

Comentarios al Código penal y dogmática juridicopenal

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Profesor Agregado

Recientemente han aparecido dos tomos dedicados al comentario de los preceptos recogidos en el Libro I del Código penal, adquiriéndose en el Prólogo a la obra el compromiso de concluir el resto. para el que se programan también dos tomos, en el plazo más breve posible (1).

En esta obra dirigida por el profesor CÓRDOBA RODA, sobre el que recae también la mayor parte del trabajo, participan, en diferente proporción, los profesores RODRÍGUEZ MOURULLO, CASABÓ RUIZ Y DEL TORO MARZAL (2).

La falta de una obra de este tipo venía notándose en la Dogmática juridicopenal española, desde hacía algún tiempo. Los Comentarios

(1) *Comentarios al Código penal*, T. I (arts. 1-22), JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, Ediciones Ariel Barcelona, 1972, 994 página.; *Comentarios al Código penal*, T. II (arts. 23-119), JUAN CÓRDOBA RODA, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, ALEJANDRO DEL TORO MARZAL, JOSÉ-RAMÓN CASABÓ RUIZ, Ediciones Ariel, Barcelona, 1972, 749 págs.

(2) La distribución se ha llevado a cabo por materias con un criterio sistemático científico. A título meramente ejemplificativo señalamos las materias más importantes tratadas por cada autor: CÓRDOBA RODA se ocupa de todos los artículos relacionados con la teoría general del delito y de sus elementos tanto en su vertiente positiva como negativa, así como de la casi totalidad de las circunstancias atenuante y los cinco primeros números del artículo 10 y del artículo 11, en el primer tomo. En el segundo se ocupa de los preceptos relacionados con la problemática del concurso delictivo y con las reglas de la determinación de la pena. Igualmente comenta los preceptos relacionados con la responsabilidad civil nacida de delito repartidos entre los dos tomos; RODRÍGUEZ MOURULLO se ocupa, en el tomo I y en parte del II, de todo lo relacionado con la responsabilidad por el resultado, *iter criminis* y formas de participación, así como del comentario a los diez últimos números del artículo 10; DEL TORO MARZAL trata todo lo relacionado con la ejecución de la pena, las causas de extinción de la responsabilidad penal y de algunas instituciones concretas como las costas, la rehabilitación y el concepto de funcionario público a efectos penales, en el tomo II; CASABÓ RUIZ se ocupa del comentario al contenido de las distintas clases de pena, del fundamento y fin de la pena en el Código penal, del principio de legalidad y de la retroactividad de la ley favorable en el tomo II, así como de la eximente y atenuante de minoría de edad penal, en el tomo I.

al Código penal aparecidos en el siglo XIX (3), tan útiles por tantas razones para la comprensión de los problemas específicos de nuestro Ordenamiento jurídicopenal, han quedado inexorablemente anticuados y no responden a las exigencias y al nivel de nuestra actual Dogmática jurídicopenal. Las obras más recientes de carácter exegético, los Comentarios al Código penal de los profesores FERRER SAMA (4) y QUINTANO RIPOLLÉS (5), pese a sus muchas virtudes no han llenado este vacío, sin que eso signifique ignorar su importancia. Al lado de ellas sólo los Manuales y Tratados de los profesores CUELLO CALÓN, DEL ROSAL, ANTÓN ONECA, QUINTANO RIPOLLÉS Y RODRÍGUEZ DEVESA (6) y en lo que se refiere al Derecho penal español las magníficas aportaciones contenidas en el Tratado de JIMÉNEZ DE ASÚA (7) ofrecen la base precisa para el conocimiento de nuestro Derecho penal vigente, junto a otras obras de menor enjundia científica como las contestaciones a Programas de Judicatura de PUIG PEÑA (8), y del profesor QUINTANO RIPOLLÉS (9).

Las virtudes y excelencias de algunas de las obras citadas no suplen ni pueden suplir, sin embargo, la función de los actuales Comentarios. El conocimiento profundo del Derecho vigente supone el análisis detenido y preciso de los preceptos penales. Muchos artículos del actual Código penal español contienen problemas, hasta ahora no resueltos o, ni tan siquiera planteados, a pesar de que algunos, o quizá la mayoría de los contenidos en el Libro I tienen más de un siglo de existencia. El "manualismo", fenómeno contra el que ya previno BATTAGLINI (10), es, por desgracia, una realidad en estos casos y, en

(3) Entre los más importantes: ALVAREZ-VIZMANOS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1848, 2 vols.; PACHECO, *El Código penal*, 3 tomos, segunda ed., 1856; GROIZARD, *El Código penal de 1870*, 8, tomos aparecidos en distintas fechas, a partir de 1879 y que han alcanzado distintas ediciones.

(4) *Comentarios al Código penal*, T. I (1946), II (1947), III (1948) y IV (1956), han quedado incompletos hasta el momento.

(5) *Comentarios al Código penal*, 2.^a ed., revisada y puesta al día por Gimbernat, Madrid, 1966.

(6) CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 17.^a ed., revisada y puesta al día por Camargo, Parte General, 2 vols., Barcelona, 1974; EL MISMO, *Derecho penal*, 13.^a ed., revisada y puesta al día por Camargo, Parte especial, II, 2 vols., Barcelona, 1972; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español*, Parte General, vol. I (1968), vol. II (1972); ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1949; QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, 2 vols., vol. I (Parte General), vol. II (Parte Especial), Madrid, 1963; EL MISMO, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, T. I, 2.^a ed., en 2 vols., anotada por Gimbernat, Madrid, 1972, T. II (1964), T. III (1965), T. IV (1967), coordinado por Gimbernat; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte General, 4.^a ed., Madrid, 1974; EL MISMO, *Derecho penal español*, Parte Especial, 5.^a ed., Madrid, 1973.

(7) *Tratado de Derecho penal*, T. I, 3.^a ed., Buenos Aires, 1964; T. II, 3.^a ed., Buenos Aires, 1964; T. III, 3.^a ed., Buenos Aires, 1964; T. IV (1958); T. V (1960); T. VI (1962); T. VII (1970).

(8) *Derecho penal*, Parte General, 6.^a ed., 2 vols., 1969; EL MISMO, *Derecho penal*, Parte Especial, 6.^a ed., 1969.

(9) *Compendio de Derecho penal*, 2 vols., Parte General y Parte Especial, Madrid, 1958.

(10) *Diritto penale, Parte Generale*, 3.^a ed., Padova, 1949, pág. 113.

cierto modo, es una realidad inevitable. Sólo una obra del tipo de la que hoy comentamos puede evitarlo o atenuarlo en cierto grado.

Esta es la razón que justifica la tarea emprendida por CÓRDOBA RODA y por el equipo de especialistas que le acompaña. Y podemos decir, desde el primer momento, que ese peligro del manualismo se ha evitado por completo; el análisis detenido, minucioso y profundo de cada uno de los artículos del Código penal, punto por punto, párrafo a párrafo, es una de las cualidades que más destacan en esta obra. Pero también se ha evitado, y esto es mucho más importante de destacar, el peligro que ronda a las obras exegéticas de un texto legal. Normalmente se considera que unos Comentarios a un texto legal, por las limitaciones materiales y sistemáticas impuestas por el propio texto legal comentado, tienen que ser una obra menos científica que las del tipo del Tratado o incluso el Manual. Nada más lejos a la realidad, por lo que a estos Comentarios se refiere. Evidentemente existen ese tipo de limitaciones sistemáticas por la propia naturaleza de la obra, así por ejemplo, existen continuas referencias a la imprudencia y falta, sin embargo, una elaboración general de la imprudencia que, como es lógico, se hará oportunamente en el comentario al artículo que regula de un modo general este problema en nuestro Código penal; y algo parecido sucede con la omisión, la comisión por omisión, etc., cuya problemática se estudiará en aquellos delitos concretos en los que reviste especial importancia. Pero esto no afecta para nada al nivel científico alcanzado, que refleja perfectamente el estado actual de la Dogmática jurídicopenal, de la que puede considerarse como una excelente muestra. Igualmente se tiene en cuenta el Derecho vivo que es la Jurisprudencia con un detenimiento y exhaustividad dignas de todo elogio, consiguiéndose de este modo un equilibrio entre teoría y praxis que sólo muy pocas veces se rompe.

Como se comprenderá, no es fácil hacer un juicio crítico de conjunto, ni tan siquiera un análisis de los puntos más importantes contenidos en una obra tan ingente y ambiciosa. Pero es urgente adelantar, siquiera a modo de juicio provisional, el resultado de las primeras lecturas y de la experiencia obtenida en estos dos últimos años, con su consulta y estudio casi diario e informar de sus logros y también, desde luego, de sus defectos. Para ello procedo a una selección de las cuestiones que me han parecido más importantes, para ser expuestas o discutidas.

I. En primer lugar, me quiero referir a los problemas metodológicos y a los principios generales que informan la obra.

El respeto absoluto al texto legal no lleva, sin embargo, a los autores a excesos formalistas incompatibles con una buena Dogmática. Como ya advierte CÓRDOBA en el Prólogo, "la aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción. En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida *no resultantes de la ley*, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los

particulares casos integrantes de la práctica, formándose así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de la doctrina y Jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad" (11). Esta tesis supone, a mi juicio, una visión realista de la Dogmática jurídica que no creo incompatible con el respeto al principio de legalidad, sino todo lo contrario. La consideración de la aplicación concreta del precepto legal necesariamente abstracto es un dato que, desde luego, debe ser tenido en cuenta a la hora de interpretar la ley, porque, en definitiva, ésta nace para ser aplicada y no para ser objeto de elucubraciones teóricas más o menos artísticas.

Sin embargo, creo que en algunos momentos no se tiene en cuenta este punto de vista metódico. Me voy a referir a dos casos solamente.

Para CÓRDOBA el tenor literal del artículo 2.º del Código penal, de cuyo comentario él se ocupa, obliga a excluir de nuestro Ordenamiento jurídicopenal la analogía, tanto si es contraria, como a favor del reo (I, 59 y ss.). Esta postura, con indudable apoyo en el texto del artículo 2.º que habla de "rigurosa aplicación de la ley", me parece, sin embargo, poco realista e incompatible con el espíritu del principio de legalidad. Poco realista, porque la Jurisprudencia española hace un uso excesivo de la analogía y no sólo cuando ésta es favorable al reo, sino también cuando es contraria (12). Incompatible con el espíritu del principio de legalidad, porque el origen y fundamento de este principio fue y es el de limitar el excesivo poder punitivo en manos del Estado frente al ciudadano y por eso, cuando de lo que se trata es de limitar aun más ese poder, por medio de la analogía, favoreciendo al reo, creo que debe ser admitida ese tipo de analogía. Por otra parte, como el mismo CÓRDOBA reconoce, la amplitud de la definición del delito recogida en el artículo 1.º y la mención expresa de la analogía en algunos preceptos como la circunstancia 10.ª del artículo 9.º, permiten llegar, en materia de eximentes y atenuantes, a las mismas soluciones favorables al reo que con la analogía.

El otro caso se refiere a la ejecución de la pena de muerte. DEL TORO MARZAL considera ilegal la ejecución de esta pena, tras un detenido examen del artículo 83 del Código penal (II, 424 y ss.). Dicho precepto remite efectivamente a los Reglamentos, para determinar la forma de ejecutar la pena de muerte, pero estos Reglamentos, como demuestra contundentemente DEL TORO, no prevén tampoco la forma de esa ejecución. Ante esta "laguna" legal, no "corregida" por el legislador a pesar de haber sido denunciada repetidas veces, concluye DEL TORO afirmando que España es un país *abolicionista de hecho*. Esta afirmación, además de exagerada, nos parece poco realista, sobre todo si se tiene en cuenta las recientes

(11) Véase, del mismo autor, *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, "Revista Jurídica de Cataluña", 1974, págs. 119 y sigs.

(12) Véase ANTÓN ONEGA, *op. cit.*, pág. 102; RODRÍGUEZ DEVESA, Parte General, cit., pág. 203, n. 9.

ejecuciones de penas de muerte a "garrote" llevadas a cabo en los últimos años. Por supuesto que estas ejecuciones se derivan de condenas pronunciadas por la Jurisdicción militar, pero la forma de ejecutarlas fue la tradicional de garrote y no el fusilamiento militar que, por lo visto, es la única forma expresamente regulada. Desde luego que hace muy bien DEL TORO en denunciar esa "laguna" legal, y ojalá que esa denuncia sirviera no para regular expresamente la forma de ejecutar la pena de muerte sino para desterrarla también expresamente y de un modo definitivo en nuestro país, pero de ahí no se pueden derivar las conclusiones que él deriva con respecto a la situación real actual en España. Igualmente poco realistas parecen las consideraciones que hace CASABÓ, en el comentario al artículo 27, sobre la decadencia de la pena de muerte en España (II, 104). Tales argumentaciones, aparte de ser ajenas a la realidad, son peligrosas porque pueden conducir a acallar "malas conciencias", cuando más falta hace que estén despiertas. La mejor manera de luchar contra la pena de muerte es denunciar su real existencia y no cerrar los ojos ante esa realidad.

También pueden parecer formalistas las consideraciones que hace CASABÓ sobre la aplicabilidad de los artículos 65 y 67, que fueron introducidos en la reforma de 1944 a pesar de que no figura en la Ley de Bases que dio lugar a dicha reforma (II, 29). Ahora bien, teniendo en cuenta que estos preceptos, o mejor dicho, la forma en que fueron introducidos en el Código penal, suponen una evidente infracción del principio de legalidad, tiene razón CASABÓ, al considerarlos ilegales, poniendo el espíritu del principio de legalidad por encima del texto. Y por las mismas razones debe aplaudirse la crítica que hace este autor de algunas prácticas jurisprudenciales *contra legem*, como la de imponer penas no previstas en la ley, por ejemplo, la privación del derecho a obtener el permiso de conducir (II, 31). Lo mismo podría decirse de algunas teorías elaboradas por nuestro Tribunal Supremo, como la del *delito masa*, tan reciente y de tanta actualidad, que suponen una agravación de la responsabilidad legal no prevista ni deducible de precepto legal alguno. CASABÓ, al ocuparse incidentalmente del "tempus commissi delicti" en la sucesión de leyes, condena la tesis del delito continuado cuando va en perjuicio del reo, lo que *mutatis-mutandi* puede aplicarse al delito masa (II, 43, CÓRDOBA, II, 325).

II. Los comentarios a los artículos relacionados directamente con la teoría del delito son, como es lógico, y dado el estado actual de la teoría general del delito, los más extensos y densos de contenido. Se echa de menos, sin embargo, un capítulo previo, por ejemplo, al artículo 1.º, en el que se expusieran las bases teóricas de las que parten los autores en el entendimiento de ciertos conceptos fundamentales de la teoría del delito. Sobre todo, teniendo en cuenta que se dedica al fundamento teórico de la pena, un estudio expreso previo al estudio de los preceptos penales realizado por CASABÓ (II, 2 y ss). La oportunidad de un tal tipo de estudio en una obra de esta clase,

es cuestionable, porque en todo caso, la aceptación de una teoría absoluta o relativa de la pena carece prácticamente de trascendencia a la hora de interpretar los preceptos legales. Por el contrario, una concepción causal o final de los tipos penales sí condiciona los resultados de esa interpretación, por lo menos, en lo que se refiere a la teoría del delito.

Sabido es que CÓRDOBA RODA es finalista y RODRÍGUEZ MOURULLO causalista y como tales se expresan en sus respectivos comentarios. Para CÓRDOBA el dolo es elemento del tipo (I, 6, nota 2 y 17 ss.), RODRÍGUEZ MOURULLO considera, por el contrario, que es una forma de la culpabilidad (I, 96 y 125). Esto, aparte de la falta de unidad, puede conducir a soluciones contradictorias en materia de error (13) y de participación y en todo caso sorprende al lector no advertido en una nota previa de tan dispares concepciones.

a) De acuerdo con los postulados finalistas, parte CÓRDOBA en el comentario al párrafo primero del artículo 1.º de la acción y de la omisión como “realidades previas a la ley penal” ontológicamente distintas. Ello le lleva a plantearse el problema, a la hora de tratar de la comisión por omisión, de cuándo puede equipararse una omisión a una acción. Según CÓRDOBA, la solución depende de la estructura de cada tipo en particular. En aquellos tipos en los que se describe un hacer positivo, “tomar”, “herir”, “golpear”, etc., no será posible la comisión por omisión; aquellos otros, en cambio, en los que sólo se prohíba un resultado determinado sin referencia a una modalidad concreta de conducta, como “matar”, “encerrar”, etc., cabrá también la comisión puramente omisiva (I, 7 a 10). De este modo sitúa a mi juicio acertadamente, el problema de la comisión por omisión, dentro de los límites que imponen el principio de legalidad; pero deja también sin responder la cuestión de cuándo puede considerarse la omisión, en los casos en que legalmente pueda equipararse a la acción, causal para un determinado resultado prohibido; no menciona, por ejemplo, teorías tan importantes al respecto como la de la “acción esperada”, “la posición de garante”, la idea de la “ingerencia”, etc. Esto no es más que una consecuencia del principio anteriormente citado de que la posibilidad de comisión por omisión es un problema a tratar en cada delito en concreto, con lo que habrá que esperar al comentario de estos delitos. Pero quizá no hubiera estado de más una referencia general a este problema en este lugar.

La relación de causalidad es tratada también en este comentario al párrafo primero del artículo 1.º (I, 10 y ss.). CÓRDOBA RODA expone y critica la jurisprudencia al respecto, sin tomar partido por una concepción causal determinada.

Especial atención dedica, en cambio, CÓRDOBA a la determina-

(13) En relación con la llamada imprudencia de derecho o error de prohibición vencible, las opiniones de CÓRDOBA y RODRÍGUEZ MOURULLO coinciden en cuanto ambos incluyen estos casos en el artículo 565 e interpretan en el mismo sentido las palabras “voluntarias” y “malicia”; cfr. CÓRDOBA, I, 23, n. 41, 26, n. 44.

ción del alcance del término “voluntarias” en el párrafo primero del artículo 1.º Ya es conocida, desde las primeras publicaciones de este autor, su distinción entre “intención”, “voluntariedad” y “malicia”. La primera integra la voluntad dirigida al hecho típico, la segunda la voluntad contraria o referida a la norma y la tercera, la unión de las otras dos, es decir, la voluntad dirigida al hecho típico y contraria a la norma (14). De aquí deduce unas consecuencias importantísimas para la solución de un problema jurídico-penal clave: el conocimiento de la antijuricidad.

Al ser la “voluntariedad” un proceso psicológico que supone el conocimiento, se deduce que la voluntad contraria a la norma supone el conocimiento de la norma infringida, “ya de la prohibitiva del resultado o hecho típico en las conductas dolosas... ya de la del deber de cuidado en las culposas” (I, 25). Esto significa que, en contra de la muy extendida teoría de la culpabilidad defendida fundamentalmente por los finalistas —y téngase en cuenta que CÓRDOBA es finalista—, se exige el conocimiento *actual* de la norma infringida, no bastando el mero conocimiento *potencial*. Creo que esta tesis es correcta, no sólo porque está de acuerdo con la interpretación propuesta de la palabra “voluntarias” que estimo acertada, sino también porque desde un punto de vista políticocriminal, conduce a una deseada restricción de la punibilidad a aquellos casos en los que se demuestre, por lo menos, el conocimiento actual de la norma que impone el deber de diligencia (15). La presunción de voluntariedad que se establece en el párrafo segundo del artículo 1.º, interpretado correctamente por RODRÍGUEZ MOURULLO como una presunción del conocimiento de la antijuricidad (I, 41), no constituye un obstáculo grave para la validez de esta tesis, pues sólo tiene un alcance procesal más o menos discutible.

Igualmente la interpretación de la palabra “malicia” lleva a CÓRDOBA a conclusiones contrarias a la teoría de la culpabilidad en materia de error de prohibición. De acuerdo con la teoría de la culpabilidad, el error vencible sobre la antijuricidad del hecho, da lugar a una atenuación de la culpabilidad; según la teoría del dolo, este tipo de error vencible convierte el hecho doloso en culposo, admitiendo junto a la imprudencia de hecho, una imprudencia de derecho (16).

(14) Cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, págs. 64 y sigs.; EL MISMO, *Notas al Tratado de Derecho penal de Maurach*, Barcelona, 1962, T. II, págs. 11 y sigs.; EL MISMO, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, págs. 87 y sigs.

(15) Cfr. CÓRDOBA, *Notas cit.*, T. II, pág. 146: “A nuestro juicio, MAURACH y, en general toda la doctrina finalista de la acción incurrir en un defecto al tratar del conocimiento del injusto: no se percatan que también en el llamado conocimiento *potencial*, se da un actual conocimiento de la antijuricidad. Lo que ocurre es que este *actual* conocimiento versará sobre una norma distinta a la prohibitiva del resultado delictivo. Se referirá a la norma de cuidado, dirigida sin duda a evitar la producción de eventos criminales, pero abstraída en su existencia e independientemente de ellos. En suma, el *potencial* conocimiento de la antijuricidad del resultado delictivo, presupone el *actual* conocimiento de la norma de cuidado.”

(16) Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., T. II, págs. 131 y sigs.

CÓRDOBA, a pesar de ser finalista, postula una teoría parecida a la del dolo y considera que el error vencible sobre la antijuricidad del hecho debe ser castigado como imprudencia en base al artículo 565, porque la ausencia de "malicia" exigida en dicho precepto, indica que en él se pueden incluir tanto los casos en los que el sujeto no quiere el resultado típico (imprudencia de hecho) como aquellos en los que no se representa la contradicción de su acción con la norma (imprudencia de derecho) (I, 26). Creo que este planteamiento es irreprochable, porque una cosa es aceptar que el dolo y el conocimiento de la antijuricidad ocupan lugares sistemáticos distintos, y esto lo acepta CÓRDOBA, y otra distinta es equiparar su tratamiento penal. En esta última cuestión decide la regulación legal y, por supuesto, la conveniencia políticocriminal de una tal equiparación (17) y ambos datos hablan a favor de la tesis de CÓRDOBA.

Totalmente distinto es el tratamiento que ofrece CÓRDOBA de las *eximentes putativas* (I, 260 ss., 275, 351 s., 381 ss., 402 ss.). La creencia vencible en la existencia de los presupuestos de la causas de justificación (agresión ilegítima en la legítima defensa, realidad del peligro para el bien jurídico en el estado de necesidad, etc.) fundamenta, según la teoría del dolo y la de los elementos negativos del tipo el castigo por imprudencia; según la teoría de la culpabilidad la aplicación de una circunstancia atenuante (18). Es decir, si yo creo, con un error vencible, que alguien me está apuntando con una pistola para matarme y disparo yo antes matando al presunto agresor, según la teoría del dolo y la de los elementos negativos del tipo debería castigármese por homicidio por imprudencia (artículo 565: prisión menor si la imprudencia es temeraria) y según la teoría de la culpabilidad por homicidio doloso atenuado (art. 407: reclusión menor en grado mínimo, artículo 61, 1.ª, o si la atenuación se estima como muy calificada, artículo 61, 5.ª, prisión mayor o menor) (19). La Jurisprudencia española sigue en esta materia unos derroteros totalmente distintos al de estas teorías que CÓRDOBA analiza y sistematiza hasta en sus menores detalles sobre todo al tratar de la legítima defensa putativa (I, 261 ss.). En primer lugar la Jurisprudencia equipara la *creencia racional* en la existencia de una agresión ilegítima a la *existencia real* de la misma y concede en ambas situaciones el mismo efecto eximente. Esto no supone una confusión entre antijuricidad y culpabilidad, porque, como señala CÓRDOBA, la

(17) Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción Muñoz Conde, Barcelona, 1972, pág. 69.

(18) Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., T. I, pág. 376, T. II, págs. 141 y sigs.

(19) La teoría del dolo es defendida en España por la doctrina dominante, véase ANTÓN ONECA, *op. cit.*, pág. 240; QUINTANO, *Curso*, cit., volumen I, pág. 313; DEL ROSAL, *Tratado*, cit., vol. II, pág. 221. La teoría de la culpabilidad es defendida por CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, pág. 456; EL MISMO, *Notas a El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964, págs. 58 y sig., y 66 y sig. Sobre esta postura, véase críticamente GIMBERNAT, *Recesión a El nuevo sistema de Welzel*, cit. en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1966.

racionalidad de la creencia “es apreciada en virtud de un *juicio objetivo de exigibilidad*” (I, 267). Caso de que esta creencia no esté racionalmente fundada, es decir, caso de que haya que afirmar la antijuricidad del hecho, deberá plantearse todavía, en el plano de la culpabilidad, el problema de la *exigibilidad subjetiva*, es decir, el problema de si el autor podía personalmente vencer su error (20). Si el sujeto no podía personalmente superar su error, deberá quedar exento de responsabilidad penal, por falta de culpabilidad, basando la absolución en la falta de voluntariedad o en la eximente de miedo insuperable. Pero si el sujeto hubiera podido, por el contrario, vencer su error, se plantea el problema de cómo hay que castigarlo. La jurisprudencia estima en este caso una circunstancia atenuante; la doctrina aplica el artículo 565. CÓRDOBA RODA, consecuentemente con la actitud metodológica adoptada de examinar los problemas tal como se dan en la realidad, se inclina por la solución jurisprudencial. Esto parece estar en contradicción con la interpretación propuesta del término “malicia” y con la inclusión de la imprudencia de derecho en el artículo 565. Pero debe tenerse en cuenta que la creencia errónea en la existencia de los presupuestos de las causas de justificación no puede equipararse sin más, al error de prohibición y que CÓRDOBA parte de la regulación jurisprudencial: “resultaría, pues, por completo incongruente —dice CÓRDOBA— con lo hasta aquí expuesto, el que resolviéramos ahora la cuestión del justo tratamiento en la jurisprudencia de la creencia infundada, en virtud de la estimación de la culpa o imprudencia. La admisión de esta última contradiría, en efecto, las características de la regulación jurisprudencial de la creencia fundada; recuráese, en efecto, que la misma no elimina el dolo, sino que origina la apreciación de la propia circunstancia de legítima defensa, en virtud de un objetivo juicio de exigibilidad” (I, 266). Obsérvese que este proceder supone un tratamiento de la creencia infundada en la existencia de los presupuestos de las causas de justificación distinto al patrocinado por la teoría del dolo y la de los elementos negativos del tipo y se aproxima a la teoría de la culpabilidad, pero a diferencia de ésta, admite la imprudencia de derecho en el error de prohibición. CÓRDOBA distingue entre error vencible de prohibición y creencia infundada en la existencia de los presupuestos de las causas de justificación (véase por ejemplo, I, 405), incluyendo el primero en el artículo 565 y estimando en el segundo una circunstancia atenuante. A este respecto destaca el proceder jurisprudencial que distingue entre la creencia equivocada en el cumplimiento de un deber y la errónea suposición en el ejercicio de un derecho, “aquella origina... la estimación de la propia circunstancia decimo-primeramente del artículo 8.º, mientras que la segunda motiva, según rei-

(20) Con muy buen criterio considera CÓRDOBA, siguiendo a HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en *Festschrift für Mezger*, 1974, págs. 249 y sigs., que la exigibilidad de otra conducta no es un problema exclusivo de la culpabilidad, sino un principio regulativo que informa todas las categorías de la estructura del delito.

teradísima jurisprudencia y doctrina, la exclusión de la característica de *voluntariedad* del primer párrafo del artículo 1.º del Código penal” (I, 383). Desgraciadamente, no analiza CÓRDOBA las consecuencias sistemáticas que pueden derivarse de este tratamiento penal de las eximente putativas. En todo caso esta tesis parece dar la razón a aquellos que opinan que el tratamiento penal del error es un problema politicocriminal que sólo puede fundamentarse en la teoría de los fines de la pena y en los preceptos que regulan las propias causas de justificación (21).

En orden a otros problemas relacionados con las causas de justificación, merece destacarse el estudio que hace CÓRDOBA de la agresión ilegítima en la legítima defensa porque, en contra de un sector doctrinal y jurisprudencial, niega la necesidad del propósito lesivo en el agresor (I, 240 s.). Igualmente sostiene la aplicación del estado de necesidad a los delitos imprudentes, porque, en contra de una jurisprudencia constante, estima que en estos delitos también se da una voluntad dirigida a la lesión o infracción de una norma: la voluntad de infringir la norma de cuidado (I, 284). La provocación del estado de necesidad es entendida, en contra de la doctrina y la jurisprudencia dominantes y de acuerdo con el texto legal, como provocación intencional de la *situación de necesidad* y no de la *situación de peligro*, con lo que se amplía bastante el ámbito de la eximente (I, 295 ss.). El requisito de la falta de provocación suficiente en la legítima defensa produce, por el contrario, una limitación en el ámbito de aplicación de esta eximente y una aceptación de la idea del *versari in re illicita* que, según CÓRDOBA, sólo puede atenuarse con una teoría limitadora de la causalidad (I, 251 ss.). Especialmente interesantes son las consideraciones que hace CÓRDOBA en relación con el uso de la violencia por parte de la Autoridad en el estudio de la eximente del ejercicio de un cargo. La importancia de este problema se ha puesto de relieve recientemente con las reacciones desproporcionadas de las fuerzas encargadas de mantener el orden público ante alteraciones de ese orden, con ocasión de manifestaciones y reuniones de tipo político. Lo más importante de la tesis de CÓRDOBA es que, en contra de un sector jurisprudencial, no atribuye una significación decisiva a las reglamentaciones de esa función pública —la “cartilla de la Guardia civil” por ejemplo—, sino que pone por encima de ellas los principios de proporcionalidad y necesidad que “responden a un elemental imperativo de la actual ética social” (I, 374). A mi juicio, este principio juntamente con otros, como el de la exigibilidad, en su vertiente objetiva, debe informar a modo de “topoi” o punto de vista rector, todas las causas de justificación demasiado apegadas al principio formal de la prevalencia del Derecho (22). Según CÓRDOBA, el uso de la violencia por parte

(21) Cfr. ROXIN, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, T. LXXVI, 1964, páginas 582 y sigs.

(22) Cfr. ROXIN, *Política criminal*, cit., págs. 57 y sigs.

de la Autoridad sólo está justificado, cuando sea necesario. Esta necesidad se determina en un doble plano: en primer lugar, en un plano abstracto, planteando el problema de la necesidad de la violencia *en sí*; en segundo lugar, en un plano concreto, atendiendo a la *idoneidad* del medio interpuesto que ha de ser racional y adecuado al hecho motivador de la violencia (I, 373 ss.) (23).

De las restantes eximentes debe mencionarse por su claridad el estudio que hace CÓRDOBA de la enajenación mental y trastorno mental transitorio, materia excesivamente complicada por la interferencia de conceptos clínicos poco precisos. CÓRDOBA atiende, a mi juicio acertadamente, más al efecto psicológico que a la causa determinante (I, 207 ss.). En lo que se refiere al internamiento de los enajenados que hubieran cometido un hecho calificado como delito, considera, en contra de la doctrina dominante, que es necesario la constancia de la peligrosidad del enajenado (I, 226 ss.). Respecto a la eximente de miedo insuperable, muestra la contradicción interna de la regulación legal que la configura, por una parte, de un modo objetivo como si de un estado de necesidad se tratase y, por otra, de un modo subjetivo como una causa de inimputabilidad, lo que la hace aparecer como superflua (I, 357 ss.). La obediencia debida es considerada como una eximente en los casos de órdenes antijurídicas, siempre que la antijuricidad de la orden no sea manifiesta para el subordinado; pero admite una excepción en relación con las órdenes dadas en la esfera del Ministerio fiscal, porque la regulación legal de este cuerpo obliga a la obediencia aun constando la antijuricidad de la orden dada por el superior (I, 394 ss.).

De la eximente de la minoría de edad se ocupa CASABÓ, que analiza la contradicción existente entre el número 2 del artículo 8.º que exige de responsabilidad penal al menor en todo caso y el número 2 del artículo 185 del Código de Justicia Militar, que limita la exención al menor de 16 años que obrará sin discernimiento. CASABÓ considera prevalente el precepto del Código penal común (I, 231). También se ocupa este autor de otros problemas relacionados con la minoría de edad penal: la atenuante de ser menor de 18 años (I, 430 ss.) y del correspondiente tratamiento penal en estos casos (II, 288 ss.).

b) De todos los preceptos del Libro I del Código penal relacionados con la responsabilidad por el resultado se ocupa RODRÍGUEZ MOURULLO. Hasta ahora se ha dicho casi siempre que la responsabilidad por el resultado era inevitable en nuestro Ordenamiento jurídicopenal dada la redacción del párrafo tercero del artículo 1.º y de la eximente de caso fortuito del número 8.º del artículo 8.º

(23) Es también importante destacar que CÓRDOBA exige en todas las causas de justificación la presencia del elemento subjetivo de justificación no sólo en aquellas en que tal exigencia se deriva ya del propio texto legal, como en la legítima defensa o en el estado de necesidad, sino también en otros donde este requisito no se deduce expresamente del texto legal, como en el ejercicio legítimo de un derecho, cumplimiento de un deber, etcétera, cfr. T. I, págs. 247 y sig., 257, 281 y sigs. y 380 y sig.

RODRÍGUEZ MOURULLO es de otra opinión. Para él el párrafo tercero del artículo 1.º no contiene más que una declaración genérica de responsabilidad en casos de desviación y producción de un delito distinto al querido que no indica, sin embargo, de qué ha de responder el sujeto ni señala la clase de responsabilidad en que incurre (I, 51 ss.). Por otra parte, la exigencia de licitud del acto inicial en el caso fortuito no es tampoco un obstáculo insalvable. RODRÍGUEZ MOURULLO estima que dicha exigencia sólo impide eximir de responsabilidad por el hecho inicial ilícito, pero no por el producido por mero accidente y que, en todo caso, la falta de la *voluntariedad* a que se refiere el párrafo primero del artículo 1.º excluye la responsabilidad por el resultado fortuitamente causado (I, 318 ss.).

RODRÍGUEZ MOURULLO no es, sin embargo, totalmente consecvente con esta interpretación. Al tratar posteriormente de la circunstancia 4.ª del artículo 9.º —llamada preterintencionalidad—, admite la imputación del resultado preterintencional fortuitamente producido con la consideración de que “*no hay base legal alguna* que permita restringir esa responsabilidad dolosa, aunque atenuada, a los casos en que el resultado preterintencional está cubierto al menos por la imprudencia” (I, 445), lo que parece contradictorio con lo dicho al tratar del caso fortuito. A esto le lleva la aceptación de una concepción determinada de la preterintencionalidad, entendida no sólo como conjunto de dolo y culpa, sino también como conjunción de dolo y caso. Pero se entienda la preterintencionalidad de un modo u otro, en todo caso, es seguro que se trata de una institución a la que, en principio, es ajena nuestro Código penal. Por eso me parece también discutible la interpretación que propone del artículo 50 en función de la preterintencionalidad (II, 207), porque este precepto no se refiere solamente a los casos en que el delito distinto es más grave que el propuesto, en los que se podría hablar de preterintencionalidad, sino también a aquellos en los que el delito ejecutado es menos grave que el propuesto, en los que difícilmente se puede hablar de preterintencionalidad.

Me parecen, en cambio, bastante acertadas las argumentaciones que RODRÍGUEZ MOURULLO expone en orden a la solución del tan discutido tema del llamado homicidio preterintencional. RODRÍGUEZ MOURULLO acepta la tesis de Silvela de aplicar en estos casos el artículo 50, pero limita esta tesis de un modo que la hace más viable. La exposición de la doctrina y jurisprudencia sobre este problema es exhaustiva y clarificadora para la solución que él propone (I, 449 ss.). Creo que, independientemente de algunas objeciones que se pueden hacer a su tesis, la visión integradora que propone de la atenuante cuarta del artículo 9.º y del artículo 50 contribuye en gran manera a desterrar el fantasma de la responsabilidad por el resultado en nuestro Código penal (24).

(24) Véase STS 30 marzo 1973, que coincide casi literalmente con la tesis de MOURULLO. Sobre esta sentencia puede verse mi comentario: *Del llamado homicidio preterintencional*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, 1974.

c) También se ocupa RODRÍGUEZ MOURULLO de todos los artículos relacionados con el "iter criminis" y las formas de participación en el delito.

Los problemas que plantea la consumación del delito son tratados exhaustivamente. Para RODRÍGUEZ MOURULLO consumación no es sólo la realización del tipo objetivo sino también la de los demás requisitos que constituyen la figura delictiva. Pero no lleva esta opinión hasta el punto de considerar que sea preciso para la consumación el que se produzcan también las condiciones objetivas de penalidad, cuando se exija la presencia de éstas a la hora de castigar el delito (I, 73).

La distinción entre tentativa y frustración se lleva a cabo de acuerdo con un criterio objetivo, "para establecerla hay que atender a la estructura del tipo objetivo del delito consumado, y no a la representación del autor" (I, 90); en el ámbito subjetivo mantienen ambas figuras su unidad. La distribución sistemática que hace de estos elementos, objetivo y subjetivo, al tratar de la tentativa y frustración por separado, peca, a mi juicio, de un excesivo análisis. El problema de los actos ejecutivos es estudiado como un problema de tipo (I, 92, 111 ss.), el de la peligrosidad concreta de esos actos como un problema de antijuricidad (I, 93 y s., 124), pero al distinguir, por ejemplo, entre actos preparatorios y actos ejecutivos, un problema de tipicidad, se recurre a la noción de peligro (I, 117), y es que, en el fondo, la noción de peligro es inherente ya a los actos ejecutivos típicos. En el plano subjetivo distingue entre la decisión de consumir el delito, como elemento subjetivo de lo injusto (I, 95 y 124), y el dolo, como elemento de la culpabilidad (lug. u. cit.), por más que incluso los causalistas hayan aceptado que en las formas imperfectas de ejecución, decisión de cometer un delito y dolo coinciden y que este último es un elemento subjetivo de lo injusto en las formas imperfectas de ejecución (25), independientemente, por supuesto, de que después se contemple el conocimiento de la antijuricidad como un elemento de la culpabilidad. Pero lo más sorprendente es que incluso los tradicionales elementos subjetivos de lo injusto, el ánimo de lucro por ejemplo, se traten también dentro de la culpabilidad (I, 96).

Por otra parte, el apego a la definición legal de tentativa y frustración le lleva a considerar, de acuerdo con la doctrina dominante en España, que el desistimiento voluntario de consumir el delito es elemento negativo de la tipicidad de las formas imperfectas de ejecución, aceptando expresamente las consecuencias que de esta tesis se derivan en orden a la impunidad de los partícipes que no desisten (I, 98). Una consecuencia tan grave como ésta me parece que no se puede aceptar por el mero hecho de que en la definición de la tentativa se haga referencia expresa al desistimiento y, en todo caso, supone admitir algo que me parece también cuestionable: que todo

(25) Véase, p. ej., MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Munich, 1950, págs. 40 y sigs.

lo que se recoge en la definición legal de una figura delictiva pertenece también a la tipicidad de esta figura (26). Desde el punto de vista políticocriminal hay que decir, desde luego, que la impunidad del partícipe a consecuencia del desistimiento voluntario del autor no es tal, si su contribución al delito puede subsumirse en alguna de las conductas previstas en el artículo 4.º —conspiración, proposición y provocación—, de las que por cierto, RODRÍGUEZ MOURULLO hace un detenido estudio (I, 150 a 190); pero en todo caso, surgen con esta teoría “lagunas” de punibilidad difíciles de colmar y de justificar desde un punto de vista políticocriminal. También peca de excesivo espíritu analítico el tratamiento separado que hace de los problemas relacionados con la *voluntariedad* en el desistimiento y en el arrepentimiento (I, 99 ss., 133 ss.) y aun el tratamiento separado, incluso nominal, de estas dos figuras que obedecen a unas mismas razones políticocriminales y tienen una problemática parecida (27).

Al margen de estas objeciones de tipo formal, debe enjuiciarse, sin embargo, favorablemente el estudio material que hace de estos problemas, sobre todo de los relacionados con la distinción actos preparatorios actos ejecutivos (I, 113 s.) y con el arrepentimiento y desistimiento voluntarios (I, 97 ss., 126 ss.). Por razones de espacio me voy a referir solamente al problema del delito imposible, especialmente estudiado por RODRÍGUEZ MOURULLO.

La introducción del párrafo segundo del artículo 52, en el que se castigan con la misma pena de la tentativa, los casos “de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”, ha planteado el problema de si este precepto crea una tercera forma de imputación, distinta a la tentativa o frustración o, por el contrario, no es más que un precepto de referencia destinado únicamente a decir cómo debe castigarse la tentativa inidónea, ya de por sí, punible en base al artículo 3.º del Código penal. La respuesta a este problema depende, señala RODRÍGUEZ MOURULLO, del fundamento de la punibilidad de la tentativa y la frustración de la tentativa y frustración recogidas en el artículo 3.º (I, 81 ss.). Para RODRÍGUEZ MOURULLO este fundamento es uno objetivo: la concreta puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos. Por tanto, todo acto ejecutivo que no tenga esta cualidad, quedará excluido del artículo 3.º y habrá que incluirlo, en todo caso, en el párrafo segundo del artículo 52. El fundamento de este último precepto es uno subjetivo o, como RODRÍGUEZ MOURULLO dice, uno subjetivo-objetivo (II, 224) y a él habrá que recurrir para castigar todas aquellas manifestaciones de voluntad rebeldes al Ordenamiento jurídico que no pongan en peligro de un modo con-

(26) Y aunque así fuera, también debe distinguirse entre tipo de injusto y tipo de culpabilidad, y aun así pueden encontrarse en las definiciones legales elementos que no pueden integrarse en ninguna de estas dos clases: de tipo; cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg, Teil*, 2.ª ed., Berlín, 1972, pág. 186.

(27) Cfr. mi libro *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, pág. 9 y *passim*.

creto los bienes jurídicos protegidos. La consecuencia principal de esta especial regulación es la de aplicar siempre la misma pena, la de la tentativa, al delito imposible, aun cuando se hayan realizado todos los actos de ejecución. Otra consecuencia es la de tener que fundamentar la impunidad del desistimiento con criterios autónomos no derivados del artículo 3.º En definitiva, concluye RODRÍGUEZ MOURULLO, el párrafo segundo del artículo 52 es una norma extensiva de la tipicidad a aquellos casos que no se incluyen en el artículo 3.º (II, 221 ss.). En esta extensión radica su mayor defecto. El tenor literal del párrafo segundo del artículo 52 permite castigar conductas verdaderamente alejadas del ámbito de protección al bien jurídico y por más que se quiera restringir ese ámbito, el mismo RODRÍGUEZ MOURULLO confiesa que aun los casos de inidoneidad del sujeto y de "tentativa irreal" podrían incluirse en él (II, 227 ss.).

Estos excesos en la punibilidad de conductas ciertamente de poca entidad son consecuencias inevitables de una determinada concepción políticocriminal de nuestro legislador y son también, por supuesto, criticables. Pero desgraciadamente la Jurisprudencia se ha atenido escuetamente al tenor literal del párrafo segundo del artículo 52, cuando por razones ideológicas, le ha interesado, por ejemplo, en el aborto, extender la punibilidad, castigando las prácticas abortivas en la mujer no encinta o con medios absolutamente inidóneos (28); otras veces, en cambio, se ha olvidado totalmente de la existencia de este precepto, cuando no le ha interesado extender la punibilidad. De *lege ferenda* debería suprimirse, por tanto, precepto tan perturbador y tan reñido con la seguridad jurídica. La vuelta al sistema anterior a 1944, al del artículo 3.º solamente, produciría una beneficiosa restricción de la punibilidad. No creo que fuera inconveniente, como no lo fue antes de 1944, el fundamento objetivo del artículo 3.º, para incluir en él algunos casos de tentativa inidónea que deban castigarse. La interpretación puramente objetiva que RODRÍGUEZ MOURULLO hace de este precepto tiene razón de ser en tanto exista el artículo 52.

d) Un estudio casi monográfico de los preceptos legales relativos a la autoría y participación en el Código penal hace también RODRÍGUEZ MOURULLO. La profundidad y detenimiento con que los analiza, nos obliga a detenernos brevemente, para referirnos sólo a algunos de los problemas tratados por dicho autor.

En primer lugar, el concepto de autor. RODRÍGUEZ MOURULLO, en una línea que cada vez se va extendiendo más en nuestra doctrina (29), considera que autor no es ninguno de los mencionados en el artículo 14, sino sólo aquél que realiza "por sí mismo o a través

(28) Véase SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1966, páginas 216 y sigs.

(29) Así, p. ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal, Parte General*, citada, pág. 668, y GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 221.

de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la figura delictiva" (I, 802). Este concepto de autor le permite, por un lado, aceptar la figura del autor mediato, de cuya problemática hace un detenido estudio (I, 803 ss.) y, por otro, extenderlo a los delitos imprudentes, rechazando la distinción entre el concepto final de autor propio de los delitos dolosos y el concepto causal de autor válido para los delitos imprudentes (I, 812 s.). Con este concepto pueden surgir lagunas de punibilidad que RODRÍGUEZ MOURULLO remedia hasta cierto punto, extendiendo la figura de la autoría mediata también a los delitos imprudentes (I, 817). Considero que esta postura es acertada, aunque su fundamentación queda un poco en el aire. El concepto de autor que ofrece RODRÍGUEZ MOURULLO es el de la *autoría directa* y, aunque todo el mundo está de acuerdo en equiparar a ella la *autoría mediata*, es preciso fundamentar esa equiparación de algún modo. Para MOURULLO la noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial, pero el problema consiste en demostrar por qué se equipara esa realidad a la de la autoría directa. Con el concepto formal de autor mantenido por MOURULLO esa equiparación resulta difícil. Lo mismo sucede en otros casos en los que la conducta de los partícipes ni es realización directa del tipo ni encaja en ninguno de los supuestos mencionados en el artículo 14. La figura del jefe de una banda que planea y dirige el robo, pero que no lo lleva a cabo personalmente, no realiza acto ejecutivo alguno, ni induce ni coopera en él queda, según RODRÍGUEZ MOURULLO, impune (I, 828 ss.). Para evitar estas indeseables lagunas de punibilidad, el Tribunal Supremo recurre a la doctrina del acuerdo previo, justamente criticada por RODRÍGUEZ MOURULLO (I, 830 ss.) (30). Pero, a pesar de esta crítica, no cabe duda de que existe una necesidad politicocriminal evidente de castigar este tipo de conductas. Piénsese en los crímenes cometidos amparados en un poder organizado en el que el jefe se limite a dar órdenes y a planear la realización de estos hechos, así por ejemplo, en la Alemania nazi, HITLER no ejecutó personalmente la muerte de ningún judío, ni se puede decir que indujera, en el sentido técnico de la palabra, ni cooperara en ello. Según la tesis defendida por RODRÍGUEZ MOURULLO habría que dejarlo impune. Este ejemplo, un tanto forzado, pone, sin embargo, de relieve que, al igual que el concepto de autor mediato, el concepto de autor en general requiere de una fundamentación que no puede encontrarse en la ley. Hay que recurrir a criterios materiales como el del dominio del hecho si se quiere castigar estos hechos (31). Con ello no se pone en peligro el principio de legalidad. El concepto de autor, igual que el de acción, el de relación de causalidad, dolo, etc.,

(30) Véase GIMBERNAT, *op. u. cit.*, págs. 57 y sigs.

(31) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a ed., Hamburgo, 1967, págs. 242 y sigs., y 275 y sigs. Muy interesantes al respecto son las consideraciones de CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en *Festschrift für Welzel*, Berlín, 1974, págs. 649 y sigs.

es un concepto ontológico que la ley, tácita o expresamente, tiene en cuenta a la hora de crear los tipos penales, aunque después lo configure de un modo u otro. Por ello tiene razón, RODRÍGUEZ MOURULLO, cuando dice que el concepto de autor no se encuentra en el artículo 14. Pero precisamente por eso, hay que configurar y fundamentar el concepto de *realización del tipo* de tal modo, que abarque casos que desde ningún punto de vista pueden o deben quedar impunes.

En relación con la *inducción* hay que destacar la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO sobre la inducción en los delitos especiales. RODRÍGUEZ MOURULLO distingue la inducción en los delitos especiales propios de la inducción en los delitos especiales impropios. En los primeros el inductor responde siempre del delito especial, no así en los segundos, en los que la responsabilidad del inductor por el delito especial impropio viene condicionada por la estructura del respectivo tipo penal. Así por ejemplo, dice RODRÍGUEZ MOURULLO, quien induce a otro a que realice un hurto con abuso de confianza, responde también de este delito, pero si lo induce a cometer un hurto cualificado por la doble reincidencia, responde sólo de hurto común (I, 864 s.). Independientemente de la bondad de esta tesis, creo que los ejemplos aducidos no son muy afortunados, pues el hurto con abuso de confianza o el cualificado por la doble reincidencia no son delitos especiales impropios, sino meros tipos cualificados del hurto común y, por lo tanto, en la determinación del problema de si se imputan o no estas cualificaciones al inductor, o cualquier otro partícipe, hay que tener en cuenta las reglas del artículo 60 y no las de la participación. Pero, aparte de esto, tampoco convence mucho la fundamentación teórica que RODRÍGUEZ MOURULLO aduce en apoyo de su tesis. Para él, la ruptura del título de imputación en los delitos especiales impropios se deriva de que la estructura de la participación y, por tanto, de la inducción, requiere la presencia de un hecho ajeno, pero este hecho puede ser calificado de un modo distinto para el autor y para el partícipe. “Se comete la intencional sustracción de efectos públicos, no la malversación o la apropiación indebida como tales. Se comete, por causa de honor, la muerte de un niño de muy corta edad, que luego podrá ser valorada como parricidio, homicidio (asesinato) o infanticidio” (I, 867). Es evidente que con esta tesis se pone en peligro toda la teoría de la accesoriidad de la participación respecto al hecho principal del autor; aunque curiosamente RODRÍGUEZ MOURULLO la siga manteniendo en otros lugares (I, 805 s.). Ahora bien, esta tesis carece de apoyo en el texto legal y encierra, además, el peligro de conducir a la inseguridad jurídica en esta materia tan sobrecargada —por ejemplo, respecto al parricidio y al infanticidio— de elementos irracionales. El Código penal no parte de los hechos como tales, sino de los hechos tipificados en él, es decir, de una calificación en la que se tiene en cuenta al autor en sentido estricto de esos hechos y que después se extiende a los partícipes. No se puede determinar la responsabilidad de los

partícipes sin anudarla previamente al hecho tipificado cometido por el autor que ya ha sido calificado legalmente. Por otra parte, la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO no ayuda mucho a la seguridad jurídica. Traslada esta tesis al problema de la participación de *extranei* en los delitos de parricidio e infanticidio habría que averiguar, por ejemplo, si de la estructura típica de estos dos delitos se derivan o no argumentos favorables para la aplicación de la pena que tienen asignada a los partícipes *extranei*. Podría decirse, por ejemplo, que mientras que en el parricidio la cualidad de pariente es lo fundamental en el tipo, en el infanticidio, por el contrario, lo es el ánimo de ocultar la deshonra, y mientras que en el primero el *extranei* responde por el delito común de homicidio o asesinato, en el segundo puede responder también por infanticidio si actúa con ánimo de ocultar la deshonra de la madre. A mí me parece que una tesis semejante deja al intérprete en la más absoluta inseguridad, porque las más de las veces de la redacción o configuración de los tipos penales no se puede derivar ninguna conclusión definitiva al respecto. El mismo legislador, al no regular expresamente este problema, está dando a entender que se deben aplicar los principios generales de la participación (32).

Otro problema interesante es el del error sobre la necesidad de la cooperación en el artículo 14, número 3. Según RODRÍGUEZ MOURULLO "si el cooperador desconoce que su contribución es necesaria para el ejecutor, se origina un supuesto de incongruencia entre el aspecto objetivo y subjetivo, propio de la cooperación necesaria y desaparece, con ello, la posibilidad de aplicar el número 3 del artículo 14" (I, 879). En contra de la opinión de GIMBERNAT, que considera que existe aquí una complicidad frustrada que, conforme a nuestro Derecho, es impune (33), afirma RODRÍGUEZ MOURULLO que "subsistirá siempre la posibilidad de aplicar el artículo 16" (I, 880), es decir, que considera que existe complicidad consumada. Para el caso inverso, cuando el cooperador cree que su contribución no es necesaria, pero en realidad lo es, ambos autores coinciden en afirmar que existe complicidad consumada (lug. u. cit.). Creo, sin embargo, que tanto una como otra tesis son inexactas. Con ellas se aceptan los postulados de una teoría subjetiva extrema de la participación, yendo todavía más lejos, pues no se distingue ya entre voluntad de autor y voluntad de partícipe, sino que se matiza dentro de ésta última, entre voluntad de cooperador necesario y voluntad de cómplice. Pero, igual que sucede con la distinción entre autor y partícipe, también la distinción entre cooperador necesario y cómplice, debe ser una objetiva. La mayoría de las veces el cooperador ni siquiera tiene conciencia de la necesidad de su aportación, quiere sólo participar, cooperar en la ejecución de un hecho punible y nada más. El que

(32) Sobre la participación del *extraneus* en los delitos especiales improprios, véase GIMBERNAT, *op. cit.*, págs. 252 y 255 y sigs., y QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona, 1974., págs. 31 y sig., 56 y sigs., y *passim*.

(33) GIMBERNAT, *op. cit.*, págs. 162-166.

su cooperación sea o no necesaria es un dato que debe ser valorado, a los efectos de incluirlos en el artículo 14 número 3 o en el artículo 16, con las consiguientes diferencias en la pena, pero esa valoración no depende ya de él. El elemento subjetivo de la participación dolosa es la conciencia y voluntad de participar en un hecho ajeno. Matizar posteriormente esa voluntad, según se quiera contribuir más o menos en el delito, es subjetivizar en extremo la teoría de la participación y, en todo caso, es contrario a la regulación legal que, para distinguir el cooperador necesario del cómplice, atiende exclusivamente a módulos objetivos y no a la voluntad del sujeto. Por eso considero que existe cooperación necesaria, cuando el sujeto coopera a la ejecución del hecho "con un acto sin el cual no se hubiera efectuado", aunque crea que ese acto no es necesario, y que existe complicidad, cuando el sujeto, considerando que su contribución es importantísima, coopera con un acto objetivamente de poca importancia. Esta es la solución que se deriva, a mi juicio, de la regulación legal, y creo también que es también la solución más realista y más justa.

III. El tomo segundo, siguiendo el orden legal de nuestro Código, está íntegramente dedicado al comentario de los preceptos relativos a las clases de pena, su aplicación y ejecución, a la determinación de la responsabilidad civil y a las causas de extinción de la responsabilidad penal.

a) Se inicia este volumen con un estudio dedicado al estudio del fundamento teórico de la pena y al concepto de pena en el Código penal español. De ello se encarga CASABÓ. Ya hemos dicho anteriormente que un estudio de este problema parece estar de más en una obra de este tipo. Y en efecto así es. Y además, puede ser perturbador. Adscribir nuestro Código penal a una concepción retributiva de la pena, como hace CASABÓ (II, 10 ss.), significa excluir desde un principio toda posibilidad de limitar la punibilidad o interpretar los tipos penales, según criterios preventivos, a no ser que, como el mismo CASABÓ advierte, existan preceptos que admitan esos criterios en casos muy concretos. Pero aun así, dice CASABÓ, "si en un supuesto concreto entrasen en conflicto el principio preventivo y el retributivo, debería sacrificarse el primero en aras del último, por ser el básico" (II, 16). En definitiva, CASABÓ opina que el fundamento de la pena es la pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro del marco retributivo y por vía de excepción admite que con el castigo se busquen fines preventivos (34). Esta concepción parece, sin embargo, discutible, tanto desde un punto de vista teórico-doctrinal como jurídico-positivo.

Las teorías de la unión o "completivas", con las que en el fondo coincide CASABÓ, aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso en la lucha de Escuelas que dividió durante décadas a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios

(34) Cfr. MAURACH, *Tratado*, cit., T. I, págs. 79 y sigs.

rios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial. Pero como toda solución de compromiso desembocó en un eclecticismo que queriendo contentar a todos no satisface a nadie. Retribución y prevención se comportan como dos polos opuestos de una misma realidad que, en principio, se excluyen mutuamente, a no ser que se busque una solución en la que uno y otro principio puedan coexistir sin estorbarse. Esta última vía es la elegida por los autores que más recientemente se han ocupado de este problema en Alemania: SCHMIDHÄUSER y ROXIN (35). Aunque con diversidad de matices y aun discrepancias de fondo, llegan estos autores a la conclusión de que hay que distinguir los distintos estadios en los que la pena aparece: cuando se amenaza con ella, cuando se impone y cuando se ejecuta. Cada uno de estos estadios cumple funciones y finalidades distintas. En el momento de la amenaza penal, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta con la amenaza de una pena, es decisiva la idea de prevención general, es decir, la intimidación de los miembros de la comunidad para que se abstengan de cometer la conducta prohibida; en el momento de la imposición de la pena por el juez como castigo por el hecho cometido predomina la idea de retribución y en el momento de la ejecución de la pena, sobre todo si ésta es privativa de libertad, prevalece la prevención especial sobre todos los demás principios, intentándose la reeducación o resocialización del delincuente. La retribución ocupa, como se ve, en estos sistemas un lugar determinado, no el único, y permite el juego de los demás principios.

Tampoco creo obligatorio admitir las teorías de la unión, fundamentalmente retributivas, como una consecuencia forzosa del sistema adoptado en el Código penal español. Aparte de las dificultades que surgen siempre a la hora de adscribir un cuerpo legal como el Código penal a una determinada teoría o ideología, creo que existen argumentos suficientes para considerar que en el Código penal español no es tan básica la idea retribucionista como cree CASABÓ. El principio de culpabilidad, cuya vigencia en nuestro Código penal es tan deseable como discutible, se puede fundamentar también con criterios preventivos y son precisamente estos criterios los que ofrecen una explicación satisfactoria de la impunidad de casos como el estado de necesidad disculpante o el desistimiento voluntario de consumir el delito (36). Igualmente también puede explicarse la distinta gravedad entre los delitos dolosos y culposos con conside-

(35) SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., Gotinga, 1971, páginas 87 y sigs.; EL MISMO, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, Tubinga, 1970, páginas 40 y sigs.; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en *Strafrechtliche Grundlagen probleme*, Berlín, 1972, págs. 1 y sigs., publicado antes en *JuS*, 1966.

(36) Así, p. ej., opina ROXIN, *Política criminal*, cit., págs. 67 y sigs., que ha desarrollado después esta tesis por lo que se refiere a la culpabilidad en dos nuevos artículos recogidos en el tomo *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, págs. 257 y sigs., y 281 y sigs.

raciones preventivas (37). Y la idea de proporción entre el daño-cometido y la pena aplicada, que CASABÓ considera como una condición insoslayable en un Derecho penal retributivo, sale bastante malparada en un Código como el nuestro en el que se castigan hechos de escasa trascendencia y aun de dudosa punibilidad con penas verdaderamente draconianas, como sucede en algunos delitos: contra la propiedad y en determinados delitos políticos. Por el contrario, algunas instituciones como la condena y libertad condicionales, la redención de penas por el trabajo, etc., demuestran una preocupación por la resocialización del delincuente que, aunque mediatizadas en la práctica por criterios muy especiales, difícilmente son compatibles con un criterio puramente retribucionista. Y todavía más incompatible con la retribución es la existencia de la rehabilitación. Los ejemplos podían citarse hasta completar una extensa lista.

b) También se ocupa CASABÓ del comentario a los artículos relativos a la clasificación de las penas, haciendo una interesante y detenida exégesis de la escala general contenida en el artículo 27 (II, 111 ss.).

Especialmente interesante es también el estudio que dedica a la *sanción administrativa*, al analizar el número 3 del artículo 26 (II, páginas 78 y ss.). Este precepto plantea la cuestión de cuáles son las diferencias entre la sanción penal y la administrativa, que es tanto como plantearse la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo. Tras un examen de las distintas teorías que se han dado para delimitar ambas esferas de ilicitud y sanción, basadas unas en razones cualitativas y otras en razones cuantitativas, llega CASABÓ a la conclusión, que creo acertada, de que no existe diferencia sustancial entre ambas (II, 85).

Mucho más importante en la práctica es el problema de la coexistencia de ambos tipos de sanciones, cuando tienen por base el mismo hecho. CASABÓ considera que, de acuerdo con el principio de *non bis in idem*, no cabe imponer por el mismo hecho una sanción penal y otra administrativa. Contra esta tesis, que considero encomiable, se levanta infranqueable la realidad legal y la práctica administrativa en materia de Orden Público sobre todo. A mi juicio, del artículo 18 de la Ley de Orden Público se desprende claramente que un mismo hecho puede ser objeto a la vez de sanción penal y administrativa (38). Esta disposición no se puede entender como una confirmación del principio *non bis in idem*, sino todo lo contrario. Pero lo más grave no es que el artículo 18 de la LOP contradiga, a mi juicio, la tesis de CASABÓ, lo más grave es que, además, se prevean en la misma LOP sanciones pecuniarias que superan

(37) En este sentido, GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídica penal?*, Salamanca, 1971, págs. 102 y sigs.

(38) Dice así el art. 18: "Las autoridades gubernativas podrán sancionar los actos contra el orden público a que esta ley se refiere, cualquiera que sea la forma de comisión, *sin perjuicio de la competencia de los Tribunales o Autoridades de otras jurisdicciones.*"

con mucho a las penales propiamente dichas, imponiéndose sin las garantías judiciales que éstas llevan implícitas y permitiendo, por si esto fuera poco, la privación de libertad del sancionado por un tiempo de hasta tres meses en caso de impago de las multas (39), arresto sustitutorio, contra el que no cabe ni siquiera el remedio de la aplicación de los beneficios de la condena condicional. Es lástima que CASABÓ no es ocupe de este problema, porque, pese a todas las declaraciones de anticonstitucionalidad de estos preceptos que se han hecho (40), ahí está la LOP, aplicándose diariamente y desafiando los intentos de todos los juristas que merecen ese nombre para conseguir un mínimo de seguridad y garantías de los ciudadanos frente a la Administración.

IV. DEL TORO MARZAL hace el comentario a los artículos relativos a la ejecución de la pena y a las causas de extinción de la responsabilidad criminal. Se puede decir, sin exageración, que a este autor le ha tocado la parte más abandonada científicamente de nuestro Código penal. Instituciones tan importantes y fundamentales como la condena condicional, la libertad condicional, la redención de penas por el trabajo, la prescripción, la rehabilitación, etcétera, son tratadas superficialmente en manuales y tratados nacionales y extranjeros, que se limitan poco más que a transcribir los preceptos legales que regulan esta materia y a algunas anotaciones eruditas.

Y, sin embargo, cuántos problemas y cuántas dudas suscitan diariamente estas instituciones en la práctica judicial. DEL TORO lleva a cabo un acabado estudio, casi monográfico de estos problemas, analizando, con fina penetración dogmática, los preceptos penales, pero teniendo, además, en cuenta la práctica que él, como miembro de la Carrera Fiscal, tan bien demuestra conocer. De

(39) El art. 19 de la citada LOP, reformado por Ley de 21 de julio de 1971, faculta a la Autoridad para ello, pudiendo llegar, si se trata del Consejo de Ministros, hasta el millón de pesetas. En el art. 23, también objeto de la citada reforma, se faculta a dichas autoridades para elevar, en casos especialmente graves, dichas cuantías en un 50 por 100. En el artículo 22 se dispone la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de las multas, que puede llevar a la privación de libertad de hasta tres meses.

(40) Cfr. LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *Las sanciones de orden público en Derecho español*, Madrid, 1973, págs. 206 y sigs, donde se hace una aguda crítica de la práctica jurisprudencial en materia de orden público desde el punto de vista del Derecho administrativo, considerándola incompatible con el art. 19 del Fuero de los Españoles que prescribe que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído. Este mismo autor había puesto ya de relieve la inconstitucionalidad de estos preceptos con motivo de la reforma de 1971 (véase *El recurso de contrafuero y prueba*, en "Cuadernos para el Diálogo, núm. 92, 1971, págs. 15-16). Asimismo, son de interés las consideraciones contenidas en un artículo editorial publicado en dicha revista, mismo número y misma fecha, con el título *Un proyecto que no debe convertirse en Ley*, que abunda en el tema de la anticonstitucionalidad del proyecto que posteriormente se convirtió en ley en sus líneas esenciales.

todos los temas que trata nos vamos a referir, por razones de espacio, sólo a dos: la condena condicional y la rehabilitación.

a) De todas las instituciones penales que, como remedios para reducir las penas cortas privativas de libertad y atenuar el excesivo rigor de los Códigos penales decimonónicos, fueron siendo acogidas en las legislaciones penales desde principios de este siglo, ninguna es tan importante y discutida como la *condena condicional*. Según datos recogidos por DEL TORO, la condena condicional se aplicó en España a 13.011 penados, mientras permanecían en prisión 4.341 (II, 480). Ello da una idea de su importancia, pero también hace sospechar de un cierto "automatismo" o "rutina" de los Tribunales en su aplicación. El artículo 92 concede a los Tribunales plenas facultades para otorgar la condena condicional, cuando se den los requisitos fijados en el artículo 93, de tal modo, que instituye en realidad un acto de gracia del que los Tribunales hacen excesivo uso movidos, según DEL TORO, por su "benignidad" (II, 490). Esto no parece tan grave como DEL TORO cree, sobre todo cuando se trata de delitos cuya punibilidad es dudosa y es, en cierto modo, una puerta de escape para los Jueces no muy convencidos de ella; pero sí creo que es un mal síntoma cuando se adopta tal actitud para aplacar "malas conciencias" o por una cómoda rutina que exime de examinar con detenimiento todos los datos que el Código menciona de edad, antecedentes del reo, naturalza jurídica del hecho punible, circunstancias concurrentes, etc. De todos modos parece necesario un mayor rigor en su concesión.

Un problema interesante relacionado con la condena condicional es el de su extensión a las penas pecunarias. Nuestro Código penal, siguiendo la línea tradicional, la limita a las penas privativas de libertad de hasta un año —o en algunos casos hasta dos— que está impuesta como principal del delito o falta "*o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa*". En principio, parece, pues, que la condena condicional sólo cabe en las penas privativas de libertad. Con ello se da la paradoja señalada por ANTÓN ONECA (41) de que "mientras que el autor de un delito castigado con arresto mayor puede quedar libre de sanción material, el cómplice y encubridor, por incurrir en pena inferior en uno o dos grados, están obligados a pagar una multa". DEL TORO no se ocupa especialmente de este problema; y es lástima, porque la configuración de la ejecución de la pena de multa en el artículo 91, cuyo comentario también hace DEL TORO (II, 470 ss.), permite decir que en nuestro Código, a través de esa vía indirecta de la prisión subsidiaria, cabe la condena condicional en la multa, siempre que se den los demás requisitos exigidos en el artículo 93. Si se tiene en cuenta que, según la doctrina dominante (42), el artículo 91 permite que el reo elija entre

(41) *Derecho penal*, cit., pág. 526.

(42) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte General*, cit., pág. 804 y sig.; DEL TORO, T. II, págs. 471 y sig., que considera que para aplicar el arresto sustitutorio basta la mera insolvencia formal.

pagar la multa o cumplir el arresto sustitutorio, que nunca podrá pasar de seis meses, bastará que elija esto último, para que automáticamente, y si se cumplen los demás requisitos exigidos en el artículo 93, pueda concedérsele el beneficio de la condena condicional. Con lo cual ni paga ni va a la cárcel. Y esto independientemente de la cuantía de la multa, porque en todo caso el arresto sustitutorio no podrá pasar de seis meses, plazo que queda muy por debajo del máximo hasta el que está permitido la condena condicional. Esta solución podrá parecer injusta o absurda, y desde luego lo es; pero creo que, en principio, es la que se desprende del Código penal si se acepta que el pago de la multa es voluntario o que, por lo menos, puede aplicarse el arresto sustitutorio cuando exista una insolvencia formal.

b) Otro de los temas tratados por DEL TORO es la rehabilitación. No hace falta destacar su importancia social y polítocriminal. El certificado de penales es algo con lo que el español tiene que contar alguna vez en su vida, para hacer oposiciones, obtener un empleo, etc. La regulación insuficiente y parca del artículo 118 es criticada, con razón, por DEL TORO. La rehabilitación está limitada, por lo demás, en nuestro Derecho a la mera cancelación de antecedentes penales, quedando plenamente vigentes, como señala DEL TORO, otro tipo de sanciones no penales como la separación definitiva del servicio (II, 708, nota 5). A este respecto debemos añadir, sin embargo, que la situación en algunos casos se ha solucionado con leyes especiales como la de 18 de marzo de 1966, que en su artículo 17 dispone el reingreso en el cuerpo y la rehabilitación de los funcionarios de la Administración de Justicia condenados por delito doloso que hayan cancelado sus antecedentes penales, conforme al artículo 118. La mediatización administrativa en esta materia es, de todos modos, excesiva, pues la que decide sobre la rehabilitación es una Comisión del Ministerio de Justicia, contra cuya decisión ni tan siquiera cabe recurso. Añado estos datos, porque creo que completan las justificadas críticas que DEL TORO hace al artículo 118 y porque ponen de relieve la necesidad de una urgente reforma legal en esta materia.

No estoy de acuerdo, sin embargo, con el DEL TORO en lo que se refiere al cómputo del tiempo para la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente. Como ya he expuesto en otra ocasión (43), el artículo 118 exigía antes de la reforma de 15 de noviembre de 1971 que en la cancelación de los antecedentes penales de los condenados condicionalmente se computara junto al plazo de rehabilitación el plazo de prueba al que aquellos quedaban sometidos. Con ello se les perjudicaba sensiblemente frente a los que efectivamente cumplían la pena lo que era injusto y absurdo. La reforma de 1971 vino a remediar esta situa-

(43) Véase mi artículo *El cómputo del tiempo para la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 1969, núm. 807, págs. 3 y sigs.

ción, equiparando al efecto de la cancelación de los antecedentes penales tanto al que cumple la pena como al que disfruta del beneficio de la condena condicional, al disponer que los plazos de rehabilitación “se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la condena, si ésta se cumplió efectivamente o en que hubiera quedado extinguida, si el condenado obtuvo los beneficios de remisión condicional”.

DEL TORO, basándose en el distinto significado de las palabras “remisión” y “suspensión”, considera que la situación sigue siendo la misma que antes de la reforma (II, 718). Esta opinión, aun reconociendo la indudable confusión terminológica del texto legal, no es convincente, porque, a pesar de ello, el texto transcrito es lo suficientemente explícito como para poder decir que en ambos casos, cumplimiento efectivo de la pena y condena condicional, el plazo de rehabilitación comienza a computarse desde el momento en que la condena ha quedado o hubiera quedado cumplida y, en todo caso, siempre cabe la interpretación favorable al reo. Desgraciadamente, la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente padece, a nivel legislativo, como dice DEL TORO, “de verdadera desdicha”. Recientemente un decreto de 25 de mayo de 1972, sobre tramitación de expedientes de cancelación de antecedentes penales, dispone en su artículo 1.º, párrafo 2, que el cómputo del tiempo para la cancelación de antecedentes penales de los condenados condicionalmente *comenzará desde el día siguiente al del otorgamiento de dicho beneficio*, y no desde el momento que dispone el artículo 118. ¿Caben mayor número de contradicciones legales en menos tiempo? Ahora el intérprete se ve ante la insoluble tarea de decidir si se aplica el régimen del artículo 118 anterior a la reforma de 1971, como dice DEL TORO, el posterior a dicha reforma, como creo yo, o el del Decreto de 25 de mayo de 1972. Y mientras tanto el legislador continúa ofreciéndonos, con sus incesantes y a veces innecesarias reformas, parecidos jeroglíficos para divertimento de coleccionistas y desesperación de intérpretes y afectados. ¿Hasta cuándo?

En esta interrogante debemos detener nuestras observaciones. Con lo dicho basta para hacerse una idea de la obra que comentamos. Para formular interrogantes de este tipo hace falta primero conocer el Derecho positivo y para ello nada mejor que una obra como estos Comentarios. Crítica e interpretación de las leyes no están reñidas, sino al contrario, la una supone la otra. Y estos Comentarios ofrecen la mejor base que dispone el penalista español para llevar a cabo una y otra tarea. Esperamos impacientes la continuación que a no dudar alcanzará las mismas cotas científicas logradas en estos dos volúmenes.