



## *Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo Código Penal español*

**Ignacio Berdugo Gómez de la Torre**

*Catedrático de Derecho penal  
de la Universidad de Salamanca*

### **Introducción**

Como objetivo general, el nuevo Código Penal español pretende adecuar el contenido de la legislación penal a los principios recogidos en la Constitución de 1978. El programa penal de la Constitución es directamente aplicable dado el valor directamente normativo de ésta, tal como la doctrina y el Tribunal Constitucional han sostenido reiteradamente. Por ello, el período de tiempo comprendido entre la vigencia de la Constitución y la del nuevo Código se ha caracterizado por múltiples reformas parciales de muy diversa entidad y por una reinterpretación de los viejos preceptos llevada a cabo siguiendo las pautas del Tribunal Constitucional. De forma paralela transcurre en estos años una sucesión de intentos que buscan la elaboración de un nuevo Código Penal impuesto por la Constitución, que sustituyera a un texto que técnica y políticocriminalmente respondía a momentos históricos ya superados.

Este artículo pretende llevar a cabo una exposición de los principales problemas dogmáticos que se han abordado en el nuevo Código Penal y poner de relieve los interrogantes que deja abiertos en la esperanza de que su contenido pueda contribuir al desarrollo de la doctrina penal latinoamericana.

El nuevo Código Penal español ha venido precedido de un amplio debate en especial en lo que afecta a los aspectos dogmáticos de su parte general. Este debate ha tenido lugar a lo largo de más de 20 años y sus resultados quedaron reflejados primero en alguna de las reformas que sufrió el viejo Código Penal, en especial la de 1983, y obviamente en el articulado del nuevo Código de 1995.

Reiteradamente la doctrina penal española había puesto de relieve la necesidad de proceder a modificar la parte general del Código Penal en función tanto de razones político-criminales como razones técnicas. Aunque es difícil proceder a una diferenciación rígida entre las exigencias políticocriminales y las estrictamente dogmáticas, pues no debe olvidarse que problemas calificados

de técnicos, muchas veces están dando forma a garantías de los derechos individuales, es decir, al imperativo políticocriminal de mayor alcance.

La primera cuestión a abordar con carácter general y que tiene particular trascendencia en América Latina es si las partes generales de los Códigos Penales deben incorporar definiciones de todas y cada una de las instituciones que acogen, tal como hacen buena parte de los influidos por el Código Penal tipo. A título de ejemplo, sí deben definir el dolo, el error, la legítima defensa, etc. El Código Penal español con buen criterio huye de una parte general "manualística" y evita, con algunas excepciones, adoptar posiciones que impliquen un pronunciamiento en pro de una opción dogmática determinada. Al dejar este punto abierto el Código Penal da cabida a diversas opciones interpretativas, lo que supone tanto como garantizar la persistencia del pluralismo en el Código Penal, pues no debe olvidarse que los distintos sistemas dogmáticos reflejan a su vez distintas opciones filosóficas, diversas concepciones del Derecho. Aunque bien es cierto que este principio no debe sacrificar la garantía de seguridad jurídica que el Código debe dispensar a todos los ciudadanos.

Sobre este punto de partida abordaré el posicionamiento del nuevo Código sobre cuatro temas dogmáticos: la omisión, el error, la vida del delito y la autoría y participación. Como se verá en algunos de estos supuestos no se rompe con el contenido del Código anterior sino que se introducen modificaciones con el intento de mejorar la regulación preexistente, lo que no siempre se logra.

### **I. La omisión**

La parte general del antiguo Código solamente se refería a la omisión en su artículo inicial, al definir el delito como "las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". Con posterioridad, en la parte especial incorporaba algunos tipos donde tipificaba comportamientos omisivos; sirva

de muestra el delito de omisión del deber de socorro contenido en el antiguo artículo 489 ter. Sobre este exiguo punto de partida la doctrina penal española haciéndose eco de las viejas posiciones desarrolladas desde principios de siglo por la doctrina alemana diferenciaba entre delitos de omisión pura o propia y delitos de comisión por omisión u omisión impropia. El problema radicaba en la ausencia de un apoyo directo para fundar la relevancia penal de omisiones a las que imputar resultados penalmente relevantes, es decir como incluir supuestos de comisión por omisión, en tipos que describían conductas activas. Lo que obviamente llevaba a plantear objeciones desde el principio de legalidad.

La posición mayoritaria en la doctrina penal tomaba como referencia la dogmática de MEZGER de la comisión por omisión asentada en la presencia de un deber jurídico en el garante. A la que en una posterior evolución, se incorporaron en el ámbito jurídico penal español las posiciones que fundan el deber de actuar en razones materiales, tomando como partida la aportación de A. KAUFMANN y la obra de RODRÍGUEZ MOURULLO.

Estas razones hacían aconsejable la incorporación al Código de una cláusula de equiparación exigida por la vigencia plena del principio de legalidad, que tenía particular trascendencia en los delitos dolosos y que sirviera de soporte a la dogmática de la posición de garante. El nuevo Código se hace eco de esta exigencia en su artículo 11, que dice:

“Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”.

El precepto es importante desde el punto de vista político-criminal en cuanto genera seguridad jurídica al proporcionar un soporte a la actuación del juez y señalarle pautas para su actuación. Por el contrario, es técnicamente deplorable y plantea importantes problemas a resolver en el ámbito de la interpretación.

El párrafo primero del artículo 11 toma como punto de partida el exigir la presencia de un especial deber jurídico en el autor, que materialmente equivalga a la causación. En realidad hubiera bastado con esta afirmación general, pero en el debate parlamentario se introdujeron las especificaciones que aparecen tras las letras a y b, que dejan abierta la cuestión de si se trata de las únicas formas que puede presentar esa equiparación o por el contrario

tienen un carácter ejemplificador. Pues, habiendo optado en el párrafo primero por una equiparación material, parece que en los mencionados apartados el Código vuelve a las viejas tesis de MEZGER de carácter formal, con la incorporación además de la idea de la ingerencia.

## II. El error

En el año 1983 se introdujo en el Código Penal español un precepto, el artículo 6 bis a, que recogía de forma expresa las consecuencias que tenía el error sobre la responsabilidad penal. Se daba forma con este artículo a una exigencia política criminal que está en las bases del Derecho penal Contemporáneo y que viene exigida, entre otras razones, por la exclusión en el ámbito penal de la responsabilidad objetiva.

El contenido del artículo 6 bis a, sin mencionarlo de forma expresa recogía la distinción doctrinalmente asentada entre error de tipo y error de prohibición, regulando en ambos casos los efectos del error vencible y del error invencible. De igual manera, debe señalarse que en la regulación del error de prohibición se acogía, en opinión mayoritaria de la doctrina, las tesis de las denominadas teorías de la culpabilidad al establecer en este caso la responsabilidad dolosa atenuada.

La nueva regulación, que aparece en el artículo 14, mantiene los principios incorporados en el año 1983, introduciendo algunos cambios que mejoran en una parte la fórmula empleada pero la empeoran en otra.

En este sentido, es correcto que sigan diferenciándose ambas clases de error. En nuestra opinión también lo es el que sigan acogiendo las tesis de la culpabilidad en el error de prohibición vencible, lo que, por cierto, genera importantes consecuencias dogmáticas, la más importante es, con toda probabilidad que presupone la presencia del dolo en el tipo. De igual manera, es correcto que el Código siga sin pronunciarse de forma diferenciada sobre los efectos del error en los presupuestos fácticos de una causa de justificación. Este error puede ser tratado según los planteamientos dogmáticos del intérprete como error de tipo o como error de prohibición, en mi caso, como ya he expuesto en otros lugares, sería un supuesto de error de tipo.

El artículo 14 resuelve, lo que también es acertado, las consecuencias del error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, lo que no aparecía en el Código anterior. En cambio, y en sentido opuesto, genera abundantes problemas la referencia en el artículo 14.1 al “error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal”, que sustituye a la referencia en el Código anterior al “error sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal”. La nueva

fórmula es poco afortunada, pues parece retornar a la vieja y técnicamente superada diferenciación entre error de hecho y error de derecho.

### III. Vida del delito

Tomo aquí como punto de partida, el momento en el que con carácter general puede comenzar a producirse la relevancia penal de un comportamiento; esto es, cuándo comienzan los actos de ejecución. No me voy a referir por tanto a los actos preparatorios ya que éstos son sólo relevantes en algunas de sus formas. Así, en el Código Penal español la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, que en el viejo Código se castigaban con carácter general, esto es, referidas a cualquier delito, sólo son penalmente relevantes respecto a aquellos delitos en que expresamente se señale, como, por otra parte, corresponde a un Código liberal.

Comenzada la ejecución, lo que supone ya presencia de riesgo de lesión para el bien jurídico, el viejo Código Penal diferenciaba, lo que era tradicional en el Derecho español, entre tentativa y frustración. Junto a ello, el artículo 52 recogía las consecuencias del denominado delito imposible. Además, se regulaban en la definición de la tentativa y de la frustración los efectos del desistimiento, aunque quedaba abierto el debate sobre su naturaleza dogmática. En concreto, si se trataba de un elemento del tipo, con lo que su presencia afectaba a todos los responsables del hecho delictivo, hubieran ellos desistido o no, o por el contrario, como desde comienzos de los 70 defendía con razón MUÑOZ CONDE, se trataba de una causa personal de exclusión de la pena, con lo que sólo afectaba a aquel o a aquellos en quienes concurriera.

Con buen criterio, el nuevo Código Penal prescinde de la vieja diferenciación entre tentativa y frustración y sólo habla en el artículo 16.1 de la tentativa, con una definición que engloba los supuestos que antes quedaban incluidos tanto en la tentativa como en la frustración: "hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores practicando todos o parte de esos actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".

De este precepto, y del contenido del artículo 62 donde el Código toma como referencia para la determinación de la pena de la tentativa "al peligro inherente al intento", podemos deducir que el legislador opta, con acierto, por una concepción objetivo material de la tentativa. Esta posición lleva, entre otras cosas, a prescindir de la relevancia penal del delito imposible, pues al definir la tentativa se habla de los "actos que objetivamente de-

berían producir el resultado" y por definición esto no se produce en el delito imposible.

En relación con el efecto del desistimiento, el nuevo Código, en el artículo 16.2, también de forma correcta, opta por considerarlo técnicamente como una causa personal de exclusión de la pena. Es decir, sólo va a tener efecto en aquel en quien concurre, no en los demás que toman parte en el hecho. Esto es correcto, pues no debe olvidarse que pese a haber desistido se ha realizado ya tanto el tipo objetivo como subjetivo y que se ha producido una situación de riesgo para el bien jurídico lo que justifica la intervención del Derecho penal. En cualquier caso, no se debe olvidar que la exclusión de responsabilidad penal de quien desiste, no afecta a la responsabilidad por los actos ya realizados que implique la realización de otros tipos. Lo que en la práctica puede tener importancia práctica en especial en aquellos delitos que guardan relación entre sí, como puede ser lesiones y homicidio. Piénsese en el supuesto de quien desiste del homicidio que quería realizar, pero no puede impedir las lesiones que ya se han producido.

El nuevo código va más allá en materia de desistimiento, pues en el artículo 16.3 recoge, tomando como referencia la política criminal en supuestos de criminalidad organizada, los efectos que sobre la responsabilidad penal tiene el desistimiento, aunque no sea exitoso, al establecer que "quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueran ya constitutivos de otro delito o falta".

Ni que decir tiene que, independientemente de lo discutible que puede ser esa opción político criminal, deja abierto un interrogante a los tribunales que puede llegar a ser dramática, en concreto esclarecer cuándo el intento de impedir la consumación puede ser calificado de serio, firme y decidido.

### IV. Autoría y participación

El viejo código establecía en su artículo 12 que eran responsables penalmente los autores, los cómplices y los encubridores y más adelante, en el artículo 14, en opinión mayoritaria de la doctrina, determinaba qué partícipes podían por su importancia merecer la misma pena que el autor, en concreto los coautores, los inductores y los cooperadores necesarios.

La regulación planteaba múltiples problemas dogmáticos. En primer lugar, si existía una definición de autor en sentido estricto, o por el contrario, que quien era autor aparecía definido en cada

uno de los tipos penales de la parte especial. Conectado con este problema estaba el de la naturaleza dogmática del artículo 14.1, en concreto si ahí se regulaba la coautoría o la autoría en sentido estricto. De igual manera, tampoco se regulaba la autoría mediata, lo que planteaba problemas para su acogida en la práctica, dada la vigencia del principio de legalidad. De igual manera, tampoco parecía técnicamente correcto considerar al encubridor como partícipe, ya que intervenía una vez que el hecho delictivo estaba consumado. Finalmente, hasta el año 1983 no se incorporó en el artículo 15 bis una cláusula que, al recoger el actuar en nombre de otro, permitía fundar la responsabilidad del representante de las personas jurídicas en los delitos especiales.

El nuevo Código Penal ha introducido orden en este gran cúmulo de problemas, lo que ya en sí merece una valoración positiva. En primer lugar, establece en el artículo 27 que "son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices", con lo que excluye a los encubridores, cuyo comportamiento considero correctamente, como un delito contra la Administración de Justicia en los artículos 451 a 454.

En segundo lugar, en el artículo 28 da una definición de autor, al establecer que "son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, o por medio de otros de quienes se sirven

como instrumento". Con ello se está dando una definición que comprende al autor en sentido estricto, a los coautores y al autor mediato. Es decir, se está dando una definición de autoría. En el mismo artículo se equipara a efectos de pena con el autor, lo que también es político-criminalmente correcto, al inductor y al cooperador necesario. La otra forma de participación, el cómplice, artículo 29, al igual que en el Código anterior, merece una pena menor que la del autor.

Finalmente, se mejora la regulación del actuar en nombre de otro, pues el artículo 31 se refiere ya tanto al que actúa en nombre de una persona jurídica como en nombre de una persona física. Con ello se da cobertura legal a la responsabilidad de quien actúa como representante de una persona física y realiza una figura delictiva que exige en el sujeto activo del mismo una especial condición, cualidad o relación que concurren en el representado pero no en el representante, por ejemplo en los delitos contra la Hacienda Pública: la relación tributaria. Es decir, la fórmula del actuar en nombre de otro que, tras la reforma del 83, daba una salida, como ya se ha dicho, a los supuestos de responsabilidad penal en los delitos propios o especiales cuando la relación era con una persona jurídica, se amplía ahora a las personas físicas, con lo que se llena una importante laguna legal. ●