad de la pena, pero indudablemente partiendo de una misma afirmación: que ambos, el delito y la falta, son conductas punibles, castigadas por la Ley. Todavía más: el artículo 7 del Código penal, fundado en la inderogable punibilidad de los delitos y las faltas, remite a las Leyes especiales en aquellos casos en que sean éstas las que fijen la existencia del delito o falta, es decir, que en ellas se encuentren penados, como indica textualmente. La afirmación se vé corroborada por el artículo 23 del Código penal que, inevitablemente, expresa la idea de la vinculación entre delito y punibilidad.

Desde otro punto de vista, y con independencia de las diferentes ocasiones que se utilizan en el Libro I las expresiones “hecho punible”, “castigado con pena”, “acción punible” etc., es por demás interesante reflexionar sobre un precepto, de tan general virtualidad, como es el artículo 8 en sus números 1, 2 y 3. La expresión “hecho castigado por la Ley”, “sancionado como delito”, que se utiliza en los anteriores apartados, referida a la comisión del hecho por el inimputable, ofrece también fundamento para sostener nuestra tesis: se distingue entre hecho punible y delito, en la medida que éste requiere un *plus* dentro de la dimensión psicológica y subjetiva, cual supone su realización por un imputable, y por esta razón, el primero no puede ser calificado como delito, pero se utiliza en su denominación una ca-

racterística que es afín a ambos: la punibilidad, que sirve de referencia para fijar, abstractamente, los hechos punibles que si, en concreto, reuniesen todas las características, serían denominados delitos. "Hecho que la Ley sanciona como delito", según el n<sup>o</sup> 1 y 3 del artículo 8; "hecho castigado por la Ley" del n<sup>o</sup> 2 del artículo 8, son sinónimos de hechos punibles en el plano normativo que, en su concreta proyección, no serán calificados como delitos por faltar la imputabilidad. Pero la referencia al delito, expresamente se afirma mediante la alusión a la punibilidad: el hecho del enajenado, menor de dieciseis años o sordomudo se conecta al delito mediante el requisito conceptual de la punibilidad que, invariablemente, se exige en el momento normativo.

Sin que sea necesario continuar el presente examen, que solamente a título de ejemplo realizamos, se comprueba en el Código penal la siguiente afirmación: delito sin punibilidad es una abierta contradicción, que no se concibe aunque, como ya se ha advertido, no existe inconveniente para que pueda hablarse de delito sin pena.

La doctrina española que se ha ocupado del tema ha hecho especial incapié en los artículos 226 y 564 del Código penal al referirse al apartado correspondiente a las *excusas absolutorias*.

El artículo 226, inscrito dentro de la rúbrica genérica de "delitos contra la seguridad interior del Estado", lleva a cabo una expresa remisión, por lo que se refiere a las conductas, y a los artículos 214 y 218 del Código penal, de la rebelión y sedición respectivamente. Ambas figuras delictivas pueden ser calificadas como "delitos de consumación anticipada", o sea, que no es necesario, para la perfección del

delito, la consecución total de los fines a los que tienden las conductas y que legalmente se describen en los anteriores preceptos. Así, el tipo se agota con la existencia de un “alzamiento público y en abierta hostilidad contra el Gobierno”, informado por una específica finalidad descrita por el 214, o de “un alzamiento público y tumultuario” que, mediante el empleo de la fuerza o por fuera de las vías legales, tienda a la consecución de determinadas metas, señaladas por el artículo 218 del Código penal. Si lo anterior se produce, inmediatamente que la rebelión o sedición se haya consumado, en la forma ya precisada, la autoridad intimará, de acuerdo con el artículo 225, y con medios legalmente previstos, a los rebeldes o sediciosos para que se sometan o disuelvan. Precisamente, si ésto sucede, y el éxito acompaña a la intimación, o si antes incluso de ella desaparece el alzamiento, el artículo 226 exime de pena a los meros ejecutores, como textualmente indica.

Hasta aquí la situación fáctica imprescindible para que el 226 pueda ser aplicado. Interesa a continuación ofrecer el *sentido* de dicho artículo que será un dato, por demás interesante, en orden a la total comprensión del tema que aquí se trata. Por algunos autores se ha dicho que el *quid* del precepto debe encontrarse en el *arrepentimiento*, cuyo efecto inmediato, reconocido por el Estado, sería la exención de la pena correspondiente. Y así, se alude a un Derecho premial, inmediatamente referido al 226, en la forma deseada por Dorado Montero, y calurosamente defendida por Giorgio del Vecchio.

Pero ¿efectivamente se trata de un premio que se concede por el arrepentimiento a los rebeldes o sediciosos?. O mejor todavía: ¿puede decirse que sea el arrepentimiento quien informa el 226?.

El artículo 226 de ninguna forma exige el arrepentimiento de los sujetos activos, y mucho menos una conducta posterior, de naturaleza negativa, que sea expresión del arrepentimiento. El 226 lo único que requiere es que la rebelión o sedición se haya disuelto, y nada más, con independencia de que esa disolución sea producto del arrepentimiento o de cualquier otra causa. El arrepentimiento, en cuanto denota una determinada actitud subjetiva, de contrición —como ha dicho Del Rosal—, ni se le puede exigir a los rebeldes y sediciosos, ni el 226 lo exige para eximir de pena, y buena prueba de ello es que los autores morales —no meros ejecutores—, aunque constase su arrepentimiento, no quedarían impunes.

En realidad, más que de arrepentimiento debiera hablarse de *desistimiento*, y la propia estructura de los delitos de rebelión y sedición favorece esa forma de pensar: desde el punto de vista estatal, el intento, el solo intento, de quebrantar la seguridad del Estado, constituye los citados delitos; pero desde la perspectiva del éxito, del fin perseguido, el delito queda *anticipadamente consumado*, por la sencilla razón de que si la meta se consiguiese, en algunos casos, sería materialmente imposible castigar a los rebeldes o sediciosos. Es, pues, un *intento* —siempre en atención a la última finalidad perseguida—, y como tal, sujeto a la posibilidad de desistimiento, que no arrepentimiento, y que recuerda, por su carácter reversible, la función que se le adjudica en la tentativa, de acuerdo con el artículo 3 del Código penal.

Ahora bien; ese desistir de la rebelión o sedición supone, efectivamente, un desistimiento eficaz: el alzamiento desaparece y con él la situación de peligro de la denominada seguridad interior del Estado. Objetivamente, pues, desaparece la razón de ser del

delito, y por tanto, el Estado renuncia a la concreta aplicación de la pena en referencia con los meros ejecutores, a pesar de que castigue ciertamente, pero de forma atenuada, en atención al párrafo segundo del 226, a los autores morales, pues en estos siempre subsistirá la posibilidad de que nazca un nuevo intento de rebelión y sedición, y consecuentemente, existirá un peligro, siquiera sea larvado, de que aquella se produzca, tratándose, por tanto, de una situación irreversible.

De acuerdo con esta línea de pensamiento, debe plantearse la cuestión, de si el supuesto previsto por el 226 es o no delito, al objeto de argumentar sobre el problema de la punibilidad.

Cuando se afirma que el 226 contempla una figura delictiva, se está diciendo algo que es sumamente impreciso. El 226 ni describe un delito, ni tampoco conductas: lleva a cabo una remisión a los artículos 214 y 218. El 226 se refiere textualmente a los “meros ejecutores de aquellos delitos”, y a nadie se le ocurrirá negar que los artículos 214 y 218 (de la rebelión y sedición) no son auténticos delitos. No tiene el menor sentido preguntarse si el 226 es delito o no, por la evidente razón de que el citado precepto no se refiere, en forma alguna, a la constitución *ex novo* de un delito, sino que opera en los casos en que se hayan cometido los delitos previstos por el 214 y el 218. Es, simplemente, una regla referida a la concreta aplicación de la pena, que en nada desvirtúa la calificación como delito de las conductas a las que se refiere.

Si, efectivamente, el 226 lleva a cabo una remisión a los artículos 214 y 218, no podrá deducirse del primero ninguna consecuencia sobre el carácter delictivo o no de estos últimos, pues esto sólo nos lo

podrán decir los concretos y particulares tipos que componen la rebelión y sedición, y en ese sentido, puede afirmarse, que cuando el 226 entra en juego, tiene eficacia, es evidentemente porque los delitos de los artículos 214 y 218, ya se han verificado, esto es, ya son delitos.

Si lo anterior es cierto, no cabe la menor duda que son normativamente punibles, y que la punibilidad también se afirma, en la medida que ambos preceptos conminan con pena la realización de la rebelión o sedición. Que, posteriormente, se produzcan una serie de circunstancias y condiciones, y la pena —no la punibilidad—, se niegue y no se aplique de acuerdo con el 226, es cosa distinta y para nada afecta a la noción de delito, desde el momento que no es necesario para que éste se afirme que se aplique la pena, pues es suficiente con la punibilidad. Delito es un hecho punible —y hechos punibles son la rebelión y la sedición—, pero no un hecho, valga la expresión, punido, castigado.

Tampoco la pena se actúa, por ejemplo, en los supuestos en que media perdón de acuerdo con el número 5 del artículo 112, y nadie dudará que el delito ya se ha verificado, ya es delito, aunque la pena se remita en atención al perdón del ofendido. Repetimos una vez más: el delito no necesita para ser estructuralmente perfecto de la aplicación de la pena, sino tan sólo la punibilidad. En los límites del 226 existe ya delito, las conductas son punibles, pero la pena no se aplica en atención a la existencia de unas condiciones que, necesariamente, deberán producirse para que así suceda.

De acuerdo con lo anterior, la llamada excusa absolutoria —nombre equívoco, proveniente de la no muy evolucionada técnica francesa—, no afecta en

nada a la existencia del delito, que ya ha nacido y se ha afirmado, pues tan sólo se proyecta en orden a la concreta aplicación de la pena. Más que excusa absolutoria sería una causa de exclusión de la pena, empleando una terminología más técnica, que no excluye el delito —conforme con la doctrina alemana e italiana dominante—, que ya ha surgido, real y ciertamente, como conducta punible, sino solamente la pena que concretamente debiera aplicarse.

El 226 no significa, en resumen, una excepción al principio general de que no hay delito sin punibilidad sino que, al contrario, lo confirma, pues si no existiese punibilidad, si no fuesen punibles las conductas, ¿qué sentido tendría la exclusión de la pena que el mismo consagra?. De no existir el 226 las conductas serían castigadas, pues son punibles, y normativamente se ha previsto para ellas una pena, pero el 226 evita que ésta se verifique y concrete, que sea aplicada (1).

La cuestión ofrece menos dificultad por lo que se refiere al artículo 564, a la vista de la propia redacción del precepto: la expresa alusión que hace a robos, hurtos, daños, apropiación indebida y defraudaciones, empleando su específico *nomen iuris*, así como la palabra delito utilizada en el último párrafo, indica claramente que se está a presencia de aquél, y en ese concreto extremo la argumentación de Rodríguez Muñoz es perfectamente compartible. La punibilidad, por tanto, es afirmada en la medida que se trata de la punibilidad referida a determinadas figuras delictivas a las que el 564 remite expresamente.

Ahora bien; la pena no se aplica porque el 564 ope-

---

(1) Vid., ulteriormente, *in extenso*, M. Cobo del Rosal, *Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal español*, en *Studi in Onore di Biagio Petrocelli*, Tomo I, Milano 1972.

ra sobre el proceso de concreción de la punibilidad, impidiendo que a determinadas personas, que gozan de específicas cualidades, se les aplique por obvias razones político-criminales, puestas de manifiesto acertadamente por la doctrina española. El 564, sin embargo, asume la existencia de delito, y solamente paraliza la realización de una de sus consecuencias jurídicas, la pena, pero no de todas, ya que la responsabilidad civil que dimana del primero expresamente se afirma, y el delito subsiste además, y produce todos sus efectos, por lo que a los partícipes extraños se refiere. En ese sentido, el artículo 564, se encuentra en una línea congruente con el artículo 19 del Código penal y también con el artículo 60.

Por las anteriores razones es preferible, en lugar de calificar al 564 de excusa absolutoria, emplear la denominación de causa personal de exclusión de la pena como hacen, entre otros, Schönke-Schröder, Maurach etc., pues refleja, con mayor exactitud, la función que desempeña: no aplicación concreta de la pena en atención a la existencia de unos requisitos personales e intransferibles.

La interpretación del anterior precepto tampoco contradice la tesis de que el delito exige la punibilidad, pues únicamente es excepción, entre otras, de que afirmada la punibilidad debe seguir la pena, lo que supone cosa bien diferente.

No ofrece graves inconvenientes el artículo 461, pues incluso Rodríguez Muñoz admitía que no era "delito" por constituir una causa de exclusión del injusto, o de ausencia de tipo, como afirmara Silveira —que en realidad podría también reconducirse a las causas de exclusión de la pena—, ni tampoco la interpretación del artículo 18 (encubrimiento entre parientes), pues la doctrina dominante está de acuer-

do en que se trata de un supuesto de no exigibilidad de conducta distinta a la habida, tesis revalorizada en 1960 en artículo publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

6.— Queda todavía por resolver otra fundamental vertiente de la cuestión, referida a si la punibilidad constituye un elemento esencial de la estructura del delito, a si se le asigna, dentro del sistema, un concreto valor funcional que justifique su inclusión como simple requisito de la sistemática del delito.

Un examen de las denominadas tradicionalmente excusas absolutorias, hemos visto que no lo justifica. Pero también se propugna su admisión, sobre los principios generales formulados por Battaglini, aplicados, concretamente, al artículo 112 y concordantes del Código penal español. Así, se dice, que el artículo 112 hace imposible la afirmación del delito, pues necesariamente debe excluir alguno de sus requisitos, que no sería otro sino la punibilidad. En consecuencia, adquiere un valor destacado: agrupa dentro de la estructura del delito, aquellas causas que hacen que la punibilidad no pueda afirmarse, o mejor, que no surja, quedando así justificada su estimación como ineludible elemento que compone el sistema.

De forma concreta, referido a la prescripción del delito y de la pena, números 6 y 7 del artículo 112, se afirma, en igual sentido, por Córdoba Roda, que justamente la característica de la punibilidad, que él admite como elemento del delito, hace imposible una consideración procesal de la prescripción, que quedaría incluida dentro de la punibilidad, o mejor, de su ausencia.

Ahora bien; un examen detallado del artículo 112

y siguientes, conduce a la negación de la anterior tesis, puesto que en ninguno de los siete supuestos específicamente descritos se produce un desplazamiento, una negación de la punibilidad. Es más: en favor de la punibilidad como elemento del delito, no puede extraerse argumento alguno que provenga del citado precepto, pues contempla casos bien lejanos y tiene finalidad y función completamente diferente.

Las razones, por su importancia no ya con el presente tema, sino con la total sistemática de la Parte General del Derecho Penal español, pueden ser resumidas de la forma siguiente:

En primer lugar, el mismo texto del artículo 112 es bastante claro, e impide totalmente que las causas que prevé sean tomadas como causas de ausencia de punibilidad, y por tanto, de negación de delito. “La responsabilidad penal *se extingue*”, comienza diciendo el artículo 112, y desde luego no se llega a comprender como puede extinguirse algo sin que antes haya existido, sin que antes haya nacido. Y la única forma que cabe de que nazca y surja la responsabilidad criminal es, sin duda, mediante la afirmación del delito. Es decir: no dice que exima de responsabilidad criminal, que impida que ésta surja, sino que, una vez afirmada, se extingue, si se produce alguno de los casos enumerados por el artículo 112.

Pero además, en todo momento —y también sucede lo mismo en los artículos 113, 114, 115, 116, e incluso, en el artículo 117, referido a la extinción de la responsabilidad civil, nacida de delito o falta, textualmente así lo dice el precepto—, parte el legislador de la idea de que el delito se ha producido, se ha verificado y, por tanto, *es completo*. El constante empleo del término delito en los artículos 112 y 113; la expresa alusión a que la prescripción comenzará a correr el

día en que se hubiese cometido el delito del artículo 114, y no cabe mayor afirmación; que la prescripción de la pena se cuente desde la fecha de la sentencia firme o del quebrantamiento de la condena en el párrafo 1º del 116 y la confirmación del sustantivo delito en el párrafo 2º; todos ellos son datos que, claramente, ofrece nuestro Derecho positivo para descartar la afirmación de que los supuestos previstos por el artículo 112 eliminan algún elemento de la estructura del delito y, consecuentemente, niegan su existencia.

Con independencia de la variedad y distinta naturaleza jurídica de las siete causas que extinguen la responsabilidad criminal, de acuerdo con el artículo 112 —que es objeto de estudio especial en otra lección del programa—, tanto la muerte del reo, como el cumplimiento de la condena, como la amnistía, como el indulto, como el perdón y la prescripción del delito y de la pena, no es que nieguen el delito o que se extinga, sino que expresan una renuncia a la pena cuando, a juicio del legislador, su no aplicación produce más ventajas que inconvenientes.

Ninguna de ellas, sin embargo, se proyecta sobre el delito que es ya perfecto, sino sobre la pena, o si se quiere, no sobre la punibilidad, sino sobre su proceso de concreción, e incluso, más concretamente, en algunos casos, cuando ya ha entrado en la fase ejecutiva. Contemplan, pues, la pena, pero no el delito: actúan, por tanto, sobre la pena, pero no sobre la punibilidad. Ni extinguen el delito —como se ha dicho en la literatura penal italiana—, ni tampoco lo niegan, como hemos visto sucedía en algún sector de opinión de la doctrina española: el delito ya ha existido, ha pasado si se quiere, pero ni desaparece, ni se niega.

Son, por tanto, causas de exclusión o exención de la pena en las que, únicamente, se comprueba una re-

nuncia a la potestad de aplicarla a quien es autor del delito.

La punibilidad no se vé menoscabada en tales supuestos, puesto que ésta subsistía, abstractamente, en la previsión de la norma. Y no importa, como venimos repitiendo, que la pena no se aplique, o que su ejecución se interrumpa, para que el delito se encuentre completo y afirmados todos y cada uno de sus elementos constitutivos. Se trata, sencillamente, como puso de manifiesto Vasalli en una de las más completas monografías sobre el tema, que se produce, en estos casos, una renuncia del Estado al ejercicio de la potestad punitiva, que se proyecta, como una cesación de esa potestad en referencia con los órganos a los que se le atribuye, y como una exclusión de pena por lo que atañe al reo.

Si estamos a presencia de causas de exclusión de la pena, y no de la punibilidad, carece de sentido justificar a ésta como elemento con base en su presunto valor sistemático, coordinador de las pretendidas causas negativas del artículo 112 ya que, como hemos dicho, éstas ni niegan la punibilidad, ni el delito, sino simplemente la pena, que es cosa bien diferente.

7.— Todavía pudiera sostenerse, con fundamento en las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, su delimitación como elemento autónomo que sería necesario afirmar una vez que la condición se ha producido, y que hasta entonces quedaba en suspenso (Battaglini).

Las condiciones objetivas de punibilidad —negada su existencia por Bemmann en 1958—, es uno de los temas más confusos e inciertos de la Parte General del Derecho penal (Zimmerl), y no vamos a desarrollarlo en este momento, pues se le destina lección diferente

del programa. Llevamos a cabo, por tanto, una remisión al lugar sistemático en que habitualmente se le sitúa, siguiendo a Mezger, Nagler-Mezger en el *Leipziger Kommentar*, Baumann, etc., e incluso aquellos que, como Maurach, estiman que las condiciones objetivas de punibilidad se encuentran fuera del tipo, o que como Welzel niegan que pertenezcan al tipo del injusto, aunque afirme que pertenecen al tipo total.

La opinión de Battaglini en este extremo apenas si se comparte por la doctrina italiana, y tampoco en la doctrina alemana encontramos una posición similar que haya tenido fortuna. En realidad, es opinión generalizada aquella que estima que el delito ya es perfecto, incluso antes de que la condición se produzca, pues ciertamente ésta afecta tan sólo a la fase de concreción de la punibilidad como expresamente se pronuncian Maurach en Alemania y Bettiol en Italia, para quien el artículo 44 del Código Rocco, que regula las condiciones objetivas de punibilidad, habla ya de delito, de *reato*, aunque todavía la condición no se haya producido. Podemos suscribir la anterior posición, que confirma nuestra tesis, de que no niegan la punibilidad, en el sentido que aquí se le asigna, ni tampoco la condicionan.

El delito, en el supuesto de existencia de condiciones objetivas de punibilidad, está ya completo, con independencia de que la condición se verifique o no, y consecuentemente es ya punible, aunque, como reconoce la doctrina más generalizada, lo único que se hace depender es la aplicación en concreto de la pena, pero no la punibilidad. De la misma opinión es Córdoba, por lo que al Derecho español se refiere, a pesar de admitir la punibilidad como elemento del delito, pues afirma que éste existe sin que sea necesaria la producción de la condición objetiva de punibilidad.

Por último, dentro de esa misma línea, cabe hacer una observación referente a las condiciones de procedibilidad o presupuestos procesales que, en alguna ocasión, se han confundido con las condiciones objetivas de punibilidad, pues, en verdad, sus fronteras son a veces inciertas. No obstante, podemos precisar que las primeras tienen naturaleza genuinamente procesal, y afectan tan sólo a la iniciación del proceso penal, condicionando no la punibilidad, sino la procedibilidad. De esa forma, sólo de manera indirecta pueden influir y condicionar la concreción de la punibilidad, en la medida que la pena para que pueda aplicarse, inexorablemente requiere un proceso previo.

8.— Tampoco convencen los esfuerzos de los autores italianos ya citados, especialmente Battaglini, para conceder el valor sistemático, desempeñado por la antijuricidad, a la punibilidad, ni la absorción de ésta por aquella en el sistema de Petrocelli, pues se produce una confusión entre una y otra, que apenas tiene alguna utilidad.

La punibilidad, queda así configurada, sin más, como una referencia inexorable, normativa y abstracta, a la pena en cuanto es consecuencia jurídica del delito, y expresa un juicio de relación inevitable para comprender la totalidad del concepto de aquél, pero no constituye un elemento autónomo de su estructura. Las únicas condiciones, pues, que pudieran existir de la punibilidad son, en definitiva, como genéricamente expuso Sauer, los elementos esenciales del delito, y no otra cosa se afirmaba cuando se le definía como el conjunto de los presupuestos de la pena, entendida ésta abstractamente, en su momento normativo.

Para finalizar, únicamente resumir algunas de las ideas expuestas en su formulación más genérica:

a) En cuanto al concepto de delito, existe la necesidad lógica de emplear en su definición, el término "punible", expresivo de la punibilidad del hecho, entendido como inexcusable posibilidad legal (abstracta) de referencia y aplicación de la pena.

b) Irrelevancia de la susodicha punibilidad como elemento estructural del delito, debido a su insignificante función sistemática e interpretativa en la teoría jurídica de aquél.

c) Remisión al estudio y desarrollo de la teoría de la pena, de las diferentes cuestiones que ofrecen los preceptos utilizados por la doctrina española en estos extremos, generalmente por tratarse de causas que excluyen su concreta aplicación.

d) Existencia, por último, de una evidente conexión o puente entre ambas teorías jurídicas, del delito y de la pena, uno de cuyos puntos de relación es la punibilidad tenida como nota decisiva del concepto del delito (2).

Madrid, Septiembre 1964.

---

(2) Estas proposiciones generales sobre la punibilidad han sido recogidas en síntesis, en M. Cobo del Rosal - T.S. Vives Antón, *Derecho Penal* (Parte General), Tomos I-II, 2ª edición, Valencia 1981, págs. 272-277.