

LA DOCTRINA DEL “*DELICTUM SUI GENERIS*”: ¿QUEDA ALGO EN PIE?

Victor Gómez Martín

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿queda algo en pie? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-06, p. 06:1-06:52. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-06.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-06 (2005), 10 jun]

RESUMEN: ¿En qué relación se encuentran los llamados delitos especiales impropios con respecto a los correspondientes delitos comunes paralelos? ¿Y los delitos de emprendimiento o preparación con respecto al correspondiente tipo “de perfecta ejecución”? ¿Cuál es la existente, por ejemplo, entre el asesinato y el homicidio, o el robo y el hurto? ¿Son los primeros delitos “distintos” con respecto a los segundos, o simples variaciones de un mismo tipo? ¿Tiene sentido, en realidad, el concepto de delito “distinto”? ¿Cuándo un delito tiene sustantividad propia con respecto a otro? El presente trabajo pretende arrojar luz sobre estas cuestiones de la mano de una de las principales aportaciones de la dogmática alemana a la materia que nos ocupa: la doctrina del *delictum sui generis*.

El trabajo consta de cinco apartados. En el primero se expone, como punto de partida, la distinción entre tipos básicos, subtipos dependientes y tipos autónomos. En el segundo se explica brevemente en qué consiste el concepto de *delictum sui generis* o delito “distinto”. En el tercero se distingue entre dicho concepto y los de delito autónomo y delito

especial, para concluir que su contenido no es coincidente. En el cuarto apartado se exponen brevemente los principales “indicadores de sustantividad” propuestos por la doctrina del *delictum sui generis*. Esto es, el indicador del “*nomen iuris delicti*”, el penológico, el sistemático y el referido al tipo criminológico o normativo de autor. El artículo sigue con una extensa toma de posición en torno al concepto de delito “distinto” y a la doctrina del *delictum sui generis*. Esta toma de posición conduce a una doble conclusión: desde el punto de vista de la presente investigación, el concepto de delito “distinto” se considera dogmáticamente correcto; pero su determinación no deberá realizarse exclusivamente a partir de los indicadores “formales” sugeridos por la doctrina del *delictum sui generis*, sino, sobre todo, con base en una interpretación teleológica de los tipos en juego.

PALABRAS CLAVES: *Delictum sui generis*, delito distinto, delito autónomo, tipos cualificados y privilegiados, delitos especiales impropios, delitos de emprendimiento o preparación, autoría, participación, error de tipo, concursos.

Fecha de recepción: 10 mayo 2005

Fecha aceptación: 9 junio 2005

Fecha de publicación: 10 junio 2005

SUMARIO: I. El punto de partida: la clasificación de los tipos en tipos básicos, subtipos dependientes y tipos autónomos. II. I. El concepto “*delictum sui generis*”. III. Una aclaración terminológica: ¿son sinónimas las expresiones “*delictum sui generis*”, “delito autónomo” y “delito especial”? IV. Los indicadores de sustantividad. 1. Planteamiento. 2. El “*nomen iuris delicti*”. 3. El indicador penológico: la consecuencia jurídica del delito

como marco penal distinto o no dependiente de otro marco penal. 4. Indicador sistemático: la ubicación del tipo en un capítulo distinto del Código penal. 5. El tipo criminológico o normativo de autor. V. Toma de posición. 1. Planteamiento. 2. Crítica a los “indicadores de sustantividad”. 2.1. Sobre el “nomen iuris delicti”. 2.2. Sobre el indicador penológico. 2.3. Sobre el indicador sistemático. 2.4. Sobre el indicador del tipo criminológico-normativo de autor. VI. Conclusiones

I. El punto de partida: la clasificación de los tipos en tipos básicos, subtipos dependientes y tipos autónomos

1. Los enunciados legales de un Código penal no expresan normas jurídicas *completas*. Por norma jurídica completa debe entenderse aquel mensaje prescriptivo expresado normalmente a través de un enunciado legal con *todos* sus elementos. Algunos enunciados del Código penal, sobre todo los de la Parte Especial, expresan, ciertamente, mensajes prescriptivos. Pero ningún enunciado lo hace, en cambio, de un modo completo. Esto es, ningún enunciado del Código penal expresa la norma jurídica que se encuentra en su base con todos sus elementos. Partiendo de la idea de que todos los enunciados legales del Código penal deben ser considerados incompletos, lo cierto es, sin embargo, que los enunciados de la Parte Especial expresan los elementos más específicos del supuesto de hecho de la correspondiente norma jurídica y disponen su consecuencia jurídica. Se trata de los enunciados penales *principales*. Las disposiciones de la Parte General sirven, en cambio, para precisar más tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica expresados por los enunciados de la Parte Especial. Se trata de preceptos legales *complementarios*. La posibilidad de considerar los enunciados de la Parte Especial como principales y los de la Parte General como complementarios no impide afirmar, sin embargo, que ni unos ni otros pueden expresar *por sí solos* norma jurídica completa alguna. Se trata de enunciados legales *incompletos*, porque, aunque expresan normas jurídicas, lo hacen de forma incompleta. Los enunciados legales de la Parte Especial requieren, por tanto, de los previstos en la Parte General para expresar normas jurídicas completas.¹

2. No sería correcto deducir de lo que acaba de ser expuesto, sin embargo, que los tipos de la Parte Especial únicamente deben ser puestos en relación con las correspondientes proposiciones de la Parte General. Antes al contrario, lo cierto es que los tipos

ABREVIATURAS: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AFD: Anuario de Filosofía del Derecho; AP: Actualidad Penal; Ar.: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi; AT: Allgemeiner Teil; BT: Besonderer Teil; CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial; coord./coords.: coordinador/coordinadores; CP: Código penal; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DStr.: Deutsches Strafrecht; dir.: director, directora; ed.: edición, editor; FS-Gleispach: Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf v. Gleispach, 1936; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; L: Ley; LK: Leipziger Kommentar; LL: La Ley; LO: Ley Orgánica; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; núm. marg.: número marginal; párr.: párrafo; PE: Parte Especial; PG: Parte General; PJ: Poder Judicial; RDL: Real Decreto Legislativo; RECPC: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea: www.criminet.ugr.es/recpc); reimpr.: reimpresión; RG: Reichsgericht; SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial; SSAP: Sentencias de la Audiencia Provincial; SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo; StGB: Strafgesetzbuch; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; trad.: traducción, traducido; TS: Tribunal Supremo; ZakDR: Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

¹ Vid., por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, 7ª ed., 2004, 2/3 y 2/17.

de la Parte Especial no siempre se encuentran desconectados entre sí. Es posible afirmar que algunos tipos de la Parte Especial guardan una estrecha conexión con otros tipos también pertenecientes a la Parte Especial.² Esta conexión puede revestir una doble naturaleza. Un tipo puede encontrarse, en primer lugar, en una relación de *dependencia* de naturaleza *normativa* con respecto a otro tipo. En esta relación de dependencia entre tipos, la doctrina denomina al tipo que depende de otro “subtipo”, “tipo dependiente”, “tipo derivado”, “derivaciones típicas” o “variante dependiente”. El delito del que depende este último tipo suele recibir el nombre de “tipo básico”.³ La segunda clase de vinculación que puede darse entre algunos tipos de la Parte Especial consiste en una relación de parentesco *fenomenológico* o *criminológico* y de *autonomía* o *independencia normativa*. Los tipos que se encuentran en tal relación con otro tipo son denominados “delitos autónomos”, “delitos independientes”, “variantes independizadas” o “*delicta sui generis*”.⁴ En conclusión: en atención a su conexión con otros tipos, los tipos pueden ser clasificados en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos. El descubrimiento de esta clasificación de los tipos constituye el punto de partida de la doctrina del “*delictum sui generis*”. El principal objetivo de esta doctrina fue la elaboración de criterios que permitieran identificar un tipo concreto como un delito “autónomo” o “*sui generis*” (indicadores de sustantividad).

3. Por ejemplo, dos tipos que se encontrarían en una relación de dependencia normativa con respecto a un tercer tipo serían los tipos de lesiones previstos en los arts. 147.2 y 148 CP. Estos tipos penales dependerían del tipo previsto en el art. 147.1 CP. Este último tipo sería el *tipo básico* del delito de lesiones. Los tipos de lesiones de los arts. 147.2 y 148 CP serían, por su parte, *subtipos dependientes* del tipo básico. Este último tipo constituye el tipo de partida⁵ de la regulación penal española en materia de lesiones, el tipo que, expresado en su forma más sencilla,⁶ contiene los elementos fundamentales de la conducta delictiva de lesiones.⁷ Partiendo del delito básico, el legislador añadiría a los elementos que configuran su tipo objetivo otros elementos (accidentales) cuya concurrencia dotaría al supuesto de hecho de una mayor (subtipo agravado) o menor (subtipo atenuado) gravedad en relación con la del tipo básico. Sucede lo primero con el art. 148 CP, lo segundo con el art. 147.2 CP. Tanto los subtipos agravados como los subtipos privilegiados contienen los elementos del tipo básico más otros elementos adicionales. Una conducta no podrá realizar el subtipo sin realizar también el tipo básico que contiene. Tipo derivado y tipo básico se encontrarían, de este modo, en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del primero mediante la aplicación del principio de especialidad. Así, por ejemplo, no podrá considerarse consumado ninguno de los tres tipos alternativos del art. 148 CP, así como

² JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, I, 1982, p. 362; MAURACH, R., “Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda”, en VV.AA., *Materialien zur Strafrechtsreform*, I, 1954, pp. 249 ss.

³ JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, pp. 362 ss.; ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General*, I, 1997, § 10/131 ss.; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, 1996, p. 318.

⁴ JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, pp. 363 s.

⁵ JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, p. 362.

⁶ ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 10/131.

⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 318.

tampoco el tipo de lesiones con medio empleado o resultado de menor gravedad del art. 147.2 CP, si el resultado lesivo efectivamente producido no requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.1 CP). La realización del subtipo privilegiado o cualificado *dependaría* de la realización del tipo básico. Se daría, por tanto, una relación de *dependencia normativa* del subtipo con respecto al tipo básico.⁸ Esta relación de dependencia se debe a que los delitos dependientes carecen de un tipo de injusto propio. Su tipo de injusto se deriva del tipo de injusto del delito básico. Así, el tipo de injusto de las lesiones del art. 147.2 o 148 CP es el tipo de injusto del delito de lesiones. Esto es, el mismo tipo de injusto del delito básico del art. 147.1 CP. El subtipo no es, en suma, un delito *distinto* al delito básico, sino que en ambos casos se trata, en realidad, del *mismo* delito.⁹

4. Frente a los delitos que acaban de ser aludidos, otros tipos de la Parte Especial pueden encontrarse inmersos en una conexión de naturaleza meramente *criminológica* o *fenomenológica*,¹⁰ y de completa *independencia normativa*. Así, por ejemplo, puede afirmarse que el delito de robo con violencia (art. 242 CP) guarda un *parentesco criminológico* o *fenomenológico* con los delitos de hurto (art. 234 CP) y de coacciones (art. 172 CP). Ciertamente, el hecho de la realidad fenomenológica del que parte el delito de robo coincide con el que se derivaría de una conjunción de los supuestos de hecho de los delitos de hurto y coacciones: sustracción violenta de cosa ajena. Aunque el legislador no hubiera decidido tipificar el robo con violencia, o aunque decidiera derogar el precepto que lo castiga, la sustracción violenta de cosa ajena continuaría siendo constitutiva de delito. Más concretamente, de dos delitos, que entrarían, además, en concurso ideal: el delito de hurto y el delito de robo. Exactamente lo mismo sucedería en el StGB alemán.¹¹

Lo cierto es, sin embargo, que tanto el legislador español como el legislador alemán han tipificado específicamente el robo con violencia. Y no lo han hecho configurándolo como un subtipo agravado del delito de hurto, sino convirtiendo la combinación del hurto con la coacción en una tercera conducta dotada de sustantividad propia. Se trata de un delito con un tipo de injusto nuevo, distinto, independiente tanto del tipo de injusto del delito de hurto como del tipo de injusto del delito de coacciones. El tipo de injusto del delito de robo con violencia no resulta del tipo de injusto de un concurso ideal de delitos entre el delito de hurto y el delito de coacciones. El delito de robo con violencia tiene un tipo de injusto propio. Debido a la sustantividad propia de su tipo de

⁸ JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, p. 362; LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 318.

⁹ *Vid. contrario sensu* ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 10/134.

¹⁰ En similar sentido JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, pp. 362 s.

¹¹ Esto podría ser así (siempre a partir de la doble hipótesis de la inexistencia de un tipo de robo con violencia o de su existencia y posterior derogación) siempre y cuando el legislador no hubiese optado por redactar la conducta típica del hurto en un sentido excluyente de la violencia. Esto es, siempre que el tipo del hurto no se encontrase redactado del siguiente modo: “El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y sin violencia...”. Tal es el caso del art. 234 CP y del § 242 StGB. Ninguno de estos dos preceptos incluye tal elemento negativo. Así, el art. 234 CP se refiere al que “con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño...”, mientras que el § 242 StGB hace lo propio con “el que sustraiga a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiarse de la cosa o para un tercero antijurídicamente...”.

injusto, el delito de robo con violencia es considerado como un delito dotado de *autonomía o independencia normativa* con respecto al complejo hurto-coacciones; como un tipo de delito *autónomo, independiente o distinto* a éste.

5. En caso de aceptarse, la principal consecuencia que desde los postulados de la doctrina del “*delictum sui generis*” se desprendería en relación con la clasificación de un tipo como “subtipo dependiente” de otro o bien como delito “autónomo” o “*sui generis*” sería la siguiente: si dos tipos se encuentran en una relación de “tipo básico-subtipo dependiente”, esto es, en una relación de concurso de leyes, el tipo desplazado puede desplegar efectos en supuestos de error de tipo, de participación de sujetos no cualificados en delitos especiales impropios y en otras constelaciones de supuestos. Del mismo modo, también resulta posible la aplicación cumulativa de dos subtipos dependientes de un tipo básico común siempre que sus respectivas consecuencias jurídicas sean compatibles entre sí.¹² En caso de que, por el contrario, un tipo deba ser considerado “autónomo” con respecto a otro, el precepto desplazado no podrá desplegar, en cambio, efecto alguno para el precepto desplazante.¹³

6. Así, por ejemplo, la doctrina alemana considera que tanto el delito de hurto con allanamiento de morada (§ 244 [1] 3 StGB)¹⁴ como el delito de hurto doméstico o familiar (§ 247 StGB)¹⁵ son subtipos derivados del delito de hurto (§ 242 StGB), que deviene tipo básico de aquellos. El delito del § 244 [1] 3 StGB es un subtipo *cualificado* del hurto, porque dispone una consecuencia jurídica más grave que la prevista para el tipo básico. El delito del § 247 StGB puede ser considerado, en cambio, un subtipo privilegiado, porque introduce un requisito de procedibilidad que convierte esta modalidad de hurto en una conducta menos incriminada, en tanto que más difícilmente perseguible. En el supuesto de que una determinada conducta pudiera ser subsumida en estos dos preceptos,¹⁶ la doctrina alemana considera que debería castigarse por el delito más grave, esto es, por el delito previsto en el § 244 StGB (hurto con allanamiento de morada). Pero que ello solo sería posible cuando se hubiera interpuesto denuncia de acuerdo con lo previsto en el § 247 StGB. Ésta es, por ejemplo, la solución que propone Roxin.¹⁷

Como ya se ha apuntado en el texto, la posibilidad de que el subtipo desplazado (en este caso el privilegiado) continúe desplegando efectos presupone la compatibilidad de las consecuencias jurídicas de los subtipos concurrentes. En caso de que las consecuencias jurídicas de los tipos cualificados y privilegiados se excluyan recíprocamente, la doctrina dominante entiende que será de aplicación, por el contrario, el principio del

¹² ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 10/132; JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, pp. 363 s.

¹³ ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 10/134.

¹⁴ “Con pena privativa de libertad de seis meses a diez años será castigado quien (...) cometa un hurto en el que para la comisión del hecho allane, escale o abra la casa con una llave falsa o con otro instrumento no determinado para la apertura normal, o se mantenga escondido en la casa”.

¹⁵ “Si por medio del hurto o por la apropiación indebida resulta lesionado un familiar, el curador o el cuidador, o el lesionado vive con el autor en comunidad doméstica, el hecho se perseguirá sólo mediante denuncia”.

¹⁶ Imaginemos, por ejemplo, el siguiente supuesto: el hijo de un matrimonio se oculta en una habitación del domicilio familiar a la espera de que sus padres, desconocedores de que el hijo sigue en la casa, procedan a abandonarla. El hijo practica la sustracción cuando esto último sucede.

¹⁷ ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 10/132.

efecto oclusivo del tipo más benigno. Así, por ejemplo, si el delito de homicidio rogado del § 216 StGB (“si alguien ha sido determinado a matar por medio de la petición expresa y seria de la víctima, se le debe condenar a pena privativa de libertad de seis meses a cinco años”) es cometido con crueldad o por algún móvil bajo (§ 211 StGB), la amplia mayoría de los autores alemanes considera que debe castigarse solo por el § 216 StGB, y que la concurrencia de alguno de los elementos del § 211 StGB tan solo podrá ser tenido en cuenta, a lo sumo, en la determinación de la pena. El principio del efecto oclusivo del tipo más benigno también impulsó a la doctrina alemana a ampliar esta solución para los casos en que se cometía el antiguo delito de infanticidio (antiguo § 217 StGB, ya derogado) con alguna de las circunstancias del asesinato.¹⁸ La aplicabilidad del principio del efecto oclusivo del tipo más benigno en las dos constelaciones de supuestos acabadas de referir presupondría que tanto el delito de homicidio a petición como el antiguo delito de infanticidio constituirían sendos subtipos atenuados del delito de homicidio, así como que el asesinato es, en realidad, un tipo cualificado del homicidio. Como se tendrá oportunidad de comprobar en el transcurso del presente trabajo, estos dos extremos se encuentran, sin embargo, lejos, de ser incontrovertidos.

7. Por lo que respecta a los delitos autónomos o independientes, si se conviene que el delito de robo con violencia lo es respecto de los delitos de hurto y de coacciones, entonces los tipos privilegiados del hurto y las coacciones no resultarán aplicables al robo. Así, por ejemplo, aunque el robo con violencia tenga por víctima alguno de los sujetos del § 247 StGB (hurto doméstico y familiar),¹⁹ no será extensible al robo con violencia la condición de procedibilidad de la denuncia. También en estos casos, el delito de robo con violencia seguirá siendo perseguible de oficio.

II. El concepto “*delictum sui generis*”

1. No resulta sencillo definir unitariamente la expresión “*delictum sui generis*”. Ello se debe a que esta noción ha sido empleada por la doctrina para aludir a *muchas clases de delitos diferentes*. Así, bajo la cobertura de la teoría de los “*delicta sui generis*”, la doctrina alemana ha venido planteándose la solución a cuestiones tan diversas como, por ejemplo, la existencia de una relación de autonomía o de dependencia entre el delito de asesinato, de homicidio rogado, y de infanticidio con el de homicidio; entre los actos preparatorios punibles y el delito intentado con el delito consumado; entre las formas de intervención en el delito de participación y las que determinarían una relación de autoría; y, por último, la relación que más interesa en este trabajo: la existente entre los delitos especiales impropios con los delitos comunes paralelos. Esta circunstancia provoca que sea difícil referirse *en concreto* a algún elemento interno o externo que contribuya a reconocer un delito como *sui generis*. Dicho concepto requiere, ciertamente, de un esfuerzo de individualización en cada caso del rasgo determinante del carácter *sui generis* del delito. A la vista de lo anterior, no

¹⁸ JESCHECK, H.-H., *PG*, I, 1982, p. 364.

¹⁹ Reformulando el ya referido ejemplo del hijo, imaginemos ahora que la sust racción no se produjera subrepticamente, sino mediante el uso de la violencia sobre el padre o la madre.

puede sorprender la existencia en la doctrina de una gran cantidad de criterios doctrinales diferentes para la determinación del referido concepto, así como la utilización, en ocasiones, de idénticos argumentos en favor de soluciones de signo opuesto. Esto es, en favor de la afirmación o negación de un *delictum sui generis*.²⁰

2. No obstante los inconvenientes existentes para la elaboración de un concepto concreto de *delictum sui generis*, un sector de la doctrina alemana se ha esforzado por conseguirlo. Puede considerarse que estos esfuerzos doctrinales se iniciaron en los años 30 del siglo XVIII y llegan prácticamente hasta nuestros días.²¹ En sus orígenes, la doctrina se refería a los delitos *sui generis* en relación con los delitos de preparación, tentativa, complot y favorecimiento de otros delitos previstos especialmente en la ley.²² Sin embargo, hasta entrado el siglo XX, el concepto de delito “*sui generis*” no empezó a llamar poderosamente la atención de algunos de los más importantes integrantes de la doctrina penal alemana. Esta toma en consideración del concepto que nos ocupa dio como resultado la aparición de contribuciones doctrinales representadas por apreciables trabajos de investigación, así como algunas tesis doctorales de escasa difusión publicadas, sobre todo, a partir de 1950.²³ De entre los primeros merecen ser destacados por su importancia los realizados por Seligmann,²⁴ Nagler,²⁵ Maurach,²⁶ Schneider,²⁷ Hillebrand,²⁸ Haffke²⁹ y Hassemer.³⁰ En nuestro país, el mérito de sistematizar todo este material debe ser reconocido a Cuello Contreras.³¹ El análisis de si un determinado delito debía ser contemplado como un delito distinto a otro, o bien como el mismo delito modificado que realizaron estos autores se extendió de los delitos antes mencionados a otros delitos, como los de participación y todos aquéllos en los que, partiéndose de un delito básico, el legislador modificaba la pena en atención a la concurrencia de diversas clases de circunstancias. Así, en el marco de esta última constelación de delitos, la teoría de los “*delicta sui generis*” se ocupó, por ejemplo, de la relación existente entre los delitos de parricidio (antiguo § 215 StGB), el homicidio a petición (§ 216 StGB) y el infanticidio (antiguo § 217 StGB) con el homicidio (§ 212 StGB) y el asesinato (§ 211 StGB); de la relación existente

²⁰ De esta opinión SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 26.

²¹ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 22.

²² SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 21.

²³ Vid., entre otras, las tesis doctorales de HEIL, W., *Delicta sui generis*, 1951 (tesis de Heidelberg), HILLEBRAND, R., *Delictum sui generis oder Verbrechenfall?*, 1955 (tesis de Colonia) o FRÜHAUF, M., *Eigenhändige Delikte*, 1959 (tesis de Frankfurt).

²⁴ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920.

²⁵ NAGLER, J., “Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechenqualifikation”, *ZakDR*, 1940, y “Die Struktur des par.4 der Verordnung gegen Volksschädlinge”, *ZakDR*, 1940.

²⁶ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954.

²⁷ SCHNEIDER, E., “Das eigenständige Verbrechen-ein überflüssiger Begriff”, *NJW* 1956.1.

²⁸ HILLEBRAND, R., “Nochmals: Das eigenständige Verbrechen — ein überflüssiger Begriff?”, *NJW* 1956.

²⁹ HAFKKE, B., “*Delictum sui generis* und Begriffsjurisprudenz”, *JuS* 1973.

³⁰ HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974.

³¹ CUELLO CONTRERAS, J., “La frontera entre el *Concurso de leyes* y el concurso ideal de delitos: El delito «*sui generis*»”, *ADPC* P 1978.

entre los delitos de hurto común, hurto agravado, hurto entre familiares y robo; o de la relación entre los delitos improprios de funcionarios y los delitos comunes paralelos.³²

3. La doctrina del “*delictum sui generis*”, más que intentar definir el concepto de delito “distinto”, ha tratado de encontrar criterios prácticos para conocer cuándo un delito concreto lo es. No se trata, por tanto, de una doctrina con vocación teórica, sino de un criterio de orientación marcadamente práctica. No obstante, algunos autores se han esforzado por definir qué debe entenderse por “*delictum sui generis*”. Este es el caso de Nagler y Maurach.

3.1. Según Nagler, el *delictum sui generis* consistiría en una categoría que “se basa típicamente en una clase de delito ya regulada de otro modo con la que, por consiguiente es (al menos en parte) sustancialmente idéntica, pero que, por el contrario, aparecería como una nueva construcción autónoma, por lo que se distingue desde un punto de vista externo de aquella clase de delito, excluyéndola”.³³ Afirma Nagler, además, que “por designio de la ley, el delito autónomo constituye, gracias a la especial formación de su tipo, un nuevo concepto de delito, y se contrapone, según esto, a otras clases de delitos de parecida estructura. La ley dota a esta construcción de un especial contenido de sentido y le permite llevar una vida propia”.³⁴ Al delito *sui generis* contrapone Nagler el delito cualificado. En opinión de este autor, no puede decirse que el delito cualificado sea un delito “con vida propia” o “una nueva construcción autónoma” frente al tipo básico de referencia. El tipo de injusto del delito cualificado no sería un tipo de injusto *distinto* al del tipo de injusto del tipo básico de referencia, sino que, al contrario, sería una mera *extensión* o *prolongación* suya. Nagler expresa esta idea mediante la siguiente *metáfora* (nótese el carácter *lingüístico* del concepto de este autor): si el delito básico es un edificio, el delito cualificado no representa la construcción de *otro* edificio, de un edificio *distinto*, sino de un *nuevo* piso, de un piso *adicional* en el *mismo* edificio ya existente.³⁵ El criterio para conocer cuándo nos encontramos en presencia de un delito “*sui generis*” y cuándo ante un delito consistente en un simple *caso* derivado de otro delito no sería, para Nagler, una cuestión meramente lógica, sino valorativo-material. Según este criterio, el delito “*sui generis*” sería una *nueva formación*, una *síntesis de valor*, mientras que el *caso* no pasaría de ser una simple *variedad del valor* propio de otro delito. En muchas ocasiones, la valoración que subyace a esta distinción ya se encontraría presente, en opinión de Nagler, en la propia sensibilidad popular.³⁶

3.2. También Maurach partió de la idea de que era necesario distinguir entre aquellos delitos que consisten en una “*variedad*” de un *delito básico*,³⁷ en una forma de

³² SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 29; NAGLER, J., *ZakDR* 1940, p. 365; MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, pp. 251 ss.; HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974, pp. 2 ss., y 7 s.

³³ NAGLER, J., *LK*, 8ª ed., 1957, p. 44.

³⁴ NAGLER, J., *ZakDR* 1940, p. 365.

³⁵ NAGLER, J., *ZakDR* 1940, p. 366.

³⁶ CUELLO CONTRERAS, J., *ADPCP* 1978, p. 50.

³⁷ MAURACH, R., *Materialien*, I, cit., pp. 250 s.

aparición del delito básico,³⁸ por una parte, y “aquéllos otros a los que se da a la variedad criminal tal independencia, que surge un *tipo autónomo* (delito independiente, *delictum sui generis*, y, con expresión menos feliz, delito especial)”, por otra.³⁹ Por lo que respecta los delitos consistentes en una “*variedad*” de un delito básico, Maurach explicó la relación existente entre ambos como una relación “por capas” (“*Schichtungsverhältnis*”). Lo característico de esta relación por capas consistiría, en su opinión, en que la variedad del delito básico representaría una construcción a la que se le habría incorporado una capa adicional que no estaría presente en el delito básico. En caso de que se decidiera retirar esta capa adicional, entonces volvería a aparecer la forma del delito básico en su forma original. Las cualificaciones y atenuaciones solo se “injertarían” al tipo básico sin llegar a echar, en cambio, raíces propias, de tal modo que se deduciría una dependencia básica de la cualificación o el privilegio con respecto a la acción elemental tipificada en el delito básico.⁴⁰ La relación existente entre la “variedad” cualificante o atenuante de un delito básico y este delito mismo sería, siempre a juicio de Maurach, meramente *cuantitativa*, de *plus-minus* o de *minus-plus*.⁴¹ Concurriría para Maurach, en suma, un simple tipo atenuado o agravado cuando se añadan a la acción básica, cuya esencia no resultaría modificada, características agravantes o atenuantes de la pena.⁴²

Las circunstancias que podrían conducir a la variedad criminal serían, en opinión de Maurach, múltiples. Maurach se refirió tanto a circunstancias de naturaleza objetiva como a circunstancias de naturaleza subjetiva. Entre las primeras mencionó la modalidad de la conducta típica, el resultado, los antecedentes del autor, la profesionalidad, o la posición representativa que pueda ocupar el autor. Una de estas posiciones sería la que ocuparían aquellos sujetos que realicen la conducta típica encontrándose en el ejercicio del cargo. Según esto, pese a que reconoce que la cuestión es controvertida, Maurach considera que los delitos improprios de funcionario constituyen variedades típicas no autónomas del delito básico.⁴³ Por lo que respecta a las circunstancias de naturaleza subjetiva, Maurach se refirió a la situación de necesidad, al ánimo de lucro y a la provocación.⁴⁴ En cuanto a los delitos autónomos, Maurach distinguió entre un aspecto material y un aspecto formal. Si bien desde un punto de vista material sería preciso señalar que el delito autónomo *se derivaría* del delito básico de referencia, desde un punto de vista *formal* el delito autónomo devendría “una estructura jurídica unitaria de nuevo rango valorativo”, “un concepto autónomo de delito con contenido propio, con vida jurídica propia y con un ámbito especial de eficacia”. En el tipo penal autónomo los elementos integrados en el tipo básico se refundirían para Maurach, en suma, en una nueva unidad cerrada en sí.⁴⁵

³⁸ MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, (trad. del original alemán *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, y notas Derecho español, a cargo de J. CÓRDOBA RODA), I, 1962, p. 281.

³⁹ MAURACH, R., *PG*, I, 1962, p. 281.

⁴⁰ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, pp. 250 s.

⁴¹ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 251.

⁴² MAURACH, R., *PG*, I, 1962, p. 281.

⁴³ MAURACH, R., *PG*, I, 1962, p. 291.

⁴⁴ MAURACH, R., *PG*, I, 1962, pp. 281 s.

⁴⁵ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 251.

III. Una aclaración terminológica: ¿son sinónimas las expresiones “*delictum sui generis*”, “delito autónomo” y “delito especial”?

1. La denominación “*delictum sui generis*” se encuentra en casi todos los comentarios, manuales y trabajos monográficos de Derecho penal aparecidos en Alemania desde principios del s. XIX. También se ha señalado que la presencia de este concepto en la literatura alemana no consiguió materializarse, sin embargo, en la elaboración de una definición del término que nos ocupa. La doctrina se ha referido a este concepto dando por sentado que el conocimiento de su significado se presupone como si ya pudiera entenderse por sí mismo. Se limita a describirlo por medio de registros y frases hechas. Algunas de ellas ya han sido apuntadas *supra*. Una de las principales consecuencias de la falta de determinación del contenido del concepto de delito *sui generis* es la ausencia de una denominación única para el *delictum sui generis*. La doctrina designa esta modalidad delictiva con una gran multiplicidad de términos dispares entre sí. Alguno de estos términos son los siguientes: “delito especial” (“*sonderbares, besonderes Delikt*”, “*Sonderdelikt*”), “delito autónomo” (“*selbständiges Verbrechen*”), “delito particular” (“*eigenartiges Verbrechen*”), “delito propio” (“*delictum proprium*”, “*eigentümliches Verbrechen*”), “delito que es punible en sí” (“*Delikt, das an sich strafbar ist*”) o “delito con forma propia” (“*eigenartiges Verbrechen*”).⁴⁶ Esta tendencia se ha venido mantenido en la literatura alemana hasta la actualidad.

2. El empleo indistinto de los términos acabados de enumerar como sinónimos del concepto “delito *sui generis*” representa, en la mayor parte de los casos,⁴⁷ la introducción en el sistema dogmático de un grado de confusión sencillamente intolerable. Pero no es ésta, sin embargo, la objeción más importante que contra dicha equiparación terminológica puede formularse. La crítica decisiva es aquélla que pone de manifiesto que la utilización indistinta de aquellos términos como sinónima de la denominación “delito *sui generis*” resulta improcedente porque los términos en juego carecen, en realidad, de un significado unívoco. Ello resulta especialmente evidente en relación con dos de las expresiones empleadas por la doctrina como posibles sustitutivos del concepto delito “*sui generis*”: “delito autónomo” y “delito especial”. El alcance de ninguno de estos dos conceptos coincide con el del delito “*sui generis*”.

3. La mayoría de los autores alemanes que se han detenido en el análisis de los delitos “*sui generis*” aluden, en primer lugar, a los delitos “*sui generis*” y a los delitos autónomos (*eigenständige* o *selbständige Delikte*) de forma indistinta,⁴⁸ como si se tratara de expresiones sinónimas. Este es el caso, por ejemplo, de Schneider,⁴⁹ Mau-

⁴⁶ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 12 s. y 25 ss.; MAURACH, R., *PG*, I, 1962, p. 281.

⁴⁷ Pese a mostrarse muy crítico con todas las denominaciones restantes, SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1974, p. 39, salva de sus objeciones el término “delito con forma propia” (“*eigenartiges Verbrechen*”), ya que le parece la expresión que más fielmente reproduce el sentido del término latino “*Delictum proprium*”, sinónimo — éste sí — del término delito “*sui generis*”.

⁴⁸ Existe un tercer término, “delitos propios” (*eigenartige, eigentümliche Delikte*), al que también acude la teoría del delito “*sui generis*” como expresión sinónima de las dos que nos ocupan. *Vid.* HAFFKE, B., *JuS* 1973, p. 402.

⁴⁹ SCHNEIDER, E., *NJW* 1956, p. 702.

rach⁵⁰ y Hassemer.⁵¹ Esto no es, sin embargo, correcto. Como ya ha sido puesto de manifiesto *supra*, no todos los delitos de los que resulta posible predicar la condición de “distinto” de otro son también delitos autónomos del delito al que están referidos.

Por ejemplo: los tipos de tentativa o de preparación son tipos *distintos* (deben ser considerados “delitos” en el sentido del Código penal) pero *dependientes* de aquéllos que tipifican la lesión consumada del mismo bien jurídico (el tipo de tentativa o de preparación tan solo se aplicará en caso de que no se produzca la consumación por una causa ajena a la voluntad del sujeto). Algo parecido sucede con los tipos de participación. Esta clase de tipos se caracteriza por que, a pesar de constituir delitos *distintos*, son *accessorios* (dependientes) de los respectivos delitos de autoría. Solo será posible castigar una conducta de participación cuando haya un hecho principal cometido por un autor. En caso de que la conducta del presunto partícipe fuera, además, directamente subsumible en el tipo de autoría de la Parte Especial, entonces tampoco aquí se castigará por el tipo de participación. Ello se explica por que entre los tipos en juego se daría una relación de concurso de leyes que debe ser resuelta en favor del tipo de autoría por aplicación del principio de subsidiariedad tácita. La consecuencia dogmática más importante que se deriva del carácter dependiente o autónomo de un delito es que en la primera de estas dos constelaciones de delitos no caben ni las formas imperfectas de ejecución ni las formas de intervención en el delito distintas a la autoría. Resulta obvio que estas consecuencias dogmáticas no pueden extenderse a todos los delitos *distintos*, sino únicamente a aquéllos que, *además*, dependen de otro delito. Carácter *distinto* y carácter *dependiente* de un delito son, por tanto, dos aspectos diferentes que pueden concurrir en un mismo delito.⁵²

Aunque de alguna parte de la exposición de Seligmann parece deducirse que la equiparación entre delito autónomo y delito “*sui generis*” se encuentra en la base de su planteamiento, lo cierto es que este autor acaba concluyendo que un delito puede ser *sui generis* y dependiente a la vez. Seligmann divide los delitos en dos grandes grupos: a) delitos principales o básicos; y b) delitos derivados, accesorios, o subcasos de concretos delitos individuales.

Seligmann parece identificar los delitos principales o básicos (a) con los delitos “*sui generis*”. Serían delitos principales, en su opinión, aquellos delitos históricamente consolidados a los que el legislador habría designado en la mayor parte de las ocasiones con un determinado “*nomen iuris delicti*” conocido (así, por ejemplo, los delitos de hurto, injurias, lesión corporal, estafa, etc.). Permanecerían completamente autónomos, con identidad de valor entre sí, sin relación alguna. En la mayor parte de las ocasiones cada uno de ellos dominaría un capítulo especial. Se diferenciarían por la naturaleza del objeto de ataque, del bien jurídico penalmente protegido.

Frente a estos delitos principales o básicos se presentarían los delitos derivados, accesorios, o subcasos de concretos delitos principales a los que se añadirían (b). Estos delitos se encontrarían necesitados de un complemento, ya que no podrían existir

⁵⁰ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 249.

⁵¹ HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974, pp. 2 s.

⁵² De esta opinión SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 36 s.

partiendo exclusivamente de sí mismos. Por una parte presentarían todos los criterios esenciales del delito partiendo del cual se constituyen, por otra parte no serían completamente congruentes con éste, no se cubrirían con éste, sino que se diferenciarían por medio de presupuestos más limitados o más amplios. Se encontrarían en una relación valorativa con el delito principal, o bien serían más, o bien serían menos. Seligmann indica que Beling habla de una “relación de más-menos” (“*Plus-Minus-Verhältnis*”). O bien se añadiría un nuevo elemento en ellos que crearía el tipo especial de delito de segundo rango, esa subclase de delito, o bien faltaría uno de los elementos constitutivos del tipo del delito básico. Seligmann concluye que su naturaleza derivada sería fácilmente reconocible como tal.

Seligmann divide los delitos derivados o accesorios en dos grandes grupos: b.1) los tipos derivados dependientes (subtipos); b.2) los delitos derivados independientes (tipos propios). Seligmann considera posible esta clasificación de los delitos accesorios en sus dos modalidades. Esto se admite en general para los supuestos de modificación de la pena.⁵³ Los tipos propios serían aquéllos que debe y puede definirse en relación al supraconcepto delito como “*delictum sui generis*”. Por una parte no serían tan autónomos como los tipos básicos, porque siempre se adhieren a aquel delito. Por otro lado no serían tan dependientes como los subtipos, porque no serían meras modalidades de su forma primitiva, sino que estarían separados de ésta y equiparados valorativamente a ésta al margen de ciertas limitaciones.⁵⁴

Por todo lo anteriormente expuesto, Seligmann considera que sería incorrecto designar a los delitos *sui generis* con el término “delitos autónomos”, ya que ésta última sería una denominación a la que cabría acudir en relación con los delitos básicos, pero no para los delitos accesorios *dependientes*. A juicio de Seligmann, el término “delito autónomo” pondría el acento tan solo en un único aspecto de la esencia del *delictum sui generis*: su diferencia de los delitos derivados dependientes. Nada diría, sin embargo, sobre la delimitación de los delitos derivados con respecto a los delitos principales. Seligmann no estima adecuado definir los delitos *sui generis* como delitos autónomos. En opinión de este autor, los delitos *sui generis* serían, en realidad, tipos accesorios independientes (*unabhängige Nebentatbestände*).⁵⁵

4. Otro de los errores en que algunos autores alemanes incurren de un modo más habitual es el consistente en considerar los conceptos de delito “*sui generis*”, delito *autónomo* y delito *especial* conceptos sinónimos. Este error lo cometen, por ejemplo, Maurach⁵⁶ y Langer.⁵⁷ Esta disparidad terminológica no superaría el umbral de lo meramente anecdótico o de no ser porque las expresiones de referencia ni comparten un único significado, ni son, en realidad, expresiones sinónimas a la de “*delito especial*”.

⁵³ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 38.

⁵⁴ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 39.

⁵⁵ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 40.

⁵⁶ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 249; EL MISMO, *PG*, I, 1962, p. 283. No obstante ello, el propio MAURACH reconoce que el uso indistinto de los términos “*delictum sui generis*” y “delito especial” no constituye una solución precisamente “feliz”: *vid.* MAURACH, R., *PG*, I, 1954, p. 281.

⁵⁷ LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 27, 445 s. y *passim*.; HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974, p. 2, nota 7.

Así, el empleo de las expresiones “*delicta sui generis*” y “*delicta propria*” se ha referido tradicionalmente a aquella construcción de la Ciencia del Derecho penal que pretende conocer cuándo es posible conferir a un delito el carácter de *distinto* de todos los demás. En cambio, la noción “delito autónomo” aludiría, en cambio, a aquella clase de delitos que se caracterizaría por su *independencia* en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presentaría, en principio, alguna vinculación. Por otra parte, el alcance del significado de los conceptos de “*delicta sui generis*”, “*delicta propria*”, o “*delitos autónomos*” no equivale exactamente al de la expresión “*delitos especiales*”, porque el primero es, en parte, *más amplio* y, en parte, *más limitado* que el segundo.

Para la comprobación de que el ámbito del concepto de “*delictum sui generis*” es, en efecto, de mayor amplitud que el de “delito especial” basta con recordar que la doctrina penal alemana de principios del siglo XX clasificaba los *delicta sui generis* en dos grupos de delitos completamente distintos: las *formas de aparición* del delito, que tipifican la infracción de preceptos de la Parte General sobre tentativa, preparación, participación, etc.; y los *supuestos de modificación* (en sentido agravante o atenuante) *de la pena* prevista en un delito básico.⁵⁸ Se consideraba que una de las clases de delitos especiales, los impropios, pertenecía a uno de estos dos grupos, concretamente al de los supuestos de modificación de la pena.⁵⁹ La *especie* o la *parte* de los delitos especiales no equivaldrían, por tanto, al *género* o el *todo* representado por los delitos “*sui generis*” o delitos *distintos*. Representaría, o más concretamente una de sus modalidades, la correspondiente a los delitos especiales impropios,⁶⁰ entre otras muchas clases de delitos, tan solo una de las que integrarían aquel concepto. Pero también puede decirse que el alcance del concepto de delito “*sui generis*” sería, en cierto sentido, *más limitado* que el correspondiente al delito especial. Ello se explica por que el primero de estos dos conceptos no puede aportar información alguna sobre el aspecto que en mayor medida caracteriza a los delitos especiales: la limitación típica del círculo de posibles autores del delito.⁶¹

5. Todo lo anterior no significa, sin embargo, que deba aceptarse la tesis, defendida por Haffke,⁶² según la cual los delitos especiales “no tienen nada que ver” con la categoría de los *delicta sui generis*. Una de las ideas centrales del presente trabajo es, precisamente, la siguiente: todos los delitos especiales son delitos distintos (*delicta sui generis*). Esta premisa, que para el caso de los llamados delitos especiales propios prácticamente puede tener visos de argumento tautológico, reviste especial importancia, en cambio, en el ámbito de los delitos especiales impropios. En efecto, para decidir cómo deben ser resueltos los múltiples problemas concursales, de error, o de participa-

⁵⁸ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 27.

⁵⁹ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 29.

⁶⁰ En opinión de SELIGMANN, ni siquiera era posible afirmar que todos los delitos especiales impropios eran delitos “*sui generis*”, sino que esta condición tan solo era predicable de algunos de estos delitos. Este era el caso, por ejemplo, del delito de apropiación indebida de funcionario y de los delitos impropios de funcionario. *Vid.* SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 29.

⁶¹ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 12 s. y 19.

⁶² HAFFKE, B., *JuS* 1973, p. 402.

ción de sujetos no cualificados, es preciso conocer cuál es el hecho típico realizado por el autor principal (el sujeto cualificado), y, más concretamente, si ese hecho representa una mera variedad típica del delito común correlativo, o bien constituye un delito distinto (*delictum sui generis*), dando lugar, así, a un nuevo título de imputación.⁶³

IV. LOS INDICADORES DE SUSTANTIVIDAD

1. Planteamiento

La doctrina del “*delictum sui generis*” tiene una vocación decididamente práctica. Por ello, la principal aportación de esta doctrina reside en la elaboración de criterios que permitirían determinar si un delito tiene o no sustantividad propia. Estos criterios reciben el nombre de “indicadores” o “indicios de sustantividad”.⁶⁴ A continuación serán objeto de análisis los *cuatro* indicadores más asiduamente defendidos por la doctrina del delito “*sui generis*”. Estos indicadores son el “*nomen iuris delicti*” propio; la consecuencia jurídica del delito prevista como una pena nueva, no como una pena dependiente o derivada de otro marco penal (indicador penológico); la ubicación del tipo en capítulo distinto a aquél en el que se encuentre el tipo paralelo (indicador sistemático); y, por último, el tipo criminológico o normativo de autor.⁶⁵

2. El “*nomen iuris delicti*”

2.1. Un primer indicio de la presencia de un delito “distinto” sería que dicho delito tuviera un *nomen iuris* propio. El delito con *nomen iuris* propio se distinguiría ya del delito respecto del que se plantea su condición de “distinto”, por tanto, en su *nombre* mismo. Si, por el contrario, el delito cuya sustantividad con respecto a otro delito pueda constituir objeto de discusión conservara *el mismo nombre* que éste último, entonces se trataría también del mismo delito.⁶⁶ Así, por ejemplo, en la ya tradicional discusión doctrinal sobre si el delito de asesinato sería un delito distinto al delito de homicidio, o bien, por el contrario, una mera modalidad del mismo, un argumento en favor de la primera de estas dos opciones planteadas sería aquél según el cual el propio legislador habría denominado al delito de asesinato con un nombre distinto al del homicidio. Ello ocurre, precisamente, tanto en el CP español como en el StGB alemán. Así, el art. 139 CP señala que “será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, *como reo de asesinato*, el que matare a otro concurriendo alguna de las circuns-

⁶³ Cree, por el contrario, que los términos “delito especial” (traducido en alemán como “*Sonderverbrechen*”, “*Sonderdelikt*” o *Sonderstraftat*”) y “delito propio” (“*delictum proprium*”) tienen el mismo significado LANGER, W., *Das Sonderverbrechen*, 1972, p. 23.

⁶⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 292.

⁶⁵ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 292; CUELLO CONTRERAS, J., ADPCP 1978, p. 40.

⁶⁶ Sobre este indicador, sin adherirse a él, *vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 292; LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 318; en relación con el asesinato GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios al código penal. Parte Especial, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997, p. 33.

tancias siguientes: (...); y la rúbrica del § 211 StGB alemán denomina al delito en él incorporado “asesinato” (*Mord*).

2.2. En el ámbito de los delitos especiales impropios, el CP de 1973 mostraba dos claros ejemplos de delito que, atendiendo exclusivamente al indicador del *nomen iuris*, deberían haber sido considerados sin duda delitos “distintos” a los delitos comunes paralelos: los ya abolidos delitos de *parricidio* y *infanticidio*. Así, de acuerdo con el art. 405 CP 1973, “el que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado, como reo de *parricidio*, con la pena de reclusión mayor”. Y por lo que respecta al segundo de los delitos mencionados, la rúbrica del Capítulo II del Título VII del CP de 1973 aludía expresamente al delito de “*infanticidio*”.

En Alemania defendieron la validez de este criterio, aunque en un sentido distinto al descrito en el texto, Carpzov y Fröhlich von Fröhlichsburg,⁶⁷ Seligmann⁶⁸ y algunos de los integrantes de la nacionalsocialista Escuela de Kiel.

A) Seligmann distinguió entre los delitos básicos o principales, y los delitos dependientes. Los delitos *sui generis* pertenecerían, en su opinión, al segundo de estos grupos. Uno de los criterios que permitirían decidir el carácter básico o dependiente de un delito sería, a juicio de este autor, precisamente el criterio del *nomen iuris*. Pero al acudir a este indicador para afirmar la existencia de un delito *sui generis*, Seligmann lo empleó para negarla. Según este autor, todos los delitos básicos tendrían su propio nombre, mientras que los delitos accesorios —categoría a la que, recuérdese, pertenecerían los delitos *sui generis* según Seligmann— o bien carecerían de nombre, o bien tendrían el mismo nombre que el delito principal. El dato relativo a si un delito es o no designado con un nombre determinado no habría sido empleado en Derecho penal únicamente como indicador de sustantividad.⁶⁹

B) Ya en el siglo XVII Carpzov (en relación con la práctica jurídica sajona) y el tirolés Fröhlich von Fröhlichsburg pusieron de manifiesto que la designación legal de un delito con un determinado *nomen iuris delicti* podía servir, junto a otros criterios, para distinguir los *crimina extraordinaria* de los *ordinaria*. Los primeros serían aquellos delitos que, a pesar de no encontrarse previstos en la ley, podrían ser objeto de castigo si el juez lo estimase conveniente. Esta distinción, acuñada por el Derecho común, habría representado una clara ruptura del principio “*nullum crimen sine lege*”. Por este motivo, la imposibilidad de seguir manteniendo esta clasificación de los delitos en el actual contexto dogmático estaría fuera de toda duda.⁷⁰

C) Según Schwinge / Zimmerl, la idea de que cabe deducir la esencia de un delito del término elegido por el legislador para designarlo, o para designar al menos a su elemento distintivo con respecto a los restantes delitos, también habría alcanzado gran predicamento a través de las tesis nacionalsocialistas de algunos de los integrantes de la Escuela de Kiel. Esta dirección recibió la distinción entre injusto y culpabilidad como un producto derivado del pensamiento racionalista, deductivo, analítico y lógico-

⁶⁷ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930 (reimpr. 1986), pp. 39 ss.

⁶⁸ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 31 s. 40 y 167.

⁶⁹ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 31 s. 40 y 167.

⁷⁰ SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930 (reimpr. 1986), pp. 39 ss.

formalmente separador propio del Liberalismo clásico del siglo XIX. Por este motivo, la referida distinción entre antijuricidad y culpabilidad debía ser superada. Se imponía una contemplación conjunta o global del delito, una consideración del delito separada de aquel formalismo abstracto que dividía artificiosamente su estructura en diferentes elementos. Uno de los más destacados representantes de la dirección de Kiel, Georg Dahm, defendió desde esta crítica a los principios del Liberalismo clásico una nueva versión del indicador del *nomen iuris*.⁷¹

Dahm creyó que no era posible elaborar reglas generales que permitiesen conocer la esencia de todas las modalidades delictivas. Antes al contrario, cada forma de aparición del delito debía ser analizada en concreto. Uno de los baremos de mayor utilidad para la interpretación de los preceptos penales era, para Dahm, el lenguaje popular.⁷² Se trataba de descender a la realidad fenomenológica y comprobar empíricamente dónde residía lo esencial de cada clase de delincuente o de cada modalidad delictiva en concreto. En segundo lugar, debía conocerse de qué modo recogería aquella esencia el lenguaje popular. Esto podría conseguirse o bien tomando como punto de referencia al autor del delito, o bien haciendo lo propio con la conducta realizada o al resultado producido. Sucedería lo primero, por ejemplo, con las expresiones populares “traidor”, “asesino”, “ladrón”, “estafador” o “extorsionador”. Ocurriría, en cambio, lo segundo con las expresiones “lesiones” o “apropiación indebida”. Dahm extrajo de esta distinción una importante consecuencia: cuando el lenguaje popular permitía designar a un sujeto con un determinado nombre, la esencia del delito residiría en la “voluntad” del sujeto, y no en la realización de la conducta o la producción de un resultado. Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso del “ladrón”. Según Dahm, no era ladrón aquél que sustrajera a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquél que “es un ladrón de acuerdo con su esencia”.⁷³ Cuando el lenguaje popular designe a un delito mediante una designación referida a la conducta o al resultado, algunas de estas designaciones habrían sido recogidas por el legislador penal a modo de título o rúbrica del correspondiente delito. Pues bien: en opinión de Dahm, el título o rúbrica de cada delito permitiría describirlo sintéticamente por medio de palabras clave en aras de una interpretación sencilla y natural que se acercaría más a su esencia que la más completa de sus definiciones.⁷⁴ Tal es la importancia que Dahm reconoció al lenguaje popular y a los títulos o rúbricas del StGB como reflejo del mismo que el autor que ahora nos ocupa llegó, incluso, a identificar la esencia del delito con su nombre.⁷⁵ El nombre de un delito vendría a expresar lo más característico, lo más llamativo de un delito.⁷⁶ Esta equiparación de nombre y esencia la consideró

⁷¹ Cfr. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, 1937, p. 55.

⁷² SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 55.

⁷³ Vid. sobre esto SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

⁷⁴ SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 81.

⁷⁵ “(...) lo que es relevante para el nombre, esto es, para la esencia del delito (...)”: vid. SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

⁷⁶ SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 52.

Dahm un avance, una profundización del conocimiento con respecto a la “superficialidad del pensamiento científico tradicional”.⁷⁷

3. El indicador penológico: la consecuencia jurídica del delito como marco penal distinto o no dependiente de otro marco penal

3.1. Un segundo sector doctrinal sostiene que también puede reconocerse a un delito como distinto de otro por el modo en que viene expresada la consecuencia que el legislador ha previsto para el mismo. Esto es, por su *consecuencia jurídica*. Según algunos autores, cuando la ley determine el marco penal del tipo cuya sustantividad sea objeto de discusión sin remitirse para ello al marco penal de otros tipos, entonces el tipo de injusto del delito en cuestión tendrá sustantividad propia. En caso de que la remisión se produzca, entonces el delito deberá ser considerado como un mero subtipo derivado del tipo o los tipos a los que se remite el legislador.⁷⁸ Así, por ejemplo, los delitos de detenciones ilegales, allanamiento de morada y descubrimiento y revelación de secretos cometidos por autoridad o funcionario público (arts. 167, 198 y 204 CP, respectivamente), disponen todos ellos marcos penales para cuya concreción es preciso remitirse a los marcos penales de los correspondientes tipos cometidos por un particular. La pena prevista concretamente en los delitos cometidos por autoridad o funcionario es la pena del correspondiente delito cometido por un particular en su mitad superior, a la que se le añade una pena de inhabilitación. De acuerdo con el criterio penológico que nos ocupa, lo que acaba de ser indicado representaría un indicio de que los delitos objeto de análisis no serían delitos especiales impropios distintos de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino simples *subtipos agravados* de los correspondientes tipos cometidos por particular.

3.2. Ésta no es, sin embargo, la única versión del indicador penológico defendida por la doctrina. Según un segundo grupo de autores, un delito sería distinto a otro si sus marcos penales fueran *sustancialmente distintos*. Debería existir una importante diferencia de pena. Si tal diferencia no fuera relevante, entonces se trataría de un simple tipo dependiente.⁷⁹

4. Indicador sistemático: la ubicación del tipo en un capítulo distinto del Código penal

4.1. El tercer indicador de sustantividad guarda relación con la ubicación sistemática en el Código penal del delito objeto de análisis. Según este criterio, si el tipo en cuestión y el tipo emparentado se encontrasen ubicados en el mismo capítulo del Código, entonces el primero sería un mero tipo cualificado o privilegiado del segundo. Si, por el contrario, el primero se encontrase en un capítulo diferente, aunque se hallase en el mismo Título estaríamos ante dos tipos distintos el uno del otro.⁸⁰ Por ejemplo, el

⁷⁷ SCHWINGE, E. /ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 82.

⁷⁸ Se han referido en Alemania a esta primera versión del indicador penológico NAGLER, J., *ZakDR* 1940, p. 367; MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 254.

⁷⁹ Defiende entre nosotros esta segunda versión LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 319.

⁸⁰ Han defendido en Alemania la capacidad de rendimiento de este criterio NAGLER, J., *ZakDR* 1940, p. 367

antiguo delito de infanticidio, previsto en el art. 410 CP 1973, aunque compartía Título (el VIII, relativo a los “Delitos contra las personas”) con el delito de homicidio, se encontraba ubicado, sin embargo, en un capítulo distinto. Así, mientras que el infanticidio se encontraba en el Capítulo II, dedicado exclusivamente a aquel delito, el homicidio lo estaba en el Capítulo Primero, dedicado al homicidio.⁸¹ Según el criterio que ahora nos ocupa, el infanticidio era un delito *sui generis* con respecto al homicidio.⁸²

4.2. Un sector de la doctrina alemana también ha acudido históricamente al indicador sistemático que nos ocupa para explicar el carácter *sui generis* de los llamados “delitos impropios de funcionarios”. Así, uno de los motivos por los que Seligmann consideró que los tipos previstos en el Capítulo XXVIII del RStGB (Código penal del Imperio alemán) de 1871 (del que formaban parte, por ejemplo, los delitos de coacciones en ejercicio de la función pública [§ 339 RStGB], lesión corporal en ejercicio de la función pública [§ 340 RStGB], allanamiento de morada en el ejercicio de la función pública [§ 342 RStGB], favorecimiento en el ejercicio de la función pública [§ 346 RStGB], liberación de presos [§ 347 RStGB], apropiación indebida en el ejercicio de la función pública [§ 350 s. RStGB] y privación de libertad en ejercicio de la función pública [§ 431 RStGB]), debían ser considerados delitos *sui generis* era, precisamente, que no se encontraban ubicados inmediatamente después, esto es, en el mismo capítulo, que sus correspondientes delitos comunes, sino en un capítulo distinto.⁸³

5. El tipo criminológico o normativo de autor

5.1. Según el último de los indicadores de sustantividad, nos encontraríamos ante un delito “distinto” cuando del tipo se desprenda que el sujeto activo del mismo debe corresponderse con un determinado tipo criminológico o normativo de autor.⁸⁴ La

(“*de lege lata*”) y SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, cit., pp. 31 s., 40 (“*de lege lata*”), 129 y 169 (“*de lege ferenda*”).

⁸¹ El origen de la ubicación sistemática del delito de infanticidio en un capítulo separado del capítulo en que se encontraba el delito de homicidio databa del Código penal de 1848, y había superado la unificación en un único capítulo de todos los restantes delitos contra la vida operada por el legislador penal de 1932: *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*, I, 3ª ed., 1989, p. 105.

⁸² También la jurisprudencia del RG y un sector de la doctrina alemana aludió a razones sistemáticas para defender la condición de delito *sui generis* del delito de infanticidio (antiguo § 217 StGB), también desaparecido en la actualidad en Alemania: *vid.* HASSEMER V., *Delictum sui generis*, 1974, pp. 7 s.

⁸³ Esta es la posición defendida por SELIGMANN *de lege lata*: *vid.* SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 118. *De lege ferenda*, este autor se opuso, en cambio, a la ubicación sistemática de los delitos impropios de funcionario en un capítulo propio separados de sus respectivos delitos comunes”: *vid.* SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, p. 129.

⁸⁴ De acuerdo con una segunda versión del indicador del tipo de autor, lo expresado en el texto no bastaría para afirmar la existencia de un delito “distinto”, sino que sería preciso que el legislador *exigiera expresamente* en el tipo que el autor del delito respondiera a un determinado “tipo de autor”. Esta segunda formulación del indicador que ahora se describe ha sido severamente criticada por BOLDOVA PASAMAR. En opinión de dicho autor, esta segunda versión adolecería de un formalismo que la privaría de toda posibilidad de erigirse en un indicador válido de la existencia de un delito *sui generis*. El acusado formalismo se debería, en opinión de BOLDOVA, a que el único fundamento sobre el cual se sustentaría el criterio descrito sería de orden meramente *lingüístico*, de escasa relevancia, en opinión de este autor, en el plano jurídico: *vid.* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 292.

doctrina española ha acudido a este criterio, por ejemplo, en el marco de la discusión sobre la sustantividad del delito de asesinato con respecto al homicidio. Así, apuntan algunos autores como un posible argumento a favor de la referida sustantividad la supuesta existencia de un tipo criminológico de asesino frente a la inexistencia de uno de “homicida”.⁸⁵ El razonamiento sería el siguiente: en pura hipótesis, el legislador podría tipificar los supuestos de homicidio especialmente graves de dos formas diferentes. La primera forma consistiría en tipificar el delito de homicidio y aplicar las circunstancias genéricas agravantes que correspondan. La segunda, en tipificar el homicidio agravado en un tipo aparte, con una pena distinta (superior) a la que resultaría de la hipotética aplicación de las circunstancias genéricas al homicidio común. Esta segunda técnica legislativa es la que habría seguido el CP 1995. Pues bien: según el indicador del tipo criminológico-normativo de autor, este segundo tipo de asesinato, separado del tipo de homicidio, representaría un tipo distinto, con sustantividad propia, con una pena distinta (más elevada) no solo a la pena del homicidio, sino incluso a la que resultaría del juego normal de las circunstancias genéricas agravantes. La extraordinaria pena del asesinato no obedecería a una mayor gravedad del hecho, esto es, a un mayor desvalor de la acción o del resultado, sino, antes bien, a la *mayor peligrosidad del autor* observada a la luz de las estadísticas criminológicas.

5.2. El argumento del tipo criminológico de autor también fue sugerido durante la vigencia del CP 1973 como indicador de sustantividad del ya derogado delito de parricidio frente a los delitos de homicidio y asesinato. En este caso, el fundamento del indicador criminológico era el mismo que en el caso del asesinato: el parricidio estaba tipificado separadamente del homicidio y el asesinato, y con una pena distinta (también más elevada) que la que resultaría de la aplicación, con efectos agravantes, de la circunstancia genérica mixta de parentesco al delito de homicidio, debido a que el análisis estadístico de la realidad fenomenológica realizado por las investigaciones criminológicas pondría de manifiesto que el “parricida” sería más peligroso que el “homicida”.

V. TOMA DE POSICIÓN

1. Planteamiento

Desde mi punto de vista, asiste la razón a los partidarios de la solución unitaria cuando afirman que los delitos especiales impropios se distinguen de los tipos cualificados o privilegiados por razón del sujeto activo en que, a diferencia de los segundos, los primeros serían delitos “distintos”, con entidad propia con respecto al delito común paralelo. Soy de la opinión de que la cuestión que acaba de ser planteada, esto es, la relativa a si un tipo consiste en un delito distinto a otro o simplemente en su agravación o atenuación, no puede ser resuelta, sin embargo, acudiéndose a los indicadores formales de sustantividad propuestos por la doctrina del “*delictum sui generis*”, sino solo a

⁸⁵ GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coord.), *Comentarios, PE*, 1997, p. 32; BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 32.

partir de una interpretación teleológica de los tipos en juego. Todo ello se expondrá con detalle a continuación.

2. Crítica a los “indicadores de sustantividad”

2.1. Sobre el “*nomen iuris delicti*”

Salta a la vista que la cuestión relativa a si un delito tiene o no sustantividad propia no puede decidirse acudiendo exclusivamente al criterio del “*nomen iuris delicti*”. Señala con razón Boldova Pasamar que este indicador no es más que una simple consecuencia de la propia evolución histórica del lenguaje,⁸⁶ influenciada por razones de orden social o cultural, y de las particularidades lingüísticas del idioma que de aquella evolución se derivan. Pese a haber sido tradicionalmente reconocido por un sector de la doctrina como un indicio clave para afirmar la concurrencia de un “título de imputación distinto”, resulta evidente, sin embargo, que no es satisfactorio admitir que dicho indicador pueda tener, sin más, un reflejo jurídico en materias como, por ejemplo, la relativa a la participación en esa figura delictiva. Ello se debe a que se trataría de un criterio de carácter meramente *formal*. Por ejemplo: que el legislador haya tenido a bien denominar “asesinato” a la muerte de otro producida bajo determinadas circunstancias que contribuyen a agravarla no es sino un mero recurso de técnica legislativa que se limitaría a reflejar la asunción social de la idea de que el homicidio más grave recibiría el nombre de “asesinato”. Lo mismo sucedía en el CP de 1973, en mi opinión, con los delitos de “parricidio” y de “infanticidio”.

Nombre del delito y título de imputación no son términos, en modo alguno, sinónimos. Admitirlo supondría, en realidad, una cierta petición de principio. Por ejemplo, en el CP 1973 no se trataba de saber si el hijo que mataba al padre cometía un delito de parricidio del art. 405 del antiguo Código penal. Ello resultaba completamente indiscutible. De lo que se trataba, en realidad, era de conocer si la ejecución de tal conducta implicaba un cambio de título de imputación para el partícipe *extraneus* interviniente en el hecho. Esto es, de si el parricidio era una modalidad del título de imputación representado por el homicidio, o bien si constituía un título de imputación diferente. Y ello no podía derivarse, sin más, de la denominación empleada por el legislador para el correspondiente delito.

Esta importante objeción no es, sin embargo, la única objeción que cabe formular contra el criterio del *nomen iuris*. El indicador que ahora nos ocupa puede entrar en contradicción, además, con otros indicadores propuestos por la doctrina, como, por ejemplo, el criterio sistemático. Ello se evidencia en el ejemplo del delito de violación. En efecto, cuando se trata de conocer si el delito de violación (art. 179 CP) es un delito

⁸⁶ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 296. Sobre el carácter no determinante del lenguaje ordinario en orden a la resolución de problemas de autoría y participación, así como sobre su función de contribuir a la determinación del “sentido literal posible” de la ley como límite que no puede sobrepasar el intérprete, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 97.

distinto al delito de agresiones sexuales que no consisten en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías (art. 178 CP), o constituye, por el contrario, una modalidad agravada de éstas últimas, en nada puede ayudar el criterio del *nomen iuris*. Atendiendo exclusivamente a este criterio, debería afirmarse, ciertamente, la condición de delito “distinto” de la violación, ya que, según el art. 179 CP “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años”. Sin embargo, no es menos cierto que este art. 179 CP se encuentra ubicado en un capítulo (el primero del Título VIII del Libro II) que lleva por rúbrica “de las agresiones sexuales”. Lo que afirmarí­a el indicador del *nomen iuris* vendría a ser desmentido, por tanto, por el indicador sistemático.

En el negado supuesto de ser aceptado, no cabría añadir al indicador del *nomen iuris*, finalmente, no podría acudir para explicar el carácter *sui generis* de todos los delitos en relación con los que se plantea esta cuestión. Existe una gran cantidad de delitos de la Parte Especial del CP que carece de *nomen iuris*, sin que ello represente, sin embargo, un obstáculo insalvable para afirmar su condición de “distinto”.⁸⁷ Así, por ejemplo, nada puede aportar el criterio que ahora nos ocupa con respecto a si delitos tales como el de detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público (art. 167 CP), allanamiento de morada cometido por autoridad o funcionario público (art. 198 CP) y descubrimiento / revelación de secretos cometidos por autoridad o funcionario público (art. 204 CP) son, o no, “distintos” de los delitos de detenciones ilegales, allanamiento de morada y descubrimiento / revelación de secretos cometidos por particular. En ninguno de los tres delitos en cuestión emplea el legislador término alguno para designarlos. Además, no todas las denominaciones empleadas por el legislador para designar a un delito resultan plenamente apropiadas o completas. Este era el caso, por ejemplo, del término “infanticidio” del art. 410 CP de 1944. Esta denominación obviaba en relación con el delito que designaba información relativa a elementos del tipo tan relevante como la condición de recién nacido del sujeto pasivo, la concreta relación de parentesco en que debía encontrarse el sujeto activo con respecto al pasivo para poder ser autor del delito, o el ánimo de ocultar la deshonra de la madre como elemento subjetivo del injusto del delito.⁸⁸

Por todo ello, no cabe negar que el nombre empleado por el legislador para designar a un determinado delito podría constituir un indicio sobre los elementos diferenciales de ese delito con aquél o aquéllos respecto de los que pueda discutirse su condición de “distinto”.⁸⁹ Sin embargo, el carácter esencialmente *formal* de este indicador lo con-

⁸⁷ BOLDOVA PASAMAR pone como ejemplos los delitos contra la seguridad en el tráfico o los delitos cometidos por funcionario público contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes (arts. 178-204 bis a) CP de 1973). Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, pp. 296 s.

⁸⁸ BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 297.

⁸⁹ Afirman, en cambio, en mi opinión de un modo demasiado drástico, que el *nomen iuris* de un delito no guarda relación alguna con su posible condición de delito *sui generis* BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, pp. 296 s.

vierte en un criterio cuando menos insuficiente para resolver la cuestión de la *alteridad* de un delito respecto de otro.

También la formulación de la doctrina del ‘*nomen iuris*’ defendida por Dahm durante la vigencia del régimen nacionalsocialista en el marco de una concepción fenomenológica del delito vinculada a la importancia del lenguaje popular debe ser objeto de una valoración negativa. El referido uso cotidiano del lenguaje, al que Dahm acudió ciegamente como baremo sin el cual resultaba imposible aprehender la esencia fenomenológica de un delito, no es, en absoluto, una realidad incontrovertida e invariable. Antes al contrario, el lenguaje popular cotidiano es poco claro, vacilante y susceptible de manipulación. Esta circunstancia se advierte claramente a la luz del ejemplo representado por el delito de aborto. En efecto, ¿puede decirse que un supuesto de interrupción del embarazo médicamente indicado o conforme a derecho por otras razones constituye un “aborto” en el sentido que a este término le atribuye el lenguaje popular? Dahm afirmó, por ejemplo, que dicho comportamiento no podía ser castigado como delito porque no se correspondía con el concepto “popular” de “aborto”: interrupción del embarazo no indicada médicamente ni justificada por otras causas. No obstante la aparente corrección de esta apreciación, debe admitirse que la cuestión planteada resulta altamente controvertida. En efecto, no puede descartarse en absoluto que el término “aborto” signifique en lenguaje popular “toda interrupción del embarazo”. Si ello fuera así, cosa que parece posible, entonces el sentido en que Dahm empleó el término “aborto” era contradictorio con el propio uso del lenguaje cotidiano.

A juicio de Schwinge / Zimmerl, esta última circunstancia no fue más que una consecuencia del error de Dahm de identificar la esencia del delito con su nombre. O traducido a una terminología más actual: de identificar el “tipo de injusto total” con el “tipo”. En efecto, el nombre de un delito sería elegido en ocasiones teniendo en cuenta el “tipo de injusto total”, mientras que en otros casos la denominación por la que había optado el legislador se extraería exclusivamente del “tipo” como juicio provisional de desvalor. Lo primero sucedería, por ejemplo, con el asesinato o el robo. Lo segundo, con el aborto o el homicidio rogado. En la elección del nombre del delito, el legislador no se encontraría vinculado por el sentido conferido a los términos por el uso cotidiano del lenguaje del profano. No obstante, las nomenclaturas empleadas por la ley no acostumarían a contradecir el lenguaje popular. Esta técnica legislativa no perseguiría poner de manifiesto, sin embargo, que la esencia del delito dimanaría directamente del sentido popular de los términos. Antes bien pretendería aumentar la popularidad de la ley, convirtiéndola en un instrumento socialmente útil y fácilmente inteligible frente a las imprecisiones del lenguaje popular.⁹⁰ No sería correcto, por tanto, llegar a la esencia de un delito a partir de su nombre.

Schwinge / Zimmerl aluden a un ejemplo de la época nacionalsocialista revelador de la certeza de este último extremo: la regulación que en 1934 se hizo de los delitos de “alta traición” y de “traición al Estado”. El legislador de 1934 incluyó los delitos con y sin traición en el mismo capítulo e incluso en el mismo párrafo que los respectivos

⁹⁰ SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, pp. 51 y 87 s

comportamientos sin infracción del correspondiente deber de fidelidad. La coincidente ubicación sistemática en el StGB de todos estos delitos con total independencia de si constituían o no infracción del deber de fidelidad vino a poner de manifiesto la inexistencia de diferencias *esenciales* entre unas y otras conductas.⁹¹ El ejemplo de Schwinge / Zimmerl vino a poner en entredicho, ciertamente, la validez del indicador del “*nomen iuris*” cuando entraba en contradicción con otro indicador de sustantividad: el sistemático. De todos modos, debe reconocerse que el ejemplo de Schwinge / Zimmerl tampoco constituye un argumento definitivo contra el indicador del “*nomen iuris*”, ya que parte de un presupuesto que se encuentra lejos de ser incontrovertido: la validez del indicador sistemático. Para una detenida exposición y crítica del indicador sistemático, *vid. infra*.

La ambigüedad, falta de claridad y manipulabilidad del lenguaje popular como baremo interpretativo no constituyó, de todos modos, un contratiempo para la concepción de Dahm. Antes al contrario, en aquellas tres características del lenguaje popular residió, en realidad, una de las claves del sentido de su concepción. La dirección de Kiel se apoyó en la nebulosa del confuso lenguaje popular con el fin de someter al Derecho penal a un severo proceso de “caotización” que permitiese dar cobertura legal a la barbarie nazi. Al margen de los deleznable fines perseguidos por el recurso de Dahm al lenguaje popular, que quedan desacreditados por sí mismos, se impone aquí una reflexión metodológica. La concepción de Dahm se apoyó en una completa falta de claridad y de reglas que pretendió partir de una concepción global del delito no distintiva en elementos y orientada a factores tan poco conectados a lo jurídico-material como el lenguaje popular, o el “elemento más llamativo” del delito con el fin de adaptarse a una tópica fenomenológica puesta al servicio de los más execrables fines políticos. Frente a todo esto se presenta como claramente preferible un método analítico del delito que lo describa en sus distintos elementos y que permita una aplicación del Derecho penal más garantista y controlable.⁹²

2.2. Sobre el indicador penológico

La primera versión del indicador penológico, esto es, aquélla que hace depender la sustantividad o no sustantividad de un delito respecto de otro de si el legislador habría tenido a bien disponer para el delito de referencia un marco penal autónomo o dependiente de otro marco penal, no puede ser admitida. Así, por ejemplo, y por seguir en el marco del ejemplo que ha servido a la exposición del indicador que nos ocupa, un importante sector de la doctrina española es del parecer de que los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP son delitos especiales impropios, sin que represente un obstáculo para ello la circunstancia de que el legislador se remita para la determinación de su pena al marco penal previsto para otro tipo.⁹³ Lo cierto es, en suma, que a la

⁹¹ SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, p. 52.

⁹² SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesensschau*, 1937, pp. 55 s.

⁹³ En este sentido, en relación, por ejemplo, con el art. 167 CP, *vid.*, entre otros, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, Parte General*, 1987, pp. 244 ss.; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZALEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ

circunstancia de si un determinado tipo había incorporado un marco penal “autónomo” o bien, por el contrario, uno “dependiente” del previsto para otro tipo no debe conferirse demasiada importancia. La circunstancia señalada constituye, en realidad, una mera cuestión de técnica legislativa. Cuando la ley determine el marco penal de un tipo remitiéndose al de otro tipo, su finalidad no sería la de declarar la existencia de una relación de dependencia material del primero respecto del segundo, sino que se está limitando a emplear un recurso de economía legislativa. Una cosa es el contenido de injusto de la conducta típica y otra la determinación de la pena que le corresponde. No cabe duda de que la cuestión relativa a si el marco penal de un tipo se remite o no a un segundo tipo no guardaría relación con el primero de los dos aspectos mencionados, sino tan solo con el segundo. Ciertamente, el contenido de injusto de un delito podría ser cualitativamente distinto e independiente del contenido de injusto de otro delito y remitirse, no obstante, al marco penal de este segundo a los meros efectos de la determinación de la pena exclusivamente por razones de economía legislativa.⁹⁴

Algún crédito más considero que merece, en cambio, la segunda variante del indicador penológico. Esto es, aquella en cuya virtud un delito debería ser considerado distinto de otro cuando su pena fuera sustancialmente distinta. De acuerdo con el planteamiento aquí defendido, un delito será distinto a otro cuando su tipo de injusto sea *cualitativamente* distinto. No bastará, por tanto, con una diferencia meramente *cuantitativa*. Si un delito comparte el mismo tipo de injusto de otro delito, aunque cualificado o privilegiado, entonces se tratará de un subtipo (cualificado o privilegiado). En suma: tanto si se trata de un delito *distinto* como si consiste en un mero *subtipo*, entre el delito de referencia y el delito respecto del que se cuestione su sustantividad existirá una diferencia de injusto. En el caso del delito distinto, la diferencia sería *cualitativa*. En el caso del subtipo, *cuantitativa*. Esto significa, a su vez, que esta diferencia entre injustos sería *mayor* en el primer caso que en el segundo. Pues bien: esta mayor diferencia de injustos bien podría corresponderse también con una mayor diferencia de pena. Y esta mayor diferencia de pena difícilmente podría quedar completamente reflejada por medio de la mera agravación o atenuación de la pena prevista en otro tipo. Cuando el legislador ha recurrido a esta última técnica lo habría hecho para *graduar* o matizar el contenido de injusto de un tipo, no para cambiar de tipo de injusto. Esto es: para expresar una menor diferencia de pena. De todo lo anterior se concluye que la segunda versión del indicador penológico que ahora se considera advertiría satisfactoriamente que la distinta clase de diferencia que se produce entre los

CUSSAC, J.L., *Derecho penal. Parte Especial*, 2ª ed., 1996, p. 168, 3ª ed., pp. 179 s., aunque con contradicciones; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal, Parte Especial*, 2004, p. 195. En la 4ª edición de su *Derecho penal, Parte General*, también a MIR PUIG, pese a considerarla una cuestión “discutible”, le parecía “razonable” pronunciarse a favor de considerar el delito del art. 167 CP como un delito especial (*op.cit.*, 15/42). En la 5ª edición de la mencionada obra, MIR PUIG estima preferible, en cambio, conferir al delito señalado la condición de tipo cualificado del delito de detenciones ilegales cometidas por un particular (*op.cit.*, 15/43). Idéntica opinión defiende MIR PUIG, con ulteriores argumentos, en la 6ª y 7ª edición (*op.cit.*, 15/48). Expresamente en contra del indicador penológico se pronunció en Alemania SIGLOCH: *vid.* CUELLO CONTRERAS, J., ADPCP 1978, p. 52.

⁹⁴ De esta opinión BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias*, 1995, p. 292.

tipos de injusto de los delitos distintos entre sí, por una parte, y los delitos básicos y los derivados de éstos, por otra, también debería encontrar su reflejo en la pena.

Con todo, esta segunda versión del indicador penológico adolecería de una extrema falta de concreción. En efecto, ¿cuándo podrá decirse que la “diferencia de pena con el tipo básico no es muy grande”⁹⁵ y nos encontramos, por tanto, ante un subtipo, o, por el contrario, que los marcos penales son “bastante distintos”⁹⁶ y estamos, entonces, ante un delito también distinto? Se impone, ciertamente, la articulación de algún criterio que permita operar la referida concreción con un cierto grado de objetividad. De acuerdo con un primer criterio, si el marco penal de un tipo se moviera dentro de los límites del marco penal de otro tipo, constituyendo una mera *concreción* del mismo en su mitad inferior o superior, entonces se trataría de un subtipo. Si, por el contrario, su marco penal fuera distinto, entonces se trataría, a su vez, de un delito distinto. Nótese, sin embargo, que este criterio coincidiría, en realidad, con la primera versión del indicador penológico expuesta *supra*, por lo que contra el mismo podrían dirigirse las críticas que contra ésta ya fueron formuladas en su momento.

Es posible referirse, sin embargo, a un segundo criterio de concreción de la versión del indicador penológico que nos ocupa. A la luz de este segundo criterio, se trataría de comprobar si el marco penal previsto para un determinado tipo equivale al que debería resultar de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena. Si ello ocurriera, entonces debería afirmarse —siempre según este criterio— que el tipo consistiría en un subtipo dependiente de un tipo básico. Si, por el contrario, el marco penal de un tipo arrojase una pena superior o inferior a la que resultaría de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena, entonces debería convenirse que nos encontraríamos ante un delito distinto. Comprobemos la posible validez del criterio que ahora nos ocupa de la mano de tres ejemplos de derecho español: uno de derecho vigente, el de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada o domicilio de persona jurídica cometidas por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito (arts. 167, 198 y 204 CP 1995, respectivamente); y dos de derecho derogado, los delitos de parricidio (art. 405 CP 1973) e infanticidio (art. 410 CP 1973).

Según la interpretación más extendida en la doctrina española, en los tipos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada o domicilio de persona jurídica cometidos por autoridad o funcionario público fuera de los casos permitidos por la ley y sin que medie causa por delito, la práctica de la correspondiente diligencia de detención, de intervención de las comunicaciones o de entrada y registro por parte de la autoridad o el funcionario público se realizaría sin la concurrencia de ninguno de los presupuestos que, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habilitarían al agente para su práctica. Se trataría, en suma de una detención, una intervención de comunicaciones o una entrada y registro ilegal desde su propia base. Esto es, de una diligencia nula de pleno derecho. El fundamento de los delitos previstos en los arts. 167 (detenciones ilegales por funcionario), 198 (descubri-

⁹⁵ LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, p. 318.

⁹⁶ LUZÓN PEÑA, D.M., *PG*, I, 1996, pp. 318 s.

miento y revelación de secreto por funcionario) y 204 (entrada y registro por funcionario) CP debe verse en un *aumento del desvalor de la acción* cometida por el sujeto.⁹⁷ Desde una perspectiva *ex ante*, la acción prevista en estos tipos alberga mayor peligrosidad en manos de un agente de la autoridad que de un particular. Es obvio que tanto la detención de otra persona, como la intervención de sus comunicaciones y, por último, la entrada en su domicilio y su registro, constituyen conductas cuya comisión le resultará considerablemente más sencilla a un agente de la autoridad que abuse del carácter público de su cargo que a un simple particular. Desde una perspectiva *ex ante*, las posibilidades de consumación del delito serán más elevadas, en suma, si la conducta es realizada por un agente de la autoridad o un funcionario público que se prevalga de su cargo. Habida cuenta su mayor peligrosidad derivada de la facilidad de su comisión por razón de la especial condición de su sujeto activo, parecen concurrir sobradas razones político-criminales para castigar las conductas que nos ocupan con una dureza superior a la requerida para el castigo de las mismas cuando sean cometidas por un particular.

La exigencia de que la autoridad o funcionario público realicen la acción típica prevaliéndose del carácter público de su cargo se deriva ya del fundamento mismo de los tipos que nos ocupan como supuestos donde se produce un aumento de la peligrosidad de la conducta típica. En defecto de este prevalimiento, el incremento de la peligrosidad de la acción por el facilitamiento de su comisión desaparecería, y con ello la propia *ratio essendi* de los tipos que nos ocupan. Es por ello que la ausencia en los arts. 167 y 204 CP de la expresión “y prevaliéndose de su cargo”, prevista únicamente para el descubrimiento y revelación de secretos en el art. 198 CP debe ser entendida como un olvido del legislador que no obsta en absoluto la posibilidad de interpretar restrictivamente los otros dos tipos en idéntico sentido, cuando no obliga incluso a ello.

Sin embargo, estas exigencias de Política criminal no resultan suficientes por sí solas, sin embargo, para justificar la tipificación de las detenciones ilegales, el descubrimiento y revelación de secretos, y el allanamiento de morada en otros tantos tipos específicos operada por el CP de 1995. Al igual que sucedía en el CP de 1973,⁹⁸ el CP de 1995 recoge, como circunstancia genérica agravante, la de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (art. 22.7^a CP). Se trataría de una circunstancia genérica agravante de naturaleza objetiva que denota una mayor peligrosidad del hecho por razón de la especial posición de superioridad del sujeto activo frente al sujeto pasivo.

En opinión de Mir Puig,⁹⁹ el fundamento de la mayor peligrosidad de la acción por razón de la especial posición del sujeto activo frente al sujeto pasivo constituye no solo el fundamento de la circunstancia 7^a del art. 22 CP, sino también el fundamento común de las circunstancias genéricas agravantes de abuso de superioridad (art. 22.2^a CP) y de abuso de confianza (art. 22.6^a CP). También sería el factor que distinguiría a estas tres circunstancias de la alevosia (art. 22.1^a CP) como circunstancia genérica agravante

⁹⁷ Vid., por todos, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el Código penal de 1995”, CPJ 1996, p. 356.

⁹⁸ Art. 10 CP 1973: “Son circunstancias agravantes: (...) 10. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.

representativa de un mayor desvalor de la acción por razón de los medios empleados. Como puede comprobarse, en la concepción de Mir las circunstancias agravantes de alevosía y abuso de superioridad tendrían como denominador común su pertenencia al grupo de las circunstancias de naturaleza objetiva (frente a las circunstancias subjetivas de precio, motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, y reincidencia) y al de las que denotarían una mayor peligrosidad del hecho (frente al ensañamiento como circunstancia también objetiva, pero que supondría un ataque más extenso) por la especial facilidad de comisión (frente a las circunstancias objetivas de disfraz, lugar, tiempo o auxilio de otras personas). No obstante, la alevosía debería seguir distinguiéndose del abuso de superioridad —siempre a juicio de Mir— en que, mientras que en aquella la especial facilidad en la comisión estaría determinada por los medios empleados, en ésta se debería a la especial posición de superioridad del sujeto activo frente al pasivo.¹⁰⁰

Frente a la posición de Mir, la jurisprudencia española defiende que el fundamento de la circunstancia genérica agravante de la alevosía coincidiría por completo con el de la circunstancia de abuso de superioridad. Según esta dirección, ambas circunstancias se fundamentarían en un mayor desvalor de la acción por un incremento de su peligrosidad. La diferencia entre la alevosía y el abuso de superioridad no sería una diferencia cualitativa, sino meramente cuantitativa o de grado. No en vano, en algunas ocasiones la jurisprudencia ha denominado al abuso de superioridad “alevosía menor o de segundo grado”. El fundamento común de la alevosía y el abuso de superioridad consistiría en un aumento de la peligrosidad de la acción por medio de la disminución de cualquier modo de las posibilidades de defensa del sujeto pasivo. Si el sujeto activo anulase por completo la capacidad defensiva del sujeto pasivo, entonces debería apreciarse alevosía (“alevosía mayor o de primer grado”). Si, por el contrario, el sujeto activo se limitase a facilitarse la comisión del delito disminuyendo o debilitando notablemente la posible defensa de la víctima, pero no eliminase por completo esta posibilidad defensiva (ello sucede, por ejemplo, en situaciones de forcejeo o pelea), entonces debería aplicarse la circunstancia de abuso de superioridad (“alevosía menor o de segundo grado”). A diferencia de la posición de Mir Puig, el modo en que el sujeto activo conseguiría facilitarse la comisión del delito no sería para la jurisprudencia el factor determinante de la distinción entre alevosía y abuso de superioridad. No en vano, en opinión del Tribunal Supremo, el abuso de superioridad puede tener tanto naturaleza personal (situaciones de superioridad numérica) como medial (empleo de medios cuya virtualidad lesiva provoca una situación de defensa debilitada). La doctrina jurisprudencial que acaba de exponer se encuentra recogida en las SSTs 24 enero 1991 (Ar. 286), 4 febrero 1991 (Ar. 734), 26 febrero 1991 (Ar. 1547), 24 mayo 1991 (Ar. 3855), 4 noviembre 1992 (Ar. 8885), 26 febrero 1994 (Ar. 1127), 18 marzo 1994 (Ar. 2337), 23 marzo 1994 (Ar. 2570), 5 abril 1994 (Ar. 2876), 30 noviembre 1994 (Ar. 9352), 9 julio 1997 (Ar. 5838), 16 octubre 1998, 16 febrero 1999 (Ar.

⁹⁹ MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 26/5 y 26/16.

¹⁰⁰ MIR PUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, § 26/5 s.

1173), 28 diciembre 2000 (Ar. 257) y 24 abril 2002 (Ar. 6367); STSJ Canarias 16 octubre 2000 (Ar. 3327); y SAP Castellón 30 junio 2000 (Ar. 654).¹⁰¹

Para que la circunstancia genérica prevista en el art. 22.7^a CP pueda ser apreciada se requiere la concurrencia de tres elementos: la cualidad de funcionario público o de encargado de un servicio público; el abuso de poderes o deberes inherentes a tal condición; y la finalidad de aprovechar las ventajas del cargo para ejecutar el delito más fácilmente o con menor riesgo.¹⁰² Esto es, se trataría de una circunstancia cuyo fundamento material coincidiría completamente con el del elemento “autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, y sin mediar causa por delito” de los tipos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP. Habida cuenta la presencia en el CP de la agravante genérica de funcionario público, la necesidad político-criminal de castigar más los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secreto, y allanamiento de morada cuando son cometidos por un funcionario público que cuando son obra de un particular podría quedar cubierta mediante la aplicación del tipo común con la circunstancia agravante genérica de funcionario. En efecto, el marco penal resultante de esta operación sería el correspondiente a la mitad superior del marco penal del delito cometido por el particular (art. 66.1.3^a CP). Pero, como ya es conocido, las conductas de referencia aparecen tipificadas en otros tantos tipos específicos del CP vigente con sus respectivos marcos penales propios. Esto es: el legislador de 1995 habría convertido la circunstancia genérica agravante del art. 22.7^a CP en elemento típico de algunos tipos de la de la Parte Especial del Código con una pena propia. El efecto causado por el legislador mediante esta técnica legislativa habría consistido en sustraer a estos delitos de la pena que se derivaría de la aplicación a los tipos cometidos por particular de la circunstancia genérica de funcionario, resultando, por tanto, una pena *diferente*.

Comprobemos cómo se produce la referida “sustracción” del juego normal de las circunstancias genéricas en la determinación de la pena. Por lo que respecta a las detenciones ilegales del art. 163.1 CP (tipo básico) cometidas por funcionario, la aplicación de las reglas generales sobre determinación de la pena habría conducido a una pena principal de prisión de cinco a seis años de prisión y a una accesoria de inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración (art. 56 CP). Si el tipo realizado hubiese sido el privilegiado del art. 163.2 CP, la pena correspondiente habría sido la principal de tres a cuatro años y la accesoria de inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración, mientras que si se hubiese tratado del tipo cualificado del art. 163.3 CP, la pena habría sido de seis y medio a ocho años e inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración. Un secuestro cometido por funcionario habría merecido una pena de prisión de ocho a diez años e inhabilitación absoluta por diez años en caso de que la pena de prisión sea de esta duración, o inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de idéntica duración a la pena de prisión en el resto de casos.

¹⁰¹ Vid. también CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Manual práctico de Derecho penal, Parte Especial*, 2^a ed, 2004, p. 62 (apartado 3.3.1).

¹⁰² Vid., por todos, MIR PUIG, S., *PG*, 7^a ed., 2004, 26/19.

En caso de que el secuestro hubiera durado más de quince días, la pena habría sido de doce años y medio a quince años de prisión, y otros tantos de inhabilitación absoluta, mientras que si se hubiera puesto en libertad al detenido dentro de los tres primeros días de la detención, la pena habría sido de cuatro años y medio a seis años de prisión y otros tantos de inhabilitación especial y suspensión. Si el funcionario, por último, no hubiera podido dar razón de la persona detenida (art. 166 CP), la pena habría sido de prisión de siete años y medio a nueve años e inhabilitación especial y suspensión por el mismo tiempo (art. 163.1 CP), prisión de seis a ocho años e inhabilitación especial y suspensión por idéntico período (art.163.2 CP), de diez a doce años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art.163.3 CP), de doce y medio a quince años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo (art.164, inciso primero), de dieciocho años, ocho meses y quince días a veintidós años y seis meses e inhabilitación absoluta de idéntico espacio de tiempo (art. 164 CP, inciso segundo) y de siete y medio a nueve años de prisión e inhabilitación especial o suspensión por idéntico espacio de tiempo (art. 164 CP, inciso tercero).

Pues bien: el art. 167 CP dispone que la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en estos, en su mitad superior, y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años. El marco penal previsto en el art. 167 CP consta, por tanto, de una pena principal compuesta por una pena privativa de libertad y una pena privativa de otros derechos. La regla de determinación legal de la pena privativa de libertad prevista en el art. 167 CP coincide con la que debería seguirse en ausencia de este precepto aplicando la circunstancia genérica de funcionario (art. 22.7^a CP): pena en su mitad superior. Por ello, entre las penas de prisión que resultan de la aplicación del art. 167 CP y las que resultarían de la aplicación del art. 22.7^a CP en defecto del anterior no existe diferencia alguna: son las mismas.

La diferencia penológica —la sustracción a los efectos del juego normal de las circunstancias genéricas— residiría en la determinación de la pena privativa de otros derechos. Al disponer una pena principal de inhabilitación absoluta de ocho a doce años única para todos los supuestos de detención ilegal, el art. 167 CP establece una consecuencia jurídica privativa de otro derecho más dura que la que resultaría de la aplicación de la circunstancia genérica de funcionario público en la mayor parte de los casos. En efecto, en el supuesto de que el art. 167 CP no existiera, la pena de inhabilitación o suspensión que cabría imponer al funcionario público no tendría naturaleza principal, sino accesoria. La naturaleza accesoria de la pena privativa de otro derecho condicionaría tanto la calidad como la cantidad de la pena de las detenciones ilegales de funcionario. Esto es así, en primer lugar, porque la pena de inhabilitación absoluta (que produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otro honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena) solo podrá ser accesoria de una pena de prisión igual o superior a diez años (aspecto cualitativo de la pena); y, en

segundo lugar, porque la duración de las penas accesorias nunca podrá superar la duración de la pena principal (aspecto cuantitativo de la pena).

La previsión en un tipo específico de una única pena de inhabilitación absoluta para todos los supuestos de detenciones ilegales de funcionario contribuye a la superación de este doble obstáculo en aras de una mayor punición de esta constelación de supuestos. Ello ocurre en la mayor parte de los supuestos. Así, por ejemplo, en el caso del tipo básico (art. 163.1 CP), donde la pena privativa de otros derechos que habría debido imponerse al agente de la autoridad de acuerdo con las reglas generales sobre determinación de la pena debería haber sido una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (que produce la privación definitiva no de todos los honores, empleos o cargos públicos, sino de aquel empleo o cargo público sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos, así como la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena) o suspensión de empleo o cargo público (que priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena) de cinco a seis años, frente a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años prevista en el art. 167 CP. Lo mismo sucede con las detenciones ilegales del tipo privilegiado del art. 163.2 CP (inhabilitación especial o suspensión de empleo o cargo público de tres a cuatro años frente a inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años), del tipo cualificado del art. 163.3 CP (inhabilitación especial o suspensión de seis años y medio a ocho años frente a inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años), así como con el delito de secuestro cuando concurriese el supuesto de hecho del art. 163.2 CP (inhabilitación especial y suspensión de cuatro años y medio a seis años frente a inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años). Si el funcionario, por último, no hubiera podido dar razón de la persona detenida (art. 166 CP), la pena accesoria privativa de otro derecho prevista en el art. 167 CP (inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años) también representa una cualificación respecto de la pena que, en su ausencia, debería resultar de la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena en el supuesto de hecho del art. 163.1 CP (inhabilitación especial y suspensión de siete años y medio a nueve años), del art. 163.2 CP (inhabilitación especial y suspensión de seis a ocho años) y del art. 163.2 CP (inhabilitación especial o suspensión de siete y medio a nueve años).

La constatación de que la pena privativa de derechos prevista en el art. 167 CP representa en la constelación de supuestos examinada una pena cualitativa (inhabilitación absoluta) y cuantitativamente (de mayor duración) cualificada frente a las penas que resultarían de la aplicación de la circunstancia agravante de funcionario constituye una consecuencia lógica de la idea de que nos encontraríamos ante supuestos con un mayor contenido de desvalor de la acción que exigen extremar las medidas político-criminales de prevención general. No obstante, debe advertirse que el CP de 1995 no ha procedido, en realidad, a extremar estas medidas político-criminales. Cabe llegar a esta conclusión a la vista de dos circunstancias. Debe señalarse, en primer lugar, que de las dos penas principales previstas en el art. 167 CP, tan solo una de las dos, la pena de inhabilitación, puede ser considerada una pena más grave que la que debería imponerse en defecto de aquel precepto tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde un

punto de vista cualitativo. No es posible afirmar lo mismo, sin embargo, de la otra pena principal del art. 167 CP, la privativa de libertad. En efecto, tanto cualitativa como cuantitativamente, esta pena coincide exactamente con la que se derivaría de la aplicación de las normas generales de determinación de la pena: pena de prisión en la mitad superior del marco penal de referencia. La segunda circunstancia por la que el grado de cumplimiento de los principios político-criminales del art. 167 CP podría ser cuestionada consiste en que la mayor gravedad de la pena privativa de otros derechos no se produce en todos los casos. En realidad, la pena de inhabilitación absoluta del art. 167 CP no siempre es más grave que la pena que debería imponerse en su defecto. Ello sucede en el caso del secuestro por funcionario público durante más de quince días (art. 164 CP, inciso segundo), en el secuestro por funcionario público sin dar cuenta del paradero del detenido (art. 166 en relación con art. 164, inciso primero CP), y en las detenciones ilegales y secuestro por funcionario público cuando haya durado más de quince días (art. 166 en relación con arts. 163.3 y 164, inciso segundo CP, respectivamente). En estos supuestos, la menor duración de la pena de inhabilitación absoluta prevista en el art. 167 CP (ocho a doce años) convierte a este precepto, en realidad, en un tipo privilegiado de los tipos de referencia. Ello da lugar, sin embargo, a una inconsecuencia difícilmente comprensible. En efecto, a pesar de que la indudable finalidad político-criminal del art. 167 CP consiste en castigar con mayor dureza los supuestos de detenciones ilegales y secuestros cuando son cometidos por funcionarios públicos, lo cierto es, sin embargo, que no solo no se consigue este objetivo en todos los supuestos, sino que en algunos se produce incluso el efecto contrario al deseado: la atenuación de la pena. Debe apuntarse, no obstante, que la inconsecuencia acabada de referir tan solo se produce en algunos de los supuestos de detenciones ilegales y secuestro cometidos por funcionario de acuerdo con el art. 167 CP. No tiene lugar, sin embargo, en ningún supuesto de descubrimiento y revelación de secretos (art. 198 CP) ni de allanamiento de morada (art. 204 CP) de funcionario público. En estos dos delitos, la pena privativa de derechos prevista para el funcionario que cometa el correspondiente delito fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito siempre será cualitativa y cuantitativamente más dura que la que cabría imponerle accesoriamente en defecto de los arts. 198 y 204 CP.

Partiendo de la premisa de que la comisión de cualquier delito por un funcionario público “fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito” representa un “plus” de antijuricidad con respecto a su comisión por una particular, el fundamento de los arts. 167, 198 y 204 CP consistiría en expresar que este “plus” sería mayor, si cabe, en los delitos de detenciones ilegales y secuestro, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada o de domicilio de persona. Ello se debe a que en estas últimas constelaciones delictivas, las especiales competencias del sujeto activo en la práctica de diligencias de detención, intervención de las comunicaciones, y entrada y registro domiciliarios derivadas de su condición de agente de la autoridad podrían contribuir a facilitarle la comisión del delito en mayor medida de lo que sucedería en otros delitos.

Que la voluntad de la ley mediante la tipificación del delito previsto en el art. 167

CP consiste en castigar más supuestos en los que se considera concurrente un mayor desvalor de la acción es algo que expresa sin cortapisas la propia Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal: “(...) En cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensiblemente e injustificadamente atenuados”.

No obstante, la Exposición de Motivos (en lo sucesivo E. de M.) no acierta a describir correctamente la regulación prevista en el CP 1973, con lo que tampoco atinaría en la descripción del cambio operado por el CP 1995 en la materia que nos ocupa. La E. de M. del CP 1995 se congratula de que con el nuevo Código se produzca la desaparición de un supuesto régimen privilegiante de la detención ilegal y el secuestro, el descubrimiento y revelación de secretos, y el allanamiento de morada y domicilio de las personas jurídicas, vigente en el CP 1973. Este régimen privilegiante habría consistido, siempre según la E. de M., en lo siguiente: cuando una detención ilegal, el descubrimiento y revelación de un secreto, o un allanamiento de morada eran cometidos por un particular, éste debía responder con las penas previstas en los arts. 480 ss. (detenciones ilegales), 497 ss. (descubrimiento y revelación de secretos) y 490 ss. (allanamiento de morada) CP 1973. Si el sujeto activo del delito era, por el contrario, una autoridad o funcionario público que actuaba fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, debería responder, en cambio, con las penas correspondientes a los tipos previstos en los arts. 184 ss. (detención ilegal), 192 s. (descubrimiento y revelación de secretos) y 191.1.º (allanamiento de morada) CP 1973. Las penas previstas para estos últimos delitos especiales cometidos por funcionario eran inferiores a las previstas para los correspondientes delitos cometidos por particular. La realización de los tipos señalados por un agente de la autoridad se castigaría, por tanto, con una pena inferior a la que le correspondería al particular. Los tipos de funcionario de referencia serían, según esto, delitos especiales privilegiados con respecto a los correspondientes delitos comunes cometidos por particular. A juicio de la E. de M., esta circunstancia resultaba “incomprensible” e “injustificada”. La posición defendida por la E. de M. CP 1995 se correspondía con la opinión defendida por la doctrina y jurisprudencia española tradicionales.¹⁰³

Ciertamente, si el CP 1973 hubiera castigado la detención ilegal, la intervención de correspondencia o comunicaciones, o la entrada y registro ilegales cometidas por una

¹⁰³ Vid., entre otros, CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 2º ed., 1996, p. 168 s.; 3º ed., 1999, pp. 179 s.; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 2004, pp. 195 ss.; PRATS CANUT, M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996, p. 172; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *CDJ* 1996, p. 354.

autoridad o funcionario público que actuase fuera de los casos previstos por la ley y sin mediar causa por delito con una pena inferior a la prevista para los supuestos en que estas conductas hubieran sido llevadas a cabo por un particular, ello habría merecido sobradamente los calificativos de “incomprensible” e “injustificado”. Si en el anterior Código penal el prevalimiento del carácter público del culpable era una circunstancia genérica agravante de la responsabilidad criminal (art. 10.10^a CP de 1973) y, al mismo tiempo, un elemento típico atenuante de aquellos delitos que se caracterizaban precisamente por que el prevalimiento facilitaba la comisión del delito (esto es, contribuía a aumentar el desvalor de la acción), no cabe duda de que el legislador de 1973 habría incurrido en una grave contradicción valorativa.

Sin embargo, puede afirmarse que el CP 1973 no incurría en esta contradicción valorativa referida por la E. de M. del CP 1995. En opinión de la doctrina absolutamente dominante, los arts. 184 ss. (detención ilegal), 191.1^o (allanamiento de morada) y 192 s. (descubrimiento y revelación de secretos) CP 1973 eran de aplicación únicamente para aquellos supuestos en los que la intervención del funcionario público se producía en alguno de los casos permitidos por la ley y mediando causa por delito, pero incurriendo en alguna extralimitación. En caso de que, por el contrario, la intervención del funcionario público se produjera fuera de los casos permitidos por la ley y sin mediar causa por delito, entonces debía responder por los delitos previstos en los arts. 480 ss. (detenciones ilegales), 497 ss. (descubrimiento y revelación de secretos) y 490 ss. (allanamiento de morada) CP 1973 con la circunstancia genérica agravante de prevalimiento del carácter público del culpable prevista en el art. 10.10^a CP 1973. Según esta línea de argumentación, si un agente de la autoridad, por ejemplo, detenía a un sujeto perfectamente identificado con el único fin de poder mantener relaciones sexuales con su novia sin la oposición del detenido, debía responder como autor de un delito de detenciones ilegales del art. 480 CP con la circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público del culpable. En cambio, si un agente detenía a un sujeto por conducir temerariamente, pero la detención se practicaba con un exceso en el uso de la fuerza, entonces debía ser castigado como autor del delito previsto en el art. 184 CP 1973.

En opinión de la doctrina dominante, los tipos previstos en los arts. 184 ss, 191.1^o y 192 s. CP 1973 no podían ser considerados meros delitos especiales impropios de detenciones ilegales, allanamiento de morada y descubrimiento y revelación de secretos cuyos correspondientes delitos comunes se encontraban recogidos en los arts. 480 ss., 490 ss. y 497 ss. CP 1973. Los primeros delitos no se encontraban con respecto a los segundos en la relación en que se encontraría un delito especial impropio con su correspondiente delito común. Unos y otros delitos se hallarían, en realidad, en planos distintos: representaban la lesión de bienes jurídicos distintos. Los tipos previstos en los arts. 480 ss., 490 ss. y 497 ss. CP 1973 recogían conductas que atentaban contra la libertad ambulatoria, la intimidad domiciliaria y el secreto en las comunicaciones, respectivamente. Los tipos previstos en los arts. 184 ss, 191.1^o y 192 s. CP 1973 estaban recogidos en la Sección 2^a (“De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”) del Capítulo II (“De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de

la persona reconocidos por las leyes”) del Título II (“Delitos contra la seguridad interior del Estado”) del CP de 1944. Estos tipos no protegían, en opinión de la doctrina dominante, la libertad ambulatoria, la intimidad domiciliaria y el secreto en las comunicaciones, sino sus respectivas garantías legales y constitucionales. Así, por ejemplo, teniendo en consideración que una de las garantías constitucionales del derecho a la libertad ambulatoria consistiría en que la fuerza a emplear en una detención debe ser la estrictamente imprescindible para la práctica de dicha diligencia, una detención practicada bajo la concurrencia de alguno de sus presupuestos habilitantes pero con un exceso de violencia no lesionaría, en realidad, el derecho a la libertad ambulatoria del detenido, sino una de sus garantías constitucionales.¹⁰⁴

Esta aparente escisión de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada también estaría presente en el CP 1995. Dos serían las diferencias incorporadas por nuestro Derecho penal vigente a esta materia. En primer lugar, la previsión entre los delitos contra la libertad ambulatoria, el secreto de las comunicaciones y la intimidad domiciliaria de los correspondientes tipos cometidos por funcionario. En segundo, la constancia expresa en la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo V del Título XXI (“Delitos contra la Constitución”) de que las detenciones, intervenciones de correspondencia y comunicaciones, y entradas y registros ilegales “por exceso” constituyen “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”.¹⁰⁵

Según el criterio de concreción del indicador penológico que ahora sometemos a consideración, debería concluirse que tanto el tipo de detenciones ilegales de funcionario, como el de descubrimiento y revelación de secretos de funcionario, como, por último, el de allanamiento de morada de funcionario constituyen delitos *distintos*, esto es, *delicta sui generis* con respecto a todas las distintas modalidades de detenciones ilegales cometidas por particular. Pero, ¿por qué se perseguiría la producción de este efecto? En buena lógica político-criminal, la respuesta más razonable a esta pregunta debería ser la siguiente: el legislador de 1995 habría considerado que el marco penal que debería resultar de la aplicación de la circunstancia genérica agravante de funcionario a los delitos de referencia cometidos por particular en caso de que estas conductas no hubieran sido tipificadas como delitos con una pena propia no habría sido lo suficientemente elevado como para satisfacer las necesidades político-criminales de prevención general de estos supuestos. El objetivo sería, por tanto, dotar a las conductas cometidas por funcionario de un marco penal propio más elevado. En suma: castigar con una pena superior.

Para la obtención de una respuesta correcta a la cuestión planteada deberá descar-

¹⁰⁴ Defendieron esta posición, entre otros, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., CDJ 1996, pp. 100 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., “El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público”, CPC 20 (1983), pp. 345 ss.; CÓRDOBA RODA, J., “El delito de detención ilegal en el Código Penal”, ADPCP 1964, p. 390.

¹⁰⁵ De la misma opinión MUÑOZ SÁNCHEZ, J., CDJ 1996, p.356; con matices TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios, PE*, 1996, p. 1749. Sobre todo lo anterior, *vid.* el comentario de la STS 30 marzo de 1993 que se encuentra en CORCOY BIDASOLO, M. (dir.), *Sistema de casos prácticos, Derecho penal, Parte Especial*, 1999, pp. 215 ss.; LA MISMA (dir.), *PE*, 2ª ed., 2004, pp. 285 s. (apartado 9.3).

tarse de entrada la opción que, en abstracto, quizá se presentaría como más factible: una supuesta voluntad del legislador de sustraerse de las consecuencias que se derivarían para el supuesto que nos ocupa de la aplicación de las normas sobre determinación de la pena en los supuestos de concurrencia de circunstancias genéricas agravantes (art. 66.3ª CP 1995 en relación, en este caso, con la circunstancia genérica del art. 22.7ª CP 1995). Y debe descartarse sencillamente porque la pena prevista en el art. 167 CP 1995 (al igual que la correspondiente a los arts. 198 y 204 CP 1995) es exactamente la misma (pena prevista para la detención del no cualificado en su mitad superior) que la pena que resultaría del libre juego de las circunstancias genéricas en relación con el delito de detenciones ilegales comunes y de acuerdo con las reglas mencionadas *supra*. Descartada esta alternativa, tan solo cabe hallar, como explicación razonable de la decisión legislativa objeto de análisis, la siguiente: los delitos previstos en el Capítulo Primero del Título VI (de las detenciones ilegales y secuestros como delitos contra la libertad) y en los Capítulos Primero (del descubrimiento y revelación de secretos) y Segundo (del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público) del Título X (delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) constituyen, por las propias características de los bienes jurídicos en juego, aquellos supuestos que más conectados se encontrarían con el ejercicio de la función pública y en los que también los propios servidores públicos podrían incurrir con mayor asiduidad, debido a las prerrogativas que su función les confiere.

2.3. Sobre el indicador sistemático

Tampoco el indicador sistemático de sustantividad se encuentra exento de objeciones. Es conocido, en primer lugar, que una interpretación meramente sistemática de los tipos resulta, en la mayor parte de los casos, insuficiente para aprehender íntegramente su dimensión de sentido.¹⁰⁶ El correcto entendimiento del contenido normativo de muchos tipos requerirá, ineludiblemente, el recurso a una interpretación que intente conocer la voluntad de la ley (interpretación teleológico-objetiva) o del legislador (interpretación teleológico-subjetiva). Es igualmente dominante en la doctrina, en segundo lugar, la idea de que las rúbricas de los distintos títulos y capítulos del Código penal no siempre definen de modo correcto el bien jurídico protegido en los delitos que incorporan. Por ello no es en absoluto pacífica la tesis de que sería posible extraer importantes consecuencias sistemáticas de dicho argumento. Basten como ejemplos de ello las rúbricas a los Títulos III (“De las lesiones”) y VIII (“Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”) del Libro II del CP 1995.

Por lo que respecta a los delitos de lesiones, debe señalarse que el referido Título III del Libro II del CP incluye algunos delitos que solo en un sentido amplio pueden ser considerados delitos de lesiones. Los delitos y las faltas de lesiones, en efecto, se caracterizan por ser delitos y faltas de *lesión* y, dentro de esta tipología delictiva, por

¹⁰⁶ En este sentido BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 47, quien señala que “las rúbricas de los capítulos tienen una función sistematizadora que no afecta a la sustantividad de las figuras previstas”.

ser delitos *de resultado*. Así, los delitos previstos en los arts. 147-152 CP y las faltas de los arts. 617.1 y 621.1 y 3 CP son delitos y faltas de *resultado de lesión*. Para castigar por consumación se precisa de la producción de un resultado consistente en un menoscabo de la salud individual que requiera para su sanidad de una primera asistencia facultativa y de un tratamiento médico o quirúrgico (delito de lesiones), o bien únicamente de la primera (falta de lesiones). Pero otros preceptos del Título III contienen delitos cuya consumación no requiere, por el contrario, la producción de un resultado de lesión de la salud individual. Ello ocurre, por ejemplo, con el delito de riña tumultuaria, previsto en el art. 154 CP, que es concebido por la doctrina dominante como un *delito de peligro*. Su consumación no exigiría, por tanto, la producción de un resultado de lesión.¹⁰⁷

La doctrina española discute sobre si el delito del art. 154 CP debe ser considerado un delito de peligro abstracto o un delito de peligro concreto. En opinión de algunos autores, el delito del art. 154 CP sería un delito de peligro concreto.¹⁰⁸ En mi opinión es preferible concebirlo como un delito de peligro abstracto. Si el legislador hubiese pretendido configurar el tipo del art. 154 CP como un tipo de peligro concreto, lo habría hecho constar expresamente en la ley, tal y como ocurre, por ejemplo, en el tipo previsto en el art. 381 CP (“el que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en *concreto peligro* la vida o la integridad de las personas...”) y en el tipo mixto de lesión - de peligro concreto previsto en el 148. 1ª CP (“si en la agresión se hubieran utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o la salud, física o psíquica, del lesionado”). Si el delito del art. 154 CP fuera un delito de peligro concreto, la pena prevista para él (prisión de seis meses a un año o multa superior a dos y hasta doce meses) sería demasiado leve en comparación con la prevista para el delito del art. 148. 1ª CP (prisión de dos a cinco años). En efecto, incluso la tentativa de este último delito tendría asignada una pena (prisión de seis meses a un año, o de uno a dos años) superior a la del delito del art. 154 CP, a pesar de la supuesta proximidad existente entre la conducta y el resultado de lesión característica de los delitos de peligro concreto, y de que el número de sujeto cuya integridad se vería puesta en peligro concreto sería, en el caso de la riña tumultuaria, superior.

¹⁰⁷ CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 2ª ed., 1996, p. 134; 3ª ed., 1999, p. 141; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 2004, pp. 156 s.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español, Parte Especial*, 4ª ed., 2002, p. 62. QUERALT parece considerar sinónimos los términos “delito de lesión” y “delito de resultado”. Ello no es, sin embargo, de recibo, porque ni todos los delitos de lesión son delitos de resultado, ya que también existen los delitos de lesión de mera actividad, ni todos los delitos de resultado son, por su parte, delitos de lesión, porque también existen los delitos de resultado de peligro (delitos de peligro concreto): *vid.* MIRPUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 9/61.

¹⁰⁸ TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / VALLE MUÑOZ, J.M. (coord.), *Comentarios*, *PE*, 1996, p. 104, y CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 2ª ed., 1996, p. 134; 3ª ed., 1999, p. 141; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. / MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *PE*, 2004, p. 156.

Algo parecido ocurría antes de las LLOO 14/1999 y 11/2003 con el delito de violencia doméstica previsto en el art. 153 CP 1995. Según el texto original de este precepto, "el que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare". De conformidad con esta redacción, el delito de referencia quedaba consumado con el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre el sujeto pasivo, sin que se precisara que ésta diera lugar al resultado lesivo del art. 147.1 CP.¹⁰⁹ El propio legislador lo reconoció al prever la solución del concurso de delitos en caso de que ello ocurra mediante la cláusula final “sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. Un sector de la doctrina española consideró, incluso, que el bien jurídico protegido en el delito de ejercicio de violencia doméstica no era la salud individual, sino la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante.¹¹⁰

Así entendido, el delito del art. 153 CP no era, en realidad, un delito de lesión o de peligro de la salud individual, sino un delito de lesión de la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante del sujeto pasivo. Estimo preferible, en cambio, considerar que lo que pretendió el legislador de 1995 por medio del art. 153 CP fue tipificar un delito de peligro contra la salud individual. La no necesidad de que se diera un resultado de lesión de la salud individual para poder castigar por delito consumado no significaba que el bien jurídico protegido dejase de ser la salud individual, sino que bastaba para la consumación del delito con que este bien jurídico fuera puesto en peligro. Debe destacarse, no obstante, que la mera circunstancia de que un sector de la doctrina se plantease la posibilidad de que el bien jurídico protegido fuera la integridad moral pondría de manifiesto la dudosa utilidad orientativa de las rúbricas de los títulos y los capítulos del CP, ya que, en tal caso, la óptima ubicación sistemática del tipo del 153 CP habría sido el Título VII (“de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”) del Libro II del CP.

Sin embargo, todo esto no resulta extensible al actual art. 153 CP. Según el nuevo precepto, “el que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las

¹⁰⁹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *PE*, 4ª ed., 2002, p. 68, quien, de modo gráfico, señala que “estamos en presencia de una lesión sin lesión”; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, J.C. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 2ª ed., 1996, p. 133; 3ª ed., 1999, p. 140; TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios, PE*, 1996, p. 100.

¹¹⁰ Defendieron esta posición TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) / VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios, PE*, 1996, pp. 100 s.; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 2ª ed., 1996, p. 133; 3ª ed., 1999, p. 140.

personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como cuando, el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”. Tampoco lo es al art. 153 CP *ex* LO 4 de junio de 2004.

En cuanto a la rúbrica del Título VIII (“Delitos contra la libertad y la indemnidad sexual”) del Libro II del CP, debe señalarse que la misma tampoco resulta del todo descriptiva en relación con los delitos que se encuentran bajo ella. Un sector doctrinal considera, por ejemplo, que algunos de los delitos como los de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186 CP) o los relativos a la prostitución y la corrupción de menores (arts. 187-190 CP), incluidos en aquel título, no lesionan, en realidad, ni la libertad ni la indemnidad sexuales.¹¹¹

Por lo que respecta al CP 1973, tampoco la ubicación sistemática del antiguo delito de parricidio en el Capítulo Primero del Título VIII del Libro II del CP de 1973 bajo la rúbrica “del homicidio”¹¹² constituyó un obstáculo serio para la doctrina española afirmarse, de forma prácticamente unánime,¹¹³ su condición de delito especial impropio distinto del delito de homicidio, en atención a consideraciones de otra naturaleza.¹¹⁴

En el CP 1995, la cuestión de cuál es la concreta relevancia que debe reconocerse al argumento sistemático cobra especial interés, por último, en relación con ciertos delitos. En éstos, el legislador penal habría acudido a un recurso de técnica legislativa consistente en la tipificación en otro precepto, ubicado inmediatamente después del que contendría la conducta constitutiva del tipo básico y otras modalidades delictivas, de una segunda conducta, merecedora de mayor pena. La única diferencia entre esta segunda conducta típica y las primeras residiría en que su sujeto activo deberá ser una

¹¹¹ De esta opinión, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, 15ª ed., 2004, pp. 206 ss.

¹¹² Sin embargo, dicha ubicación sistemática no siempre fue la misma. Así, por ejemplo, en el CP 1870, el delito de parricidio se encontraba ubicado en un capítulo independiente del capítulo correspondiente al delito de homicidio: *vid.* COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL MATEU, J.C., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *PE*, 3ª ed., p. 519.

¹¹³ COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL MATEU, J.C., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 3ª ed., 1999, p. 519.

¹¹⁴ En este sentido se pronunció BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, I, 3ª ed., 1989, p. 47. BAJO aludía, concretamente, a dos argumentos. En primer lugar, el art. 17 CP de 1944 (relativo al encubrimiento) se refería expresamente a los delitos de homicidio y de parricidio como dos delitos distintos. El segundo argumento era que la relación de parentesco no operaba en el delito de parricidio como circunstancia genérica, sino como elemento del tipo: *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, M., *op.cit.*, *loc.cit.* Ello entronca con la idea de que, en efecto, el ámbito de la relación de parentesco a que se refería el art. 405 CP 1973 no coincidía con el de la circunstancia mixta de parentesco del art. 11 de aquella legislación. En contra COBO DEL ROSAL, M. / CARBONELL MATEU, J.C., en VIVES ANTÓN, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 3ª ed., 1999, pp. 519 s., al considerar, en definitiva, que el tipo de injusto del delito de parricidio coincidía con el del delito de homicidio: matar a otro.

“autoridad o funcionario público” que actúe “fuera de los casos permitidos por la ley” y “sin mediar causa por delito”. Constituyen ejemplos del referido expediente de técnica legislativa los arts. 167 (detenciones ilegales cometidas por autoridad o funcionario público), 198 (descubrimiento y revelación de secretos cometidos por autoridad o funcionario público) y 204 (allanamiento de morada cometido por autoridad o funcionario público) CP.

No parece razonable afirmar que cada vez que el legislador castiga con una pena más elevada (pena en su mitad superior) por ser el sujeto activo del delito autoridad o funcionario público haya pretendido crear un tipo, el realizado por el sujeto cualificado, distinto al correspondiente delito cometido por un particular. Resultaría más sencillo concluir que los elementos que cualifican al sujeto activo de estos delitos son elementos típicos accidentales, y no elementos que darían lugar a un delito especial *sui generis*.¹¹⁵ El anterior argumento descansaría, al menos parcialmente, sobre la base de la siguiente idea: si el legislador ha tenido a bien tipificar la conducta cometida por autoridad o funcionario público inmediatamente a continuación —en el mismo título y capítulo, por tanto— de los correspondientes delitos cometidos por particular, y no, por el contrario, en un título o capítulo separado, ello significaría que el bien jurídico lesionado o puesto en peligro por los delitos cualificados sería el mismo que el del delito cometido por particular.¹¹⁶ Así, por ejemplo, en relación con el delito previsto en el art. 167, la rúbrica del Título VI del Libro II del CP, en el que se insertan tanto el art. 167 CP como el resto de las detenciones ilegales, indicaría que los delitos que bajo la misma se cobijan representarían ataques contra alguno de los distintos aspectos de la libertad, que en el supuesto de los tipos que nos interesan no sería otro que la libertad de movimientos. Lo mismo ocurre con los arts. 198 y 204 CP y los restantes delitos cometidos por sujetos no cualificados con que comparten el Título X (delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio).

No encajaría en el esquema que acaba de presentarse, en cambio, un precepto que tipificase una conducta que, además de atentar contra el bien jurídico protegido en el resto de los delitos que conforman el Capítulo I (detenciones ilegales y secuestros) del Título VI, el Capítulo I (del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X, o el Capítulo II (del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público) de este último título, representara, también, un ataque contra el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración y la Función pública”. Ello se debe a dos motivos. El primero es que ni la rúbrica del Título VI ni la del Título X aluden al bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración y la Función pública”. El segundo motivo debe verse en que los delitos que atentan contra este último bien jurídico no se encontrarían ubicados a lo largo de todo el Código penal sin orden ni concierto, sino, al contrario, bajo la rúbrica del Título XIX (Delitos contra la Administración pública). Estos argumentos podrían ser indicios de que los delitos

¹¹⁵ MIRPUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 15/48.

¹¹⁶ Sobre la discusión relativa al bien jurídico protegido en los delitos de detenciones ilegales *vid.*, por todos, BAJO FERNÁNDEZ, M. / DIAZ-MAROTO, J., en BAJO FERNÁNDEZ, M., *PE*, III, 2ª ed., 1991, p. 5; Díez RIPOLLÉS, J.L., en Díez RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios, PE*, I, 1997, pp. 714 s.; MUÑOZ CONDE, F., *PE*,

objeto de análisis no serían más que tipos cualificados del mismo delito, de que la autoridad o funcionario público, en definitiva, cometería el mismo delito que el particular. Considero esta última idea correcta. Sin embargo, no es menos cierto que estos indicadores sistemáticos tampoco han representado en esta materia una cortapisa insalvable para que algunos autores hayan defendido la naturaleza de delito especial de los delitos de referencia.¹¹⁷ Ello demuestra que esta última conclusión debe ser discutida, en cualquier caso, por los motivos aducidos *supra*, desde la perspectiva una clase distinta de indicador.

2.4. Sobre el indicador del tipo criminológico-normativo de autor

En mi opinión, el indicador del tipo de autor criminológico-normativo merece una valoración completamente negativa. Las razones que explican este rechazo son, desde mi punto de vista, tres: a) el indicador de los tipos criminológicos de autor prácticamente no encontraría fundamento en ninguno de sus presuntos antecedentes históricos; b) la Criminología no podría incidir en la Dogmática jurídico-penal hasta el punto de contribuir a la determinación de cuándo un delito es “distinto” a otro; y, c) los únicos antecedentes históricos mínimamente sólidos de la doctrina del indicador del tipo criminológico de autor se encontrarían en una concepción del Derecho penal que debe ser completamente rechazada desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho: la concepción correspondiente a las teorías de los tipos de autor defendidas por la doctrina alemana durante el régimen nacionalsocialista.

El indicador criminológico-normativo se apoyaría en la idea de que el Derecho penal debería tener en consideración la personalidad del delincuente. La doctrina del indicador criminológico-normativo no se contentaría, sin embargo, con que el Derecho penal tenga en cuenta la personalidad del delincuente, sino que exigiría, además, la concurrencia de dos requisitos adicionales. El primero consistiría en que los datos relativos a la personalidad del delincuente que debe tener en consideración el Derecho penal habrían de resultar de la Criminología, revelándolo como un tipo *criminológico* de autor. El segundo, en que el estudio del autor del delito debe incidir en el Derecho penal de un modo muy concreto: representando un aspecto determinante para la *interpretación del Derecho positivo* en orden a decidir si un delito tendría sustantividad propia con respecto a otro.

En lo que alcanzo a ver, de entre todas las teorías de los tipos de autor que constituyen el elenco de posibles antecedentes históricos del indicador de los tipos criminológicos de autor, las concepciones de von Liszt¹¹⁸ y dos de sus discípulos, Tesar¹¹⁹ y Kollmann,¹²⁰ son las únicas que cumplirían con el primero de los dos requisitos que

15ª ed., 2004, p. 179.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTON, T.S., *PG*, 1987, pp. 244 ss.; CARBONELL MATEU, J.C. / GONZALEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTON, T.S. / BOIX REIG, J. / ORTS BERENGUER, E. / CARBONELL MATEU, J.C. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *PE*, 2ª ed., 1996, p. 168; 3ª ed., 1999, p. 168.

¹¹⁸ VON LISZT, F., “Die Zweckgedanke im Strafrecht” (1883), en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge*, II, 1905, p. 3 (= *La idea de fin*, 1994, p. 115).

¹¹⁹ TESAR, O., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, *ZStW* 29 (1909), pp. 82 ss.

¹²⁰ KOLLMANN, H., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, *ZStW* 28 (1908), pp. 449 ss.

acaban de ser enunciados. Esto es, el relativo a que los datos concernientes a la personalidad del delincuente que debería tener en consideración el Derecho penal resulten de la Criminología. Sin embargo, las teorías criminológicas de los tipos de autor nada dicen sobre si la sustantividad propia de un delito depende, o no, de la pertenencia del sujeto activo a una determinada clase criminológica de autores. Por lo que respecta a este segundo requisito, las únicas teorías que en alguna ocasión han hecho referencia al mismo son concepciones que incluso rechazan su condición de teorías empírico-criminológicas, y que, por ello, se mostrarían incapaces de satisfacer el primer requisito: las teorías *normativas* de los tipos de autor de Wolf, Schaffstein, Gallas, Mayer, Mezger o Dahm, entre otros autores.

La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor participaría de una triple naturaleza *normativa, criminológica y político-criminal*. Es de naturaleza *normativa* porque se trata de una doctrina perteneciente a la Teoría general del delito, esto es, de un instrumento de la Dogmática jurídico-penal, cuyo objetivo consistiría en discernir cuándo un determinado tipo gozaría de sustantividad propia con respecto a otro. Tiene, en segundo lugar, naturaleza *criminológica* porque, según esta doctrina, la realización del tipo penal con sustantividad propia presupondría la concurrencia de un tipo criminológico de autor. La doctrina del indicador criminológico participa, por último, de naturaleza *político-criminal* porque permitiría explicar la tipificación de un delito en un tipo separado con una pena propia como una medida político-criminal consistente en intentar evitar la delincuencia proveniente de sujetos especialmente peligrosos. Estas tres perspectivas, la normativa, la criminológica y la político-criminal, se darían cita en la doctrina del indicador del tipo de autor describiendo una relación interactiva entre la Dogmática jurídico-penal, la Criminología y la Política criminal, que arrojaría como resultado un producto de lo que podría considerarse una Ciencia del Derecho penal total. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor de la sustantividad de los tipos penales partiría, en efecto, de una concepción de la Ciencia del Derecho penal total integrada por la Dogmática jurídico-penal, la Criminología y la Política criminal como disciplinas interrelacionadas y puestas al servicio de la lucha contra la delincuencia en aras de la protección de la sociedad. De tal entendimiento de la Ciencia del Derecho penal habría partido, por ejemplo, la concepción más estrechamente conectada a la doctrina del indicador criminológico: la teoría del tipo criminológico de autor. Según esta concepción, la Dogmática jurídico-penal, el Derecho penal y la Política criminal se encontrarían en una relación de interacción a tres bandas. En primer lugar, la Ciencia del Derecho penal se presentaría como una disciplina vinculada a la Política criminal, por una parte, y a la Criminología, por otra. Y la vinculación de la Dogmática jurídico-penal a la Criminología consistiría, en segundo lugar, en una vinculación de naturaleza *indirecta*, ya que se apoyaría, en realidad, en una concepción de la Política criminal de base criminológica, esto es, sobre la base de una Política criminal vinculada, a su vez, a la Criminología.

Según este planteamiento, la interpretación del derecho positivo debería tener presente que el fundamento de la sanción penal vendría representado, en casi todos los tipos, por la peligrosidad del *delincuente*. La idea de que la pena constituye un instru-

mento idóneo para el tratamiento de la peligrosidad del delincuente es, en suma, una idea de naturaleza político-criminal. Pero la decisión político-criminal que sirve de base a la presunción típica de peligrosidad del delincuente debería apoyarse, en segundo lugar, en el conocimiento de la realidad fenomenológica. Este conocimiento lo proporcionaría la *teoría de la formación de tipos de autor* de la Criminología. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor presupone una concepción de la Política criminal como disciplina vinculada a la Criminología. La decisión política de prohibir una conducta en atención a la peligrosidad de su autor presupondría, en suma, la posibilidad de describirlo empíricamente como un sujeto especialmente peligroso, esto es, como un tipo criminológico de autor.

En la medida en que la Dogmática jurídico-penal es entendida por la doctrina del indicador criminológico y la teoría del tipo criminológico de autor como una Ciencia total, estas dos concepciones participarían, en realidad, de una parte importante del ideario de la dirección preventivo-especial de la Escuela moderna de von Liszt. La existencia de este denominador común explica, por ejemplo, que desde las respectivas perspectivas de la doctrina del indicador criminológico, la teoría del tipo criminológico de autor y la dirección preventivo-especial de von Liszt careciese de sentido hablar de una Política criminal desvinculada de la Criminología. No obstante este punto de partida común, esto es, la existencia de una ciencia penal total, el modo en que la doctrina del indicador criminológico y la teoría del tipo criminológico de autor configuran las conexiones internas entre las distintas disciplinas es, sin embargo, diferente en cada caso. Ello se evidencia, en primer lugar, con la relación entre Dogmática jurídico-penal y Criminología, por una parte, y, por otra, con la relación entre Criminología y Política criminal. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor asumiría, al igual que la teoría de los tipos criminológicos de autor, que la interpretación de los tipos penales debería tener en cuenta los principios político-criminales que se encuentran en su base, y que estos últimos principios deberían ser establecidos a partir de los resultados arrojados por la Criminología. Esta línea de pensamiento integradora de la Política criminal y la Criminología en la Dogmática jurídico-penal, que encontró décadas más tarde su más acabado desarrollo en la concepción de Claus Roxin,¹²¹ se enfrentaría, sin embargo, a la concepción de la Dogmática jurídico-penal defendida por von Liszt, según la cual “el Derecho penal es el límite infranqueable de la Política criminal”.¹²²

Por ello, en atención a las consideraciones que acaban de ser expuestas, la valoración crítica del indicador de sustantividad que ahora nos ocupa obliga a resolver, al menos, las tres siguientes cuestiones: ¿Puede influir la Política criminal en la Dogmática

¹²¹ En palabras de ROXIN: “Si se estructura la teoría del delito en este sentido teleológicamente (...) pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda, es un proceso”. Vid. ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho penal* (trad. e introducción de F. MUÑOZ CONDE), 1972, p. 77.

¹²² VON LISZT, F., “Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, en EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, II, 1905 (reimpr. 1970), II, 1905, p. 80.

ca jurídico-penal? ¿Debe tener la Política criminal base criminológica? ¿Puede influir la Criminología en la interpretación de los tipos? La respuesta a la primera pregunta presupone conocer cuál es la relación existente entre Política criminal y Dogmática jurídico-penal. La respuesta a la segunda, la relación entre Política criminal y la Criminología. Y la tercera y última cuestión solo puede ser contestada de un modo enteramente satisfactorio analizando si la Dogmática jurídico-penal y la Criminología constituyen dos disciplinas que deberían ser puestas en relación. Un análisis conjunto de las cuestiones planteadas pone de manifiesto que la relación en que se encontrarían la Dogmática del Derecho penal, la Política criminal y la Criminología impide entender los resultados del estudio del delito como realidad criminológica como conceptos vinculantes para el juez en la interpretación del derecho positivo.¹²³

Como antes se ha apuntado, uno de los escasos antecedentes históricos de la teoría de la clase de autor como indicador de la sustantividad de los delitos especiales sería el representado por la dirección del Derecho penal de autor de la Escuela de Kiel y algunas concepciones afines. Una de las ideas centrales del Derecho penal vigente en Alemania durante el dominio del régimen nacionalsocialista en el período 1933-1945 fue la siguiente: el Derecho penal no debería castigar tipos de “hechos delictivos” (Derecho penal del hecho), sino “tipos de autor”. Para el Derecho penal nacionalsocialista, el fundamento de la pena ya no residiría en la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, sino en la “voluntad” o “actitud interna” antisocial del sujeto. Impulsados por esta doble idea, los primeros partidarios del Derecho penal del hecho nacionalsocialista reclamaron del legislador penal la sustitución en el StGB de los tipos de hechos delictivos (“homicidio”, “aborto”, “violación”, “hurto”) por tipos de autor (“homicida”, “abortista”, “violador”, “ladrón”).¹²⁴ Algunos de las más influyentes formulaciones del Derecho penal del nacionalsocialismo alemán de los años 30 y 40 del pasado siglo fueron las de Erik Wolf,¹²⁵ Friedrich Schaffstein,¹²⁶ Wilhelm Gallas,¹²⁷ Hellmuth Mayer,¹²⁸ Edmund Mezger¹²⁹ y, por encima de todas las anteriores, la formulación sugerida por Georg Dahm.¹³⁰

Sin embargo, en la actual Dogmática del Derecho penal, la concepción del Derecho penal de autor se encuentra, por fortuna, completamente superada. Podría decirse, en realidad, que el final de los días de la corriente de pensamiento promovida por la Escuela de Kiel llegó con la desaparición del régimen político en cuyo marco se desarrolló. El “Derecho penal de la voluntad” fue una concepción del Derecho penal

¹²³ Extensamente sobre estas relaciones GÓMEZ MARTÍN, V., *Interpretación de los tipos penales a partir de tipos criminológicos de autor: ¿Derecho penal del hecho o Derecho penal de autor?* Texto original inédito, 2003, pp. 72 ss.

¹²⁴ Vid., por todos, MIRPUIG, S., *PG*, 7ª ed., 2004, 4/68.

¹²⁵ WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932, *passim*; EL MISMO, “Tattypus und Tätertypus”, *ZakDR* 1936, pp. 359 ss.

¹²⁶ SCHAFFSTEIN, F., *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, *passim*; EL MISMO, “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, *DStr* 1937, pp. 335 ss.

¹²⁷ GALLAS, W., “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *FS-Gleispach*, 1936, pp. 50 ss.

¹²⁸ MAYER, H., “Der Verbrechensbegriff”, *DStr* 1938, pp. 73 ss.

¹²⁹ MEZGER, E., “Die Straftat als Ganzes”, *ZStW* 57 (1938), pp. 675 ss.

¹³⁰ DAHM, G., *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, *passim*.

circunscrita a la ideología y al Derecho positivo nacionalsocialistas del Tercer *Reich* alemán. En ocasiones se ha pretendido explicar la concepción del Derecho penal de la Escuela de Kiel como un fenómeno asentado sobre la base de fundamentos de naturaleza política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológica.¹³¹ En mi opinión, ninguna de estas fundamentaciones consigue explicar satisfactoriamente el Derecho penal de autor de la Escuela de Kiel. En efecto, ni la Teoría política, ni el Derecho, ni la Filosofía, ni la Metodología ni la Sociología pueden presentar a esta concepción del Derecho penal como una consecuencia de alguna de sus orientaciones.¹³² Desde mi punto de vista, la auténtica pretensión de los intentos de fundamentar política, jurídica, filosófica, metodológica o sociológicamente el Derecho penal de la dirección de Kiel fue la de encubrir o justificar una única realidad: dicha concepción era un instrumento puesto al servicio de la legitimación del abominable Derecho penal positivo del régimen nacionalsocialista.

La doctrina iusfilosófica alemana de posguerra presentó al nazismo como una suerte de “salto al vacío” científicamente inexplicable en el curso normal del devenir histórico. Esta tesis, según la cual el nazismo fue un fenómeno-ruptura de la racionalidad histórica, respondió al nombre de “teoría de la catástrofe”, y fue concebida con la finalidad de exculpar, en la medida de lo posible, a los jueces y juristas que aplicaron el derecho nazi.¹³³ Suficientemente expresiva de lo que pretende significarse —especialmente en relación con la fundamentación filosófica de la doctrina y jurisprudencia que aplicaron el Derecho penal nacionalsocialista— son las siguientes palabras de Tammelo, citadas por García Amado: “Una objeción especialmente aguda contra las doctrinas iusfilosóficas radica en la afirmación de que la filosofía jurídica desempeñó el papel de una ramera, en cuanto que sirvió para encubrir la opresión, la degradación y hasta el asesinato en masa. Entre los filósofos del derecho ha habido contorsionistas que han plegado sus ideas al orden político del momento (...), a fin de prestarle una impronta filosófica”.¹³⁴

La desaparición del Derecho positivo nacionalsocialista dejó sin objeto al Derecho penal de la voluntad. Esta circunstancia podría demostrar dos cosas. La primera, que el método de la Escuela de Kiel consistió en un método esencialmente positivista. La segunda, hasta qué punto la orientación nacionalsocialista de la Escuela de Kiel cumplió la función de justificar un determinado ideario político y un determinado ordenamiento jurídico: el incomprensible, por absolutamente infame, y de consecuencias monstruosamente trágicas, ideario del régimen del *III Reich*. Este último hecho bastaría sobradamente para desacreditar completamente esta concepción del Derecho penal.¹³⁵

La cuestión no es, sin embargo, incontrovertida. Así, mientras que Mir Puig considera que el método de la Escuela de Kiel fue, en efecto, positivista,¹³⁶ otros autores,

¹³¹ Una amplia exposición de estos intentos de fundamentación del régimen nacionalsocialista se encuentra en GÓMEZ MARTÍN, V., *Interpretación*, 2003, pp. 185 ss.

¹³² Sobre esto *vid.*, con detalle, GÓMEZ MARTÍN, V., *Interpretación*, 2003, pp. 208 ss.

¹³³ GARCÍA AMADO, J.A., “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, AFD 1991, p. 340, nota 1.

¹³⁴ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 342.

¹³⁵ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, 1976, p. 260.

¹³⁶ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

como García Amado, opinan, en cambio, que se trataría de un método metapositivista.¹³⁷

Podría decirse que no todos los autores de la época compartieron la idea de que el método aplicado por el Derecho penal nacionalsocialista consistió en un método positivista. Así, por ejemplo, mientras que Dahm afirmó expresamente este extremo,¹³⁸ otros autores como Hellmuth Mayer¹³⁹ o Erik Wolf,¹⁴⁰ en cambio, lo negaron. En opinión de este último autor, las dos partes integrantes del delito, el hecho delictivo y su autor, estarían constituidas por elementos pertenecientes a tres distintos niveles: un nivel legal, un nivel judicial y un nivel relativo a la contemplación popular. Estas tres clases de elementos estarían en una relación de naturaleza dialéctica. No se encontrarían en una relación jerárquica, sino que, antes al contrario, interaccionarían. Así las cosas, toda resolución judicial sobre si una determinada conducta constituiría o no delito no solo requeriría atender al dictado de la ley, sino también a las otras dos fuentes del derecho: el arbitrio judicial y la contemplación popular.¹⁴¹ Erik Wolf entendió el delito como realidad dividida en un “tipo de hecho” (“*Tattypus*”) y un “tipo de autor” (“*Tätertypus*”).¹⁴² La tesis de que la determinación de la esencia del delito no podría operarse en todo caso exclusivamente a partir de la interpretación del derecho positivo encontró su reflejo tanto en el “tipo de hecho” como en el “tipo de autor”. En efecto, Wolf afirmó que tanto al tipo de hecho como al de autor podrían pertenecer tres distintas clases de elementos: a) los legales, esto es, los elementos completamente descritos por la ley; b) los judiciales, es decir, elementos descritos por la ley, pero tan solo de forma incompleta, de modo que deberían ser completados por el juez; y c) los elementos pertenecientes al derecho no escrito, esto es, los que no se encontrarían descritos en la ley ni de forma completa ni incompleta, pero que el sentido de la ley presentaría como elementos que contribuirían a determinar el injusto de la acción. Estos últimos elementos describirían al delito como la lesión de intereses del pueblo. El juez debería comprender estos elementos interpretando la íntima convicción popular (*Volksüberzeugung*).¹⁴³

A la luz de las anteriores afirmaciones parece ciertamente difícil seguir manteniendo que la concepción del Derecho penal defendida por Erik Wolf estaba basada en un positivismo legalista formal. Para terminar con la exposición de Wolf sobre el particular, baste con la cita que Wolf hace de Eugen Huber, creador del código civil suizo: “Si de la ley no puede extraerse ningún precepto, entonces el juez debe decidir de acuerdo con el derecho consuetudinario, y allí donde también éste falte, de acuerdo con la regla que habría establecido como legislador”.¹⁴⁴ Nótese que por medio de esta cita, Wolf acoge para el Derecho penal

¹³⁷ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, pp. 347 ss.

¹³⁸ MIRPUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

¹³⁹ MAYER, H., DStr 5 (1938), p. 77, nota 18.

¹⁴⁰ WOLF, E., ZakDR 1936, p. 360.

¹⁴¹ WOLF, E., ZakDR 1936, p. 360.

¹⁴² WOLF, E., ZakDR 1936, p. 362.

¹⁴³ WOLF, E., ZakDR 1936, pp. 360 s. (“tipo de hecho”) y 362 (“tipo de autor”).

¹⁴⁴ WOLF, E., ZakDR 1936, p. 361.

instrumentos propios del Derecho privado, tales como la aplicación del derecho consuetudinario.

Este carácter metapositivista de algunos autores próximos al régimen nacionalsocialista también ha sido puesto de manifiesto en la actualidad, como ya se ha señalado *supra*, por García Amado. Este autor defiende, siguiendo, entre otros, a Arthur Kaufmann, la idea de que ni los jueces ni los juristas del régimen nacionalsocialista se habrían limitado a observar escrupulosamente el derecho positivo. En opinión de este autor, los jueces y la doctrina aplicadores del Derecho penal nacionalsocialista no habría practicado, en realidad, positivismo jurídico (*Rechtspositivismus*) formal, sino positivismo estatalista (*Staatspositivismus*). En realidad, la doctrina postulante de un positivismo jurídico formal no solo habría sido ampliamente minoritaria en la época nacionalsocialista,¹⁴⁵ sino que ya lo habría sido incluso bajo la vigencia del régimen político anterior, la República de Weimar.¹⁴⁶ Los términos “positivismo jurídico” y “positivismo estatalista” tendrían, en el sentido en el que los emplea García Amado, además, significados opuestos. El primero tendría un sentido liberal, limitador del *ius puniendi* del Estado. En efecto, la fidelidad al Derecho positivo garantizaría el respeto al límite al Estado representado por el principio de legalidad. El término “positivismo estatalista” expresaría, en cambio, la idea de que la soberanía no radicaría en el pueblo, sino en el Estado. Según García Amado: “(...) imperaba un positivismo estatalista de índole autoritaria que exaltaba la idea de Estado y que partía de la unidad metafísica entre moral, Estado y derecho. Esta proclamación de fe en la superioridad moral de la idea de Estado estaría justamente en las antípodas de cualquier positivismo relativista. (...) Para este modo de pensar será más asumible el supuesto derecho que emana de un Führer que encarna la esencia nacional, que de un parlamento encorsetado de formalismos”.¹⁴⁷ El positivismo jurídico-formal habría representado la expresión de una ideología política, el liberalismo clásico, que habría constituido el principal objeto de rechazo del nacionalsocialismo como régimen político. El abandono del positivismo jurídico-formal desde el nacionalsocialismo habría resultado incluso necesario para el completo desarrollo del programa político del segundo. En efecto, entendido en aquel sentido liberal, el positivismo legalista o jurídico-formal habría llevado asociadas ciertas garantías formales y materiales que habrían hecho inaplicables las 4.500 “leyes del gobierno” aprobadas por el ejecutivo nazi entre 1933 y 1945.¹⁴⁸ En opinión de García Amado, difícilmente podría tildarse de “positivista legalista” la aplicación judicial de un derecho que imponía, a golpe de cartas dirigidas desde el ejecutivo a los jueces (*Richterbriefe*), penas de muerte a sujetos que cometían delitos para los que solo estaban previstas penas privativas de libertad.¹⁴⁹

Lo que en este punto interesa, sin embargo, no es tanto someter a crítica el “significado” político del programa irracionalista de la Escuela de Kiel¹⁵⁰ cuanto analizar la

¹⁴⁵ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, pp. 347 s.

¹⁴⁶ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 347.

¹⁴⁷ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 347.

¹⁴⁸ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 348 y nota 15.

¹⁴⁹ GARCÍA AMADO, J.A., AFD 1991, p. 349.

¹⁵⁰ Sobre dicho programa MIRPUIG, S., *Introducción a las bases*, 1976, p. 260.

viabilidad de uno de los conceptos desarrollados por esta corriente: la idea de los “tipos de autor”. Ello se debe, recuérdese, a que uno de los indicadores para la constatación de la existencia de un delito *sui generis* propuestos por la doctrina es aquél que atiende precisamente al criterio criminológico de la existencia de un determinado “tipo de autor”. Pues bien: dicho análisis pondría de manifiesto que la teoría que ahora nos ocupa no puede ser aceptada, ya que se mostraría incapaz de resistir el argumento según el cual el Derecho penal no debe castigar tipos de autor, sino exclusivamente clases de conductas.

VI. Conclusiones

1. De todo lo anteriormente expuesto se deduce fácilmente que la doctrina del *delictum sui generis*, que trataría de establecer el carácter *sui generis* de un delito a partir de criterios predominantemente formales, como el del *nomen iuris delicti*, el penológico, el sistemático o el de los tipos criminológico-normativos de autor, es merecedora de una valoración negativa. Tampoco puede decirse que el concepto de *delictum sui generis* constituya precisamente un concepto que haya hecho fortuna. Al contrario, la doctrina penal moderna contempla la construcción que ahora nos ocupa como una concepción completamente insostenible.

2. Autores como Blei, Roxin o Jakobs se ha pronunciado en este sentido.¹⁵¹ Según el primer autor, los conceptos de “tipo básico”, “derivación típica dependiente” y “*delictum sui generis*” constituyen conceptos que poco pueden aportar a la Dogmática jurídico-penal. Tales conceptos se presentarían, en su opinión, como el resultado de argumentaciones que únicamente servirían para abreviar el proceso interpretativo de los tipos metodológicamente correcto y para elaborar deducciones arbitrarias con premisas que pretenderían igualmente alcanzar un resultado por lo general ya presu-
puesto.¹⁵² En opinión de Blei, la cuestión relativa a si un tipo depende o es autónomo de otro¹⁵³ no puede ser resuelta a partir de un proceso deductivo, sino, al contrario, mediante un procedimiento inductivo.¹⁵⁴ A parecida conclusión llega Roxin. En opinión de este autor “ésta (*scil.* la crítica al concepto de delito autónomo) está justificada en cuanto que no hay criterios generales para delimitar delitos autónomos y delitos cualificados y que de la aceptación de la autonomía no se pueden deducir sin más consecuencias jurídicas determinadas al modo de la jurisprudencia de los conceptos, sino que, cuando se trata de la relación de dos tipos entre sí, siempre hay que volver a averiguar de nuevo por medio de una interpretación orientada teleológicamente si y en qué relaciones son autónomos o dependientes entre sí. (...).”¹⁵⁵ Jakobs, por

¹⁵¹ Sobre esto, *vid.* GÓMEZ MARTÍN, V., “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”, RECPC 04-16 (2002).

¹⁵² BLEI, H., *AT*, 10ª ed., 1989, p. 82.

¹⁵³ Advuértase también en BLEI la confusión terminológica entre “delito distinto” y “delito autónomo” referida *supra*.

¹⁵⁴ BLEI, H., *AT*, 10ª ed., 1989, p. 84.

¹⁵⁵ ROXIN, C., *PG*, I, 1997, § 10/135.

último, rechaza la distinción entre *delictum sui generis* y delito dependiente¹⁵⁶ por estimar que “carece de apoyatura legal y sacrifica la técnica legal de los tipos en aras de ideas prejurídicas y poco claras acerca del tipo de delito”.¹⁵⁷

3. A mi juicio, la opinión de Blei, Roxin y Jakobs es plenamente compartible. Resulta ciertamente lícito, e incluso necesario a determinados efectos, preguntarse si el delito A es el mismo delito que el delito B con el que se encuentra emparentado, o bien es, por el contrario, un delito distinto. O dicho con otros términos, más precisos desde la perspectiva que se adopta en este trabajo: si el tipo de injusto del delito A es el mismo que el del delito B, o bien se trata de un tipo de injusto distinto. Pero no es posible resolver satisfactoriamente esta cuestión de forma apriorística mediante un procedimiento lógico-deductivo válido para todos los supuestos donde aquella cuestión puede plantearse. Como ha sido ampliamente expuesto *supra*, un análisis de los indicadores (“conceptos”) elaborados por la doctrina del *delictum sui generis* pone de manifiesto que el contenido de todos ellos se encuentra expuesto a importantes objeciones, en algunos casos insalvables. Pero aunque ello no fuera así, ninguno de estos indicadores podría superar el estadio de lo meramente *indiciario* con respecto a la sustantividad de los tipos correspondientes.

4. A pesar de que en el haber de la doctrina que nos ocupa puede contarse alguna virtud, no es menos cierto, sin embargo, que son amplia mayoría los inconvenientes que se encuentran en su débito. Los más importantes son el carácter “distinto” de un delito como cuestión carente de interés dogmático; la falta de uniformidad terminológica; la ausencia de un concepto material y concreto de delito “*sui generis*”; y la condición de meros indicios puestos al servicio de la interpretación de los tipos de los indicadores de sustantividad. Estos inconvenientes recomiendan rechazar la doctrina del *delictum sui generis* en favor de una interpretación teleológica de los tipos en juego. A la vista de las observaciones que acaban de ser formuladas, debe reconocerse que la atribución a la doctrina de los delitos *sui generis* del defecto de participar de las particularidades metodológicas de la “jurisprudencia de conceptos” no se encuentra en absoluto carente de fundamento.

5. Los indicadores elaborados por la doctrina que nos ocupa constituyen, en la mayor parte de los casos, meras prolongaciones de métodos interpretativos esencialmente dominados por la lógica formal. Ello ocurre, por ejemplo, con el indicador del *nomen iuris* en relación con la interpretación literal, así como con el indicador sistemático y el penológico en relación con la interpretación sistemática. En la medida en que ello ocurriría, la técnica empleada por la doctrina del delito *sui generis* consistiría en deducir lógico-formalmente de la ley la existencia de un concepto, el de delito *sui generis*, del que a su vez se derivarían, también en un sentido lógico-formal, unas serie de consecuencias dogmáticas. En mi opinión, esta pretensión de extraer de la ley el concepto de delito “distinto” no es susceptible de censura. Antes al contrario, es incluso digna de elogio. Ya se ha puesto de manifiesto *supra* que el concepto de delito

¹⁵⁶ Identificando incorrectamente de nuevo, como BLEI, los conceptos “*delictum sui generis*” y “delito autónomo”.

¹⁵⁷ JAKOBS, G., *PG*, 2ª ed., 1995, 6/98.

“distinto” es un concepto dogmático de utilidad. Lo que resulta criticable, sin embargo, es el *método* empleado para la elaboración de este concepto. Asiste la razón a la “jurisprudencia de intereses” cuando afirma que la deducción lógico-formal de conceptos jurídicos de otros conceptos jurídicos solo puede servir para cumplir una función meramente expositiva, sistemática, de formulación y carente de todo valor cognitivo.¹⁵⁸

6. Esta orientación metodológica formalista, que se asentaría sobre la premisa de que el ordenamiento jurídico-penal sería un sistema lógico cerrado, constituiría, además, el origen de una serie de insatisfactorias consecuencias, también apuntadas *supra*. Las principales serían acoger en su seno a una considerable cantidad de clases de delitos sin conexión alguna entre sí; no advertir que el fundamento del carácter “distinto” de cada una de las clases de delitos que incorporaría es diferente en cada caso; y pretender hacer extensivas a todas las clases de delitos las mismas consecuencias dogmáticas. El único método interpretativo que permite advertir la existencia de una gran cantidad de delitos “distintos” cuyas respectivas naturalezas jurídicas nada tendrían que ver entre sí, que el fundamento de que estas clases de delitos puedan ser considerados “distintos” sería diferente para cada caso, y de explicar que las consecuencias dogmáticas previstas para cada una de las constelaciones delictivas en juego pueden ser distintas sería un método orientado a la voluntad y los fines de la ley. Esto es, el método *teleológico*. No en vano, una parte considerable de los autores que defienden en Alemania la idea del delito “distinto” consideran que el criterio decisivo para determinar la presencia de un delito distinto vendría representado por la constatación de que el tipo de injusto del delito que se analiza es distinto respecto del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convertiría en “distinto” a un delito, lo que le dotaría de sustantividad propia respecto de otros delitos sería, precisamente, la “especialidad” de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la especialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto al protegido en el delito respecto del que guarda relación.¹⁵⁹

7. La respuesta a la cuestión de qué es aquello que ha pretendido proteger el legislador mediante la tipificación de un comportamiento es necesaria para conocer, además, cómo ha querido materializar la ley esa protección, y por qué se ha elegido ese mecanismo. Así, por ejemplo, se precisa conocer qué es lo que se pretende proteger en los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento de morada cometidas por autoridad o funcionario público (arts. 167, 198 y 204 CP 1995, respectivamente), o de lesiones cometidas por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas (§ 340 StGB) para conocer cuáles son los efectos que persigue la ley.

¹⁵⁸ Esto es, para cumplir la función de elaboración de lo que HECK denominó “sistema externo”. Vid. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho* (traducción y revisión de M. RODRÍGUEZ MOLINERO), 1994, p. 78.

¹⁵⁹ SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920, pp. 31 s. y 118 (en relación con los delitos improprios de funcionario); NAGLER, J., *ZakDR* 1940, p. 367; MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 254; HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974, p. 50, nota 137.

La primera de las opciones que cabe imaginar es que los únicos bienes jurídicos protegidos en los delitos apuntados sean la libertad ambulatoria (art. 167 CP), la intimidad de las comunicaciones (art. 198 CP), la intimidad domiciliaria (art. 204 CP) y la integridad física (§ 340 StGB alemán), correspondiendo al elemento de la autoridad o funcionario público la condición de elemento exclusivamente *personal*. En caso de que así fuera, para proteger los bienes jurídicos en juego no sería necesaria la tipificación de los aquellos delitos como delitos *especiales*. Esto es, como delitos *distintos* o *sui generis* respecto de los correspondientes delitos comunes de detenciones ilegales (arts. 163 ss. CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP), allanamiento de morada (arts. 202 ss. CP) y lesiones (§§ 223 ss. StGB). La técnica legislativa más idónea para proteger estos bienes jurídicos *comunes* sería la del subtipo o tipo dependiente por razón del sujeto activo. Así se desprende de las consecuencias dogmáticas que se derivarían de la misma para los supuestos de error y de intervención en el hecho de sujeto no cualificado. Tanto en los supuestos de error vencible sobre el elemento accidental cualificante como en los casos de creencia errónea vencible de su concurrencia, solo podría castigarse por el tipo básico de lesión del bien jurídico. En los supuestos de intervención en el hecho de sujeto que no fuera ni autoridad ni funcionario público, este sujeto sería castigado por haber participado en el tipo común de lesión del bien jurídico. Estas soluciones tendrían como consecuencias la imposibilidad de castigar al sujeto que incurre en error vencible sobre el elemento cualificante por un concurso ideal de delitos entre el tipo básico doloso y el tipo cualificado imprudente, en su caso; al que cree erróneamente que se produce en él la concurrencia del elemento cualificante por concurso ideal de delitos entre tipo básico doloso y tentativa inidónea del tipo cualificado; y, por último, al partícipe no cualificado por su participación en el tipo cualificado. Estas consecuencias no representarían, sin embargo, un déficit de protección de los bienes jurídicos (los comunes) en juego. Antes al contrario: serían el corolario lógico de una técnica legislativa que permite distinguir la *esencia* del injusto (lesión del bien jurídico protegido) de su mera *agravación* por la concurrencia de elementos *personales*.

La segunda opción imaginable consistiría en afirmar que en los delitos de funcionario señalados no solo se protegerían los bienes jurídicos comunes individuales descritos, sino también un interés supraindividual: el correcto funcionamiento de la Administración pública. Si así fuera, sería forzoso afirmar, atendiendo al criterio que nos ocupa, que los delitos en juego serían delitos especiales distintos a los respectivos delitos comunes.¹⁶⁰ Ello produciría igualmente efectos en materia de error y participación.¹⁶¹

¹⁶⁰ MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 254. MAURACH reconoce, con todo, que la cuestión no es en absoluto incontrolada. Tan solo existiría unanimidad en torno a que los delitos propios de funcionarios siempre son tipos autónomos, y nunca meras modificaciones típicas de otro delito. Pero de ello no podría inferirse, a contrario, que todos los delitos improprios de funcionarios son meros tipos cualificados de los correspondientes delitos cometidos por particular. Un indicio contra la naturaleza de los delitos improprios de funcionarios como meras variaciones típicas sería, para MAURACH, por ejemplo, la circunstancia de que estos delitos estarían llamados a proteger dos bienes jurídicos distintos: el bien protegido por el delito común y, al igual que los delitos propios de funcionario, el bien jurídico especial consistente en la “confianza de la colectividad en la corrección de la prestación de la función pública”.

En caso de error vencible sobre el elemento cualificante, debería castigarse por tentativa inidónea del delito de funcionario. El partícipe no cualificado intervieniente en tal delito sería merecedor, por su parte, de responder por su participación en el delito especial. Obsérvese como también aquí se aprecia que los efectos apuntados atienden a la circunstancia de que el elemento “autoridad o funcionario público” habría dejado de ser un elemento *accidental*, meramente *agravante* y *personal* del injusto, para devenir un elemento *esencial* y directamente conectado con el bien jurídico protegido *distinto*: el correcto funcionamiento de la función pública. Estos efectos se desprenden, por lo demás, de la teoría general del error típico sobre elementos esenciales como exclusión del dolo típico y del fundamento de la participación como favorecimiento del injusto del hecho principal típico. En suma: el indicador del bien jurídico distinto acierta, en suma, en el siguiente diagnóstico: es del todo necesario aprehender la voluntad de la ley, esto es, saber qué quiere proteger, para conocer los efectos que ésta pretende provocar en materia de error y participación.

8. No obstante todo lo anterior, debe advertirse, en primer lugar, que la mera constatación de que es necesario preguntarse si un determinado delito constituye la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico o de un bien jurídico distinto constituye un criterio que probablemente solo ofrecerá resultados fiables en los casos más sencillos. Esto es, en los supuestos en que no resulte complicado comprobar que los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por los delitos en juego son distintos. No existen dudas razonables, por ejemplo, en torno a que el delito de hurto (art. 234 CP) debe ser reconocido como un delito distinto al delito de homicidio (art. 138 CP). No es difícil advertir que el hurto representa la lesión de un bien jurídico, el patrimonio individual, distinto al protegido en el homicidio, la vida humana independiente. Sin embargo, la determinación del bien jurídico protegido no siempre resultará tan sencilla. Es más: en la práctica totalidad de los delitos en relación con los que se discute si constituyen o no delitos distintos se da la circunstancia de que la determinación de los bienes jurídicos protegidos resultará especialmente difícil. Clara muestra de ello son los delitos de funcionario antes referidos.

9. Algunos de los autores alemanes que conforman el sector doctrinal partidario del indicador del bien jurídico muestran sus dudas, en segundo lugar, sobre si éste debe ser considerado el único criterio para la determinación de la presencia de un delito *sui*

¹⁶¹ Sobre la participación en relación con los delitos impropios de funcionario *vid.* MAURACH, R., *Materialien*, I, 1954, p. 254. Expresamente en contra HAFKE, B., JuS 1973, pp. 404 s. En opinión de este autor, la cuestión de si un determinado delito constituye o no la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto y la relativa a si resulta de aplicación el precepto regulador de la comunicabilidad de los elementos o circunstancias modificativas de la pena (antiguo § 50.3, actual § 28.2 StGB) son dos cuestiones que ninguna relación guardan entre sí. En su opinión, no existe contradicción alguna en admitir en los delitos de funcionario la existencia de un bien jurídico autónomo, frente a los delitos básicos correspondientes, y aplicar el § 50.3 (actual § 28.2) StGB. A juicio de HAFKE, todo razonamiento que partiera de la premisa de que el § 50.3 StGB no podía aplicarse en los casos de delitos autónomos, y de que la presencia de un bien jurídico común a todos los delitos de funcionario los convertiría en delitos *sui generis*, incurriría en el formalismo lógico propio de una inadmisibles jurisprudencia de conceptos. Tal concepción se encontraría orientada, siempre según HAFKE, de espaldas a la contemplación de naturaleza valorativa que requiere la resolución de los problemas planteados en esta constelación delictiva.

generis.¹⁶² Si ello fuera así, el indicador que nos ocupa no solo sería completamente inútil en relación con los supuestos límite,¹⁶³ que, como ya se ha señalado, son, en realidad son la mayoría de los aquí interesan, o en aquéllos en que el bien jurídico protegido sea *el mismo*; sino que incluso conduciría irremediablemente en estos supuestos a la imposibilidad de conocer con certeza si nos encontramos o no ante un delito distinto. Debe señalarse, por último, que ninguno de los autores que integran el sector doctrinal defensor del criterio del bien jurídico distinto propone criterio alguno para determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada tipo. Se trataría, por tanto, de comprender su sentido interpretándolo teleológicamente y atendiendo a los postulados de la teoría general del delito. Más concretamente, a los de la teoría general del injusto y la teoría general de la formas de intervención en el delito.

¹⁶² Este es el caso de HEIL, citado por HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974, p. 50. nota 138.

¹⁶³ HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974, pp. 50 s.