

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO SANCIONADOR MILITAR (*)

Pedro ESCRIBANO TESTAUT
Teniente Auditor

SUMARIO

I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA CRISIS DE LA CULPABILIDAD. II. ¿TIENE RANGO CONSTITUCIONAL EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD? III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL. IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL MILITAR. V. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR.

I. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA «CRISIS DE LA CULPABILIDAD»

Como ha señalado BACIGALUPO, «todo lo referente a la culpabilidad es en la actualidad muy discutido» (1). Sin embargo, el preámbulo del vigente Código Penal Militar dice que «en el Título I del Libro I quedan proclamados los principios de legalidad, de *culpabilidad*, de igualdad y de retroactividad de la ley penal más favorable. Con la definición del delito militar se pone de manifiesto la exigencia tanto de voluntariedad como de *culpabilidad* en el autor para que su acción u omisión pueda ser reputada como delito». Estas palabras pueden hacer pensar que en el ámbito del Ordenamiento punitivo militar ha quedado efectivamente consagrado el principio de culpabilidad, pero no es esta ni mucho menos una cuestión pacífica, puesto que frente a quienes sostienen que, ciertamente, el principio de culpabilidad ha quedado sólidamente asentado, hay tratadistas que estiman que en el Código Penal Militar, al igual que en el común, no está consagrado dicho principio, «sino tan sólo el principio de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta». (2). No es esta una cues-

(*) Este trabajo obtuvo la máxima calificación entre las tesis de fin de curso, presentadas por los Alféreces-Alumnos del Cuerpo Jurídico en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (curso 1990-1991).

(1) BACIGALUPO, ENRIQUE. «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?» *Revista jurídica La Ley*, de 8 de junio de 1982, pág. 936.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO. «Comentario al artículo 2», en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez Villasante, 1ª edición, 1988. Ed. Civitas, pág. 56.

ción meramente filosófica o especulativa, como más adelante se verá, sino que, al contrario, tiene una importancia trascendental. En todo caso, el análisis del principio de culpabilidad en el Derecho sancionador militar tiene que partir de una delimitación de lo que tal principio significa.

Pues bien, para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «la esencia del principio de culpabilidad puede formularse en estas dos proposiciones: no hay pena sin culpabilidad, y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad» (3). En el mismo sentido, CEREZO MIR define este principio como aquel con arreglo al cual «la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena» (4). Para entender el fundamento, contenido y alcance del principio que analizamos, de acuerdo con estas definiciones, es evidente que resulta «indispensable conocer previamente qué es la culpabilidad y qué significa por consiguiente ser culpable» (5).

El problema reside en que, como dice MIR PUIG, «no hay acuerdo en el contenido formal de la culpabilidad (¿Qué elementos integran la culpabilidad y no el injusto?) ni en su significado material (¿Por qué los elementos que integran la culpabilidad son necesarios para la pena?)» (6).

Lo cierto es que las discrepancias doctrinales se manifiestan, sobre todo, como dice TORIO, «en lo que concierne al fundamento de la culpabilidad» (7).

Los autores están de acuerdo en que «mientras el juicio de injusto es un juicio sobre el hecho despersonalizado (fijación de las condiciones que deben concurrir para emitirse un juicio de desvalor o imputación objetiva), el juicio de culpabilidad aparece *prima facie* como un juicio concerniente a la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico (desvalorizado) a su autor (atribuibilidad del hecho al autor)» (8). Sólo hay pues coincidencia en este punto de partida: «Mientras que la antijuridicidad constituye un juicio despersonalizado de desaprobación sobre el hecho, la culpabilidad requiere además la posibilidad de atribución de ese hecho desvalorado a su autor» (9).

(3) COBO DEL ROSAL, MANUEL y VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR. *Derecho penal; parte general*. 2ª edición, 1987. Ed. Tirant lo blanch, pág. 395.

(4) CEREZO MIR, JOSÉ. «Culpabilidad y pena», en su obra *Problemas fundamentales del Derecho penal*. Ed. Tecnos, pág. 179.

(5) RUIZ VADILLO, ENRIQUE. «Algunas ideas sobre la culpabilidad», publicado en la revista *Documentación jurídica*, monográfico dedicado a la propuesta del anteproyecto del nuevo Código penal, volumen I, enero-diciembre 1983. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, pág. 106.

(6) MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal; parte general*. 2ª edición, 1985. Ed. PPU, pág. 575.

(7) TORIO LÓPEZ, ANGEL. «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, tomo XXXVIII, fascículo II, 1985, pág. 285.

(8) QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho penal*, 1989, pág. 365.

(9) MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal; parte general*, cit., pág. 575.

Por ello, se afirma que «la teoría del delito se apoya sobre estos dos pilares básicos: a) Un hecho prohibido (antijuridicidad) y b) su atribuibilidad a su autor (culpabilidad). El examen de la culpabilidad del sujeto sólo debe efectuarse una vez comprobada la concurrencia de un hecho antijurídico. No existe una culpabilidad en sí, sino sólo una culpabilidad por el hecho antijurídico» (10). Más allá de lo dicho el acuerdo desaparece. Como dice QUINTERO, «el concepto de culpabilidad está sometido a la más intensa crítica doctrinal» (11). Por esta razón, es necesario partir de una delimitación histórica del problema, que marque los hitos más significativos de la evolución del concepto de la culpabilidad, puesto que sólo desde una perspectiva histórica puede apreciarse y entenderse la polémica actualmente planteada en torno a dicho concepto.

Pues bien, como ha señalado QUINTERO, la culpabilidad como característica del delito es de implantación relativamente tardía. La distinción «antijuridicidad-culpabilidad» se debe a VON LISZT y BELING, como consecuencia de la construcción de una teoría del delito que partía de la división del mismo en dos partes: Una parte externa, que se identificó con el objeto de la antijuridicidad, y una parte interna, que se atribuyó a la culpabilidad (12). Por eso, como dice RODRÍGUEZ DEVESA, «los escritores se limitaban a sostener que además de la causalidad material, era preciso que hubiera una causalidad moral, una conexión psíquica entre el autor y el acto ejecutado» (13). De acuerdo con esta concepción, el delito aparecía, en palabras de MIR PUIG, «como el resultado de una doble vinculación causal: la relación de causalidad material, que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica, en que consiste la culpabilidad» (14). Conexión psíquica consistente en comprender lo que se hacía y querer hacer aquello que se representaba.

Esta primera doctrina penal sobre la culpabilidad, que posteriormente fue denominada «concepción psicológica», fue mantenida hasta bien entrado el siglo XX. Así, CUELLO CALÓN decía en 1929 que «para que un individuo sea declarado responsable y culpable... son condiciones precisas: a) Que sea su causa física...; b) que sea su causa moral, que haya comprendido y querido el acto, es decir, que lo haya ejecutado con intervención de su inteligencia y de su voluntad» (15).

(10) MIR PUIG, SANTIAGO. *Op. cit.*, pág. 576.

(11) QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho penal, cit.*, pág. 68.

(12) Vid. QUINTERO OLIVARES, *op. cit.*, pág. 366; y MIR PUIG, SANTIAGO, *op. cit.*, pág. 578.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Derecho Penal español; parte general*, 9ª edición, 1985. Ed. Dykinson. pág. 437.

(14) MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 579.

(15) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA. *Op. cit.*, pág. 437.

La concepción psicológica, como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ DEVESA, «respondía perfectamente a la colocación de la voluntad en el centro de la culpabilidad, y particularmente de la culpabilidad dolosa, pues la culpa se incorpora a las especies de la culpabilidad en una etapa relativamente tardía, e incluso... se piensa hasta entrado el siglo XIX que es una segunda fuente de imputación distinta del delito» (16). Pero pronto se advirtió que, como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «un nexo psicológico entre el querer del agente y la realización típica solamente existe, en puridad, como ya reconociera RADBRUCH, en el caso del dolo. Pero aun cuando ese nexo psicológico fuera entendido en un sentido muy laxo, habría que admitir que falta en absoluto en la hipótesis de la culpa inconsciente. Las tentativas encaminadas a hallar una relación psicológica entre el hecho y la conciencia del autor en los casos de culpa inconsciente han conducido, como no podía menos de suceder, al fracaso, pues ninguna conexión cabe establecer entre conciencia y hecho cuando éste no ha sido siquiera objeto de representación y ha permanecido, en todo momento, ajeno a la psique del autor» (17).

Del mismo modo, la concepción psicológica resultó inservible a la hora de explicar «por qué en supuestos dolosos, en los que, por tanto, se encuentra presente la citada relación psicológica, puede no obstante descartarse la culpabilidad si concurren ciertas circunstancias que no cabe entender como casos de desconexión psicológica que, por ello, impliquen la ausencia del dolo. Así, por ejemplo, cuando el sujeto, queriendo hacerlo, realiza un hecho típico y antijurídico movido por un miedo insuperable: considerado éste como una causa de exculpación, sin embargo aparece claro que no supone la falta de dolo» (18).

Ante la inviabilidad de la concepción psicológica, surgió lo que se ha llamado la concepción normativa de la culpabilidad. Como dice SAINZ CANTERO, «como su fundador, se suele señalar a FRANK, aunque en puridad de conceptos no puede decirse que lo sea, ya que no se trata de un descubrimiento que se produzca de una sola vez, sino de una serie de exposiciones y aclaraciones de índole material y sistemática. Lo que sí puede decirse es que FRANK es el primero que da a esta dirección carácter real» (19).

La concepción psicológica entendía que el dolo y la culpa eran la culpabilidad misma en una u otra de sus posibles especies o clases. El dolo y la cul-

(16) RODRÍGUEZ DEVESA. *Op.cit.*, pág. 437.

(17) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 409.

(18) OCTAVIO DE TOLEDO, EMILIO y HUERTA TOCILDO, SUSANA. *Derecho penal: parte general*. 2ª edición, 1986, pág. 282.

(19) SAINZ CANTERO, JOSÉ A. *Lecciones de Derecho penal: parte general*, 3ª edición, 1990. Bosch Casa Editorial, pág. 622.

pa constituían de este modo el contenido completo de la culpabilidad. El mérito de FRANK fue precisamente, como señala SAINZ CANTERO, advertir que la culpabilidad no se agota con la sola relación psicológica entre sujeto y resultado, sino que es preciso extender el concepto de culpabilidad para que comprenda la imputabilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, dada la importancia que tales circunstancias revisten. Así, «la culpabilidad del cajero de una empresa que, estando bien remunerado, se apropia del dinero que tiene bajo su custodia para llevar una vida de lujo y excesos, no puede ser la misma que la del modesto cartero que, escasamente remunerado y agobiado por acuciantes necesidades familiares, realiza la misma acción para atender a éstas» (20). La doctrina posterior profundizó en lo que FRANK había esbozado, configurándose de esta manera lo que, como dijimos, se ha denominado «concepción normativa de la culpabilidad».

Con arreglo al nuevo planteamiento, la culpabilidad viene a ser un juicio de valor por el que se reprocha al autor del hecho típico y antijurídico no haberse comportado conforme al Derecho cuando podía haberlo hecho, o lo que es lo mismo, haberse comportado contra el Ordenamiento jurídico cuando podía exigírsele que hubiera actuado conforme a él. Esta concepción permitió explicar satisfactoriamente por qué «subsiste el dolo, pero no cabe apreciar culpabilidad cuando concurre alguna causa de exculpación: por ejemplo, el miedo insuperable. Las causas de exclusión de la culpabilidad pasan a concebirse como supuestos en los que, dadas las circunstancias, no era exigible al sujeto otro comportamiento que el observado» (21). Y también permitió explicar la concepción normativa la existencia de culpabilidad en los supuestos de culpa inconsciente, permitiendo reprochar tales conductas a su autor «pese a que en tal supuesto no exista la indicada relación psicológica, porque ha infringido el deber de cuidado jurídicamente impuesto» (22) cuando podía exigírsele haber actuado conforme a la norma, con independencia de lo que efectivamente supo y quiso.

Como dice MIR PUIG, la caracterización de la culpabilidad como un juicio de reproche no significó que el dolo y la culpa dejaran de considerarse dentro de la culpabilidad, sino sólo que dejaran de verse como la culpabilidad (como sus especies), para pasar a constituir elementos necesarios pero no suficientes de la culpabilidad (23). Tras las aportaciones de GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL y MEZGER quedó definida una concepción normativa propia

(20) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 622.

(21) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 283.

(22) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 284.

(23) MIR PUIG. *Op. cit.*, págs. 581-582.

del llamado «concepto neoclásico del delito», de acuerdo con la cual, la culpabilidad requería:

1) La imputabilidad, como capacidad de culpabilidad, es decir, como presupuesto de una voluntad defectuosa reprochable.

2) El dolo o la culpa como voluntad defectuosa. El conocimiento propio del dolo, o su posibilidad en la imprudencia, para ser defectuosos han de referirse tanto a los hechos como a su significación antijurídica.

3) Ausencia de causas de exculpación (como el estado de necesidad exculpante) cuya presencia impediría la reprochabilidad de la voluntad defectuosa por inexigibilidad de adoptar una decisión conforme a Derecho (24).

La teoría finalista dio un paso más. Como dice SAINZ CANTERO, «al llevar el dolo al tipo del injusto y sacar también la culpa de la teoría de la culpabilidad, despojan a ésta de todo elemento psicológico, dejándola reducida a un juicio de valoración sobre el proceso de motivación (puro juicio de reproche). Todos ellos son elementos valorativos. La imputabilidad contiene el juicio sobre la capacidad general de motivación del autor; de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad se deduce que el sujeto, en el caso concreto, estaba en condiciones de conocer la antisocialidad de su acción; la exigibilidad de conducta legal valora el poder actuar del sujeto en relación con el deber. Cada uno de estos elementos contiene, pues, un juicio de desaprobación de diferente clase y en su conjunto denuncian una no correspondencia de la conducta del sujeto con las exigencias del Derecho, comportamiento que ha podido y debido evitar, por lo que le puede ser reprochada la conducta que ha realizado» (25).

Ahora bien, como señala QUINTERO, el hecho de que el dolo y la culpa pasen en esta «concepción normativa pura» a constituir elementos del injusto, no implica que el dolo y la culpa dejen de tener relevancia para la culpabilidad. «Así, para el acto doloso, se invocarán la conciencia de la antijuridicidad y la posibilidad de comportarse con arreglo a las exigencias jurídicas captadas por ese conocimiento; y, en cambio, para el actuar culposo se planteará la posibilidad potencial de conocer la norma de cuidado y el cuidado personalmente exigible al autor. En consecuencia, las bases del juicio de culpabilidad difieren entre el acto doloso y el culposo, con lo que resulta que, si bien el dolo y la culpa no son simples formas de la culpabilidad sino partes del injusto, la culpabilidad se produce de manera diversa para el dolo y para la culpa respectivamente» (26).

(24) MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 582.

(25) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 626.

(26) QUINTERO OLIVARES. *Op. cit.*, págs. 367-368.

La concepción normativa, progresivamente delimitada a través de la evolución histórica expuesta, ha devenido, como dice SAINZ CANTERO, «doctrina dominante», siendo aceptada tanto por causalistas como por finalistas. Sin embargo, desde hace unos años, «el concepto normativo de culpabilidad y la estimación de ésta como elemento del delito ha sido criticado por un sector, todavía minoritario, de la doctrina» (27).

Ahora bien, siguiendo a TORIO, es necesario precisar que «el debate versa hoy ante todo acerca del fundamento de la culpabilidad, es decir, sobre si la imputación subjetiva se basa en el poder obrar de otro modo, o en el carácter del autor, etc. No se discuten pues los elementos sino la *ratio essendi* de la culpabilidad» (28).

Hay que recordar que el fundamento de la concepción normativa de la culpabilidad descansa, como dice RODRÍGUEZ DEVESA, «en la idea de la libertad humana. Un sujeto es considerado culpable cuando se piensa que podía haber actuado de otra manera a como lo hizo, que pudo haber conformado su conducta a las exigencias del Derecho, ajustarla al deber jurídico de proceder de otro modo. Es más, sin la idea de la libertad resulta imposible construir el concepto mismo del delito, puesto que donde no hay libertad falta no ya la culpabilidad sino la acción: si el hombre está sometido de modo inexorable a férreas leyes físico-naturales, desaparece toda posibilidad de diferenciar el comportamiento humano de cualquier acontecimiento del mundo inanimado. El Derecho penal está edificado sobre la base de que el hombre es un ser libre» (29).

Pues bien, un sector doctrinal critica la culpabilidad como elemento del delito precisamente en este fundamento, afirmando que el libre albedrío no existe, o al menos es indemostrable. Como ha señalado GIMBERNAT, de nuevo estamos asistiendo a «la venerable polémica —enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)— entre la dirección moderna o positivista y la clásica, entre partidarios del libre albedrío y del determinismo, entre los que cultivan la dogmática jurídico-penal y los que quisieran ver el Derecho penal desplazado por la criminología» (30). La polémica entre deterministas e indeterministas, que tanta relevancia adquirió el siglo pasado con el enfrentamiento doctrinal entre la escuela clásica y la po-

(27) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 627.

(28) TORIO LÓPEZ. *Op. cit.*, pág. 291.

(29) RODRÍGUEZ DEVESA. *Op. cit.*, págs. 433-434.

(30) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUÉ. «¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?», en su obra *Estudios de Derecho penal*. 1ª edición, 1976. Ed. Civitas, pág. 59.

sitivista, ha vuelto a plantearse de nuevo, si bien con una peculiaridad: como dice LIBORIO L. HIERRO, «la interferencia activa de científicos ajenos al mundo jurídico, principalmente psiquiatras, psicólogos y sociólogos», a quienes los penalistas acuden para apoyar sus tesis (31).

De este modo, GIMBERNAT afirma que pretender fundar el Derecho penal en el «indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano». MIR PUIG sostiene igualmente que «resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa», por lo cual «no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo». Por su parte, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO dicen que «el psicoanálisis, los modernos estudios de psicología profunda y de sociología de la conducta desviada han llevado a poner más que razonablemente en duda la existencia de esa libertad de voluntad», de manera que «lo evidente de la indemostrabilidad de la existencia del libre albedrío convierte a esta idea en inutilizable de cara a una construcción, que se reclama científica, de la teoría jurídica del delito». Lo cierto es que existe un número minoritario pero importante de autores que se mueven en esta línea (32).

Todos estos autores tienen un mismo punto de partida, la crítica al fundamento de la culpabilidad basado en la libertad del ser humano para optar entre lo bueno y lo malo, entre lo justo y lo injusto, entre la conducta conforme a Derecho y la conducta contraria a Derecho. Partiendo pues de que esa libertad no existe, o al menos es científicamente indemostrable, las soluciones que los autores proporcionan son fundamentalmente dos: un sector doctrinal propugna la supresión de la culpabilidad como elemento del delito, sustituyendo el principio de culpabilidad por el principio de necesidad de pena, otro sector no quiere prescindir de la culpabilidad, sino que trata de dar a este elemento del delito una explicación distinta, que pretende ser más «científica». En estas ideas vamos a profundizar a continuación.

Así pues, existe una tendencia doctrinal que busca prescindir por completo del concepto de culpabilidad en su doble dimensión, como fundamento y medida de la pena, y propugna sustituir dicho elemento del delito por el criterio de la «necesidad» de la pena. Sin duda, el más caracterizado representante de esta postura es GIMBERNAT, cuya obra ha influido significativamente en otros autores españoles como MIR PUIG, OCTAVIO DE TOLEDO y

(31) HIERRO, LIBORIO L. «Libertad y responsabilidad penal», *ADPCP*, mayo-agosto de 1989, pág. 564.

(32) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 62; MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 584; OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, págs. 287-290.

HUERTA TOCILDO, QUINTERO, MUÑOZ CONDE, etc., aunque con variable intensidad para cada tratadista. Como se decía anteriormente, el mismo GIMBERNAT confiesa situarse en la vieja polémica entre deterministas e indeterministas, si bien con el novedoso añadido de la consideración de las aportaciones de la psicología y el psicoanálisis. Es significativo que en su obra se hagan constantes alusiones a las tesis de FREUD.

Parte GIMBERNAT del rechazo del fundamento de la culpabilidad antes expuesto: el «libre albedrío» o la libertad de voluntad, entendiendo que las «ciencias empíricas» más bien parecen indicar lo contrario, es decir, que el libre albedrío no existe, o por lo menos que es científicamente indemostrable. Rechazado pues el principio de culpabilidad, lo que pretende es demostrar que es falsa la idea de que «la crisis de la idea de la culpabilidad trae consigo la de la pena: y sin pena no puede haber Derecho penal, y sin éste tampoco una ciencia del Derecho penal en sentido tradicional» (33). Al contrario, «no es sólo que el psicoanálisis no priva al Derecho penal de sus bases: es que sucede todo lo contrario: lo que el psicoanálisis precisamente suministra es una justificación y explicación del Derecho Penal» (34).

La función de la pena es explicada por GIMBERNAT de este modo: «La pena ya no está ahí para retribuir una culpabilidad inexistente o por lo menos indemostrable en el caso concreto. De la misma manera que el padre castiga al niño pequeño —evidentemente inculpable— cuando se comporta mal, a fin de, mediante la privación de cariño, forzarle a reprimir aquellos impulsos cuya satisfacción perjudican al niño o a los demás, así también la sociedad, aunque no puede constatar si el comportamiento prohibido tiene origen en una libre decisión de voluntad, tiene que acudir a la pena: para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir en fin a tales prohibiciones —con la amenaza y con la ejecución de las penas cuando no sean respetadas— un especial vigor que eleve en la instancia de la conciencia su efecto inhibitor» (35).

La eficacia de la pena se explica de acuerdo con los esquemas del psicoanálisis: «el super-yo del niño se forma reaccionando con la privación de cariño (con el castigo) ante el comportamiento prohibido y con el otorgamiento de cariño ante el comportamiento deseado... así también la sociedad tiene que acudir a la amenaza con una pena para conseguir —creando miedos reales que

(33) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 59.

(34) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 64.

(35) GIMBERNAT. *Op. cit.*, págs. 66-67.

luego son introyectados de generación mediante el proceso educativo— que se respeten en lo posible las normas elementales e imprescindibles de la convivencia humana» (36).

Explicada la pena de este modo, y concebido el Derecho penal de esta manera, entiende GIMBERNAT que «la pena no es ya algo irracional, sino racional, es más razonable» (37), puesto que deja de ser retribución por el mal libremente causado para pasar a concebirse como «una amarga necesidad dentro de la comunidad de seres imperfectos que los hombres son» (38), ya que aunque no sabemos qué es lo que ha llevado a una persona a delinquir, también sabemos que una sociedad que prescindiese de la pena «tendría sus días contados» (39).

Sentadas estas bases, lo que GIMBERNAT pretende es demostrar que las consecuencias que la doctrina generalmente extrae de la aceptación del principio de culpabilidad pueden seguir sosteniéndose, aun negando este principio, de acuerdo con el criterio rector de «la necesidad de pena». Así, justifica la exclusión de la «responsabilidad por el resultado» por ser ésta una responsabilidad innecesaria, ya que siendo estos casos de responsabilidad objetiva por el resultado supuestos en que el resultado producido era imprevisible, por mucho que se impongan penas en estos casos, tales resultados seguirán ocurriendo: «Si alguien mata a otra persona casualmente, esto es, con ocasión de una conducta de la que es imprevisible que derive una muerte, ¿qué controles podría crear o reforzar la pena si ese hecho se declarase delictivo? Pues no se podría pensar en serio que la sociedad esté interesada, por ejemplo, en impedir que los pilotos, al levantar el vuelo, replieguen el tren de aterrizaje, a pesar de que alguna vez ha sucedido que con esa acción se ha causado imprevisiblemente la muerte de un polizón» (40).

La mayor punición de los delitos dolosos por comparación con los culposos se basa en que «en el delito doloso el sujeto persigue directamente el resultado, sabe cuándo realiza el tipo y por consiguiente la pena, al reforzar la prohibición de matar, condiciona directamente la inhibición del impulso de matar» (41). En cambio, en los delitos culposos no ocurre así: «Podemos aumentar la pena del homicidio imprudente lo que queramos: con ello conseguiríamos reducir el número de muertes culposas, pues todo sujeto que se com-

(36) GIMBERNAT. *Op. cit.*, págs. 64-65.

(37) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 67.

(38) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 68.

(39) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 69.

(40) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 74.

(41) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 75.

porta peligrosamente piensa que la prohibición de la causación imprudente no va con él, que de su comportamiento negligente no va a derivarse un delito de lesión» (42).

En cuanto a la exclusión de la pena para los inimputables, señala GIMBERNAT que el hecho de que «su comportamiento delictivo quede impune no disminuye nada el carácter inhibitorio general de las prohibiciones penales», puesto que «el sujeto normal... sabe, pues, que la impunidad de aquellos no afecta a la suya», porque «sabe que pertenece a otro grupo y que a él sí se le va a castigar si realiza un tipo penal» (43).

Otro grupo de autores, sin proponer la supresión de la culpabilidad, pretenden darle un fundamento y un contenido distinto. Quizá el que más se acerca a las tesis de GIMBERNAT es MIR PUIG. Este autor tiene idéntico punto de partida que el de GIMBERNAT: la negación del libre albedrío sobre la base de la imposibilidad de su demostración científica. La distinción entre los culpables y los inculpables viene dada por lo siguiente: «El inculpable es un sujeto no motivable mediante normas», o mejor, «quien actúa sin culpabilidad no deja de ser totalmente motivable por la norma, pero esto no supone que su decisión sea el producto de un proceso de motivación normal. En el inculpable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto a priori para ser influenciado por la llamada normativa. Por una parte, ni los oligofrénicos ni los menores pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la conminación penal, ni los enfermos mentales pueden siempre captarla sin deformar su significado cuantitativo o cualitativo. Por otra parte, la culpabilidad puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del hecho en unas condiciones psíquicas que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquella, sea por razones personales (enfermedad mental) o situaciones (causas de no exigibilidad) o por la posible concurrencia de ambas (trastorno mental transitorio). Todo ello redundaría en una inferior capacidad del inculpable para cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente» (44).

MUÑOZ CONDE se manifiesta en el mismo sentido: «El concepto tradicional de culpabilidad es científicamente insostenible porque se basa fundamentalmente en un argumento que es racionalmente indemostrable: la ca-

(42) GIMBERNAT. *Op. cit.*, pág. 76.

(43) GIMBERNAT. *Op. cit.*, págs. 77-78.

(44) MIR PUIG. *Op. cit.*, págs. 588-589.

pacidad de actuar de un modo distinto a como realmente se hizo» (45). Ahora bien, «rechazar el concepto tradicional de culpabilidad no supone tener que renunciar a este concepto como categoría jurídico penal, sino la necesidad de buscarle un fundamento más convincente» (46). Ese fundamento lo encuentra MUÑOZ CONDE en lo que la sociología moderna conoce con el nombre de expectativas: «Cualquiera puede esperar de mí que me comporte de acuerdo con una norma, y lo mismo puedo yo esperar de los demás...» «También la norma penal constituye un sistema de expectativas: Se espera que no se realice la conducta por ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione contra ella con una pena» (47). De esta manera, «el fundamento material del principio de culpabilidad está por tanto en íntima relación con la función de motivación de la norma penal» (48), pero «la norma penal debe motivar al individuo, es decir, debe incidir sobre el individuo que en el caso concreto actúa conforme o en contra del mandato normativo», por lo que «mal se puede reprochar... a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales» (49). Por ello, «hablar de culpabilidad allí donde la norma penal no motiva al individuo es tan absurdo como hablar de democracia allí donde ésta no existe» (50).

QUINTERO OLIVARES y FERMÍN MORALES, después de reconocer que actualmente se puede considerar como dominante la concepción «puramente normativa», y hacerse eco de la crisis de la culpabilidad a la que se está haciendo referencia, proponen un planteamiento que ellos mismos reconocen utópico, que partiendo de la erradicación del binomio reproche-responsabilidad del ámbito penal, fije sus objetivos «en la reducción de las necesidades y miedos sociales que desembocan en postulados culpabilistas, el Derecho penal; debería apartarse de aquellas fórmulas teóricas que asignan a las normas funciones de constitución y estabilización de fidelidades a la sociedad (HAFFKE); de esta manera, el delito y las consecuencias legales que comporta, perderían el poder de fascinación subyacente ejercido en la sociedad actual» (51).

(45) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. «El principio de culpabilidad», en las *III jornadas de profesores de Derecho penal*. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago, 1976, pág. 223.

(46) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 225.

(47) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 226.

(48) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, págs. 229-230.

(49) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 231.

(50) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 240.

(51) QUINTERO OLIVARES. *Op. cit.*, pág. 375.

En fin, OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO presentan razonamientos similares a los ya expuestos: «El rechazo de la tradicional teoría normativa de la culpabilidad en razón a la indemostrabilidad científica de sus puntos de partida, obliga a buscar otros fundamentos para la atribución jurídica del hecho típico y antijurídico a su autor, y paralelamente, para negar dicha atribución» (52). Y ese fundamento lo encuentran también en la función motivadora de la norma penal, que «a través de amenazar con un castigo (pena) la realización de un cierto comportamiento (descrito en el tipo) intenta motivar a los individuos para que no lleven a cabo tal comportamiento» (53), si bien hay que tener en cuenta que no se trata de una motivación en contra del delito, sino en contra de la realización del delito.

El análisis de las opiniones suscritas por los penalistas cuya obra se ha estudiado pone de manifiesto claramente que estamos nuevamente sumergidos en la inacabable polémica «determinismo-indeterminismo». GIMBERNAT —lo vimos antes— lo reconoce expresamente, y en el mismo sentido se pronuncia SAINZ CANTERO: «La polémica... no es en su fondo, más que un nuevo surgir del enfrentamiento, que aparece como una constante en la historia del pensamiento penal, entre los partidarios del libre albedrío y los deterministas» (54). Estamos, ciertamente, ante una cuestión para la que no parecen existir soluciones concluyentes. Recientemente ha señalado SCHÜNEMANN que la polémica «entre determinismo e indeterminismo se remonta hasta Demócrito y Platón, Aristóteles y Epicuro, y desde entonces no ha sido omitida por ningún gran filósofo» (55), y dadas las cosas no hay que esperar una pronta clarificación, definitiva e incontestable para este tema. Con todo, como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «por ardua que parezca, la problemática del libre albedrío no puede dejarse de lado» (56). Hay autores que no lo entienden así; por ejemplo, CUELLO CALÓN, para quien «este problema del libre arbitrio y del determinismo está fuera del campo del Derecho penal» (57). Pero, por las razones que más adelante se verán, es más correcto entender, siguiendo a LIBORIO L. HIERRO, que esta es una cuestión relevante, «tan relevante que tomar una u otra posición podría conducir

(52) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 289.

(53) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 295.

(54) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, págs. 633-634.

(55) SCHÜNEMANN, BERND. *Derecho y libertad de voluntad*. Seminario de Derecho penal del Colegio Universitario San Pablo (CEU), 8 de abril de 1991 (no publicada).

(56) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 397.

(57) CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho penal*. Bosch, casa editorial. Decimoctava edición, puesta al día por CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ. 1980. pág. 430.

a resultados sociales (no sólo teóricos ni principalmente teóricos) tan distintos que probablemente harían recapacitar a los propios penalistas» (58).

Recordando lo ya visto, hemos comprobado que las críticas a la culpabilidad se basan en su indemostrabilidad científica, por estar basada en un dato indemostrable cual es el libre albedrío. Ciertamente, como dice CARBONELL MATEU «lo único demostrable del libre albedrío es su indemostrabilidad», y por ello se quiere construir un Derecho penal basado en la motivación normativa sobre la base del principio de necesidad de pena, un Derecho penal «científico» (59).

Ahora bien, en este punto hay que hacer una primera puntualización: si decimos que lo único demostrable del libre albedrío es su indemostrabilidad, nos estamos situando en un concreto paradigma de ciencia, el «causal-explicativo», que es el que los autores «prevencionistas» (deterministas) utilizan o al que dichos autores se refieren cuando discurren sobre la indemostrabilidad de la libertad de voluntad. Y en esta primera puntualización hay que dejar sentado que las relaciones humanas no pueden reconducirse a ese esquema causal-explicativo, propio de las ciencias de la naturaleza, que aspira a formular leyes naturales que rigen todos los fenómenos en relación de causa a efecto. Y ello porque, como acertadamente ha señalado GARCÍA-PABLOS, «ese esquema causal explicativo se halla desacreditado, especialmente cuando el objeto sobre el que versa es el hombre o la realidad social. Quebra entonces el concepto de causa científico-natural y las propias pretensiones de las disciplinas del «ser» convencionales. Y nace un nuevo modelo o paradigma de ciencia más acorde con la realidad de su objeto, que sustituye la certeza (ciencias «exactas», ciencias del «dato») por la probabilidad; la verificación positiva, empírica, por la «no refutación»; la explicación de un fenómeno, por su comprensión» (60). Ya hace años dijo, en el mismo sentido, ANTÓN ONECA que la hipótesis determinista «es un resultado de la tendencia, tantas veces achacada al positivismo, de aplicar a los hechos humanos las leyes de la naturaleza, sin advertir cuánto aquellos fenómenos tienen de específico», para añadir a continuación que «la física moderna ya no admite el determinismo en su explicación de la naturaleza con la misma generalidad que la física clásica» (61).

(58) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 561.

(59) CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS; GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS y MENGUAL I LULL, JOAN B. *Enfermedad mental y delito (aspectos psiquiátricos, penales y procesales)*. Ed. Civitas, pág. 24.

(60) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO. *Manual de criminología (introducción y teorías de la criminalidad)*. Ed. Espasa-Calpe, 1988, págs. 47-48.

(61) ANTÓN ONECA, JOSÉ. *Derecho penal; parte general*. Madrid, 1949, pág. 193.

La consecuencia de esta primera puntualización es que la pretendida «indemostrabilidad» del libre arbitrio se fundamenta en la errónea utilización de un esquema científico inapropiado para referirse a la persona humana, toda vez que «el hombre trasciende a las circunstancias que le determinan y escapa a los estrechos esquemas reactivos, causales, de fuerza. En definitiva, porque no es mero objeto, sino sujeto, y como tal debe ser contemplado» (62).

Otra objeción que se puede formular a los que critican la culpabilidad basada en el libre arbitrio es que aun concediendo que efectivamente el libre albedrío sea indemostrable, el determinismo es igualmente indemostrable. Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN afirman: «cierto que esta libre capacidad de autodeterminación es indemostrable, tanto en general como en el caso concreto. Pero indemostrable no significa irracional. También el determinismo es indemostrable y, como hipótesis, resulta bastante menos plausible que el indeterminismo» (63).

Por su parte, MERCEDES GARCÍA ARÁN sostiene que «esa indemostrabilidad (la de la libertad de voluntad) es hoy considerada similar a la de otros datos con los que igualmente cuenta la teoría del delito, y desde luego, entendida desde una perspectiva «científica» puede predicarse igualmente de conceptos como la capacidad de motivación sobre la que se apoya gran parte de la doctrina moderna para explicar la culpabilidad» (64). En fin, LIBORIO L. HIERRO dice: «Si el psicoanálisis nos hace dudar del libre albedrío, la antropología, la historia y la sociología deberían hacernos dudar con mayor fundamento de la libertad, de la igualdad o de la interdicción de crueldad entre los hombres, es decir, de la dignidad humana» (65). En conclusión, la hipótesis «prevencionista» está afectada en su base por el mismo defecto del que pretende liberarse, ya que se edifica sobre un dato igualmente indemostrable.

Aquí hay que hacer una alusión a los datos «científicos» sobre los que los «prevencionistas» se apoyan. Si leemos atentamente sus escritos podremos observar que se hacen constantes alusiones al psicoanálisis, como ciencia que permite entender el delito del modo adecuado. Pues bien, volvemos nuevamente a lo mismo. El psicoanálisis presenta los mismos problemas que aquellos de los que los prevencionistas quieren escapar. GARCÍA-PABLOS escribe: «Freud manejaba indistintamente proposiciones que pertenecen a niveles

(62) GARCÍA-PABLOS. *Op. cit.*, pág. 48.

(63) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, págs. 398-399.

(64) GARCÍA ARÁN, MERCEDES. «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, tomo XXI, fascículo I, enero-abril 1988, pág. 86.

(65) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 567.

epistemológicos distintos: empírico, teórico, metateórico, etc., pasando de unos a otros sin cuestionar la licitud de tales malabarismos. Pero no sólo equiparaba el plano empírico y el teórico, confiriendo implícitamente igual validez a los hechos observados que a la interpretación de los mismos: Freud añadió afirmaciones metacientíficas no susceptibles de refutación ni de confirmación... el complejo de culpa, de origen edípico, como hipótesis psicoanalítica preferida para explicar el crimen, tampoco parece convincente. Es una generalización desmedida, porque no todo criminal lo sufre. Por el contrario, cabe mantener que la mayoría de los delincuentes tratan de eludir el castigo en lugar de buscar éste por supuestas tendencias autopunitivas. La antropología cultural, por otra parte, ha desmentido la pretendida universalidad del complejo de Edipo, del que se ha dicho gráficamente que «navega por la literatura como el buque fastasma por los mares: todo el mundo habla de él, algunos creen en él, pero nadie lo ha visto» (66). En el mismo sentido, LÓPEZ-REY ha dicho que «sin duda, la teoría freudiana del id, ego y superego, de los instintos, neurosis y sentimientos de culpabilidad son útiles en ciertos aspectos y decisivas en otros, pero como explicaciones generales no sirven. La razón de la negativa no es sólo metodológica, sino que, sociobiológicamente considerada, la construcción psicoanalítica carece de cimientos suficientes. En otras palabras, es en gran medida un conjunto de especulaciones que, aunque en parte empíricamente demostrables, carecen de rigor científico» (67).

Parecidas consideraciones pueden hacerse de otras teorías como el determinismo psicológico, fisiológico y biológico-social, porque tampoco estas teorías tienen una mayor base científica, y fracasan por no tener en cuenta que, como ha dicho SCHÜNEMANN, desde el momento que «en la conciencia tienen lugar operaciones lógicas ya no es posible una explicación causal del suceso». Hay que insistir en que en el estado actual de la ciencia, tras la aportación de personalidades tan relevantes como MAX PLANCK, SCHRÖDINGER o HEISENBERG, hay que partir de un indeterminismo original en el ámbito de la microfísica. Por ello, concluye SCHÜNEMANN, «en la actualidad no sólo estamos lejos de una estricta explicación causal de los procesos de formación de la voluntad, sino que tampoco disponemos ni siquiera de conceptos teóricos inobjetables para la formulación de las leyes causales... De todos modos, no se puede discutir honestamente que las modernas ciencias naturales permiten un espacio para una imagen indeterminista del mundo».

(66) GARCÍA-PABLOS, *Op. cit.*, págs. 418-419.

(67) LÓPEZ REY, MANUEL, *Criminología*. Biblioteca jurídica Aguilar. 1ª edición, 1975, pág. 122.

Y esto nos permite llegar a una conclusión: la dogmática jurídico-penal no es menos científica por el hecho de analizar un Derecho penal basado en la culpabilidad, ni es más científica por el hecho de analizar un Derecho penal basado en la «necesidad de pena». Así lo expresa LIBORIO L. HIERRO: «Del mismo modo que un tratado antropológico no es menos científico porque sistematice y explique el sistema de relaciones en una sociedad primitiva y más científico si --hipotéticamente-- nos explicara la composición y funcionamiento de “Walden II” o del “Mundo feliz”, lo mismo ocurre en la Ciencia jurídica.» Y esto último, junto con lo anteriormente expuesto, nos permite llegar a la conclusión de que afirmar el principio de culpabilidad «no constituye ninguna base irracional para el Derecho penal ni para la ciencia del Derecho penal. Para el Derecho penal constituye una base valorativa, no necesariamente irracional. Para la Ciencia del Derecho penal es absolutamente indiferente». Ciertamente, «el problema de la culpabilidad donde tiene realmente su sede es en la relación del Derecho penal con los valores» (68) y no en pretendidas exigencias científicas.

En este sentido, dice MERCEDES GARCÍA ARÁN que «a los ciudadanos les son exigibles determinados comportamientos bajo la amenaza de una pena. Imponerla porque son libres de elegir o porque deben dejarse motivar por normas dirigidas a la prevención, se diferencia en el contenido ideológico de la justificación del castigo, pero en ambos casos supone aceptar que son exigibles conductas adecuadas al Derecho y que éste debe ejecutarse cuando se llevan a cabo otras distintas» (69).

En fin, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN entienden que «quienes tratan de fundamentar el Derecho penal eludiendo el problema de la libertad de voluntad no alcanzan, de ningún modo, su objetivo. No por dejar de presuponer la libertad de voluntad se logra un Derecho penal libre de presupuestos... El problema no es, pues, la elaboración de un Derecho penal libre de presupuestos ontológicos, sino la elección de aquellos presupuestos de los que deriven consecuencias menos insatisfactorias» (70).

Así las cosas, hay que afirmar que un Derecho penal basado en la culpabilidad fundamentada en el libre albedrío presenta menos inconvenientes que un Derecho penal basado en la prevención general. Antes veíamos que las críticas al principio de culpabilidad tomaban dos grandes direcciones: la de quienes negaban el principio, queriendo sustituirlo por otro; el de la ne-

(68) HIERRO. *Op. cit.*, págs. 566-567.

(69) GARCÍA ARÁN, MERCEDES. *Op. cit.*, págs. 91-92.

(70) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 399.

cesidad de pena; y la de quienes buscaban una nueva definición del mismo. Pues bien, ambos planteamientos presentan numerosos problemas, además de su base inconsistente —ya examinada—, que se verán a continuación.

En primer lugar, comenzando por los planteamientos de GIMBERNAT, hay que decir, ante todo, siguiendo a OCTAVIO DE TOLEDO, que «esta construcción requiere la averiguación de cuándo la pena es o no necesaria a los fines preventivos, lo que, dados los escasos conocimientos empíricos relativos a la prevención (Córdoba), puede resultar tanto o más inverificable que la posibilidad de actuar «de otro modo» a que se refiere la concepción normativa de la culpabilidad» (71).

Por otra parte, entiende CEREZO que «si se abandona el principio de culpabilidad, en el sentido de que ésta constituya el fundamento y el límite de la pena, no es posible mantener al mismo tiempo todas sus consecuencias» (72). Así:

— Desde el punto de vista de la prevención general puede justificarse la existencia de delitos cualificados por el resultado, puesto que la pena en estos casos puede resultar eficaz no sólo respecto del autor sino respecto de terceros. Vgr., en el aborto con resultado de muerte del párrafo último del artículo 411 CP, la imposición de la pena cualificada por el resultado puede ser eficaz para hacer desistir de la idea de realizar prácticas abortivas.

— En cuanto a la relevancia del error de prohibición, es evidente que, como dice CEREZO, «la aplicación de una pena en los supuestos de error invencible de prohibición podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta» (73). Por otra parte, señala también CEREZO que «la misma distinción de error vencible e invencible presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente para obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba» (74).

— La distinción entre imputables e inimputables tampoco puede mantenerse de acuerdo con el principio de necesidad de pena. Si decimos que, desde la teoría de la «motivabilidad por la norma» hay imputables e inimputables, es porque los imputables son personas a las que la norma les motiva. Y si un inimputable realiza un hecho típico, la diferencia que hay con respecto al imputable es que el primero no podía motivarse pero el segundo sí. Pues bien, como dice CARBONELL MATEU, «cómo es posible que un sujeto cuyo

(71) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 294.

(72) CEREZO. *Op. cit.*, págs. 181 y ss.

(73) CEREZO. *Op. cit.*, pág. 183.

(74) CEREZO. *Op. cit.*, pág. 183.

libre albedrío se niega pueda motivarse es algo definitivamente mal explicado: si el agente pudo motivarse quiere decir que pudo no matar siendo así que lo hizo. Parece que estamos afirmando que el sujeto pudo optar, elegir, entre matar o no. En otras palabras: que pudiendo haber adaptado su conducta al Ordenamiento, no lo ha hecho: ha elegido matar. Pues bien, si pudo hacer algo distinto de lo que hizo —pues se afirma que pudo motivarse y no se motivó— quiere decir que era libre para elegir entre matar o no matar. Hemos regresado a la cuestión del libre albedrío» (75).

— El concepto de culpa presupone el reconocimiento de la posibilidad de actuar de acuerdo con el Ordenamiento jurídico, ya que al que actúa imprudentemente le castigamos porque, con independencia de lo que supo y quiso, pudo actuar de acuerdo con lo dispuesto en la norma, es decir, pudo ajustar a Derecho su conducta.

En tercer lugar, SCHÜNEMANN ha puesto de manifiesto como la prevención general amenazadora se anula a sí misma necesariamente en un contexto determinista, puesto que si el autor, como corresponde a la premisa determinista, no pudo actuar de otro modo a como lo hizo, la amenaza de la pena no sirvió para nada; y a la inversa, una amenaza penal adecuada frente a un sujeto motivable por ella, impide necesariamente en un contexto determinista la comisión del hecho, por lo que no habiendo delito no hay que plantearse la imposición de la pena.

En fin, el principal problema que plantea la hipótesis determinista es un problema mucho más profundo. Podemos concluir que nos es imposible decidir cuándo las personas actúan culpablemente o no, en el convencimiento de que la conducta humana está determinada por factores genéticos y sociológicos. Prescindiendo pues de todo sentimiento de culpabilidad y con el propósito de que la convivencia social no se haga imposible, podemos educar a las personas mediante un puro mecanismo de recompensa o castigo para guiar a las personas a hacer o no las cosas que convenga o no convenga que hagan, sin valoraciones morales que no nos sentimos capaces de hacer. LIBORIO L. HIERRO pone el ejemplo del padre de convicciones «científicas», convencido de la hipótesis determinista, que, incapaz de decidir cuándo sus hijos actúan culpablemente, y con la intención de que la vida familiar funcione, establece una serie de medidas mecánicas para disuadir a sus hijos de ciertas conductas, por ejemplo, un sofisticado sistema de descargas eléctricas ante los actos inadmisibles en la convivencia de la familia. Y concluye este autor que «si el método empleado es eficaz, sus hijos podrán llegar a tener un com-

(75) CARBONELL MATEU. *Op. cit.*, pág. 28.

portamiento perfecto, pero me temo que sus hijos nunca llegarían a tener conciencia moral; es decir, nunca llegarán a comportarse como hombres libres porque no fueron educados como hombres libres» (76). De ahí que HIERRO concluya que «si no se supone la libertad de voluntad la moralidad no surge. Por tanto, la cuestión no es una cuestión metafísica ni científica, es una elección que tenemos que hacer sobre la función social del Derecho penal... Si una infundada urgencia científico-positiva lleva a alguien a optar por la desmoralización del sistema penal, deberá asumir que ha prescindido de educar moralmente a los ciudadanos mediante el Derecho...».

Los deterministas no han pensado, o no lo han hecho suficientemente, en este aspecto de la cuestión. Así, LUZÓN afirma que cabe pensar en un futuro, hipotético, en el que habiendo desaparecido todos los condicionamientos materiales, sociales, culturales, etc., que favorecen el delito, y gozando todas las personas de un elevadísimo nivel de autocontrol y estabilidad emocional, capaz de anular los impulsos delictivos, ya no sea preciso acudir a la amenaza de la pena para reforzar los mecanismos inhibitorios de la población. En palabras de CARBONELL MATEU, «día llegará en que la sociedad estará domada, habrá asumido la obediencia como única razón de ser —no debemos olvidar que las normas no valoran, sólo mandan o prohíben— y sólo delinquirán los enfermos, los locos. El panorama se parece demasiado al «mundo feliz» de HUXLEY o, si se prefiere, al «Walden dos» de SYNNER con el que guardaría mayor afinidad teórica como para no considerar insuficientes los límites al poder punitivo estatal derivados de esta postura» (77).

Por lo que respecta a los penalistas que sin prescindir del principio de culpabilidad, tratan de darle un fundamento y un contenido distinto, tampoco sus planteamientos pueden aceptarse. Muchas de las consideraciones hechas anteriormente podrían ser perfectamente reproducidas ahora. Sobre todo que, como dice CARBONELL MATEU, si hay que diferenciar a la hora de aplicar la pena entre imputables e inimputables, y se quiere que la diferenciación tenga contenido, es inevitable partir de un presupuesto: los imputables se diferencian de los inimputables en que los primeros al sentir la función motivadora de la norma en contra de la realización del delito y captar la amenaza de la pena, pueden optar, elegir, escoger, por no delinquir, y si no lo hacen se les castiga. En los inimputables en cambio esa libertad de opción falta. Si nuestra conducta estuviera determinada, en el sentido de que hay factores biológicos y sociales que nos fuerzan a delinquir aunque no quisiéramos hacer-

(76) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 569.

(77) CARBONELL MATEU. *Op. cit.*, pág. 34.

lo, la distinción entre imputables e inimputables carecería de sentido. En este sentido es acertada la afirmación de CARBONELL: «Se hacen esfuerzos para explicar por qué no se pune a los inimputables, cuando lo verdaderamente importante es fundamentar el castigo de los imputables, lo que, de momento, sólo se consigue presuponiendo la libertad de voluntad» (78).

En el fondo, no estamos ante un criterio superador de la concepción normativa. Es significativo que GÓMEZ BENÍTEZ haya señalado que la «motivabilidad» sea un criterio «pretendidamente alternativo al de la culpabilidad», y que el cambio teórico del libre albedrío a la motivabilidad, desde lo «metafísico» a la «utilidad», aunque se ejerció por algunos sectores de la doctrina «con la pretensión de desterrar del Derecho penal su componente culpabilística, llevó generalmente no tanto a suprimir la culpabilidad de la teoría del delito, como a explicar su contenido de forma distinta, es decir, ni siquiera a cambiar el contenido de la culpabilidad —salvo excepciones doctrinales— sino a explicar de forma distinta el mismo contenido» (79). A título de ejemplo, podemos ver que OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, después de analizar toda la problemática de la culpabilidad y su crisis, concluyen diciendo que «conforme a todo lo expuesto, a la atribuibilidad pertenecen como elementos de la misma:

— La cognoscibilidad de la antijuridicidad.

— La imputabilidad, basada en la motivabilidad como aptitud psíquica de autogobierno del comportamiento por el temor a la pena.

— Y la no exigibilidad de comportamiento distinto, expresiva de la incidencia que sobre la motivabilidad de un individuo en principio motivable pueden tener ciertas situaciones (factores exógenos) y no factores endógenos (determinantes de la inimputabilidad o de la semiinimputabilidad)» (80). En el fondo, es la misma concepción normativa la que se enuncia, explicada quizá de otra manera, pero con idéntico contenido.

Hay que terminar señalando que en la generalidad de los autores «deterministas» existe una constante confusión entre el campo del conocimiento y el campo del ser. Es cierto que no sabemos si gozamos de libre albedrío, o mejor, es cierto que con arreglo a un modelo científico causal-explicativo el libre albedrío es indemostrable, pero es inadmisibles pasar de la afirmación «no sabemos si somos libres» a la afirmación «no somos libres». Tal vez la persona

(78) CARBONELL MATEU. *Op. cit.*, pág. 34.

(79) GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. *Lecciones de teoría jurídica del delito* (tomo II), 1ª edición, 1983. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, págs. 185-186.

(80) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 304.

humana goce efectivamente de libertad de voluntad —parece que es así—, quizá no seamos libres y nuestra conducta esté determinada —esto parece bastante más improbable— pero en todo caso el hecho de que no nos conste con total certeza que somos libres, el hecho de que se pueda dudar, no autoriza a dar un paso adelante y decir que la libertad no existe porque no es empíricamente demostrable. En última instancia, la afirmación «sólo existe lo que es demostrable» es, a su vez, indemostrable.

Visto pues que las posturas deterministas presentan obstáculos e inconvenientes importantes, hay que afirmar que la opción por un Derecho penal de culpabilidad basado en la libertad de voluntad se presenta como más racional. Como dice CARBONELL, «desde la libertad se explica, desde luego, mejor el Derecho penal» (81). Es evidente que, como afirma SCHÜNEMANN, «también el Derecho es un producto cultural, y por lo tanto, una parte de la realidad socialmente creada», y por tanto se apoya sobre los presupuestos elementales de la interacción social tal como ésta ha sido constituida en la respectiva sociedad. Pues bien, como reconoce MUÑOZ CONDE, «tenemos la conciencia o sentimiento de que en una situación dada somos libres de elegir entre las distintas opciones que se nos ofrecen» (82), y siguiendo a SCHÜNEMANN hay que decir que «también la experiencia subjetiva de la libertad de cada individuo es parte de la realidad social, porque es reproducida permanentemente en el contacto de los miembros de la sociedad entre sí y también aplicada a los otros. Con otras palabras: aparece presupuesta tanto en la explicación de las propias acciones frente a la sociedad, como en la interpretación de las acciones de los otros... Por tanto, el reconocimiento recíproco de la libertad de voluntad es una parte indiscutible de la realidad social que pertenece inclusive a los presupuestos básicos indispensables de las relaciones sociales». Y este reconocimiento recíproco de la libertad de voluntad se manifiesta en nuestras estructuras lingüísticas. SCHÜNEMANN afirma que el lenguaje de una sociedad manifiesta su visión del mundo, y puede verse que las lenguas indogermánicas aceptan la libertad de voluntad como un concepto básico del entendimiento del mundo. Así, «la construcción de sus proposiciones con un sujeto de la acción y un objeto sobre el cual la acción recae, las formas gramaticales activas y pasivas, y la distribución del carácter de los sujetos como yo, tú y los terceros que no participan personalmente en la interacción, son expresión de una visión del mundo acuñada por un sujeto que decide libremente». Ello a diferencia de variedades lingüísticas propias de so-

(81) CARBONELL, MATEU. *Op. cit.*, pág. 29.

(82) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, pág. 223.

ciudades primitivas, no evolucionadas, como ciertos dialectos indios, en los que falta la distinción entre sujeto y predicado, o no se distingue entre el agente y la acción, lo cual es expresión, según SCHÜNEMANN, de la visión del mundo que domina en los pueblos indios, con un planteamiento determinista según el cual la necesidad envuelve a las personas.

Dado que, como decíamos, el Derecho es un producto cultural, parte de estas mismas estructuras. Por eso el criterio determinista no encaja en nuestro Ordenamiento jurídico, el cual está apoyado en un juego lingüístico indeterminista. Ya veamos que conceptos jurídico penales como la acción penalmente relevante frente a la fuerza irresistible, el dolo y la culpa, la imputabilidad y la inimputabilidad, la vencibilidad y la invencibilidad del error, el criterio de exigibilidad en los delitos de omisión de ayuda, etc., presentan graves dificultades para encajar en un contexto determinista. Como dice SCHÜNEMANN, «sólo si para cada uno de nosotros fuera obvio abandonar las categorías de yo, tú y él, de sujeto, predicado y objeto, de activo y pasivo, y fuéramos capaces de pensar sobre nosotros mismos que «puede ser que después de la clase se me encuentre en la cervecería», como si esto no dependiera de mi voluntad, entonces se podría pensar también en el Derecho que cabría renunciar a la libertad de voluntad como fundamento necesario que proviene de la realidad social». Precisamente porque el Derecho no puede emanciparse de las estructuras lingüísticas, hay que concluir que la reprochabilidad por un hecho punible cometido por una persona normalmente motivable que actúa en circunstancias normales, surge ya de la misma construcción social de la realidad. En conclusión, siguiendo nuevamente a SCHÜNEMANN, hay que decir que «la libertad de voluntad, en el entendimiento aquí esbozado, puede ser concebida como un logro de la evolución cultural del hombre, que consiste en la adquisición de la facultad de dirigir su comportamiento a través de la conciencia y según valores críticamente analizados y considerados correctos».

Queda visto, por tanto, que el determinismo no es más científico ni más racional que el indeterminismo. Más bien ocurre al contrario. Por eso aquí optamos por la culpabilidad basada en la libertad de voluntad. Podemos terminar este razonamiento recordando las palabras de CUELLO CALÓN: «La creencia en el libre arbitrio y en la libertad moral que inspira en el hombre el sentimiento de la responsabilidad de la propia conducta es una creencia favorable a los intereses sociales cuya difusión entre las masas es beneficiosa en alto grado. El sentimiento de la responsabilidad moral, uno de los sentimientos colectivos más sanos y elevados, debe ser mantenido para el triunfo de la moralidad y la justicia. GAROFALO decía que el determinismo es una hipótesis a la que se puede prestar una adhesión filosófica, pero nunca podrá ser popu-

lar... La conciencia del pueblo... siempre conceptúa la virtud y la moral merecedoras de premio y el vicio y la perfidia dignos de castigo... un Código no puede por tanto prescindir del criterio de la responsabilidad moral, porque la ley está hecha para el pueblo y no para los filósofos deterministas» (83).

Obviamente, optar por la libertad de voluntad no implica sostener que el hombre sea una *causa sui*. Más modestamente, y como dice RODRÍGUEZ DEVESA, lo que quiere decirse con ello es que el hecho de que «el ser humano esté condicionado física y psíquicamente no significa que su comportamiento sea necesitado, es decir, constreñido en sus opciones por la ley de la causalidad» (84). El Derecho penal se asienta sobre esta idea, la de la libertad concebida, tal como señala RUIZ VADILLO, como «la posibilidad que tiene el hombre de optar por uno de entre una pluralidad de caminos» (85). Precisamente porque la libertad es un presupuesto constitutivo de la ley penal, afirma HIERRO que «el juez, al condenar a un inculpado imponiéndole una pena prevista por la ley penal, trata al imputado como si fuera un ser racional y libre, como si tuviera una conciencia a la que dirigir un reproche moral contenido ya en la norma... El libre albedrío actúa así no como un dato empírico que el juez debiera comprobar sino como un presupuesto valorativo general del sistema...» (86). Tiene razón SAINZ CANTERO cuando dice que «la ley penal establece la presunción de que el autor de la conducta típica y anti-jurídica pudo actuar de otro modo —también en el caso concreto— siempre que no concurran en él algunas de las causas de inimputabilidad que la ley establece. Si el autor, en quien no concurran ninguna de estas causas ha realizado la conducta típica y antijurídica dolosa o culposamente y no se halla en situación concreta tal que determine el que no le sea exigible un comportamiento distinto al realizado, se ha hecho merecedor, según el ordenamiento penal vigente, al juicio de reproche en que la culpabilidad consiste» (87).

Aceptado pues el principio de culpabilidad, hay que analizar ahora cuáles son las consecuencias que derivan del principio: «No hay pena sin culpabilidad y la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.» Este análisis reviste una enorme importancia, ya que como dice BACIGALUPO, «es posible afirmar que en la ciencia penal actual existe acuerdo respecto a la vigencia de las consecuencias del principio de culpabilidad, aunque no se verifique coincidencia alguna respecto de su fundamentación» (88). Por tanto, hay

(83) CUELLO CALÓN. *Op. cit.*, pág. 431.

(84) RODRÍGUEZ DEVESA. *Op. cit.*, pág. 434.

(85) RUIZ VADILLO. *Op. cit.*, pág. 107.

(86) HIERRO. *Op. cit.*, pág. 568.

(87) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 634.

que examinar cuáles son las consecuencias limitadoras del *Ius puniendi* del Estado que se asocian al principio de culpabilidad; pues bien, podemos citar como tales las siguientes:

— Principio de personalidad: Por el que se consagra la responsabilidad por el hecho propio, excluyéndose consiguientemente la responsabilidad por hechos ajenos y la responsabilidad colectiva.

— Principio de responsabilidad por el hecho, que impide la configuración de un Derecho penal de autor, en el que no se castiguen hechos punibles, sino modos o maneras de ser. Este principio está profundamente unido al de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, así como al de legalidad.

— Principio de responsabilidad subjetiva, o de «dolo o culpa», por el que se excluye la responsabilidad objetiva por el resultado en todas sus manifestaciones, y se exige al menos culpa para poder imponer una pena, excluyéndose la responsabilidad por el caso fortuito.

— Principio de culpabilidad en sentido estricto, que exige tener en cuenta las condiciones psíquicas del autor (imputabilidad o inimputabilidad), el grado de conocimiento que tenía sobre la significación jurídica del hecho (posibilidad del error de prohibición), y la situación concreta en que se encontraba para que las circunstancias concurrentes puedan permitir la exención o al menos la atenuación de la responsabilidad criminal (no exigibilidad de una conducta distinta).

— Principio de proporcionalidad, el cual se subdivide en una serie de exigencias:

a) Adecuación al fin: la pena ha de ser apta para lograr los fines que con ella se pretenden.

b) Necesidad: la pena tiene un evidente carácter subsidiario, de manera que no deberá acudir a la vía penal cuando el orden jurídico pueda ser protegido por medios menos gravosos, y por el cual se podrá sustituir la pena, cuando su aplicación no sea necesaria en el caso concreto, por mecanismos sustitutorios de la misma o por institutos como la suspensión del fallo, la remisión condicional de la pena, etc.

c) Proporcionalidad en sentido estricto: la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del delito cometido, ponderando si las penas son o no proporcionadas a la defensa del bien jurídico que se quiere proteger.

Ello implica, como dicen COBO DEL ROSÁL y VIVES ANTÓN, «junto a la idea negativa de que la pena no puede sobrepasar la medida de la cul-

(88) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 936.

pabilidad, la idea positiva de que ha de ser proporcional a la medida de la culpabilidad. Pero, en este sentido, no puede pretenderse que tenga una vigencia positiva, determinista del *quantum* concreto de la pena, sino meramente negativa, excluyente de la pena que exceda los límites del reproche» (89).

(89) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 401.

II. ¿TIENE RANGO CONSTITUCIONAL EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD?

Como señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «en el Derecho positivo español no existe una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional» (1). Es más, BACIGALUPO dice que «no ha sido recogido en forma expresa en la Constitución española ni se encuentra tampoco en las declaraciones de derechos suscritas por España que, de acuerdo con el artículo 10.2 CE, deben respetarse en la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce» (2). Sin embargo, entiende este autor que podría derivarse dicho principio del principio de Estado de Derecho del artículo 1º.1 CE, así como de la protección de la dignidad de la persona humana contenida en el artículo 10.1 CE.

En este sentido, precisamente, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional alemán, el cual afirma que «con la pena, inclusive con la contravencional, se formula un reproche al autor. Tal reproche jurídico-penal presupone reprochabilidad, es decir, culpabilidad. De otra manera la pena sería una retribución incompatible con el principio de Estado de Derecho respecto de un suceso por el que el afectado no tiene por qué responder. La sanción jurídico-penal, o de naturaleza similar, de un hecho no cometido culpablemente por el autor es contraria al Estado de Derecho y lesiona al afectado en su derecho fundamental emergente del artículo 2º.1 de la ley fundamental» (3).

La «constitucionalización» del principio de culpabilidad, en el sentido indicado, ha sido igualmente aceptada por nuestro Tribunal Supremo, en una importante sentencia de 6 de abril de 1990, la cual en su fundamento jurídico primero dice lo siguiente: «El artículo 10.1 CE en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad son fundamento del orden político y la paz social, impone un Derecho penal respetuoso del principio de culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho» (4).

En fin, nuestro Tribunal Constitucional ha abordado esta cuestión en una muy reciente sentencia, de 4 de julio de 1991. Sin perjuicio de que posterior-

(1) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Op. cit.*, pág. 399.

(2) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 937.

(3) Vid. BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 939.

(4) Vid. el texto de la sentencia así como el comentario que realiza BORJA JIMÉNEZ en la *Revista General de Derecho*, septiembre de 1990, págs. 6580 y ss.

mente estudiemos más a fondo esta sentencia al analizar la problemática que plantea la agravante de reincidencia, aquí cabe señalar que en su fundamento jurídico cuarto podemos leer lo siguiente: «En efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos... pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en modo alguno en norma un determinado modo de entenderlo, como el de la normalidad de la motivación.»

En una primera lectura, da la impresión de que este pronunciamiento del TC no contribuye precisamente a clarificar las cosas. Se comienza diciendo que, efectivamente, el principio de culpabilidad ha quedado constitucionalizado, pero a continuación se rechaza que la Constitución haya asumido ninguno de los múltiples planteamientos, caracterizaciones o intentos de explicación dogmática que de dicho principio proponen los autores. Y si tenemos en cuenta que, como ya se vio antes, este principio es explicado de forma muy divergente por los distintos tratadistas, de tal manera que el principio de culpabilidad es uno de los puntos más polémicos de la actual doctrina, la realidad es que no queda muy claro qué es lo que está constitucionalizado. Decir, sin más, que el principio de culpabilidad ha sido asumido por la Constitución, pero sin asumir ésta ninguno de los intentos dogmáticos de explicación de este principio, produce, en un primer momento, una cierta confusión, pues al fin y al cabo no se sabe muy bien qué es lo que la Constitución ha recogido.

Cabe, sin embargo, otra interpretación que disipa estas dudas. Puede pensarse, y creo que aquí está la clave de la cuestión, que el Tribunal Constitucional se ha referido no tanto a la discutida culpabilidad elemento del delito, cuanto al principio «político-criminal» de culpabilidad. Es decir, cuando el Alto Tribunal se refiere a la constitucionalización de este principio parece que hace referencia a las consecuencias del principio, o mejor, a las garantías que suelen predicarse como consecuencia del principio de culpabilidad en cuanto desarrollo de él, y sobre las cuales hay un amplio consenso doctrinal, por encima de las discrepancias que la culpabilidad como concepto o elemento del delito suscita. De esta manera, con la afirmación del TC antes transcrita, quiere decirse que la Constitución recoge las consecuencias antes reseñadas del principio de culpabilidad, en cuanto las mismas constituyen unas importantes garantías de la persona frente al *tus puniendi* del Estado.

Entendidas las cosas de este modo, no resulta extraña esta toma de posición del TC. Ya hacía tiempo que la doctrina había señalado que, más que a

la siempre difícil búsqueda de la constitucionalización de la culpabilidad, los esfuerzos debían dirigirse a encontrar la protección constitucional de las consecuencias de dicho principio. Y lo cierto es que sin hacer interpretaciones forzadas, puede concluirse que nuestra Constitución ha recogido a lo largo de su texto las consecuencias del principio de culpabilidad. Así:

— El principio de personalidad, por el que se excluye la responsabilidad colectiva y la responsabilidad por hechos ajenos, está indudablemente encuadrado y protegido en el artículo 24 CE, que consagra la presunción de inocencia. Una responsabilidad penal por hechos ajenos también puede calificarse como contraria al artículo 17 CE, en cuanto que éste proclama que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad», las cuales se verían indudablemente afectadas si se nos pudiera condenar por acciones cometidas por terceros extraños.

— El principio de responsabilidad por el hecho, que impide la configuración de un Derecho penal de autor que castigue modos o maneras de ser, tiene una indudable protección en el artículo 25, que recoge el principio de legalidad, y en el artículo 9º, en el que figuran los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

— El principio de responsabilidad subjetiva o de «dolo o culpa», que excluye la responsabilidad objetiva fundada en el *versari in re illicita*, encuentra acomodo en el principio de Estado de Derecho que propugna como valor superior de su ordenamiento jurídico la justicia (art. 1º), y en los principios de seguridad jurídica (art. 9º) y respeto a la dignidad de la persona humana (art. 10), todos los cuales se verían infringidos o vulnerados si se impusieran penas por resultados fortuitos, causados sin dolo o culpa, y respecto de los cuales no se puede, por consiguiente, formular reproche jurídico-penal alguno. BACIGALUPO entiende que la exclusión de la responsabilidad objetiva puede fundarse también en el artículo 17, que otorga protección a la libertad y a la seguridad, puesto que «nadie es libre ni goza de seguridad si el Estado puede aplicarle penas por hechos u omisiones inevitables, es decir, que no sean consecuencia de su acción voluntaria evitable» (5).

— El principio de culpabilidad en sentido estricto tiene distintas manifestaciones que encuentran diversa protección. La distinción penalmente relevante entre imputables e inimputables se enmarca en el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14, una de cuyas manifestaciones es la necesidad de dar un trato desigual a los desiguales, pues podría ser discriminatorio dar el mismo trato a quienes presentan circunstancias personales distin-

(5) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 941.

tas. En este sentido son igualmente relevantes los principios de Estado de Derecho y justicia del artículo 1º, y el principio de respeto de la dignidad de la persona humana del artículo 10.

En cuanto a la posibilidad de haber evitado el delito, entiende BACIGALUPO que «es otra condición de la legitimidad constitucional de la aplicación de penas criminales, que se deduce de la protección que el artículo 17 CE otorga a la libertad y a la seguridad» (6). La posibilidad de saber qué se hace y de conocer el reproche social expresado en la culpabilidad está incluida, según BACIGALUPO, en «el principio de legalidad (arts. 25.1 y 9º.3 CE) del que se deriva: el principio de legalidad penal no es sólo una garantía que regirá en el momento de la aplicación de la ley, sino también en el momento de la decisión del autor a la ejecución de la acción» (7).

— Finalmente, el principio de proporcionalidad, por la complejidad que presenta, requiere un análisis más minucioso.

En primer lugar, veámos que el principio de proporcionalidad exige que la pena sea adecuada para lograr los fines que con ella se pretenden. En este sentido, teniendo en cuenta que el artículo 25.2 CE dice que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados», es lógico que el artículo 15 prohíba las penas inhumanas y degradantes, y haya que rechazar cualquier tipo de pena opuesta al principio de respeto a la dignidad de la persona humana del artículo 10.

El derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17 puede fundamentar el criterio de subsidiariedad de la ley penal, que se manifiesta sobre todo en el principio de intervención mínima, por el cual se podrá acudir a medios menos gravosos que la sanción penal cuando el orden jurídico perturbado pueda ser reestablecido convenientemente con medios menos lesivos para los particulares. En cuanto a la sustitución de la pena por medios como la suspensión del fallo o la remisión condicional de la pena, su justificación se encuentra en la finalidad de reeducación y reinserción social que como acabamos de ver señala el artículo 25.2.

En fin, la proporcionalidad en sentido estricto ha sido ya objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sentando éste una serie de afirmaciones de gran trascendencia en la sentencia número 65/86, de 22 de mayo. A estos efectos, como señala JAÉN VALLEJO en su comentario a dicha sentencia, hay que partir de las tres distintas fases en que se divide el proceso de

(6) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 940.

(7) BACIGALUPO. *Op. cit.*, pág. 940.

determinación de la pena, y que en su día distinguió RODRÍGUEZ DEVE-SA: la individualización legal, la individualización judicial y la individualización penitenciaria. Y ello porque «los problemas de carácter constitucional que pueden derivarse de ese proceso de individualización son de distinto orden, según cuál sea la fase en que concretamente se produzcan» (8).

La cuestión básica que se planteó ante el TC era relativa a los criterios del legislador al establecer en abstracto y con carácter general las penas correspondientes a las conductas tipificadas como delitos. Pues bien, la sentencia afirma categóricamente, en su fundamento jurídico tercero, que en principio el juicio sobre proporcionalidad de la pena, previsto por la ley con carácter general con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es competencia del legislador. A los tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto. Consecuentemente —y esto es lo importante— no cabe deducir, como pretendía el recurrente, del artículo 25.1 un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito.

Este pronunciamiento del TC no cierra la puerta al planteamiento de la problemática de la proporcionalidad concreta, es decir, a la de la pena impuesta en relación con el concreto delito cometido, que, de acuerdo con lo que se extrae del texto de la sentencia sí que podría cuestionarse a través del recurso de amparo. Y en cuanto a la proporcionalidad abstracta propiamente dicha, tampoco cierra la puerta al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración de los artículos 1º y 10 de la Constitución. Es decir, como señala JAÉN VALLEJO, «no se trata de que la Constitución no reconozca el principio de proporcionalidad de las penas en abstracto, sino que dicho principio no encuentra su reconocimiento entre los derechos que son susceptibles de amparo constitucional, por lo que su vulneración sólo encontrará su remedio por las vías del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad, no utilizables por los particulares» (9).

La antes mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1991 ha señalado al respecto lo siguiente: «El juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación

(8) JAÉN VALLEJO, MANUEL. «Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad penal y su tratamiento constitucional», en *Revista General de Derecho*, diciembre de 1986, pág. 4927.

(9) JAÉN VALLEJO. *Op. cit.*, pág. 4932.

con los hechos punibles, como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador, en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio de Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (10)». Esta afirmación es de gran importancia, puesto que además de reconocer el principio de proporcionalidad, conecta el mismo con el de culpabilidad, el cual a su vez se relaciona, en la misma línea que en este trabajo se sostiene, con valores como la justicia, la dignidad de la persona humana y el Estado de Derecho. Nuevamente, pues, se refuerza la constitucionalización del principio de culpabilidad y las consecuencias que de él se predicán.

Por todo lo cual, y en conclusión, puede afirmarse que, tras la repetidamente mencionada sentencia de 4 de julio de 1991, hay que afirmar sin reparos la constitucionalización del principio de culpabilidad. Ciertamente, al no asumirse por la ley fundamental ninguno de los diferentes planteamientos teóricos que, de formas tan distintas, proponen los penalistas para dar contenido a dicho principio, parece que debe entenderse tal constitucionalización como una consagración de las consecuencias que generalmente se conectan al principio de culpabilidad, las cuales sin forzar las cosas pueden verse insertas a lo largo del articulado de nuestra Constitución.

(10) JAÉN VALLEJO. *Op. cit.*, pág. 4934.

III. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL

Las constantes reformas que desde 1978 han transformado nuestro Código penal, de una manera las más de las veces anárquica, asistemática y técnicamente deficiente, han incidido también sobre las materias relacionadas con el principio de culpabilidad. Existe una fecha que marca un «antes» y un «después» en este tema: la reforma de 25 de junio de 1983 mediante la Ley Orgánica 8/83. La exposición de motivos de dicha reforma dice que con ella se pretendía satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal asentado en el principio de culpabilidad, y consecuentemente con este propósito se dio una nueva redacción al artículo 1º, se reguló de modo distinto el caso fortuito, se derogaron los artículos 50 y 64, se introdujo la regulación del error, etc. ¿Puede decirse, visto esto, que en nuestro Código penal ha quedado sólidamente asentado el principio de culpabilidad y las consecuencias que de él se predicán?

La doctrina no está de acuerdo en este punto. RUIZ VADILLO, comentando la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, afirma que «la Constitución española y la propuesta de anteproyecto, como la reforma de 1983, van en la misma dirección. La Constitución, al incluir en su artículo 24.2 *in fine*, la presunción de inocencia, elevó el principio de culpabilidad a la categoría de constitucional, aunque tradicionalmente nos haya inspirado a todos en nuestro quehacer jurídico, y lo ha extendido a todos los ámbitos de nuestro Ordenamiento. Inocencia significa exención de toda culpa en un delito o, en general, en una mala acción, lo que conduce a contraponer este concepto al de culpabilidad, pues uno y otro son como el anverso y el reverso de una misma idea» (1). Pero este planteamiento debe matizarse. Así lo hace COBO DEL ROSAL, el cual comienza señalando que «expresamente el legislador español en la exposición de motivos manifiesta el propósito decidido de que el principio de culpabilidad quede bien asentado con la presente reforma...» (2), pero luego afirma, junto con VIVES ANTÓN que la nueva definición del delito del artículo 1º no puede estimarse como «una proclamación satisfactoria del principio de culpabilidad o como una consagración legal de sus exigencias. Culpabilidad es, ante todo, exigibilidad del comportamiento adecuado a la norma. Según el entendimiento más común, la presencia o ausencia de dolo no nos dice nada todavía acerca de si la conducta es o no exigible. Y tampoco con-

(1) RUIZ VADILLO. *Op. cit.*, págs. 106-107.

(2) COBO DEL ROSAL. Introducción al tomo V, volumen 1º, de los *Comentarios a la legislación penal*. Ed. Revista de Derecho privado-Editoriales de Derecho reunidas, pág. 5.

tiene ninguna referencia a la imputabilidad. De modo que los requerimientos dimanantes del principio de culpabilidad vendrán a satisfacerse sólo de modo parcial e incompleto con la definición legal del delito y de la falta» (3). Parece cierto que, como dicen estos mismos autores, el legislador de 1983 pretendió «proclamar las exigencias del principio de culpabilidad, huyendo de la afirmación de este principio como tal, dada la discusión existente acerca de él en el seno de la doctrina española» (4). En el mismo sentido dice SUÁREZ MONTES que la reforma de 1983 «no ha hecho más que dar un primer paso, de emergencia, para evitar las violaciones más graves del principio, presumiblemente en la esperanza de que sería en el nuevo Código donde se abordaría a fondo esta cuestión» (5).

Esos pasos dados por el legislador de 1983 han configurado un marco de la culpabilidad que se obtiene, como dice SAINZ CANTERO, de los siguientes preceptos:

— El artículo 1º, que proclama el principio de responsabilidad subjetiva al exigir dolo o culpa para que una acción sea constitutiva de delito.

— El artículo 6º bis a), que contiene la regulación del error.

— El artículo 6º bis b), el cual da nueva regulación al caso fortuito.

— El artículo 8º, números 1, 2 y 3, que contemplan causas de inimputabilidad.

— El artículo 8º, números 7, 10 y 12, que recogen causas de inculpabilidad fundamentadas en el principio de no exigibilidad.

— El artículo 18, que prevé una exención de la pena fundamentada igualmente en el principio de no exigibilidad.

Sin embargo, el hecho de que el principio de culpabilidad no haya sido expresamente proclamado, como hacía el proyecto de 1980 en su artículo 3º, ha ocasionado graves problemas de interpretación, fundamentalmente por lo que respecta al párrafo segundo del artículo 1º, que dice: «no hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos por culpa». Dado que el artículo 1º del CP tras la reforma no hace referencia a la exigibilidad ni a la imputabilidad, hay que concluir que, como dice RODRÍGUEZ MOURULLO, no se ha consagrado el principio de culpabi-

(3) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. «Definición del delito y de la falta», en el tomo V, volumen 1º, de los *Comentarios a la legislación penal*, cit., pág. 28.

(4) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Definición del delito y de la falta*, cit., pág. 29.

(5) SUAREZ MONTES, RODRIGO FABIO. *Los delitos cualificados por el resultado en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal*, ponencia presentada a las V jornadas de profesores de Derecho penal (1984). Citado por SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 642.

lidad, sino el de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta, ya que, como dice el mismo autor, «exigir dolo y culpa para la imposición de la pena no es lo mismo que exigir culpabilidad, por la sencilla razón de que dolo y culpa —salvo en la doctrina psicológica, hoy abandonada— no se identifican con la culpabilidad...» (6).

Y partiendo de esta base, cabe sostener que en los supuestos de preterintencionalidad heterogénea pueda imponerse la misma pena cuando haya sido causado el ulterior resultado cualificante con dolo y cuando haya sido causado sólo con culpa. Y ello porque la expresión «al menos por culpa» puede interpretarse perfectamente en el sentido de que se excluya, sí, la causación de resultados fortuitos a efectos de responsabilidad, pero por contra obligue a admitir que «el resultado cualificante puede haber sido causado indistintamente con dolo o con culpa» (7). Esta interpretación es la que SUÁREZ MONTES entiende más correcta dada la redacción del precepto, aunque critique los resultados a que da lugar: «Resulta difícil eludir la consecuencia de que en los tipos de los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante puede haber sido causado indistintamente con dolo o con culpa. Si el resultado ha de haber sido causado «al menos» por culpa, será preciso entender que también podrá haber sido causado de otra forma, forma ésta que —puesto que, según el inciso antecedente del propio precepto, no hay pena sin dolo o culpa— no podrá ser otra que el dolo. Lo cierto es que la fórmula legal de nuestro Código, al igual que la del Código alemán (párrafo 18) en que se inspiró, admite de forma implícita que también se integra el delito cualificado, y se impondrá la pena en él prevista, cuando el resultado haya sido causado dolosamente» (8).

Esta interpretación, indudablemente posible tal y como el artículo está redactado, presenta graves inconvenientes, que han sido resaltados, entre otros, por OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, así como por SERRANO GÓMEZ. Los primeros ponen un ejemplo que demuestra los resultados absurdos a que este criterio interpretativo puede conducir: «De ser así, el párrafo último del artículo 411 CP podría aplicarse tanto al autor de un aborto doloso del que se haya derivado la imprudente causación de la muerte o de lesiones graves a la embarazada, cuanto a quien al practicar dolosamente un aborto haya estimado altamente probable la producción de uno de aquellos resultados efectivamente acaecidos (dolo eventual) y a quien haya

(6) RODRÍGUEZ MOURULLO. *Op. cit.*, pág. 56.

(7) RODRÍGUEZ MOURULLO. *Op. cit.*, pág. 61.

(8) SUÁREZ MONTES. «Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1º, en *Comentarios a la legislación penal, cit.*, págs. 43-44.

realizado el aborto con ánimo de producir la muerte o las lesiones graves ocasionadas (dolo directo de primer grado) o con la certeza de que alguno de tales resultados constituye una consecuencia necesariamente unida a la práctica del aborto (dolo directo de segundo grado)» (9).

Las consecuencias a efectos de imposición de pena son evidentes: «Quedarían parificadas a efectos de pena las conductas de quien realiza dolosamente un aborto y, como consecuencia, causa imprudentemente uno de los resultados más graves cualificantes y de quien con idéntico comportamiento básico produce dolosamente el propio resultado cualificante. Por otra parte, se conminaría con igual pena (reclusión menor) la conducta de matar dolosamente a otro y la de hacerlo y además de provocar dolosamente un aborto, pena que, como queda dicho, coincidiría con la que amenaza la imprudente causación de la muerte a una mujer a consecuencia del aborto doloso que se ha provocado» (10).

Las consecuencias de este planteamiento son inadmisibles, ante todo porque, como reconoce SUÁREZ MONTES, de esta manera los tipos cualificados quedan, paradójicamente, convertidos en privilegiados (11). Por ello, como dice SERRANO GÓMEZ, «al llevarnos a consecuencias absurdas la interpretación literal considero que ha de rechazarse, reduciendo el ámbito del inciso final del párrafo segundo del artículo 1º a los supuestos en que el segundo resultado se cause culposamente, esto es, cuando el sujeto sea consciente o debiera haber sido consciente del peligro que comporta su acción en orden a que se produzca el segundo resultado» (12). La solución en los casos de hecho básico doloso y dolosa causación del resultado cualificante es la que propugnan OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO: «Puede aducirse que la combinación entre hecho básico doloso y dolosa causación del resultado cualificante no queda abarcada por las mencionadas estructuras complejas, y por tanto debe resolverse conforme a las reglas del concurso de delitos. La razón es elemental: una figura legal (la cualificación por el resultado) nacida para agravar ciertos supuestos sustrayéndolos del régimen normal del concurso de delitos, no puede servir, precisamente, para atenuar otros, todavía más graves, apartándolos de igual modo de las reglas concursales» (13).

(9) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 114.

(10) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, págs. 114-115.

(11) SUÁREZ MONTES. *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo segundo del artículo 1º*, *cit.*, pág. 46.

(12) RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ. *Derecho Penal Español*, duodécima edición (1989), págs. 443-444.

(13) OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO. *Op. cit.*, pág. 115.

Así pues, esta interpretación según la cual el párrafo segundo del artículo 1º, únicamente incluye las cualificaciones causadas culposamente, y no las dolosas, que se resolverán de acuerdo con la técnica del concurso, debe ser aceptada. No sólo porque lógica y político-criminalmente sea más aconsejable, sino también porque es mucho más adecuada para un Derecho penal de culpabilidad. En efecto, decir que se responderá por los resultados ulteriores más graves sólo cuando hayan sido causados al menos por culpa, puede entenderse, sin violentar el texto legal, en el sentido de que la expresión «al menos por culpa» no quiere incluir los resultados dolosos, sino señalar que por debajo de la culpa no hay responsabilidad penal, a diferencia de la legislación anterior a 1983, en la cual se respondía penalmente cuando en el curso de un actuar ilícito se causaban resultados penalmente relevantes aunque éstos fueran totalmente fortuitos. La reforma del 83 quiere acabar con estas manifestaciones del *versari*, y por ello dice que sólo se responderá por los resultados ulteriores cuando hubieran sido causados al menos por culpa, es decir, que si no hay dolo o culpa no hay responsabilidad penal, que se excluye la punición de los resultados fortuitamente causados, pero sin que ello equivalga a castigar igual las causaciones dolosas y las culposas.

Como decíamos, esta interpretación es mucho más acorde con el principio de culpabilidad, que entendemos, de acuerdo con lo antes señalado, tiene rango constitucional, por lo que debe buscarse la interpretación más acorde con el mismo, toda vez que los tribunales deben buscar siempre la interpretación de la norma que resulte más conforme con la Constitución.

Otro aspecto de la legislación penal que choca con el principio de culpabilidad es el relativo a la pervivencia de los delitos de sospecha, en que se establece una auténtica presunción de culpabilidad, trasladando al inculpado la carga de la prueba de su inocencia. La reforma del 83 dejó intactos muchos tipos penales que entraban en esta categoría, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las posteriores reformas del Código han hecho que la mayoría de ellos hayan desaparecido. El Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de junio de 1988 declaró inconstitucional el artículo 509 CP (tenencia de útiles para el robo) en la interpretación que exigía del que tuviera en su poder los instrumentos que en dicho artículo se detallaban, la prueba de no estar destinados a la comisión de un delito contra la propiedad. Señaló el Tribunal Constitucional que esa inversión de la carga de la prueba era contraria al artículo 24 CE, y que en lo sucesivo sería la parte acusadora la que tendría que probar que la tenencia obedecía a la finalidad de utilizar esos útiles para ejecutar el delito.

Respondiendo a la misma finalidad, la reciente reforma del Código penal

de 21 de junio de 1989 suprimió el «homicidio en riña tumultuaria» del artículo 408 CP. Resulta muy clarificadora en este punto la exposición de motivos de dicha reforma: «Por su frontal incompatibilidad con la seguridad jurídica y el PRINCIPIO MISMO DE CULPABILIDAD se suprime el llamado homicidio en riña tumultuaria...». Estas palabras ponen de manifiesto que existe una cierta preocupación del legislador por adaptar progresivamente la legislación punitiva al principio que estudiamos. Si ya la LO 8/83 buscaba, según su exposición de motivos, «satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y por lo tanto asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad...», es significativo que en 1989 se siga buscando este mismo propósito. Resulta evidente, en consecuencia, que el principio de culpabilidad tiene cada vez una mayor presencia en nuestra legislación.

También la jurisprudencia del TS hace constantes alusiones a este principio y a las garantías que de él derivan. Ya lo hacía antes de la reforma, y ciertamente es excesivo afirmar que dicho principio era ajeno al ordenamiento penal hasta 1983. Tal afirmación, como ha dicho BENEYTEZ, «no hace justicia al constante esfuerzo de la jurisprudencia y de la doctrina patria para interpretarlo y aplicarlo de acuerdo con las exigencias de la culpabilidad» (14). Pero también es cierto que en los últimos años los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tema han sido mucho más numerosos. A título de ejemplo, cabe citar la sentencia de 26 de febrero de 1986, la cual afirma que se ha enseñoreado en nuestra legislación penal «de modo inequívoco el principio de culpabilidad como faro iluminador de cualquier enjuiciamiento penal, lo que supone aparte el abandono de cualquier manifestación del *versari in re illicita*, la acentuación de un régimen de garantías propio de un Estado de Derecho» (15).

Vista pues la vigencia del principio de culpabilidad en nuestro Código, hay que perfilar cómo juega el criterio básico sobre el que se asienta: la exigibilidad de un comportamiento conforme a la norma, y correlativamente la ausencia de reproche por no exigibilidad de un comportamiento distinto. Esta

(14) BENEYTEZ MERINO, LUIS. «El principio de culpabilidad». *Boletín del Seminario del Derecho penal del CEU San Pablo*, número 3, 1984, pág. 12.

(15) Vid. el comentario al artículo 1º del Código Penal, por MANUEL JAÉN VALLEJO, y la jurisprudencia que en él se cita, en el *Código penal comentado*, coordinado por JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS. Ed. Akal, págs. 7-10. Vid. también la jurisprudencia citada por CARLOS RODRÍGUEZ DE VESA y GERMÁN MARTÍNEZ AZNAR en *Ley de enjuiciamiento criminal. Su jurisprudencia y doctrina de la fiscalía*. Ed. Aranzadi, 1990, págs. 339-340.

cuestión depende del carácter positivo o negativo que asignemos a la exigibilidad. Como dice MERCEDES GARCÍA ARÁN, «el reconocimiento del concepto de no exigibilidad supone una de estas dos opciones: la no exigibilidad es sólo el fundamento de determinadas eximentes, o bien, la exigibilidad es un elemento positivo del juicio de culpabilidad, que debe comprobarse en todo caso y excluir la responsabilidad en caso de que falte» (16). Si entendemos que la exigibilidad de conducta adecuada a la norma es un elemento constitutivo del juicio de culpabilidad junto a los restantes elementos (imputabilidad, dolo o culpa, conocimiento de la antijuridicidad según las modalidades de la concepción normativa), concluiremos que la exigibilidad de un comportamiento con arreglo a Derecho es un elemento positivo de dicho juicio, por lo que cualquier situación de inexigibilidad constituirá su negación y consiguientemente supondrá la absolución. La no exigibilidad de una conducta distinta se convierte de este modo en una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad. Si, por el contrario, caracterizamos la no exigibilidad únicamente como el fundamento de las situaciones de ausencia de culpabilidad que nuestro Código penal prevé, no podremos hablar de una causa suprallegal de exclusión de la culpabilidad.

En nuestro ordenamiento, según SAINZ CANTERO, que es quizá quien ha estudiado este problema con más detenimiento, la no exigibilidad constituye «un principio informador del ordenamiento, pero el efecto excusante de las situaciones de no exigibilidad debe estar reconocido expresamente en las descripciones legales. No puede hablarse, por ello, ante la ley penal española de la “no exigibilidad” como causa suprallegal de inculpabilidad» (17). Ahora bien, esta ausencia de exigibilidad constituye sin duda un criterio interpretativo, de tal manera que cabe sostener que una adecuada labor de interpretación puede permitir encajar dentro de las eximentes que constituyen causas de inculpabilidad (estado de necesidad exculpante, miedo insuperable, la obediencia debida si la consideramos causa de exculpación, y la exención de pena en el caso de encubrimiento entre parientes) los supuestos que se den en la práctica. Sería ciertamente una interpretación extensiva o incluso una utilización de la analogía, pero en todo caso *in bonam partem*, solución ésta propugnada por autores como OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO.

Sólo queda ya por decir que en nuestro sistema penal no puede hablarse de un retribucionismo puro. Ante todo, porque al hablar nuestra Constitución

(16) GARCÍA ARÁN. *Op. cit.*, pág. 100.

(17) SAINZ CANTERO. *Op. cit.*, pág. 725.

de la reinserción y resocialización como fines que deben guiar la política criminal, se introduce un criterio de utilidad que viene a paliar las rigurosas consecuencias que derivarían de un planteamiento de pura justicia retributiva. Como dice CEREZO. «la pena justa, adecuada a la medida de la culpabilidad, sólo debe ser aplicada en la medida en que sea necesaria para atender a las exigencias de la prevención general y la prevención especial. Si los fines preventivos no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el Tribunal puede aplicar una pena inferior (dentro del margen de arbitrio judicial reconocido por el Código) o dejar de aplicarla (condena condicional)» (18). De ahí que nuestro CP regula en los artículos 96 a 97 la remisión condicional de la pena, y establezca mecanismos de atenuación e incluso remisión de la pena en los artículos 57 bis a) y 57 bis b).

Por razones de sistemática y unidad de la exposición, estudiaremos en la siguiente parte de este trabajo la problemática que en relación con el principio de culpabilidad plantea la agravante de reincidencia, tanto en el Código penal (común) como en el militar.

(18) CEREZO MIR. *Op. cit.*, pág. 197.

IV. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL CODIGO PENAL MILITAR

La doctrina científica, tan preocupada por analizar hasta los últimos aspectos todas las cuestiones referentes al principio de culpabilidad y su operatividad en el Código penal común, apenas se ha molestado en acercarse al estudio de la influencia de dicho principio en la legislación penal militar. Es sólo una muestra más de la inexplicable despreocupación, tradicional por desgracia, que en las cátedras se advierte hacia el ordenamiento punitivo castrense, por razones totalmente injustificadas, ya que si antes pudo sostenerse que el Derecho penal militar era el instrumento de un Estado antidemocrático y represivo, y sin entrar a analizar la justicia de esta afirmación, lo cierto es que en la actualidad la ley punitiva militar goza de las mismas garantías que la común, y se basa en el mismo fundamento legitimador, por lo que las reticencias referidas carecen de sentido. Como dice RODRÍGUEZ DEVESA, «la ignorancia del Derecho penal militar (que comprende tanto el sustantivo como el adjetivo o procesal) es endémica en España, en el sentido del ignorieren alemán: no sólo no saber, sino no querer saber» (1).

La carencia de bibliografía hace difícil el análisis del principio de culpabilidad y su proyección sobre el Derecho penal militar. Algunos autores que han escrito sobre este tema se han limitado a repetir los mismos argumentos que emplearían para el Derecho penal común, sin advertir que en la esfera militar el principio de culpabilidad presenta particularidades importantes que tienen inmediatas consecuencias prácticas ni mucho menos desdeñables. A título de ejemplo, en la obra que ha tratado hasta el momento con mayor detenimiento el Código Penal Militar, los «Comentarios» al mismo coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, el estudio del artículo 2º, que es reproducción del párrafo segundo del artículo 1º del Código penal, es realizado por RODRÍGUEZ MOURULLO limitándose a aportar unas consideraciones genéricas sobre el texto de dicho artículo, y sin hacer referencias de ningún tipo a muchas especificidades de la esfera penal militar, tales como el juego del artículo 38 CPM, la individualización de la pena y los criterios para la misma del artículo 35, las relaciones entre culpabilidad y prevención, la aplicación de la eximente de miedo insuperable y la atenuante de embriaguez, la aplicación de la agravante de reincidencia, y otros muchos temas, respecto de los cuales existen matizaciones relevantes que hacer en el ámbito sancionador militar.

(1) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. «Algunas consideraciones sobre el Código penal militar español de 1985». *Revista General de Derecho*, números 517-518, octubre-noviembre de 1987, pág. 5681.

El estudio del principio de culpabilidad ha correspondido de modo casi exclusivo, por lo que al ámbito que ahora analizamos corresponde, a los Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, cuyas aportaciones más significativas son las que aquí van a seguirse. Hay que partir del ya derogado Código de Justicia Militar, que en su artículo 181 definía el delito militar de la siguiente manera: «Son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente los comprendidos en los Bandos que dicten las Autoridades militares competentes.» La supresión de la «voluntariedad» en la definición, a diferencia de la regulación del Código penal, hizo que algún sector doctrinal entendiera que el delito militar estaba basado en la responsabilidad objetiva, o mejor, que para algunos delitos no se exigía culpabilidad. Así se decía respecto del artículo 296, el cual castigaba, para el caso de que habiéndose levantado la voz, estando la tropa reunida, en sentido subversivo, no se descubriera en el acto quién había dado dicha voz, castigaba, decíamos, a los seis individuos que los jefes allí presentes conceptuaran más próximos al sitio de donde las voces subversivas hubieran salido. QUEROL comentaba este precepto de manera ciertamente expresiva: «No hay que asustarse demasiado al confesar que se trata de un caso de responsabilidad sin culpa comprobada, de una condena por presunción. Ni es el único caso, ni podemos ignorar que la rápida ejemplaridad indispensable al Derecho penal militar, en determinadas circunstancias, impone medidas de política criminal utilitaria consagradas por precedentes históricos y múltiples concordancias en otras legislaciones extranjeras, de las que sería temerario prescindir» (2).

No todos los tratadistas mantenían, sin embargo, esta opinión, hoy evidentemente inaceptable. Así, JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ terminaba un completo estudio de la culpabilidad en el delito de sedición diciendo en relación con este artículo 296: «Quizá estamos en presencia de un lastre que hay que arrojar de nuestro ordenamiento penal, pues los Códigos sólo deben contener normas operantes y no residuos de un sentido arcaico de la pena, de espaldas a los postulados éticos que informan hoy la dogmática penal» (3). Y en fechas más cercanas afirmó MILLÁN GARRIDO que «superada la vieja tesis... según la cual la omisión del término voluntarias en el artículo 181 del CJM no revelaba sino la intrascendencia del factor subjetivo en el ámbito del derecho punitivo castrense, es hoy casi unánime la afirmación de que, en el terreno

(2) QUEROL Y DURÁN, FERNANDO. «Principios de Derecho militar español», tomo II, *Derecho penal militar*. Ed. Naval, pág. 390.

(3) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, FRANCISCO. «En torno al requisito de culpabilidad en nuestro delito de sedición militar», *Revista española de Derecho militar*, número 5, enero-junio 1958, pág. 99.

dogmático no existe diferencia esencial alguna entre el concepto legal de delito militar y la noción del delito en el Código penal», puesto que «el artículo 181 contiene una definición de delito puramente formal en la que no se prejuzga nada respecto a su contenido material. En cambio, del artículo 185, que entre las circunstancias de exención de la responsabilidad criminal regula tanto las causas de inimputabilidad como el caso fortuito, se desprende, a contrario sensu, que la imputabilidad, lo mismo que el dolo o la culpa, han de concurrir para que pueda sancionarse cualquiera de las infracciones del Código de Justicia Militar» (4).

La Constitución de 1978 no podía dejar de proyectar su influencia sobre este sector del ordenamiento, y por eso en la reforma parcial del CJM de 1980 ya se eliminaron algunas de las más burdas manifestaciones de la responsabilidad objetiva. Culmina esta evolución con el actual Código Penal Militar, que hace referencia al principio de culpabilidad en su exposición de motivos, declara que no hay pena sin dolo o culpa en su artículo 2º y extiende a la legislación penal militar, en virtud del juego del artículo 5º, las garantías propias del Derecho penal común. Por eso afirma RODRÍGUEZ-VILLASANTE que «la culpabilidad es hoy, sin que quepan distinciones entre el Derecho militar y el común, el principio básico del Derecho penal elevado a rango constitucional en el artículo 24 de la norma fundamental» (5).

Entiende HIGUERA GUIMERA, siguiendo en este punto los planteamientos de RODRÍGUEZ MOURULLO, que «el Código Penal Militar no recoge de forma expresa el principio de culpabilidad, sino solamente el principio de responsabilidad subjetiva, que es cosa distinta. En el artículo 20 del Código Penal Militar, donde se define el concepto de delito militar, no se ha incorporado expresamente el concepto de culpabilidad. Tampoco el artículo 2º del mismo Código consagra tal principio sino, como he dicho, el principio de responsabilidad subjetiva» (6). Pero esta es una afirmación demasiado apresurada. Más bien al contrario, un análisis de la totalidad del Código Penal Militar, interpretado conforme a la Constitución e integrado con las normas del Código penal común que puedan ser de aplicación en virtud del artículo 5º, permite concluir que el principio de culpabilidad, hoy por hoy, está

(4) MILLÁN GARRIDO, ANTONIO. *El delito de desertión militar*. Bosch, casa editorial, pág. 117.

(5) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS. «El Código penal militar, *Revista General de Derecho*, número 499, abril de 1986, pág. 1290.

(6) HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE. *Curso de Derecho penal militar español*. Ed. Bosch, pág. 387.

más y mejor reflejado en el Código militar que en el común. Esta afirmación es la que vamos a desarrollar en las líneas que siguen.

Siguiendo la ordenación de las consecuencias del principio de culpabilidad que antes se realizó, podemos ver que todas ellas están recogidas —y algunas con mayor rigor que en el Código penal— en el Código Penal Militar:

Actualmente no existe ningún delito militar que configure responsabilidades «colectivas» o las responsabilidades por el hecho de otro. No existen ya castigos de tiempos pasados como los castigos «por sorteo» a que hace referencia JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ (7), o los castigos a grupos cuando se desconoce al autor del hecho punible, al estilo del artículo 296 CJM antes mencionado.

El Derecho penal militar es un Derecho penal de hecho, no de autor. Se responde por hechos punibles, no por modos de ser o tipos de personalidad. Las conductas que se puedan estimar opuestas al decoro, honor o dignidad militar, se castigan por los hechos a través de los cuales esas actitudes se exteriorizan, pero nunca como tales actitudes. Por ello, mientras no se cometa un hecho tipificado como delito o infracción disciplinaria, no se podrá castigar al militar aunque su manera de conducirse no se estime apropiada. Esto tiene una trascendental importancia en la consideración de la agravante de reincidencia, como luego se verá.

El principio de responsabilidad subjetiva, que excluye todas las manifestaciones de la responsabilidad objetiva, está expresamente previsto en el artículo 2º CPM. Algunos autores dicen que no tiene sentido este artículo 2º, toda vez que basta el artículo 7º CP y el 5º CPM para garantizar la vigencia de este principio en el ámbito militar; así, HIGUERA GUIMERA o RODRÍGUEZ DEVESA (8). Pero parece más bien que no está de más remarcar la plena vigencia del principio en este sector normativo, dadas las reticencias a su consideración que, como vimos, ha habido hasta épocas relativamente recientes. En todo caso, queda claro que no se responderá penalmente por hechos fortuitos.

Aquí hay que hacer una puntualización. Ya vimos antes que la dicción del párrafo segundo del artículo 1º CP permitía, en opinión de algún sector doctrinal, castigar con la misma pena hechos dolosos y culposos en los delitos cualificados por el resultado. Dejando aparte el hecho de que exista otra interpretación perfectamente posible que estimábamos más adecuada, hay que

(7) JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ. *Op. cit.*, págs. 86-87.

(8) HIGUERA GUIMERA. *Op. cit.*, págs. 386-388; RODRÍGUEZ DEVESA. *Algunas consideraciones... cit.*, pág. 5690.

señalar que el CPM ha dado una regla específica para algunos de estos delitos, que evita esas indeseadas consecuencias. Tal regla está contenida en el artículo 38 CPM, el cual dice que «cuando se causare muerte o lesiones graves de modo culposo, se impondrá la pena inferior en grado a la que corresponda de haberse ocasionado el resultado dolosamente». La redacción de este artículo y su ubicación sistemática son ciertamente confusas, y hay que decir, siguiendo a CALDERÓN SUSÍN, que dicho precepto puede ser «objeto de las más variadas interpretaciones» (9). En todo caso, parece claro que este artículo hace referencia a los supuestos de preterintencionalidad, y trata de extraer un denominador común de la amplia gama de artículos del CPM que están configurados como delitos cualificados por el resultado causado, sea el mismo de muerte o de lesiones graves: el 69, 85, 87, 91, 98, 99, 104, etc. En esos supuestos, y excluidas las causaciones fortuitas de resultados ulteriores más graves, el artículo 38 hace que, como dice CALDERÓN SUSÍN, «si el resultado de muerte o lesiones graves sólo cabe reprocharlo a título de imprudencia, la pena base será la prevista para la cualificación pero rebajándola en un grado conforme al artículo 40 CPM. Se engloba aquí lo que se denomina preterintencionalidad homogénea (misma línea de ataque e idéntico bien jurídico), como la heterogénea (en que el bien jurídico lesionado es distinto), incompatibilizando la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9º del Código penal» (10).

Esta solución no deja de plantear problemas y puede dar lugar a resultados no queridos por su aplicación a los casos concretos (11); y de *lege ferenda* es sin duda estimable la propuesta de CALDERÓN SUSÍN, cuando dice que es preferible que «se solucionen estos supuestos por la vía del concurso de delitos (pena por el ataque al bien jurídico militar más pena por las lesiones o el homicidio), con el sobreentendido de que para no dividir la continencia de la causa, la conexidad siempre implicaría la competencia de la jurisdicción militar» (12). Pero significa un esfuerzo por superar los planteamientos basados en el *versari*, desterrar la responsabilidad objetiva, y adecuar la legislación penal militar al principio de culpabilidad; y en ese sentido la inclusión del precepto merece elogios.

Se adivina también en la legislación penal militar una preocupación por adaptar la pena a las condiciones personales del culpable. En primer lugar, las con-

(9) CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO. «Aplicación de las penas (arts. 35 a 41), en los *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, pág. 550.

(10) CALDERÓN SUSÍN. *Op. cit.*, pág. 551.

(11) Vid. HIGUERA GUIMERA. *Op. cit.*, págs. 391 y ss.

(12) CALDERÓN SUSÍN. *Op. cit.*, págs. 551-552.

diciones psíquicas del autor que determinan su calificación como imputable, inimputable o semiimputable, tienen una específica previsión en el Código penal común, artículo 8º, que es de aplicación íntegra al Código Penal Militar en virtud del artículo 5º CPM. Así pues, la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la minoría de edad y la alteración en la percepción, son circunstancias eximentes también en el orden penal militar. Se ha planteado el problema de si es o no aplicable la circunstancia atenuante de ser menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis, del artículo 9º.3 CP en relación con el 65 del mismo Código, ya que el CPM carece de previsión legal al respecto. Pues bien, aquí entra de nuevo en aplicación el artículo 5º CPM, por lo que sin duda esta atenuante es igualmente de aplicación, y se impondrá una pena atenuada de acuerdo con el artículo 65 CP, como ya ha hecho la Sala Quinta del Tribunal Supremo (13).

Ahora bien, esta posibilidad no deja de presentar problemas. Como es bien sabido, el artículo 65 CP permite sustituir la pena impuesta por «internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable». Y esta regulación plantea numerosos interrogantes, principalmente qué pasa con el militar al que se aplica esa medida de internamiento por decidirlo así el Tribunal: ¿Sigue sometido a la disciplina militar, o deja de estar sujeto a las leyes penales y disciplinarias militares, pasando a estar sometido a la normativa por la que esos establecimientos se rijan? ¿Debe terminar de cumplir su compromiso con las FAS cuando termine su estancia en esos establecimientos, o se reintegra a la vida civil directamente? Estas cuestiones, que carecen de regulación expresa, deberían ser objeto de la atención del legislador.

Siguiendo con nuestro examen, hay que afirmar también que el error de prohibición es relevante en el Código Penal Militar, si bien, nuevamente, esta afirmación presenta asimismo problemas. El artículo 6º bis a) CP señala que en caso de error vencible, se acudirá al artículo 66, que es el que establece reglas para la determinación de la pena en los supuestos de eximentes incompletas, diciendo que se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley. Pero resulta que el CPM tiene una regla propia para las eximentes incompletas en el artículo 37, el cual dice que «en los casos en que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código penal prevé al efecto».

(13) Vid. HIGUERA GUIMERA. *Op. cit.*, págs. 401-402.

A simple vista se aprecia la diferencia entre uno y otro precepto. El artículo 66 impone una obligatoria reducción de la pena, aunque permitiendo al Tribunal que dicha reducción sea de uno o dos grados. En cambio, el artículo 37 CPM establece que el Tribunal «podrá» (es decir, que si no lo estima oportuno no tiene por qué hacerlo) imponer la pena inferior en un grado. Y aquí surge la duda: si entendemos que el CP al remitirse al artículo 66 considera el error vencible de prohibición como algo análogo a las eximentes incompletas, habrá que concluir que en el ámbito militar el artículo aplicable será el 37 CPM, ya que éste tiene una específica regulación que debe entenderse preferente a la del CP. Si por el contrario entendemos que el error de prohibición presenta una naturaleza y contenido distinto de las eximentes incompletas, y que la remisión al artículo 66 es únicamente remisión a una técnica de atenuación de la pena, y no a la problemática de las eximentes incompletas, es decir, que mediante dicha remisión no se hacen pronunciamientos de ningún tipo sobre una pretendida asimilación del error y las eximentes incompletas, y únicamente se asume un criterio de determinación de pena, si lo estimamos así, habrá que concluir que, careciendo de normativa específica sobre el error de prohibición el CPM, en tales casos se aplicará la reducción de pena prevista en el artículo 66 CP.

No es este un tema de fácil solución. HIGUERA GUIMERA entiende que el artículo aplicable es el 37 CPM, aunque ello implica, en su opinión, que exista «un tratamiento más riguroso y discriminatorio», que a su juicio no se justifica (14). Yo más bien creo lo contrario, puesto que entender que el artículo aplicable es el 37 implicaría un doble mecanismo de reenvío: El CPM se remitiría al CP mediante su artículo 5º, y el CP se remitiría a su vez al CPM, a su artículo 37. Lo complicado de este mecanismo aconseja simplificarlo mediante una remisión en bloque de la materia al CP, que permita mantener su consideración unitaria. Por otra parte, parece más correcto entender que cuando el artículo 6º bis a) CP se remite al artículo 66 del mismo Código, lo hace únicamente a efectos de fijar un marco normativo, que es, consiguientemente, el que los órganos jurisdiccionales militares deberán tomar en consideración.

De todos modos, aun en el caso de que los Tribunales entendieran aplicable el artículo 37, existen mecanismos en el Código Penal Militar que permiten adecuar la pena también en estos supuestos a la medida de la culpabilidad. Tengamos en cuenta que existe una atenuante de breve estancia en filas en el artículo 22, y que el artículo 35 dice que la condición de no profesional

(14) HIGUERA GUIMERA. *OP. cit.*, págs. 427-428.

del militar se tendrá en cuenta a efectos de atenuar la pena. Lo normal será que el que comete un delito militar en error vencible sobre la prohibición pueda beneficiarse de estos mecanismos de atenuación de la pena, permitiendo, como decíamos, una pena adecuada a su culpabilidad. En el caso de los profesionales es igualmente posible el error de prohibición, pero si tenemos en cuenta que el ordenamiento sancionador castrense es materia de obligado estudio en los centros docentes militares de formación, será difícil que los militares profesionales que provengan de dichos centros puedan alegar victoriosamente este error.

En cuanto a la consideración de las circunstancias personales en que se encontraba el sujeto activo del delito en el momento de la realización del hecho, y que influyen en la exigibilidad, éstas vienen reflejadas en el artículo 35 CPM, el cual viene a decir que para la individualización judicial deberá tenerse en cuenta «la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en su menor extensión». Este precepto difícilmente podrá ser aplicado en su plenitud, puesto que ello exigiría una preparación criminológica de la que los jueces carecen, así como una asistencia técnica de psiquiatras, psicólogos, sociólogos, etc., asistencia de la que los Tribunales están privados. Pero si bien es cierto que en la práctica resulta imposible tener en cuenta en profundidad tales criterios, también es verdad que el precepto exige que la pena venga impuesta en consideración a las circunstancias personales del delincuente en el momento de su acción. Y esto es importante porque la legislación penal militar concede a los jueces un amplio arbitrio en la determinación de la pena, y dado que el artículo 35 termina diciendo que «la individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia», puede afirmarse que si la individualización judicial no ha tenido en cuenta las circunstancias personales, o la motivación es insuficiente o errónea, dando como resultado una pena inadecuada a la medida de la culpabilidad, podrá recurrirse contra la pena impuesta. De este modo, la reprochabilidad como concepto básico de la culpabilidad viene recogida en el CPM con mayor perfección jurídica que en el ordenamiento común, puesto que la ley penal militar exige con mayor rigor al juez la contemplación de la personalidad y móviles del sujeto activo del delito, y además la existencia del «amplio arbitrio» a que hacíamos referencia proporciona un mayor margen de apreciación.

En relación con este tema de la exigibilidad, hay que hacer una serie de consideraciones. En primer lugar, con respecto a las eximentes, la única pe-

cularidad del Ordenamiento militar es que el miedo insuperable difícilmente podrá admitirse cuando el sujeto activo del delito sea un militar, ya que la exigibilidad de afrontar el peligro es mucho mayor. Ello no implica que los militares queden siempre e incondicionalmente fuera del ámbito de aplicación de la eximente, sino que, normalmente, dado que el nivel de exigencia es más elevado, el militar tendrá que afrontar peligros que un no militar no tendría por qué encarar con arreglo a la ley, por lo que el militar no podrá tratar de disculpar su conducta acudiendo a esta eximente.

En cuanto a las atenuantes, dos consideraciones. La primera, que actualmente ha desaparecido la regla del antiguo CJM según la cual la embriaguez nunca podría ser atenuante para los delitos militares. Actualmente hay que acudir al Código penal común y a toda la abundante jurisprudencia que ha señalado los efectos de la embriaguez en cuanto a la posible exención o atenuación de la responsabilidad. Pero hay que tener en cuenta que la conducta consistente en embriagarse puede ser de por sí constitutiva de delito del artículo 148 CPM, o bien de falta disciplinaria de los artículos 9.7 ó 8.23 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario, y en estos casos es claro que la embriaguez es inherente al tipo, lo cual (salvo en los casos, muy raros en la práctica, de embriaguez plena y fortuita) no tendrá influencia sobre la responsabilidad criminal. Fuera de estos casos, no hay inconveniente para tomarla en consideración.

La segunda consideración es que, en los delitos militares, además de las atenuantes del Código penal, existen otras dos que recoge el artículo 22 CPM: la ya referida de breve estancia en filas (no haber transcurrido treinta días desde la incorporación), y la de «haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquier otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso».

En cierto sentido, esta atenuante de breve estancia en filas ha sustituido a la que existía en el CJM, consistente en «no haberse leído las leyes penales». Ahora bien, sólo en cierto sentido, puesto que en su redacción actual, la atenuación de la pena tiene un fundamento distinto al que aquella circunstancia del CJM tenía. La falta de lectura de las leyes penales implicaban una cierta presunción de desconocimiento de la existencia o alcance de la norma, por lo que el fundamento de aquella atenuante estaba en la ignorancia de la ley, de modo similar al error de prohibición. En cambio, la actual atenuante de breve estancia en filas depende de un dato plenamente objetivo: no haber transcurrido treinta días desde la incorporación, y la ley no exige ningún requisito consistente en desconocer la normativa militar como consecuencia de ese breve tiempo de permanencia en la milicia. Dicho sea de otro modo, la redacción

de la atenuante implica que se aplicará a todo aquel que se encuentre dentro de ese período de tiempo, conozca las normas militares sancionadoras o no. De esta manera, el fundamento de la atenuante ya no radica en el desconocimiento de la norma, sino en la constatación de que el cambio de la vida civil a la militar, con su organización fuertemente jerarquizada y disciplinada, no es fácil ni instantáneo, sino que requiere un plazo de adaptación, por lo que en los primeros días se entiende que no se puede exigir al soldado el perfecto cumplimiento de la ley, o mejor, que el nivel de exigibilidad es menor.

En cuanto a la otra circunstancia atenuante del artículo 22, ésta exige la concurrencia de cuatro requisitos:

— Relación jerárquica entre el superior que actúa injustamente y el inferior que sufre esa actuación.

— Una provocación o actuación injusta, de manera que no podrá alegarse la atenuante cuando la actuación del superior haya sido conforme a Derecho.

— Que esa actuación «naturalmente» haya producido una alteración emocional. El adverbio «naturalmente» parece que debe interpretarse en el sentido de que a una persona de constitución psíquica normal le habría producido esa alteración emocional. Habrá que operar pues con criterios generalizadores, en referencia a lo que la jurisprudencia ha llamado reiteradamente «hombre medio».

— Que el estado pasional o emocional sea intenso, es decir, de considerable magnitud. No bastando para integrar la atenuante las meras molestias, reticencias o enfados.

En fin, como última consideración en relación con el tema de la exigibilidad, hay que analizar si son o no de recibo las alegaciones reiteradamente aducidas ante los Tribunales penales militares, en las causas relacionadas con el artículo 127 CPM: la negativa expresa, y sin causa legal, para cumplir el servicio militar, es decir, lo que los medios de comunicación conocen con la desafortunada denominación de «insumisión». Quienes son juzgados por estos delitos alegan con frecuencia que, siendo la norma que obliga a cumplir el servicio militar obligatorio una norma injusta y contraria al sentimiento social (que entienden opuesto al «militarismo» que implica un servicio militar de reclutamiento obligatorio), quienes en conciencia, y desde planteamientos «pacifistas», se oponen a la existencia de dicho modelo de ejército, están legitimados para desobedecer dicha norma. Y ello por dos razones: por ser una norma ilegítima, ya que la sociedad la rechaza, y porque la conciencia debe prevalecer sobre las normas injustas.

El problema está estrechamente relacionado con el tema que se analiza en este estudio. No es en realidad un problema nuevo, se ha planteado des-

de antiguo en distintas ocasiones. En fechas relativamente recientes, MUÑOZ CONDE se manifestó en ese sentido. Recordando cosas a las que ya hemos hecho referencia, podemos ver que dicho autor parte de la base de que «la declaración de culpabilidad depende... de que se haya establecido una relación previa entre la norma penal y el individuo en virtud de la cual el mandato establecido por la norma penal se eleva al seno de la conciencia del individuo y constituye el motivo determinante de su conducta». Sentado esto, dice MUÑOZ CONDE que «mal se puede reprochar... a un individuo que lesione o infrinja una norma que no le motiva en absoluto porque, por ejemplo, es la expresión de una situación que le oprime o le priva de sus derechos fundamentales». Y concluye afirmando que «hay veces en las que la motivación general y la individual coinciden casi por completo, sobre todo cuando las normas rigen en una sociedad democrática y en su elaboración participan ampliamente los miembros que componen esa sociedad o cuando el contenido de sus prohibiciones se refiere a bienes jurídicos de gran valor para la convivencia que forma el, por así decirlo, patrimonio existencial de los individuos. Pero otras veces la motivación general y la individual no coinciden en absoluto. Ocurre esto, sobre todo, cuando la sociedad está estructurada de un modo poco democrático o cuando los bienes que se protegen con la norma penal son los intereses minoritarios de un grupo o clase dominante que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad». El divorcio entre ley penal y realidad social que se produce en estos casos, según MUÑOZ CONDE, le hace decir que «la falta de una eficacia racional motivadora de la norma penal al juicio de culpabilidad de toda base y fundamento» (15). Llevando este tipo de razonamiento hasta sus últimas consecuencias, se dice que quienes se niegan a cumplir el servicio militar en los términos del artículo 127 no son culpables, porque no se puede exigir la observancia de una norma contraria al sentir social. ¿Es jurídicamente válido este razonamiento?

Evidentemente no. Más aún, en nuestro ordenamiento jurídico es un argumento técnicamente impresentable. La culpabilidad jurídico penal no tiene nada que ver con la existencia o no de un sentimiento de culpabilidad en el autor, porque la culpabilidad jurídica no es una culpabilidad moral. Un autor nada sospechoso de sostener planteamientos «antidemocráticos», MIR PUIG, dice: «La culpabilidad jurídico-penal no es, pues, un sentimiento ético ni psicológico, no es culpabilidad de conciencia. Si no es suficiente una culpabilidad moral sin culpabilidad jurídica, sí es bastante la culpabilidad jurídi-

(15) MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, págs. 229, 231, 232 y 233.

ca aunque no vaya acompañada del sentimiento de culpabilidad moral» (16). En la misma línea, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON afirman: «Es un sistema democrático, el individuo participa en el proceso de elaboración de las normas. Pero, inevitablemente, ha de obedecer los mandatos de la legislación, adoptada por la mayoría, aun cuando sean contrarios a su particular modo de sentir. La infracción del deber jurídico dimanante de dichos mandatos puede ser moralmente irreprochable, e incluso valiosa; sin embargo, es suficiente para afirmar la culpabilidad jurídica. Mantener lo contrario supondría una lamentable confusión entre Derecho penal y moral, con todos los peligros que ello comporta» (17).

El artículo 127 del Código penal militar forma parte de una ley orgánica, la L.O. 13/85, de 9 de diciembre, que ha sido aprobada, con las garantías que recoge el artículo 81 de la Constitución, por las Cortes Generales, que «representan al pueblo español» (art. 66 CE), en el cual «reside la soberanía nacional» (art. 1 CE). Cualquier tipo de planteamiento en virtud del cual la infracción de normas legales cuyas valoraciones no se comparten es inculpable, tal vez (es discutible) pudiera tener sentido en un tégimendictatorial y antidemocrático, pero desde el momento que el CPM se enmarca en el contexto del Estadosocial y democrático de Derecho, y es aprobado legítimamente, con arreglo a la Constitución, tales planteamientos carecer de razón de ser.

Para terminar con el análisis del principio de culpabilidad en el Código penal militar, hay que hacer referencia a la última de las consecuencias que extraíamos antes de dicho principio: el llamado principio de proporcionalidad, que a su vez se subdividía en una serie de principios: adecuación al fin, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto.

Inmediatamente surge el problema de que el CPM mantiene la pena de muerte en un significativo número de delitos. Y podría cuestionarse la adecuación al principio de proporcionalidad de dicha pena, si se admite que ningún delito, por grave que sea, justifica imponer como pena la muerte de su responsable. Aunque este es un tema de enorme complejidad, parece que el problema debe solucionarse, como dice RODRIGUEZ DEVESA, «partiendo de las circunstancias normales o excepcionales por las que atraviesa el Estado» (18). En circunstancias normales, la doctrina prácticamente unánime es partidaria de la abolición de esta pena. No así, sin embargo, en las circunstancias de grave anormalidad, situaciones estas para las que valen las pa-

(16) MIR PUIG. *Op. cit.*, pág. 577.

(17) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON. *Derecho penal, parte general, cit.*, pág. 397.

(18) RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ. *Derecho penal español*. 12.^a edición, pág. 898.

labras de RODRIGUEZ DEVESA: «Cuando el Estado queda desorganizado prevalece frente a todo argumento la vieja farmacopea. Reaparece entonces la pena de muerte como un tanto empírico de restablecer la normalidad. La sensibilidad de grandes masas de población en tales circunstancias extremas se endurece. La esperanza de grandes cambios hace perder todo género de eficacia a las restantes penas. La pena de muerte se ofrece entonces como remedio heroico a las graves enfermedades del cuerpo social» (19). Siguiendo este razonamiento, la Constitución, en su artículo 15 dice que «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempo de guerra». La redacción de este artículo, como dice RODRIGUEZ MOURULLO, se justifica porque «la subsistencia excepcional de la pena de muerte para tiempos de guerra se inserta en esa cruenta ruptura del Derecho que la propia guerra significa» (20).

Siendo ésta una cuestión en la que se entremezclan planteamientos jurídicos, políticos, filosóficos y religiosos, es imposible despacharla en unas líneas. Aquí sólo cabe decir que la pena de muerte únicamente puede entenderse proporcionada al delito cometido cuando se trate de hechos de extraordinaria gravedad cometidos en situaciones de extraordinaria anormalidad. Por eso dice el artículo 25 CPM que «la pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los supuestos que la guerra haya sido declarada formalmente o existe ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera». No deja de ser una garantía —una importante garantía— el hecho de que la pena de muerte nunca sea pena única, por lo que el Tribunal siempre podrá imponer otra pena en vez de la de muerte. Los artículos del CPM que castigan hechos típicos con la pena de muerte, están contruidos en todos los casos de esta manera: definida la conducta típica, se castiga ésta con una pena, privativa de libertad, y se termina con el inciso «pudiendo imponerse la pena de muerte en tiempo de guerra», lo cual implica que siempre se podrá optar por no imponerla.

Fuera de estos casos, evidentemente excepcionales, hay que ver como se ajusta la ley penal militar al principio de proporcionalidad. Pues bien, comenzando por la primera de sus manifestaciones, la adecuación de la pena al logro del fin que con ella se pretende, existe una peculiaridad del Derecho penal militar en este punto que influye poderosamente en la legislación positi-

(19) RODRIGUEZ DEVESA y SERRANO GOMEZ. *Derecho penal español*. 12.^a edición, pág. 900.

(20) RODRIGUEZ MOURULLO. «Derecho a la vida y a la integridad personal», tomo I («Derecho penal y Constitución») de los *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, pág. 91.

va, ya que, como dice CALDERON SUSIN, «desde siempre ha sido una de las claves del Derecho punitivo castrense: la idea de la prevención general como esencial inspiración de sus normas» (21).

No hay que esforzarse mucho en demostrar la necesidad del mantenimiento de la disciplina en las Fuerzas Armadas, porque es algo que a todas luces resulta evidente. De ahí el énfasis que a la prevención general se asigna en el sistema punitivo militar, ya que hay una imperiosa necesidad de reforzar el respeto al ordenamiento jurídico, frenando los impulsos delictivos y reafirmando la vigencia de la norma, lo cual lleva consigo, como consecuencia, que la prevención general, aun coexistiendo con la especial, prevalezca sobre ésta. De ahí se deriva la previsión de la pena de muerte, la imposición de penas privativas de libertad hasta para los ilícitos penales de menor gravedad, la no aplicación de la remisión condicional de la pena a los militares (art. 44 CPM), la menor relevancia (por comparación con la legislación penal común) que se da a atenuantes y eximentes incompletas (arts. 36 y 37 CPM), etc. De todos modos, nunca hay que dejar de tener presente que la ejemplaridad nunca puede prevalecer sobre la medida de la culpabilidad. La culpabilidad como límite de la pena opera también en el Derecho penal militar, y la necesidad de «dar ejemplo» en ningún caso puede justificar la imposición de penas desproporcionadas. Es dentro del marco de la culpabilidad donde jueva la ejemplaridad. Lo que ocurre es que si en el ámbito del Derecho penal común se puede considerar que la imposición de la pena es en ocasiones innecesaria, no cabe duda de que la necesidad de reafirmar la vigencia de las normas y mantener la disciplina es mucho mayor en la vida castrense.

Con este razonamiento queda claro que el Derecho penal militar presenta peculiaridades debido a su misma razón de ser: la salvaguardia de la disciplina y el buen orden en el seno de las FAS, que, si no la única, sí es la principal causa de la existencia de este sector del ordenamiento punitivo.

También se manifiesta el principio de proporcionalidad en el carácter subsidiario de la ley penal, que excluye su aplicación cuando el orden jurídico puede ser restablecido por medios menos gravosos. Pues bien, este carácter subsidiario se manifiesta constantemente por la relación entre derecho penal militar y derecho disciplinario militar. Los delitos militares en numerosos casos se distinguen de los ilícitos disciplinarios por su mayor gravedad cuantitativa (basta ver el art. 9 de la ley disciplinaria para comprobarlo), por lo que el hecho que revista escasa consideración puede ser castigado mediante el Derecho disciplinario, de modo más rápido y consiguientemente ejemplar, sin los

(21) CALDERON SUSIN. *Op. cit.*, pág. 520.

problemas que tanto para los ejércitos como para los mismos inculpados conlleva la iniciación de causas penales, que deben quedar únicamente para los hechos de trascendencia considerable. Por ello puede afirmarse que el principio de mínima intervención de la ley penal se halla presente, y de modo relevante, en el ordenamiento sancionador castrense.

Finalmente, por lo que respecta a la proporcionalidad en sentido estricto, ésta se encuentra amparada en el ya analizado artículo 35 CPM, que exige al juzgador tomar en cuenta todas las circunstancias concurrentes a la realización del hecho punible, y permite recurrir contra la individualización judicial incorrectamente realizada.

Hay una cuestión estrechamente relacionada con el tema de la proporcionalidad de las sanciones, y con el principio mismo de la culpabilidad, que por su complejidad merece un tratamiento más detallado: la relativa a la agravante de reincidencia. Recogida en el artículo 10.15 CP y en el 22 CPM, es esta agravante discutida por muchos autores que han llegado a considerarla inconstitucional. Por ello, en los diferentes proyectos del Código penal común que han surgido a lo largo de los últimos años, la misma desaparecía del elenco de circunstancias agravantes del texto legal. Sin embargo, el CPM la recogió, apartándose de la línea que parecía asumirse en el nuevo Código penal. Esta diferenciación fue explicada por CALDERON SUSIN de la siguiente manera: «Cabe deducir que el legislador ha plasmado tal regla relativa a la reincidencia como cautelar salvaguardia, a resultas de la posible erradicación del Código penal de esta circunstancia agravante. La exposición de motivos del proyecto, que no el preámbulo de la ley, avalaría esta explicación» (22). Esta exposición de motivos a que alude CALDERON SUSIN decía: «En cuanto a las agravantes, se consigna expresamente la de reincidencia, que aparece como irrenunciable en la esfera militar, cualesquiera que sean las razones de política criminal —inaplicable en ella— que puedan aconsejar su desaparición con el citado carácter agravatorio.»

Efectivamente, la reincidencia ha sido en los últimos años criticado por muy variados motivos, y como antes se dijo, ha llegado a ser calificada de inconstitucional. ZUGALDIA ha resumido todas las razones que se han aportado para sostener dicha inconstitucionalidad, de las cuales a nosotros nos interesan ahora las siguientes:

— Desde la óptica de la culpabilidad por el hecho, y contrariamente a lo que se piensa, la reincidencia no implica una mayor energía criminal, sino de-

(22) CALDERON SUSIN. «Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes (arts. 21 y 22)», en los *Comentarios del Código penal militar cit.*, pág. 442.

ficiencias de personalidad y educación, o debilitamiento de voluntas. «lo que puede y debe valorarse evidentemente como una menor culpabilidad totalmente incompatible con una mayor punición del autor al volver a delinquir (falta de la adecuada proporcionalidad entre la gravedad de la culpabilidad del autor y la gravedad de la pena)» (23).

— «El Derecho penal de culpabilidad por el hecho se desvirtuaría y degeneraría en un derecho penal de culpabilidad por la conducción de la vida (radicalmente enfrentado al principio constitucional de legalidad penal consagrado en los arts. 25, párrafo primero, y 9, párrafo tercero CE), en el que, lejos de castigarse una conducta externa, se sancionaría (por circunstancias no relacionadas con la comisión de delito) una personalidad o forma de ser, concretamente la de «ser» reincidente: la posible perversidad (como rasgo del carácter) que puede concurrir en un reincidente no puede, pues, ser objeto de pena (24).»

En el fondo de estos planteamientos puede observarse que la crítica a la agravante de reincidencia va dirigida, más que a la existencia de la misma, a su aplicación automática, incondicionada y apriorística. El mismo ZUGALDIA reconoce que «cabe ver en el hecho del reincidente, en ciertos casos, una carga adicional de desprecio y rebeldía frente al ordenamiento jurídico, cuyos valores aquel tuvo ocasión de apreciar no sólo en la formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre sí mismo, en carne propia y en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción» (25). Por ello, no cabe dudar que la agravante puede responder, en ciertas ocasiones, a una mayor culpabilidad del sujeto activo del delito.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha sentado precisamente estos criterios, en una sentencia ejemplar a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, la de 6 de abril de 1990 (ponente: Don Enrique Bacigalupo Zapater). Planteada la posible inconstitucionalidad de la agravante que analizamos, la sentencia toma como punto de partida el siguiente razonamiento: «La inconstitucionalidad de un precepto del Código penal sólo se debe decretar si la norma cuestionada no admite una interpretación conforme a la Constitución.» Después de señalar que la Constitución española «impone un Derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente co-

(23) ZUGALDIA ESPINAR, JOSE MIGUEL. «Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia», en *Poder judicial, segunda época*, número 13, marzo 1989, pág. 86.

(24) ZUGALDIA ESPINAR. *Op. cit.*, pág. 87.

(25) ZUGALDIA ESPINAR. *Op. cit.*, pág. 87.

metido», entiende la Sala que «la agravante de reincidencia puede ser aplicada sin vulnerar el principio de la culpabilidad por el hecho, y por lo tanto, de acuerdo con la Constitución», si bien «ello importa, sin embargo, una reconsideración del funcionamiento de la agravante para ajustarla a los límites que impone dicho principio». Así pues, y nos situamos en el punto central de la argumentación de esta sentencia «cuando la gravedad de la reprochabilidad por el hecho (establecida sin tomar en cuenta la conducta anterior del autor ni pronósticos de conductas desfavorables para el futuro) no alcance para justificar la aplicación del grado medio o máximo, el Tribunal no deberá agravar la pena, fundándose en la reincidencia, por encima de la que resulte de la gravedad de dicha reprochabilidad». La conclusión de la sentencia, como resultado de todo lo anteriormente dicho, es muy clara: «No corresponde considerar inconstitucional la agravante de reincidencia mientras con ella no se fundamente la aplicación de una pena superior a la adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho». Dicho en pocas palabras, sí a la constitucionalidad de la agravante de reincidencia, no a la constitucionalidad de su aplicación automática.

Sin embargo, no ha sido este el punto de vista del propio Tribunal Constitucional, en su ya mencionada sentencia de 4 de julio de 1991. Planteada una cuestión de inconstitucionalidad por entender que la agravante que analizamos es contraria a lo dispuesto en los artículos 1.1, 9.3, 10.1, 15, 24.1 y 2 y 25.1 de la Ley fundamental, el Tribunal ha rechazado todos los argumentos del recurrente, y consiguientemente ha declarado la perfecta adecuación de la reincidencia a la Constitución. En síntesis, la sentencia dice lo siguiente:

— «No existe precepto alguno que proporcione una aproximación sobre cuál sea la naturaleza, fundamento y razón de ser de esta circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.» Partiendo de esta base, el Tribunal señala que afirmar que el fundamento de la reincidencia lo basa el legislador en la mayor culpabilidad, supone optar por una relación de fundamentación en detrimento de otras igualmente defendibles, por lo cual si se dice que la reincidencia supone una presunción arbitraria iuris et de iure de mayor culpabilidad, se está partiendo de una concepción dogmática que la ley no recoge. Es decir, cuando se afirma la inconstitucionalidad de la reincidencia sobre la base de que supone unapresunción de culpabilidad, ello presupone la afirmación de que la reincidencia se basa en la mayor culpabilidad, lo cual carece de fundamento legal.

— Partiendo de esta base, hay que desechar la argumentación de que la reincidencia suponga una presunción «iuris et de iure» de culpabilidad contraria a la presunción de inocencia. No sólo por lo antes dicho, sino también

porque, como decía el Fiscal en sus alegaciones, «todo este planteamiento nos llevaría a la consideración de cuestionar la constitucionalidad de gran parte del ordenamiento penal, a la eliminación del Código de todos los delitos de peligro abstracto, a la práctica de una prueba diabólica ante los Tribunales sobre la continuación o no de la tendencia criminal, y a la revisión del sistema de la rehabilitación que se produce por el mero transcurso del tiempo».

Tras esta sentencia, no hay por qué cuestionarse la adecuación a la Constitución de la agravante de reincidencia en el ámbito militar, más aún desde el momento que, dejando aparte las dudas que antes existían sobre la conveniencia o no de su supresión, la justificación de su persistencia en el ordenamiento castrense aparece claramente asentada en la finalidad de prevención general que ilumina todo este sector del ordenamiento penal.

Para terminar este capítulo, sólo queda precisar que cuando a pesar de todas las precauciones del legislador, la pena que haya de imponerse resulte superior a la culpabilidad del reo por un defecto de técnica legislativa (vgr. porque en el marco abstracto de la ley resulte castigada la causación culposa de un hecho con una pena superior a la de la causación dolosa de ese mismo hecho), el artículo 41 CPM proporciona una salida, al decir que el Tribunal «acudirá» al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión del indulto cuando «de la rigurosa aplicación de la ley» resultare una pena «notablemente excesiva», atendida «la culpabilidad del reo». Este artículo configura no tanto una facultad cuanto un deber del Tribunal sentenciador, deber congruente con la protección constitucional del principio que estudiamos, que constituye una última vía de defensa del mismo.

V. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

El examen de la existencia y alcance del principio de culpabilidad en el ámbito del Derecho disciplinario militar exige como presupuesto una afirmación: que los principios penales configurados como garantía del individuo frente al *ius puniendi* del Estado sean extensibles al ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración. Es esta una cuestión que ha sido objeto de importantes polémicas en la doctrina, si bien actualmente puede decirse que existe una opinión mayoritaria que, efectivamente, propugna la extensión de los principios penales al Derecho administrativo sancionador. Pero para analizar esta cuestión debidamente es necesario distinguir entre las dos grandes clases de sanciones administrativas: las de protección del orden general, y las de autoprotección.

Las sanciones administrativas de autoprotección son aquellas mediante las cuales, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, «la Administración tutela su organización y orden internos, incluyendo el sistema de sus actos jurídicos», mientras que las sanciones administrativas de protección del orden general son aquellas por las cuales «se tutela el orden general, en un amplio sentido el orden público» (1). Los autores referidos engloban dentro del concepto de las sanciones administrativas de autoprotección diversas clases de sanciones: las disciplinarias, las de policía demanial, las rescisorias de actos administrativos favorables, y las tributarias. Como sanciones de protección del orden general pueden citarse las de orden público, las urbanísticas, las de espectáculos, etc. Esta división entre uno y otro tipo de sanciones es muy importante porque tanto un sector de la doctrina como alguna jurisprudencia ha marcado diferencias entre ambas por lo que respecta al tema que nos ocupa: la extensión a estas sanciones de los principios del orden penal. Por eso, procederemos a su examen por separado, si bien con unas consideraciones previas aplicables a toda la actividad sancionadora de la Administración.

Ante todo, cabe señalar que, como dijo el Tribunal Constitucional en la sentencia 77/83, de 3 de octubre, «no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría nunca estar en manos de la Administración...». En efecto, como ha señalado BLANCA LOZANO, en el nuevo orden institucional instaurado por la Re-

(1) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho administrativo (II)*. Ed. Cívitas, 1982, pág. 148.

volución francesa y caracterizado por una rígida división de poderes, tuvo lugar un amplio proceso de «jurisdiccionalización» de la represión, «que supuso el traslado de los ilícitos administrativos a la competencia del juez penal» (2). Así, en Italia desde 1865 se atribuyó a la jurisdicción ordinaria el castigo de todas las contravenciones en las cuales pudiera estar interesada la Administración, conservando la Administración tan sólo potestades sancionadoras en dos ámbitos: el tributario y el disciplinario. Del mismo modo, en Alemania, desde 1871, se produjo un fenómeno de jurisdiccionalización, y lo mismo ocurrió en Francia, donde quedó limitado el poder sancionador administrativo a la potestad disciplinaria (3). Fueron muy pocos los países que, como Austria y Suiza, mantuvieron la potestad sancionatoria de la Administración, pero en todos los casos se podía formular una afirmación de fondo: «Las sanciones encomendadas a la Administración revestían un papel bastante modesto» (4).

Este estado de cosas cambió radicalmente a partir de la I Guerra Mundial, con el fenómeno de la transformación del «Estado liberal» en «Estado social» y el constante aumento del intervencionismo estatal, que implicó una entrada de la Administración en numerosos ámbitos antes dejados exclusivamente en manos de los particulares. Este desbordamiento de los campos de actuación administrativa produjo la necesidad de promulgar leyes que establecieran sanciones para las conductas contrarias a los intereses sociales que la actividad administrativa pretendía satisfacer, y, dado el monopolio de la ley penal, ello llevó consigo una evidente hipertrofia del Derecho penal, «con las consecuencias negativas de un debilitamiento de la prevención general por el excesivo uso de la sanción penal y de una sobrecarga de trabajo del aparato judicial que, saturado de procesos penales, muchos de ellos de escasa relevancia social, se encuentra incapacitado para perseguir con eficiencia y rapidez los delitos más graves» (5). Por ello se ha planteado en los países de nuestro entorno la necesidad de una «despenalización» de las conductas delictivas de menor relevancia social, atribuyéndose a la Administración la persecución y castigo de los llamados «ilícitos-bagatela». Y, a la inversa, se ha producido, en sentido contrario, un proceso de «repenalización» de ciertas infracciones, como las infracciones en materia tributaria o de medio ambiente, respecto de las cuales, «se ha incrementado la conciencia social de la necesidad de su represión» (6).

(2) LOZANO. BLANCA. «Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa: Despenalización y garantía». *Revista de Administración pública (RAP)*, número 121, enero-abril de 1990, pág. 394.

(3) LOZANO. BLANCA. *Op. cit.*, págs. 394-395.

(4) LOZANO. BLANCA. *Op. cit.*, pág. 397.

(5) LOZANO. BLANCA. *Op. cit.*, págs. 398-399.

Se ha buscado una mayor racionalización del sistema sancionador, configurando una potestad sancionatoria administrativa caracterizada por ser complementaria de la penal, mediante la represión de los ilícitos de inferior relevancia social, si bien la preocupación por salvaguardar el equilibrio entre la eficacia del sistema y la protección de los derechos y garantías individuales, ha hecho que se reconozcan en todos los ordenamientos «una serie de principios generales rectores del Derecho sancionador administrativo que se configuran prevalentemente siguiendo el modelo penal» (7).

Es de notar que, incluso en los momentos en que más se restringió la potestad administrativa sancionatoria, siempre hubo un ámbito en el que esta potestad se mantuvo indiscutida, el ámbito del derecho disciplinario, en el marco de las relaciones de supremacía-sujeción por las que se rigen los funcionarios, usuarios de servicios públicos, contratistas, concesionarios, etc. Por eso se ha dicho que, a diferencia del poder disciplinario, que «habita una zona pacífica en relación con el Derecho penal», «el tema realmente polémico es el relativo a la potestad gubernativa o correctiva de la Administración, cuyos presupuestos, función y finalidad son de difícil diferenciación de los correspondientes a los órganos jurisdiccionales penales» (8). Por esta razón, y como ya anticipamos en líneas anteriores, vamos a analizar ambos tipos de sanciones por separado.

Comenzando pues por las llamadas «sanciones administrativas de protección del orden general», hay que decir, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, que «la distinción entre esta potestad sancionatoria y la punitiva penal, actuable por los Tribunales represivos, es prácticamente imposible en un plano general y de principio» (9). Penalistas y administrativistas coinciden en este punto. Así, entre los penalistas, afirma CEREZO que «hasta el momento no ha sido posible encontrar un criterio que permita apreciar una diferencia cualitativa entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo» (10). En el mismo sentido, dice BAJO FERNÁNDEZ que «se rechaza hoy mayoritariamente la posibilidad de hallar un criterio sustancial de distinción entre ilícito penal y administrativo y entre sanción penal y administrativa» (11).

(6) LOZANO, BLANCA. *Op. cit.*, pág. 400.

(7) LOZANO, BLANCA. *Op. cit.*, pag. 414.

(8) BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. *Derecho penal económico (aplicado a la actividad empresarial)*. Ed. Cívitas, pág. 87.

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 152.

(10) CEREZO MIR, JOSÉ. *Curso de Derecho penal (parte general)*. Ed. Tecnos, 3ª edición, 1985, pág. 47.

(11) BAJO FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 92.

Los intentos doctrinales tendentes a establecer criterios de diferenciación «cualitativos» entre el Derecho penal y el administrativo sancionador han fracasado. Tales criterios han surgido siempre en torno a la idea de que las sanciones administrativas castigan hechos ético-social o culturalmente indiferentes, es decir, que carecen de relevancia social. Pero esta argumentación es falsa. Como ha señalado acertadamente CEREZO, «desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo» (12). Por eso hay que decir, siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA, que «no es posible de *lege data* ni de *lege ferenda* encontrar un criterio suficientemente seguro para decir *ex ante*, con precisión lógica inexorable, qué conductas deben permanecer en el Derecho penal y cuáles deben ser sancionadas exclusivamente con sanciones de tipo administrativo» (13). En el mismo sentido, afirma CEREZO que «entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo, entre la pena y la sanción administrativa, únicamente cabe establecer diferencias cuantitativas y el límite ha de ser trazado positivamente por el legislador» (14).

La consecuencia lógica que se desprende de la imposibilidad de distinguir apriorísticamente los ilícitos penales y los administrativos es la necesidad de extender los principios y garantías del Derecho penal al terreno de la actividad sancionatoria administrativa. Y no es esta una conclusión meramente doctrinal, sino que ha sido ya recogida por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una famosa sentencia, la del «caso Ozturk» (15). La cuestión de fondo que se planteaba era la aplicabilidad, a la actividad administrativa de imposición de sanciones, de las garantías que rodean a la imposición de sanciones penales. Y el TEDH señaló que las sanciones administrativas en las que concurren estos requisitos: que la regla infringida se dirija a toda la colectividad, y que la sanción asociada a esa transgresión tenga un doble carácter: punitivo y preventivo, dichas sanciones administrativas constituyen «materia penal», y por tanto los principios penales deben informar la actividad sancionatoria de la Administración, cuando se trate de sanciones en las que concurren dichos requisitos.

(12) CEREZO MIR. *Curso...*, *cit.*, pág. 45.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA. *Derecho penal español*, octava edición, pág. 32.

(14) CEREZO MIR. *Curso...*, *cit.*, pág. 50.

(15) Vid. el comentario a dicha sentencia, y en general la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos en materia de sanciones disciplinarias en el artículo de M. G. RUBIO DE CASAS, «Potestad sancionatoria de la Administración y garantías del administrado: Comentario a la sentencia del TEDH de 21-2-1984: El caso OZTURK», en *RAP*, número 104, mayo-agosto 1984.

Resulta lógico el contenido de la sentencia. Si pensamos que en un sistema coherente con el principio de división de poderes tiene plena vigencia y aplicabilidad el criterio según el cual «quien administra no juzga», y que si se reconoce la potestad sancionatoria a la Administración ello se debe únicamente a razones pragmáticas, y siempre con la exigencia de preservar las garantías para los individuos que se predicen del Derecho penal (sustantivo y adjetivo), habremos de concluir forzosamente que la actividad sancionatoria administrativa, para que salvaguarde el equilibrio entre privilegios de la Administración y garantías del ciudadano, deberá basarse en esos principios penales.

Actualmente esta orientación está consolidada. Resulta significativo que en el XIV Congreso internacional del Derecho penal, celebrado en Viena en 1989, habiéndose realizado el trabajo por secciones, la primera estuvo dedicada, precisamente, al análisis de los problemas jurídicos y prácticos derivados de la diferencia entre el Derecho criminal y el «Derecho administrativo penal». Pues bien, dicha sección llegó, entre otras, a la siguiente conclusión: «El Derecho administrativo penal se asemeja al Derecho penal en cuanto que prevé sanciones represivas. Esta similitud impone al Derecho administrativo penal los principios básicos del Derecho penal sustantivo y el proceso justo (art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; art. 6 de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del hombre y de las libertades fundamentales)» (16).

Centrándonos en el tema que constituye el objeto de este trabajo, el principio de culpabilidad, es indudable que, siendo éste un principio informador básico del Derecho penal, y siendo los principios penales aplicables al Derecho administrativo sancionador, el principio de culpabilidad desplegará sus efectos también en la esfera administrativa. Por ello, habrá que hablar en las sanciones administrativas de imputabilidad, dolo o culpa, exigibilidad de conducta conforme a Derecho, admisión del error de prohibición, y proporcionalidad de la sanción. En esta línea, el mencionado Congreso Internacional de Derecho penal recoge las siguientes propuestas: a) La responsabilidad en materia de Derecho administrativo penal se fundará en la culpabilidad (dolo o culpa); b) Las causas de justificación, las eximentes y las atenuantes reconocidas por el Derecho penal, incluyendo el error de derecho invencible, serán admitidas en el Derecho administrativo penal (17).

(16) SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO. «Conclusiones del XIV Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Viena en octubre de 1989». *Poder judicial*, 2ª época, número 17, marzo de 1990, págs. 102-103.

(17) SIERRA GIL DE LA CUESTA. *Op. cit.*, pág. 103.

En España, nuestra Constitución se apoya, es indudable, en el esquema de la división de poderes. Pero la misma Constitución parece haber asumido la necesidad práctica de reconocer una potestad sancionatoria a la Administración, y esta se consagra en los artículos 25 y 45 del texto constitucional. El mismo Tribunal Constitucional, en la sentencia 77/83, antes mencionada, dice que el monopolio judicial de la potestad sancionadora del Estado «no ha funcionado históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se puede citar la conveniencia de no recargar con exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con este tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados». Se admite pues que no hay otro fundamento para la potestad que analizamos que razones puramente pragmáticas.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional, en una importantísima sentencia, de 8 de junio de 1981, afirmó que «los principios del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad), y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo... hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales». Como ha señalado SUAY RINCÓN, esta declaración no fue una «frase dicha en un determinado momento con excesiva ligereza, susceptible luego de ser manipulada sin escrúpulos por los abogados en la defensa de los intereses de sus clientes. Por el contrario, tiene tras de sí un background doctrinal de primera importancia, es la dirección decididamente asumida por el Derecho positivo de los países de nuestro entorno en que la experiencia de las sanciones administrativas está más desarrollada (Alemania, Italia y Portugal) y es la tónica general del Derecho europeo, a raíz del *arrêt Otzürk* dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (18).

El Tribunal Supremo se ha hecho eco de esta corriente doctrinal en un número cada vez mayor de sentencias. Así, la sentencia de 16 de diciembre de 1986 comienza el primer fundamento de Derecho diciendo: «La potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de policía en el sen-

(18) SUAY RINCÓN, JOSÉ. «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador». *RAP*, número 124, septiembre-diciembre 1990, pág. 163.

tido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal.» Y más adelante desarrolla esta afirmación de la siguiente manera: «Una vez promulgada la CE, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena. En tal sentido, resulta expresiva y concluyente la STC de 8 de junio del 81...»

En términos similares, la sentencia de 28 de mayo de 1987 dice que «antes de entrar en las cuestiones que se alegan por el actor en el escrito de recurso es de señalar la trascendencia que en esta materia tiene la doctrina que informa la proyección de los principios penales al Derecho administrativo sancionador, que si ha aparecido a través de los tiempos como un Derecho primario frente al Derecho penal, esta situación debe entenderse superada tras la entrada en vigor de la Constitución, en donde la sanción penal y la administrativa reciben la misma declaración del constituyente conforme al artículo 25 del texto fundamental...».

En fin, la sentencia de 3 de octubre de 1988 se pronuncia en la misma línea: «La extensión de los principios del Derecho penal a las sanciones administrativas ha sido recordada con frecuencia por la jurisprudencia, siendo de destacar la postura adoptada al respecto por el TC, afirmando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal como refleja la propia CE y una muy reiterada jurisprudencia del TS, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido con técnicas administrativas o penales.»

Podrían citarse muchas sentencias similares a éstas. Esta línea jurisprudencial ha venido a poner orden en una de las materias más necesitadas de adaptación a la Constitución, e introduce un criterio de racionalidad que está llamado a transformar uno de los sectores de la actividad administrativa más necesitados de reforma.

Y es que, ciertamente, el tema de las sanciones administrativas necesita un profundo replanteamiento, a la luz de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional. Si tomamos como punto de partida la afirmación de GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ de que «la Constitución no excluye sin más la potestad sancionatoria de la Administración... pero... en su texto no podrá ya justificarse una libertad absoluta del legislativo para decidir la asignación de competencias represivas, alternativamente, a su solo arbitrio, ora a los Tribunales, ora a la Administración» (19), la conclusión que hay que sa-

(19) GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pág. 155.

car es obvia: como ha señalado PARADA VÁZQUEZ, no es constitucionalmente admisible que las leyes determinen sanciones administrativas ilimitadas, puesto que «la potestad sancionadora de la Administración está al servicio de la represión de ilícitos de menor gravedad y es una facultad de carácter auxiliar y delegado de la potestad punitiva del Estado que ostenta el poder judicial». Permitir una extensión ilimitada, sujeta únicamente al capricho del legislador, de las sanciones administrativas, puede llevar a resultados absurdos y contradictorios como los que el mismo PARADA VÁZQUEZ señala cuando dice que «en definitiva, resulta inexplicable que la Administración española no pueda privar a un ciudadano de su libertad por arresto ni de veinticuatro horas, pero pueda con multas de cientos de millones de pesetas condenarle de por vida a la más absoluta miseria. Parafraseando a LENIN, cabría decir entonces ¿Libertad, para qué?» (20).

Es de esperar que estos razonamientos calen en la conciencia del legislador, si bien la situación actual no permite grandes optimismos. Como ha señalado SUAY RINCÓN, causa estupor «la enorme naturalidad con que se introducen potestades administrativas sancionadoras en los textos legales y la indiferencia con que ello, por lo general, es aceptado por los grupos parlamentarios diversos al que sostiene al Gobierno. Da la impresión de que autorizar al ejecutivo a imponer sanciones ha pasado a ser algo muy semejante a una cláusula de estilo» (21). Lo cierto es que un simple repaso de las leyes que recientemente han atribuido competencias sancionadoras a la Administración permite comprobar que el legislador desprecia el principio de dejar a la sanción administrativa la persecución y castigo de los «ilícitos-bagatela», y atribuye a la Administración competencias sancionadoras que en un sistema coherente deberían, por definición, atribuirse siempre a los Tribunales penales.

Como ha dicho RODRÍGUEZ-VILLASANTE, «el reconocimiento, al máximo nivel normativo, de la potestad sancionadora de la Administración... no nos debe hacer olvidar que la atribución excepcional de una parcela del poder punitivo del Estado (que es, por definición, jurisdiccional) significa que el poder ejecutivo está esencialmente limitado por los otros dos poderes establecidos en la Constitución Española: el poder legislativo y el poder judicial» (22). A pesar de la claridad de este razonamiento, y el amplio consenso de la

(20) PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. *Derecho administrativo* (I Parte General), 2ª edición. Ed. Marcial Pons, págs. 425 y ss.

(21) SUAY RINCÓN, JOSÉ. «El Derecho administrativo sancionador: Perspectivas de reforma». *R.A.P.*, número 109, enero-abril 1986, pág. 188.

(22) RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, JOSÉ LUIS. Prólogo a la obra *Derecho disciplinario militar*, de JOSÉ ROJAS CARO. Ed. Tecnos, pág. 20.

doctrina cuando afirma que las sanciones administrativas deben quedar restringidas a la persecución de los ilícitos de menor gravedad, la realidad es que las sanciones administrativas no son de escasa cuantía, ni siquiera de una cuantía elevada, en ocasiones son desmesuradas. Basta echar un vistazo, por ejemplo, a la Ley de 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, o a la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982, de contrabando, para ver la enorme cuantía de las multas administrativas que dichas leyes permiten imponer. Es urgente, por tanto, una racionalización del sistema, que conduzca las infracciones y sanciones graves a la esfera penal y deje únicamente en manos de la Administración los repetidamente mencionados «ilícitos-bagatela».

Al menos, es importante señalar que la jurisprudencia está optando decididamente por la extensión de las garantías y principios penales a este ámbito, como ya hemos tenido ocasión de ver. Pero no es esta una batalla definitivamente ganada, porque todavía subsisten sentencias que tratan de buscar diferencias «cualitativas» entre el ilícito penal y el administrativo, y sugieren criterios de distinción ciertamente inadmisibles. A título de ejemplo, puede citarse la del TS de 28 de enero de 1986, la cual si bien comienza diciendo que «es cierta la existencia de unos principios comunes a todo el Derecho sancionador», afirma a continuación que «no puede significarse el desconocimiento de las singularidades concurrentes en los ilícitos tipificados en los distintos ordenamientos, porque no pueden ofrecer los mismos problemas la mayoría de los delitos comprendidos dentro del catálogo del CP ordinario y, en concreto, los llamados delitos naturales (*mala in se, o prohibita quia mala*) que la mayoría de las infracciones correspondientes al llamado Derecho penal administrativo, por no decir la totalidad, por su naturaleza de infracciones artificiales o de creación política».

El contenido de esta sentencia es inadmisibile. No puede aceptarse que las infracciones delictivas sean *prohibita quia mala* mientras que las administrativas son *mala quia prohibita*. La asunción del principio de legalidad relativiza cualquier pretensión de construir conceptos naturales, apriorísticos u ontológicos del delito, y la calificación de un hecho como delictivo procede, por encima de cualquier otra consideración, de un dato formal que nos viene dado por la Ley: su inclusión en la Ley penal. La historicidad es consustancial al Derecho penal, y las conductas que se persiguen penalmente son históricamente cambiantes en función de la evolución de la conciencia y necesidades sociales, de manera que hoy se persiguen hechos que antes eran intrascendentes, y viceversa. No existen pues los «delitos naturales». Incluso si configuramos esa distinción sobre la base de que las infracciones administrativas tienen una escasa relevancia social, lo cual se traduce en una sanción

de igualmente escasa cuantía, hay que decir que afirmaciones de este tipo están constantemente contradichas por nuestro Derecho positivo, en el que el legislador castiga en vía administrativa acciones de indudable trascendencia social, y con sanciones muy superiores a muchas sanciones penales. Como ha dicho BAJO FERNÁNDEZ, «nuestro Derecho positivo demuestra fehacientemente que no se ha tomado en cuenta distinción alguna ni en la gravedad de la conducta (basta saber que algunas leyes facultan a la Administración a castigar la misma conducta sancionada por los Tribunales de Justicia) ni en la sanción (la Administración impone penas más graves que las del Poder Judicial). A nuestro juicio no hay más distinción que la formal. Ilícito administrativo es el castigado con sanción administrativa e ilícito penal el castigado con pena. Trasladado el problema al efecto jurídico, su solución se encuentra calificando de sanción administrativa la impuesta por órganos de la Administración pública y sanción penal, o pena, la impuesta por los Tribunales de Justicia» (23).

Afortunadamente, la jurisprudencia ya mayoritaria avanza en otra línea. Y esto se manifiesta en la evolución de las sentencias relativas al principio de culpabilidad. Si antes la jurisprudencia se resistía a tomar en consideración este principio y las garantías que de él se predicaban en el ámbito administrativo (24), cada vez son más las sentencias que lo acogen.

Así, la sentencia de 16 de diciembre de 1986, después de afirmar que «la potestad sancionadora de la Administración, dentro de la función de policía en el sentido clásico de la palabra, ofrece un entorno intrínsecamente penal», y que «una vez promulgada la CE, resulta claro que su artículo 25, donde se reconoce implícitamente la potestad administrativa sancionadora, tiene como soporte teórico la negación de cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena», dice que «uno de los principios cardinales del Derecho penal, sustantivo y procesal, contemporáneo es aquel que proclama la presunción de inocencia de toda persona acusada de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada».

Los principios de personalidad y de responsabilidad subjetiva podemos verlos contemplados, entre otras muchas, en la sentencia de 25 de enero de 1983: «A los efectos sancionadores por la comisión de faltas administrativas, la responsabilidad se asienta, al igual que en Derecho penal, en la realización de actos personales, dolosos o culposos, propios del sancionado.»

(23) BAJO FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 92.

(24) Vid. la jurisprudencia citada por SUÁY RINCÓN en *El Derecho administrativo sancionador: Perspectivas de reforma*, *cit.*, pág. 189.

Igualmente ha admitido nuestro Tribunal Supremo la relevancia del error. Así, la sentencia de 12 de febrero de 1986 dice: «En materia de sanciones administrativas, se ha de tener en cuenta que la creencia errónea, fundada razonablemente, de que no se comete infracción, disminuye la culpabilidad.» Y una sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, de 19 de julio de 1986, dice, por su parte, que «puede llegarse, en principio, en el campo administrativo, a la aplicación de la muy excepcional causa de exclusión de la responsabilidad que establece el artículo 6º bis a) CP, si bien con mayor cautela aún que en el campo penal, encontrándose el fundamento de esta aplicabilidad en la generalizada utilización en el ámbito administrativo de los principios informantes del Derecho penal».

En fin, la proporcionalidad de las sanciones también ha sido objeto de la atención de la jurisprudencia. En la sentencia del TS de 15 de marzo de 1988 leemos: «La discrecionalidad que se otorga a la Administración para la imposición de sanciones no es absoluta, sino que se halla sometida a los límites legalmente impuestos y a los que se derivan de los principios generales del Derecho, entre los que cobra especial relevancia el llamado principio de proporcionalidad entre medios y fines.» Y la de 23 de octubre de 1989 dice que «la potestad sancionadora de la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; debiendo resaltarse, a estos efectos, que el principio de proporcionalidad de la sanción no escapa al control jurisdiccional».

Con todo, es mucho el camino que queda por recorrer. La jurisprudencia contencioso-administrativa lleva muchos años de retraso respecto de la penal en la consideración del principio de culpabilidad. Así, sigue basándose en la ya superada concepción psicológica, que reduce la culpabilidad al dolo y la culpa, sigue hablando de error de hecho y de derecho, cuando hace ya bastante tiempo que esa clasificación fue sustituida por la que distingue entre error de tipo y error de prohibición, etc. Es necesaria una asunción plena de este principio y sus consecuencias en nuestra jurisprudencia, de manera que la imputabilidad, la responsabilidad subjetiva, la exigibilidad de conducta conforme a Derecho y la proporcionalidad tengan en este ámbito una consideración similar a la que tienen en la vía penal.

Sólo queda por hacer una puntualización. Existe un sector doctrinal que pide, sí, la extensión de los principios y garantías penales a las faltas administrativas, pero sólo a las graves, y no a las leves. Sorprendentemente, en este sentido se manifiesta CERESO, que propugna la consideración de los principios de legalidad y culpabilidad únicamente en cuanto a las faltas graves, y

no respecto de las leves (25). Pues bien, este planteamiento no puede aceptarse, por las graves consecuencias que su aplicación conllevaría. Ciñéndonos al principio de culpabilidad, significaría sancionar supuestos basados en la responsabilidad objetiva, castigar a inimputables, no dar al error la menor consideración, imponer sanciones a hechos en los que no cabía exigir otra actuación, ignorar el principio de proporcionalidad, etc. No tener en cuenta el principio de legalidad supondría castigar cualquier hecho que la Administración, en su opinión, estime digno de sanción, sin tipificación de ningún tipo, e imponer las sanciones que la Administración tuviera por convenientes. De todos modos, todavía podría disculparse este planteamiento si efectivamente las infracciones y sanciones administrativas fueran infracciones y sanciones «de bagatela», pero como ya se ha dicho reiteradamente, en nuestro sistema jurídico no ocurre así.

Y como consecuencia de la desmesurada extensión de tales infracciones y sanciones, puede observarse que las sanciones que nuestra leyes establecen para las faltas calificadas como leves, son, precisamente, cualquier cosa menos leves. Basta ver la Ley de 2 de agosto de 1985, de Aguas, la cual, en su artículo 109, permite castigar las infracciones leves con multa de hasta 100.000 pesetas. O la Ley de 19 de julio de 1984, para la defensa de los consumidores y usuarios, cuyo artículo 36 posibilita castigar las infracciones que dicha Ley califica como leves con multa de hasta ¡Quinientas mil pesetas! Decir que la escasa cuantía de las sanciones permite postular la no extensión a su imposición de los principios y garantías penales resulta totalmente inadmisibles, y no hay que hacer un gran esfuerzo para razonar las gravísimas consecuencias que conllevaría dejar manos libres a las autoridades administrativas para imponer sanciones por faltas leves. Por eso, hay que sostener la extensión de los principios del Derecho penal a «todas» las infracciones y sanciones administrativas, sin distinguir entre unas y otras. Esta conclusión tiene base en la misma Constitución, que garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la seguridad jurídica, y el sometimiento de los poderes públicos a la Ley y al Derecho en su artículo 9º, además de las garantías plasmadas en los artículos 24 y 25, indudablemente aplicables en este punto.

Y pasamos a preguntarnos si todo lo dicho sobre las sanciones administrativas de protección del orden general puede extenderse a las llamadas sanciones administrativas de autoprotección, es decir, las impuestas en el cuadro de una relación especial de sujeción. Estas sanciones se diferencian de las ya examinadas en que en ellas prima «el aspecto de autoprotección de la Ad-

(25) CEREZO MIR. *Curso...*, cit., págs. 51-52.

ministración y sus intereses, del orden disciplinario de sus funcionarios, del buen funcionamiento de la concesión o del servicio público, etc., mientras que en las sanciones de protección del orden general primaria el interés por el mantenimiento del orden y la paz social en general» (26).

El Tribunal Constitucional en la sentencia 66/1984 ha dicho que las sanciones que ahora analizamos son «sanciones diferenciadas cualitativamente de las que dentro del complejo mundo de las sanciones no reducibles a una categoría única y tratamientos uniformes, se orientan a la protección del orden general».

Pues bien, es cierto que existe un elemento diferenciador entre ambas clases de sanciones, que viene dado por su fundamentación, puesto que, como vimos, las sanciones de protección del orden general tienen un fundamento exclusivamente pragmático, mientras que las de autoprotección ocupan, como dijimos, un lugar pacífico en relación con el Derecho penal, ya que no son sino una manifestación de la actuación administrativa y sus técnicas de organización. Ahora bien, el hecho de que la fundamentación de este segundo tipo de sanciones sea más fácil no justifica que gocen de menos garantías, o que no les sean de aplicación los principios penales anteriormente examinados. Hay que criticar por ello cualquier tipo de argumentación que pretenda distinguir por un lado las infracciones penales y las administrativas de protección del orden general, y por otro lado las administrativas de autoprotección, aplicando a aquéllas mayores garantías que a éstas. En todo caso, unas y otras sanciones constituyen manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, inciden del mismo modo en la esfera personal y patrimonial de los administrados, y están bajo la esfera de influencia de los principios constitucionales. La doctrina es clara en este punto.

Así lo dice PARADA VÁZQUEZ: «En relación con las sanciones funcionariales y corporativas, normalmente denominadas sanciones disciplinarias, debe notarse que la circunstancia de operar en el seno de una relación especial de poder, no significa que su régimen de garantías deba ser sustancialmente distinto de aquellas otras previstas en la legislación general o sectorial administrativa, dada la gravedad de las consecuencias que de las mismas pueden derivarse, como es, por ejemplo, la pérdida de la condición de funcionario o una inhabilitación profesional, sanciones sin duda mucho más graves que una multa fiscal o de tráfico, o incluso que la privación temporal de libertad que comporta un arresto (27).»

(26) SANZ GANDASEGUI, FRANCISCO. *La potestad sancionatoria de la Administración: La Constitución española y el Tribunal Constitucional*. Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 84.

(27) PARADA VÁZQUEZ. *Op. cit.*, pág. 430.

En el mismo sentido, SUAY RINCÓN, ciñéndose al Derecho disciplinario, dice que «en nuestros tiempos es la propia especificidad del Derecho disciplinario la idea que está en crisis. En particular, por cuanto se refiere a las sanciones disciplinarias, que se invoque la necesidad de salvaguardar el buen funcionamiento del aparato administrativo — que es, en último término, la razón esencial por la que a la Administración le vienen concedidas esas potestades especiales que conforman su supremacía especial— no justifica una reducción en las garantías de todo tipo que el funcionario posee en su calidad de ciudadano» (28).

Y finalmente, cabe citar a RODRÍGUEZ-VILLASANTE: «Aunque no cabe duda de que el Derecho disciplinario reúne especiales peculiaridades que lo singularizan dentro del Derecho administrativo sancionador, en tanto incide sobre relaciones especiales de sujeción, no puede constituirse en un apartado tan independiente (dentro del sistema sancionador de nuestro ordenamiento jurídico) que justifique la derogación de los principios penales y procesales que conforman la unidad sustancial de garantías, predicable constitucionalmente para todo el Derecho sancionador, penal y administrativo» (29).

Este criterio está calando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cada vez en mayor medida no duda en aplicar los principios penales al Derecho disciplinario. Así, por ejemplo, puede citarse la sentencia de 20 de junio de 1986, la cual caracteriza el régimen disciplinario de los funcionarios públicos como un régimen de «carácter cuasipenal, en el que rigen los mismos principios informadores que éste, como los de tipicidad, imputabilidad y culpabilidad».

Resulta lógico este pronunciamiento jurisprudencial, y resulta lógico porque no es posible distinguir diferencias cualitativas entre el ilícito disciplinario y el penal. En este sentido se han manifestado autores como RODRÍGUEZ DEVESA o CEREZO. Y es la misma línea que mantiene la doctrina extranjera. Es significativo que el III Congreso Internacional de Derecho comparado adoptara entre sus acuerdos que el Derecho penal y el disciplinario son de naturaleza idéntica y que debe proseguirse en la aproximación del Derecho disciplinario y el Derecho penal (30).

Pues bien, el acercamiento entre uno y otro Derecho sancionador se manifiesta si cabe con mayor intensidad en el caso del Derecho disciplinario militar. Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar presentan tantos

(28) SUAY RINCÓN. *El Derecho administrativo sancionador...*, cit., pág. 192.

(29) RODRÍGUEZ-VILLASANTE. *Prólogo*, cit., pág. 22.

(30) RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal*, octava edición, pág. 30.

puntos de conexión que hay autores que no han dudado en afirmar la naturaleza penal del régimen disciplinario castrense. Pero como señalan BALADO y CALONGE, ésta es una cuestión que actualmente puede considerarse resuelta. El TC en sentencia de 15 de junio de 1981 afirmó que el Derecho disciplinario militar no tiene carácter penal sino administrativo. Ciertamente, el Derecho disciplinario militar es un Derecho sancionador no judicial, lo cual permite encuadrarlo dentro de la potestad sancionadora de la Administración, pero la posibilidad de que a través de él se impongan auténticas privaciones de libertad lo acerca al ordenamiento penal. Por eso concluyen los autores citados que principios como los de legalidad y culpabilidad son aplicables al Derecho disciplinario (31). Como ha dicho MOZO SEOANE, el Derecho penal protege unos principios y valores que «son los mismos que tutela el Derecho disciplinario, sin que sea posible encontrar diferencia material o de naturaleza entre las dos esferas; entre los ilícitos penal y disciplinario militares, la frontera es puramente cuantitativa y por ende convencional, siendo el único criterio para trazarla el mayor o menor desvalor que se quiera atribuir a cada conducta constitutiva del injusto; este criterio no puede ser más que de oportunidad legislativa, esencialmente contingente y variable» (32). ROJAS CARO ha establecido una clasificación de las infracciones disciplinarias entre las que son de naturaleza «delictual» y las que son de naturaleza «administrativa». El criterio puede ser estimable a efectos expositivos, pero resultaría inadmisibles si sobre la base del mismo se pretendiera aplicar los principios penales a las primeras pero no a las segundas (33). Como dice MOZO SEOANE, «está lejos ya la consideración de que los ilícitos disciplinarios no incorporan bienes jurídicos en sentido propio, sino simples deberes funcionariales» (34), y la extensión de los principios penales debe predicarse de todas las faltas disciplinarias, sin excepción.

Consecuencia de lo señalado es que el principio de culpabilidad desplegará todos sus efectos también en el ordenamiento disciplinario castrense. Sin embargo, la doctrina no ha adoptado, o no lo ha hecho suficientemente, todas las conse-

(31) BALADO, MANUEL y CALONGE VELÁZQUEZ, ANTONIO. *La aplicación de los principios constitucionales al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas*. Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid, 1988, pág. 2451.

(32) MOZO SEOANE, ANTONIO. «Ilícito penal e ilícito disciplinario en el Derecho militar». En los *Comentarios al Código penal militar*, coordinados por BLECUA FRAGA y RODRÍGUEZ-VILLASANTE, pág. 187.

(33) ROJAS CARO. *Op. cit.*, págs. 266-267.

(34) MOZO SEOANE. *Op. cit.*, pág. 187.

cuencias que derivan de la implantación de este principio. Los autores suelen conformarse con la exigencia de dolor o culpa, pareciendo asumir las concepciones psicológicas de la culpabilidad, hace tiempo abandonada en el campo penal y cuyo mantenimiento en el administrativo sólo se explica por el retraso que este sector del ordenamiento lleva con respecto al penal.

Así, BALADO Y CALONGE definen el principio de culpabilidad como aquel que «exige la concurrencia de dolo o culpa en el autor de la infracción como un requisito de reproche sancionatorio» (35). MOZO SEOANE, en el mismo sentido, define este principio como «la presencia de dolo o culpa en el sujeto activo de la infracción como requisito básico para la exigencia de responsabilidad» (36). Finalmente, la configuración de la culpabilidad de acuerdo con la anticuada concepción psicológica es aún más evidente en ROJAS CARO, para quien la culpabilidad es «un elemento subjetivo que demuestra la referencia psíquica del hecho a su autor» (37).

Es necesario pues sentar el principio de culpabilidad y todas las consecuencias que de él se derivan tal y como la moderna dogmática penal lo entiende, y se expuso en la primera parte de este trabajo: los principios de responsabilidad por el hecho, personalidad, interdicción de la responsabilidad objetiva, exigibilidad de comportamiento conforme a la norma, imputabilidad, relevancia del error de prohibición, diferente gravedad de la sanción para la comisión dolosa y la culposa, graduación de la sanción en atención a las circunstancias personales del encartado, etc., deben ser considerados siempre en el Derecho disciplinario militar, tanto en las faltas graves como en las llamadas faltas leves.

De este modo, no se podrán aplicar sanciones «colectivas» cuando no se sepa quién es el responsable, «para dar ejemplo y que el culpable no escape» (por ejemplo, castigar a toda una unidad al no averiguar quién de entre sus miembros ha cometido un hecho ilícito). La misma falta, cometida dolosamente por unos y culposamente por otros, no podrá ser castigada con la misma sanción para todos. La creencia de actuar lícitamente deberá atenuar la responsabilidad (esto es particularmente importante para quienes llevan poco tiempo en filas). Nunca se podrán imponer sanciones por hechos fortuitos. Y, finalmente, las sanciones disciplinarias no pueden, con la excusa de la «ejemplaridad», superar la medida de la culpabilidad. No hay justificación ninguna, en ninguna circunstancia, que legitime imponer sanciones excesivamente ri-

(35) BALADO y CALONGE. *Op. cit.*, pág. 246l.

(36) MOZO SEOANE. *Op. cit.*, pág. 195.

(37) ROJAS CARO. *Op. cit.*, pág. 55.

gurosas con fines intimidatorios o ejemplarizantes, puesto que el principio de culpabilidad, plenamente operante en este ámbito, lo impide.

Hay que dejar sentado que la mayor severidad que se aprecia en las leyes sancionadoras militares no se debe a que la disciplina predomine o prevalezca sobre la justicia —eso sería incluso inconstitucional, además de ser ineficaz— sino a que la exigibilidad (y consecuentemente la culpabilidad) es mayor en el ámbito militar, y consecuentemente la gravedad de un mismo hecho es mayor en la vida militar que en la civil. Pero el principio de culpabilidad sigue siendo en este ámbito un límite eficaz del *ius puniendi*. Por eso resulta inadmisibles la tajante afirmación de ROJAS CARO cuando dice que «en el ámbito de las infracciones leves, de sanciones livianas y benignas, en las que los poderes sancionadores sirven para restablecer de inmediato la disciplina conculcada, la justicia debe ceder ante la ejemplaridad» (38). Aunque esta sorprendente afirmación es dicha por este autor al examinar la cuestión de la tutela jurisdiccional de las faltas, y no por tanto el tema que aquí nos ocupa, lo verdaderamente criticable es la argumentación que a ella subyace, en el sentido de que la ejemplaridad (?) deba predominar sobre las garantías del individuo. Argumentos de este tipo chocan frontalmente, así de claro, con la letra y el espíritu de la Constitución, y con la más consolidada doctrina.

Pero es que, además, no puede olvidarse el hecho de que, con una deficientísima técnica jurídica, la ley disciplinaria militar ha tipificado una falta grave de acumulación de leves, que hace que una sanción leve injustamente pueda conllevar una auténtica privación de libertad. ¿Y dónde está la levedad, la liviandad y la benignidad en estos casos?

Esta falta grave de acumulación de leves merece una atención especial. Viene tipificada en el artículo 9^o.31 de la ley disciplinaria militar, la cual dice que es falta grave «cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto». En ciertos casos, la severidad de esta sanción puede estar plenamente justificada, ya que el buen orden de las Unidades puede verse más afectado por una multiplicidad de infracciones leves que por una sola falta grave. Además, la reiteración de conductas ilícitas puede ser indicativa de un evidente desprecio a la norma, falta de corrección, insuficiencia del castigo previo, etc. Sin embargo, esa justificación desaparece en otros muchos supuestos, en los que la repetición de faltas no tiene por qué ser indicativa de una mayor rebeldía o falta de corrección. La ley disciplinaria militar en su artículo 8^o tipifica un amplio abanico de hechos calificados como

(38) ROJAS CARO. *Op. cit.*, pág. 105.

constitutivos de infracciones leves que revisten una muy escasa gravedad. Por ejemplo, no presentar el arma suficientemente limpia en la revista de armamento (art. 8º.4), ir mal afeitado (art. 8º.5), llevar el uniforme sucio (art. 8º.5), llegar un minuto tarde a formación (art. 8º.8), omitir por un descuido el saludo al superior (art. 8º.19), etc. No resulta forzado pensar que es perfectamente posible que se produzca una acumulación de faltas leves sin que por ello el autor de las mismas manifieste una conducta tan reprobable que justifique la imposición de una sanción privativa de libertad de un mes y un día en establecimiento disciplinario (en una cárcel, no nos engañemos). De hecho, en muchas ocasiones el militar, sobre todo el no profesional, es sancionado disciplinariamente, incluso en diversos momentos, por hechos cuya sanción en la vida civil resultaría irrisoria. Ciertamente, la mayor reprochabilidad derivada de la mayor exigencia en la vida militar exige el castigo también en estos casos, pero no un castigo tan desproporcionado como el que esta falta grave de acumulación de leves implica.

Recordemos que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el juicio sobre la proporcionalidad de las sanciones es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal. Ahora bien, «siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella», puesto que si esa desproporción manifiesta se produce, habrá que calificarla de inconstitucional. Y no hay duda de que el automatismo en la aplicación de esta falta grave puede dar lugar en algunos supuestos a una manifiesta desproporción atendida la gravedad de los hechos y la culpabilidad del agente, por eso, entiendo que esa aplicación automática e incondicionada de la falta grave de acumulación, cuando atiende sólo al dato cuantitativo del número de faltas y no a criterios como la gravedad o la reprochabilidad, puede ser inconstitucional.

Además, el texto, la redacción, de la falta permite otra interpretación. Recordemos, castiga como falta grave el cometer falta leve teniendo anotadas y no canceladas «AL MENOS» tres faltas sancionadas con arresto. Esa expresión, «al menos» permite interpretar que puede exigirse un mayor número de faltas leves sancionadas con arresto para imponer la grave, es decir, que no hay que estar condicionado por el número de faltas, sino por la actitud que a través de ellas se expresa. Esta es la interpretación conforme con el principio de culpabilidad y con la Constitución.

Y es además la interpretación conforme con la misma ley disciplinaria militar, que recoge constantemente la exigencia de proporcionalidad en las sanciones (ver. art 6º, art. 8º.14). Es, en fin, la interpretación más conforme con la letra y el espíritu de las Reales Ordenanzas, las cuales, no lo olvidemos, dicen en su artículo 14 que la justicia debe imperar en los Ejércitos de manera que nadie tenga que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad.