

LAS «CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD IMPROPIAS»: VESTIGIOS DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL CÓDIGO ESPAÑOL

ÉRIKA MENDES DE CARVALHO

Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza
Profesora de Derecho Penal. Universidad de Maringá. Brasil

Sumario

1. Las condiciones objetivas de punibilidad como elementos ajenos al dolo.—2. **Condiciones objetivas de punibilidad y principio de culpabilidad.**—2.1. La compatibilidad de las condiciones objetivas de punibilidad con el principio de culpabilidad.—2.2. La clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad en propias e impropias.—2.3. Objeciones doctrinales a las condiciones objetivas de punibilidad impropias.—2.4. Propuestas de legitimación de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad impropias.—3. **Las condiciones objetivas de punibilidad impropias como vestigios de responsabilidad objetiva.**—4. **Notas conclusivas.**

1. Las condiciones objetivas de punibilidad como elementos ajenos al dolo

Las condiciones objetivas de punibilidad son elementos ajenos al dolo del autor, de modo que el hecho de que sean o no conocidas por el mismo resulta absolutamente indiferente¹. Sin embargo, hay

¹ Por lo general, se admite que las condiciones objetivas de punibilidad no necesitan estar abarcadas por el dolo —en este sentido, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D.-M., «La punibilidad», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al*

que tener presente que el posible conocimiento acerca de la existencia del elemento condicionante no se confunde con el dolo. Entre el dolo y el tipo objetivo existe, como pone en evidencia GRACIA MARTÍN, «una conexión lógica y más concretamente una relación de dependencia de aquél con respecto al tipo objetivo». Por lo tanto, «para la constitución del dolo es imprescindible que el contenido de la representación del autor esté comprendido en el tipo objetivo; si la representación del autor y, por ende, su voluntad, tienen por objeto hechos que no están comprendidos en el tipo objetivo, entonces se trata de una voluntad que no puede dar lugar a la constitución del

profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 835 (el mismo, «Punibilidad», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, v. IV, Civitas, Madrid, 1995, p. 5424); COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 429; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Edersa, Madrid, 1989, p. 120; PUIG PEÑA, F., «Condiciones objetivas de penalidad», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. IV, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1952, p. 891; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 13, 79, 91 y 117 (sólo para las llamadas condiciones extrínsecas); DEL ROSAL/RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal español*, PG, Ediciones Darro, Madrid, 1974, p. 243; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Leciones de Derecho penal*, PG, 2.ª ed., La Ley, 1999, pp. 268-269. La doctrina italiana mayoritaria se manifiesta por la independencia de las condiciones objetivas de punibilidad respecto al dolo del autor, en razón del contenido del artículo 44 del Código Penal —así, por ejemplo, PANNAIN, R., *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, v. I, UTET, Torino, 1950, p. 280; RAMACCI, F., *Le condizioni obiettive di punibilità*, Jovene, Napoli, 1971, pp. 205 y ss.; MANTOVANI, F., *Diritto penale*, Parte Generale, 2.ª ed., Cedam, Padova, 1988, pp. 782 y ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, 2.ª ed., Zanichelli, Bologna, 1989, p. 598; BOSCARRELLI, M., *Compendio di Diritto penale*, Parte Generale, 4.ª ed., Giuffrè, Milano, 1982, p. 223; BELLINI, F., *Le condizioni obiettive di punibilità*, G. Giappichelli, Torino, 1988, pp. 14 y ss.; ROMANO, M., *Commentario sistematico del Codice penale*, t. I, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1995, pp. 443 y 449-450. En la doctrina alemana, se suele destacar que las condiciones objetivas de punibilidad son acontecimientos completamente ajenos a lo injusto, de ahí resultando completamente innecesario que sean abarcadas por el dolo o imputables a título de imprudencia —así, por ejemplo, RADBRUCH, G., Recensión a «Tat und Schuld», de Hermann Kantorowicz, *SchwZStr*, 1937, t. 51, pp. 254 y ss.; RITTLER, T., «Strafbarkeitsbedingungen», en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag*, Band II, Scientia Verlag Aalen, Tübingen, 1969, pp. 2 y ss.; SCHMIDHÄUSER, E., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», pp. 548 y ss., y 562; VOLK, K., *Introduzione al Diritto penale tedesco*, PG, Cedam, Padova, 1993, p. 107, entre otros. En la doctrina brasileña, consideran que las condiciones objetivas de punibilidad son elementos ajenos al dolo, por ejemplo, HUNGRIA, N., *Comentários ao Código penal*, v. I., t. II, Forense, Rio de Janeiro, 1958, p. 28; SIQUEIRA, G. *Tratado de Direito penal*, PG, t. I, 2.ª ed., José Konfino, Rio de Janeiro, 1950, p. 534; PRADO, L. R., *Curso de Direito penal brasileiro*, PG, v. I, 4.ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 710 (el mismo, «Apontamentos sobre a punibilidade e suas condicionantes positiva e negativa», RT, 2000, v. 776, pp. 447 y ss.); SÁNCHEZ RÍOS, R., *Das causas de extinção da punibilidade nos delitos econômicos*, RT, São Paulo, 2003, p. 122.

dolo»². El dolo, como concepto jurídico-penal, es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos pertenecientes al tipo objetivo³. Y las condiciones objetivas de punibilidad no integran el tipo objetivo. Luego, el hecho de que puedan ingresar en el ámbito del conocimiento del autor no conlleva la conclusión de que sean eventualmente abarcadas por el dolo. Tales elementos, esto sí, pueden entrar en la esfera del conocimiento del autor antes o después del perfeccionamiento de los elementos objetivos del tipo. No obstante, esto para nada importa decir que sean susceptibles de realización a título de dolo.

La ajenidad de los elementos condicionantes respecto al dolo del autor es, sin lugar a duda, el criterio que ofrece el parámetro más seguro en la tarea de caracterizar un determinado elemento como condición objetiva de punibilidad. La no pertenencia del elemento cuya naturaleza jurídica se cuestiona al ámbito del dolo del autor es un indicio seguro de que no es un elemento del injusto culpable y que, por lo tanto, puede perfectamente integrar la esfera de las condiciones de punibilidad. No obstante, ello no significa que el elemento en cuestión sea, necesariamente, una condición objetiva de punibilidad, sino que desde luego no estará entre los elementos integrantes del tipo objetivo.

Es forzoso reconocer, sin embargo, que las condiciones objetivas de punibilidad no reúnen ciertas características uniformes que permitan su inmediata identificación. Son, más bien, elementos heterogéneos que por fuerza de una decisión legislativa condicionan la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable. La diversidad de los elementos condicionantes dificulta, indudablemente, su individualización. Pero ello no impide identificar un rasgo característico general, que poseen todas las condiciones objetivas de punibilidad: la ajenidad al dolo.

² GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», *RDPCr*, 2.^a época, 1999, n.º 3, p. 355.

³ Véase, por todos, WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, PG, 11.^a ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pp. 95 y ss.

2. Condiciones objetivas de punibilidad y principio de culpabilidad

2.1. *La compatibilidad de las condiciones objetivas de punibilidad con el principio de culpabilidad*

A raíz de lo expuesto, la doctrina suele cuestionar la compatibilidad entre las condiciones objetivas de punibilidad y el *principio de culpabilidad*⁴, dado que no hace falta que las mismas estén abarcadas por el dolo o la imprudencia para fines de imputación⁵. Pone en tela de juicio la posibilidad de coexistencia armoniosa entre tales condiciones y el principio de culpabilidad, por ejemplo, ARTHUR KAUFMANN, que argumenta que «dado que las condiciones objetivas de punibilidad también fundamentan la pena, éstas forman parte de lo injusto por lo que —concluye este autor— violan el principio de culpabilidad al no tener que ser abarcadas por el dolo ni ser imputables por imprudencia»⁶.

No obstante, la conclusión a la que llegan otros autores es que el reconocimiento de las condiciones de punibilidad no implicaría en principio ninguna infracción del principio de culpabilidad, ya que son circunstancias ajenas a lo injusto culpable. Luego, como el dolo es únicamente la voluntad de acción orientada a la realización del tipo objetivo de un delito⁷ —de lo que se desprende que comprende el conocimiento actual de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal (elemento intelectual) y la voluntad incondicionada de

⁴ Cfr. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, Parte Generale, p. 600; BRICOLA, F., «Punibilità», en *Novissimo Digesto Italiano*, v. XIV, Editrice Torinese, Torino, 1976, pp. 606-607; MOCCIA, S., «El problema de la responsabilidad objetiva: entre el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons/Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2004, pp. 540-541 (el mismo, *El Derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*, B de F Editores, Montevideo/Buenos Aires, 2003, pp. 159-160).

⁵ Precisamente por ello es que «cuando la imposición de la pena queda pendiente de que se cumpla una condición objetiva de punibilidad no hay que olvidar que el autor ya ha «realizado el delito», y es en ese delito donde hay que evitar que opere la responsabilidad objetiva», de modo que «las condiciones objetivas de punibilidad se sitúan por lo tanto lejos de las críticas que las señalan como incomprensibles excepciones próximas a la responsabilidad objetiva» (QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho penal*, PG, 3.ª ed., Aranzadi, Elcano, 2002, p. 453).

⁶ KAUFMANN, ARTHUR., *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976, p. 251.

⁷ Véase WELZEL, H., *Derecho penal...*, p. 95.

realización del tipo (elemento volitivo)⁸— es lógico que en su ámbito no entren los elementos que, como las condiciones de punibilidad propias, se encuentran fuera de lo injusto. Y ello para nada importaría una incompatibilidad de tales elementos con el principio de culpabilidad⁹.

En esta línea, acentúa WELZEL que «el reconocimiento de meras condiciones externas, respecto a las cuales no necesita referirse ni el dolo ni la culpabilidad, es compatible con el principio de la culpabilidad imperante en el Derecho Penal»¹⁰. Eso es lo que demuestran, por ejemplo, la exigencia de que el hecho ejecutado en el extranjero por un español sea punible en el lugar de ejecución como límite del principio de personalidad activa (art. 23.2, LOPJ) y la declaración de concurso (art. 260, CP): la gravedad de los hechos no puede variar en función de la existencia o no de los mencionados requisitos, que no caracterizan el hecho, sino que son externos a éste. El razonamiento de KAUFMANN —que vislumbra en las condiciones objetivas una clara infracción del principio de culpabilidad— parte del presupuesto —a nuestro juicio equivocado— de que las condiciones de punibilidad fundamentan la pena —que sólo puede encontrar su fundamento en el injusto culpable— y que, por lo tanto, integrarían lo injusto. Sin embargo, el hecho de que sean ajenas a lo injusto culpable impide de pronto que las auténticas condiciones de punibilidad puedan figurar como uno de los fundamentos de la pena y, por consiguiente, no se constata la criticada incompatibilidad entre aquellas condiciones y el principio de culpabilidad.

2.2. *La clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad en propias e impropias*

Pese a todo lo expuesto, hay autores que apuntan la existencia de condiciones objetivas de punibilidad que cofundamentan lo injusto¹¹. Sería esto lo que ocurriría en determinados preceptos penales «en los que la no inclusión de un elemento en el tipo de lo injusto impide jus-

⁸ Véase WELZEL, H., *Derecho penal...*, pp. 96-97.

⁹ En este sentido, por ejemplo, STRATENWERTH, G., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959», *ZStW*, 1959, pp. 565 y ss.; SCHMIDHAUSER, E., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», p. 561; VOLK, K. *Introduzione...*, PG, p. 108; D'ASCOLA, V. N., «Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità». *RIDPP*, n.º 2, 1993, pp. 664 y 673, entre otros.

¹⁰ WELZEL, H., *Derecho penal...*, p. 88.

¹¹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 38 y ss., nota 30, y 293.

tificar la gravedad de la pena y, de otro lado, si se procede a incluirlo en el tipo, resulta que el precepto deviene prácticamente inaplicable por la dificultad de que se dé el tipo subjetivo o de poder imputar un determinado “resultado” al sujeto»¹². Como consecuencia de este pensamiento —que admite en principio que las condiciones objetivas de punibilidad no fundamentan lo injusto, pero a la vez se reconoce que algunas lo cofundamentan— se ha propuesto una clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad en propias e impropias, en función de su vinculación con lo injusto¹³.

Las condiciones objetivas de punibilidad *propias* figurarían como meras *causas de restricción de la pena*, con lo cual no ofrecerían ningún problema de compatibilidad respecto al principio de culpabilidad. Una de sus funciones sería precisamente «retrasar las barreras de protección penal»¹⁴, con el claro propósito de ofrecer un obstácu-

¹² GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p. 38. En este sentido, ANGIONI, F., «Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza». *RIDPP*, 1989, pp. 1.483 y ss.

¹³ Véase JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal*, PG, Comares, Granada, 1993, pp. 504 y ss. Se adhieren a esta clasificación, en la doctrina alemana, por ejemplo, WESSELS, J., *Derecho penal*, PG, p. 50; TIEDEMANN, K., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts», *ZRP*, 1975, pp. 131 y ss. En la doctrina española, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, PG, 6.ª ed., Reppertor, Barcelona, 2002, pp. 172 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 123 y ss., y 391 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 30 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal*, PG, 3.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, pp. 753 y ss.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *Las excusas absolutorias*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 57 y ss.; FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable*, Praxis, Barcelona, 1988, p. 189; FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 74 y ss., entre otros. Cobo del Rosal y Vives Antón denominan condiciones objetivas de punibilidad solamente las propias; las impropias, en cambio, reciben el calificativo de *situaciones típicas anómalas*. Así, frente a lo que llaman *situaciones típicas* —circunstancias de la acción que «califican esencialmente a ésta y han de ser, en consecuencia, abarcadas por el conocer y el querer del autor»—, existe «una serie de supuestos anómalos, en los que los tipos penales consignan ciertas circunstancias, que no guardan con la actividad del sujeto agente una relación definida, y respecto de las que no se exige o no se exige necesariamente, que sean abarcadas por el dolo del autor» - véase *Derecho penal*, PG, pp. 427-428, y 430, en especial nota 12, cursivas en el texto. Desde otra perspectiva, Luzón Peña considera que la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad propias provoca la exclusión de la figura delictiva y la posibilidad de pena, mientras que la ausencia de las condiciones impropias —que únicamente determinan la existencia de un tipo penal agravado— no obstaculiza la subsistencia del tipo base —cfr. «La punibilidad», p. 835 (el mismo, «Punibilidad», p. 5.424)—. Éstas últimas también se denominan condiciones objetivas de mayor punibilidad —así, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, t. III, Tecnos, Madrid, 2001, p. 275; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 27 y ss.

¹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 33. Así, también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, PG, Teoría jurídica del delito, 2.ª ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 391.

lo limitativo a la punibilidad de determinadas conductas. JESCHECK las vislumbra como «el contrapunto objetivo de las causas personales de exclusión y anulación de la pena», con las cuales compartiría «igual nivel en la estructura del delito». El legislador, aunque presentes lo injusto y la culpabilidad, rechaza en estos supuestos la necesidad de pena añadiendo «una ulterior circunstancia que puede referirse al propio hecho, o a la evolución tras el mismo, y le confiere una mayor significación en relación con el mundo circundante»¹⁵. Así, además del merecimiento de la pena, y con antelación al reconocimiento de la necesidad de la pena, se exige la producción de un particular deterioro de los valores del orden protegidos por el respectivo precepto penal¹⁶. Propone como ejemplos de condiciones objetivas de punibilidad propias la existencia de relaciones diplomáticas y la observancia de la reciprocidad en los delitos contra Estados extranjeros¹⁷, supuestos en los cuales se verifica únicamente una restricción de la pena sin repercusiones respecto al principio de culpabilidad.

La doctrina que adopta el punto de vista según el cual la declaración de concurso (art. 260, CP) constituye una condición objetiva de punibilidad cuestiona si tal elemento figuraría como una condición objetiva propia o impropia. La solución del mencionado problema dependerá, sin embargo, de la idea que se sostenga respecto a la estructura del delito en cuestión¹⁸. Un primer sector de la doctrina¹⁹ mantiene que la realización de comportamientos de bancarrota o de conductas que darán lugar a la insolvencia o a la situación de crisis económica representan comportamientos lícitos, que sólo pierden esa característica tras la declaración de concurso. Si se parte de esa perspectiva, el hecho de que la declaración de concurso contribuya para fundamentar lo injusto y aún así permanezca excluida del ámbi-

¹⁵ JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 504.

¹⁶ Véase JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 504. Señala Jescheck que «son escasas las concepciones doctrinales discrepantes en cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad *propias*. *Sauer, Land* y *Sax* incluyen las condiciones objetivas de punibilidad en el tipo, atendiendo a su estrecha conexión con el injusto del hecho. *Zimmerl* ha elaborado una subdivisión de toda la materia en elementos del injusto, elementos objetivos de la culpabilidad y condiciones objetivas de punibilidad propias, subdivisión ésta que coincide en principio con el texto, pero discrepa del mismo en lo particular. *Bemmann* rechaza de plano las condiciones objetivas de punibilidad, porque en el marco de la estructura del delito no habría para ellas ni lugar ni función» (JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 505, cursivas del autor).

¹⁷ Véanse JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 507; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 173.

¹⁸ Sobre la cuestión, véase NIETO MARTÍN, A., *El delito de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 66 y ss.

¹⁹ Así, por ejemplo, ANTOLISEI, F., *Delitos relacionados con las quiebras y las sociedades*, Temis, Bogotá, 1975, pp. 30 y ss.

to del dolo o imprudencia del sujeto permite calificarla como una condición objetiva de punibilidad impropia. No obstante, la doctrina mayoritaria estima que las actuaciones dolosas contrarias a los criterios de una gestión ordenada que van a producir la insolvencia o las que efectuadas durante un periodo de crisis económica agravan la situación existente agotan ya el contenido de lo injusto con independencia del inicio del proceso concursal. En esta línea, la declaración de concurso actúa en el sentido de restringir la pena con base en razones fundamentalmente político-criminales, lo que demuestra que es una auténtica condición objetiva de punibilidad, perfectamente compatible con los cánones del principio de culpabilidad.

De otra parte, las condiciones objetivas de punibilidad *impropias* sí pueden suscitar problemas de orden dogmático²⁰, ya que en realidad son auténticas *causas de agravación de la pena encubiertas*. Constituyen «restricciones del principio de culpabilidad por razones políticocriminales», puesto que «pertenecen por su esencia al tipo del injusto, pero se configuran formalmente como condiciones de punibilidad, porque el legislador quiso independizarlas de la exigencia de la relación dolosa o imprudente»²¹. JESCHECK pone de relieve que entre las condiciones objetivas de punibilidad impropias se encuentran algunos elementos que son en verdad «*circunstancias encubiertas del hecho que agravan la pena* y que, igualmente sólo por razones políticocriminales han sido desconectadas del injusto y de la culpabilidad»²². Tanto las condiciones objetivas de punibilidad impropias

²⁰ No obstante, de acuerdo con Jescheck «las objeciones que desde el principio de culpabilidad quepa hacer a las condiciones de punibilidad impropias desaparecen en parte mediante la consideración de que el autor asume sin más el *riesgo*, para todos reconocible, de que pudiera concurrir la condición objetiva de punibilidad» (*Tratado...*, p. 506, cursiva en el texto).

²¹ JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 505. Martínez-Buján Pérez subraya que las condiciones objetivas de punibilidad *propias* se basan en razones político-criminales de índole material que confieren al hecho un especial significado en virtud de una dosis más acentuada de contrariedad al orden jurídico. Expresan, por lo tanto, la *necesidad de pena* y tienen por misión restringir la punibilidad (*Las condiciones...*, pp. 48, 57, 85, 108 y 112). Las condiciones objetivas de punibilidad *impropias*, por su turno, son auténticos elementos del *merecimiento de pena*, pues desde la perspectiva material pertenecerían al tipo de injusto. Por consiguiente, «no desempeñan una función limitadora de la punibilidad, sino que, al contrario, permiten fundamentar la imposición de una pena, ampliando la punibilidad, de espaldas a la imputación subjetiva» (*Las condiciones...*, p. 57).

²² JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 506. Comparte semejante punto de vista Wessels, que estima que «es exacto que algunas condiciones objetivas de punibilidad representan circunstancias de hecho fundamentadoras de la pena disfrazadas, que el legislador quiso sustraer, por razones de política criminal, al ámbito de aplicación del § 16, I, 1, y han asumido el carácter de “*características del riesgo*”» (WESSELS, J., *Derecho penal*, PG, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 50, cursiva en el texto).

que figuran como verdaderas causas de agravación penal como aquellas que surgen como elementos fundamentadores de la pena consisten en restricciones del principio de culpabilidad. En las condiciones objetivas de punibilidad impropias que constituyen efectivamente *causas de agravación de la pena* «el comportamiento básico incluido en la exigencia de culpabilidad ofrece ya un cierto grado de merecimiento de pena, porque a través del mismo se pone en peligro la comunidad o a personas individuales. Sin embargo, al merecimiento de pena por el hecho sólo se llega formalmente mediante la concurrencia de la condición de punibilidad. Con todo, la circunstancia de que la conminación penal supere notablemente el contenido de culpabilidad del comportamiento básico indica que materialmente son causas de agravación penal que se han desvinculado del injusto y de la culpabilidad»²³. Por otro lado, en las condiciones objetivas de punibilidad fundamentadoras de la agravación de la pena sólo motivaciones político-criminales pueden llevar al legislador a desvincular de lo injusto culpable elementos que, en realidad, pertenecen al supuesto de hecho²⁴.

La doctrina que no se adhiere a la diferenciación entre condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias abarca ambos supuestos en una misma y amplia categoría —la de las condiciones objetivas de punibilidad—, sin establecer ninguna distinción específica entre ellos. Consecuentemente, no suele vislumbrar en estos elementos ninguna incompatibilidad con el principio de culpabilidad y concibe todas esas circunstancias como supuestos de restricción de la punibilidad²⁵. Un análisis más detenido de la categoría en cuestión demuestra, no obstante, que la misma reúne una multiplicidad de elementos que sólo impropiamente podrían estar agrupados bajo

²³ JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 507. En estos casos, añade Jescheck, «el principio de culpabilidad debe respetarse de forma que para la medición de la pena el juez se atenga al tramo inferior cuando el autor no pudiera prever la concurrencia de la condición objetiva de punibilidad» (*Tratado...*, p. 507). Como ejemplos apunta «la producción de la consecuencia grave en la riña (§ 227 I) y la comisión del hecho dentro del delito de embriaguez plena (§ 323 a)» (*Tratado...*, pp. 505 y 507).

²⁴ Jescheck afirma que en el Código Penal alemán la única condición objetiva de punibilidad impropia que constituye en realidad *un elemento típico fundamentador de la pena* es la indemostrabilidad de la verdad del hecho imputado en la difamación (§ 186) —véase JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, pp. 506-508.

²⁵ Véanse, entre otros, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* §§ 13 y ss., Rdn. 124-a; OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*. C. H. Beck, München, 1978, p. 65; STREE, W., «Objektive Bedingungen der Strafbarkeit», *JuS*, 1965, p. 467; SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht*, AT, Studienbuch. 2.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1984, pp. 199 y 259.

una única denominación²⁶. Sin entrar aún en la conveniencia y admisibilidad de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad impropias, importa destacar aquí que éstas últimas no se identifican para nada con las llamadas condiciones de punibilidad propias. De ahí que, en un primer momento, resulte conveniente trazar una línea diferencial entre tales circunstancias.

Ahora bien, la doctrina italiana propone una clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad muy similar a la elaborada por JESCHECK. Las divide en condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas e intrínsecas, según la afección para el bien jurídico. Las primeras no afectan al bien jurídico y su surgimiento se encuentra condicionado fundamentalmente por consideraciones político-criminales (conveniencia/oportunidad)²⁷. Como ejemplo se suele apuntar el requisito de la presencia del delincuente en el territorio del Estado para que se le pueda castigar por hechos perpetrados en el extranjero (art. 9.1 del Código penal italiano). Las intrínsecas, por otro lado, suponen una afección del bien jurídico protegido por el tipo delictivo en cuestión o por otro diferente del tutelado por la figura de delito, lo que implica un avance de la lesión representada por el hecho en sentido estricto²⁸. Sería el caso, por ejemplo, del perjuicio al interés nacional en el delito de infidelidad en asuntos de Estado (art. 264 del Código penal italiano) y también del peligro de enfermedad en el abuso de los medios de corrección (art. 571). Sin embargo, estos

²⁶ La dificultad en encontrar un denominador común a todas estas circunstancias condicionantes imposibilita, sin embargo, el desarrollo de una concepción unitaria de las mismas. En esta línea, apunta Mapelli Caffarena que tales condiciones parecen «inspiradas por una fuerza disociativa que hace imposible determinar cuáles son sus contenidos positivos y sólo pueden apuntarse negativamente aquello que las individualiza, como es su desconexión con el dolo y la culpa» (*Estudio jurídico-dogmático...*, p. 13).

²⁷ Véanse PAGLIARO, A., *Principi di Diritto penale*, Parte Generale, 4.^a ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 409; MANTOVANI, F., *Diritto penale*, p. 782; ROMANO, M. *Commentario...*, pp. 445 y ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, pp. 599 y ss.; PULITANÒ, D., en CRESPI/ZUCALÀ/STELLA, *Commentario breve al Codice penale*. Cedam, Padova, 1986, p. 116; NUVOLONE, P., *Il Diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 14 y ss. (el mismo, *Il sistema...*, pp. 182-183); NEPPI MODONA, G., «Concezione realistica del reato e condizioni obiettive di punibilità», *RIDPP*, 1971, pp. 196, 201 y ss.; ANGIONI, F., «Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza». *RIDPP*, 1989, pp. 1.454 y ss.; DURIGATO, L., «Ancora un interrogativo sulle condizioni obiettive di punibilità». *L'Indice Penale*, 1989, pp. 744-745; DE SIMONE, G., «Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e *nullum crimen sine culpa*». *RIDPP*, 1992, p. 1.155.

²⁸ Véanse FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, pp. 599 y ss.; BRICOLA, F., «Punibilità», p. 594; MANTOVANI, F., *Diritto penale*, pp. 782 y ss.; ROMANO, M., *Commentario...*, p. 446, entre otros.

ejemplos que la doctrina italiana suele apuntar como supuestos de condiciones intrínsecas no son más que cualificaciones por el resultado²⁹. Ello demuestra, entre otras cosas, que la mencionada clasificación no ha logrado apuntar un criterio uniforme en el momento de catalogar una circunstancia como condición extrínseca o intrínseca³⁰.

La verdad es que resulta un poco complicado establecer un paralelismo entre tales condiciones, por una parte, y las condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, por otra³¹. No se trata, sin embargo, de buscar una equiparación entre clasificaciones disparas, dado que parten de criterios distintos. Lo que sí se puede subrayar como punto de convergencia entre las dos clasificaciones co-

²⁹ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 44.

³⁰ El establecimiento de un consenso en la clasificación de una determinada circunstancia como extrínseca o intrínseca en la doctrina italiana parece lejos de ocurrir. Pagliaro (*Principi...*, p. 383), por ejemplo, califica como condiciones extrínsecas las ubicadas en los artículos 564 y 688 del CP italiano (respectivamente, el escándalo público en el delito de incesto y el hecho de que el sujeto sea sorprendido en estado de manifiesta embriaguez en lugar público o abierto al público) y como condiciones intrínsecas las de los artículos 423 (el peligro a la integridad pública en el delito de incendio de cosa propia), 580 (el suicidio en el delito de instigación o auxilio al suicidio), 618 (el daño en la revelación del contenido de una correspondencia) y 641 (el no cumplimiento de una obligación). Sin embargo, Mantovani (*Diritto penale*, p. 784) estima que el escándalo público (art. 564) es una condición intrínseca, mientras que Bricola lo inserta entre los elementos del tipo («Punibilità», p. 598). De ahí que D'Ascola concluya, con razón, que la calificación de un determinado interés como externo o interno es, en realidad, «un auténtico cambio de etiquetas, incapaz de señalar genuinas diferencias funcionales entre los dos elementos» (D'ASCOLA, V. N., «Punti fermi...», p. 668). También critican la indeterminación de la clasificación propuesta por la doctrina italiana, por ejemplo, ZANOTTI, M., «Riflessioni in margine alla concezione processuale delle condizioni di punibilità», *AcP*, 1984, n.º 1, pp. 149 y ss.; FIORE, C., *Diritto penale*, PG, v. I, UTET, Torino, 1996, pp. 385 y ss.

³¹ Cfr., por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 43 y ss. Prefiere, sin embargo, la terminología clasificatoria italiana e identifica, por lo tanto, las condiciones objetivas de punibilidad propias con las condiciones extrínsecas y las condiciones impropias con las denominadas condiciones intrínsecas, por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 26 y ss. La asimilación de ambas clasificaciones es, a juicio de este autor, no sólo conveniente, sino también necesaria, «pues con ello se llega a una complementación y clarificación de los dos grupos dentro de los que se mueve la fenomenología condicionante» (*Estudio jurídico-dogmático...*, p. 27). Por consiguiente, estima que las condiciones extrínsecas —o propias— son factores restrictivos de la punibilidad por razones de proporcionalidad de la reacción punitiva y por intereses ajenos a los concretos bienes jurídicos, mientras que las condiciones intrínsecas —impropias— fundamentan el desvalor ético-social del hecho delictivo y actualizan intereses tutelados por el delito o próximos a él, lesionando el principio de culpabilidad (véase MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 26-27).

múnmente aceptadas por la doctrina es la identificación de determinados elementos que no encajan ni entre los elementos del tipo de lo injusto, ni tampoco entre las auténticas condiciones de punibilidad. Estos elementos —que la doctrina italiana denomina como condiciones intrínsecas de punibilidad y en las doctrinas alemana y española reciben el calificativo de condiciones de punibilidad impropias— plantean innúmeros problemas en el momento en el que se investigan su exacta función y ubicación sistemática. Además, son merecedores de vehementes críticas desde la perspectiva del principio de culpabilidad.

2.3. *Objeciones doctrinales a las condiciones objetivas de punibilidad impropias*

Todo lo expuesto anteriormente trae consigo que una parte de la doctrina no se muestra favorable a la admisión de las condiciones objetivas de punibilidad que cofundamentan lo injusto —las llamadas condiciones impropias de punibilidad (por la doctrina alemana) o condiciones intrínsecas de punibilidad (en la clasificación paralela realizada por la doctrina italiana)—, puesto que tal postura implicaría una infracción al principio de culpabilidad.

En este sentido se argumenta fundamentalmente que la sustracción de estas condiciones del ámbito del dolo o de la imprudencia supone su exclusión de las reglas del error de tipo, lo que abriría espacio a una posible trasgresión a uno de los pilares edificadores del moderno Derecho Penal³². Se pone en tela de juicio la compatibilidad de las condiciones impropias con el principio de culpabilidad y se preconiza, por consiguiente, la supresión de esta categoría³³.

³² Así se manifiestan, entre otros, ROXIN, C., *Derecho penal*, PG, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Civitas, Madrid, 1997, § 23, pp. 973 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, pp. 173-174; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 123 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS /FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones...*, PG, p. 271; MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., en ZULGADÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Derecho penal*, PG, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 870 (la misma, *El error sobre la punibilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 33 y ss., especialmente p. 40); GONZÁLEZ TAPIA, M.^a I., *La prescripción en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 192-193; BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La imputación subjetiva de resultados “más graves” en el Código penal español». *ADPCP*, 1994, fasc. II, p. 72.

³³ En la doctrina española, apoya la existencia de las condiciones objetivas de mayor punibilidad impropias, por ejemplo, FLORES MENDOZA, F., *El error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el ordenamiento jurídico español*, Comares, Granada, 2004, p. 15, quien reserva sus críticas únicamente a las

A diferencia de las condiciones propias —que, como se ha destacado ya, representan una restricción de la punibilidad— las impropias, al permitir la sanción de un comportamiento que en principio resultaría impune, son consideradas un indudable adelanto de las barreras de la punibilidad³⁴.

En contra del establecimiento de las condiciones objetivas de punibilidad impropias, MIR PUIG subraya que «éstas vienen a permitir prescindir de exigencias necesarias para la prohibición de un hecho, como la constancia efectiva de una determinada conducta lesiva, que se sustituyen por su *presunción* cuando concurre la condición objetiva de que se trate»³⁵.

En este sentido, cabe destacar que en el anterior Código penal español los artículos 483 y 485 preveían condiciones objetivas de punibilidad impropias cuando determinaban, respectivamente, que «el reo de detención ilegal que no diera razón del paradero de la persona detenida, o no acreditase haberla dejado en libertad», sería castigado con la pena de reclusión mayor, y que «el que hallándose encargado

condiciones propias. Éstas, en virtud de su fundamento exclusivamente político-criminal, darían lugar a un aumento de la pena basado en consideraciones ajenas a lo injusto culpable, con lo cual serían «contrarias al principio de culpabilidad y consecuentemente inconstitucionales» (*El error...*, p. 60). Las denominadas condiciones objetivas de mayor penalidad impropias, en cambio, responden «a un mayor injusto o culpabilidad», de ahí que, a juicio de la autora, «no sean contrarias al principio de culpabilidad» (*El error...*, p. 15). Desde nuestro punto de vista, sin embargo, la desconexión de las condiciones objetivas de mayor punibilidad en sentido amplio del dolo o la imprudencia pone en tela de juicio la compatibilidad de las mismas con relación al principio de culpabilidad. Si parte de las mencionadas condiciones reflejan un mayor injusto o culpabilidad (condiciones objetivas de mayor punibilidad impropias), lo lógico es que las mismas estén abarcadas por el dolo o la imprudencia, pues de lo contrario el aumento de la pena supondría, a nuestro juicio, una inequívoca infracción del principio de culpabilidad. Asimismo, si algunos de estos elementos ajenos al ámbito del dolo o de la imprudencia obedecen únicamente a consideraciones político-criminales (condiciones objetivas de mayor punibilidad propias), el aumento de la pena que conllevan tampoco puede escapar a la crítica respecto a su compatibilidad con el principio de culpabilidad. En definitiva, a nuestro juicio, las condiciones objetivas de mayor punibilidad —las llamadas condiciones objetivas de punibilidad impropias—, a diferencia de las auténticas condiciones objetivas de punibilidad, son contrarias al principio de culpabilidad —y, consecuentemente, inconstitucionales— porque, aunque ajenas al ámbito de lo injusto culpable (y a la esfera del dolo o de la imprudencia), llevan a un aumento de la pena.

³⁴ En este sentido, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 33; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 391 y ss.; MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *El error...*, pp. 33 y ss. En la doctrina brasileña, véase, por todos, SÁNCHEZ RÍOS, R., *Das causas de extinção da punibilidade...*, p. 121; en contra de la distinción, TAVARES, J., *Teoria do injusto penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2000, p. 201.

³⁵ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 173.

de la persona de un menor no la presentase a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición», sería castigado con la pena de reclusión menor. En tales preceptos se constataba una ampliación de la punibilidad, puesto que se imponían penas más severas a hechos «que de suyo hubieran merecido menor pena»³⁶. En efecto, en los citados ejemplos se imponían las penas del asesinato o del homicidio con fundamento únicamente en una presunción de responsabilidad del sujeto por la muerte o desaparición de la víctima. En la actualidad el Código penal sanciona con una pena que puede llegar a ser más grave que la del asesinato (en concreto, con una pena de prisión de hasta veintidós años y seis meses) el no dar razón de la persona detenida, salvo que el reo la haya dejado en libertad (art. 166). Esto se puede incluso considerar como una infracción al principio de presunción de inocencia establecido por la Constitución (art. 24)³⁷, lo que es todavía más grave, una infracción al principio del respeto a la dignidad de la persona humana.

También las denominadas condiciones objetivas de punibilidad intrínsecas dan lugar a los mismos problemas que se plantean en relación a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad impropias³⁸, pues el hecho de que no las tenga que abarcar el dolo o la im-

³⁶ MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 173.

³⁷ Sobre esta cuestión véanse, por ejemplo, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 173; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Posible inconstitucionalidad del art. 483 del Código Penal», *Libro-Homenaje a Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 894; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 393 y ss.

³⁸ De esta opinión, por ejemplo, ROMANO, M., *Commentario*, pp. 445-446; DE SIMONE, G., «Sentenza...», pp. 1155 y ss.; ANGIONI, F., «Condizioni di punibilità...», p. 1.454, nota 51 (pero no considera las respectivas clasificaciones del todo idénticas). En sentido distinto, Martínez-Buján Pérez opina que «la distinción entre condiciones extrínsecas e intrínsecas llevada a cabo por un sector de la doctrina italiana no representa un correlato de la división en condiciones propias e impropias y, por otra parte, carece de utilidad desde la perspectiva conceptual», entre otras razones, «por la gran disparidad de opiniones existentes acerca de los criterios sobre los cuales se asienta» (*Las condiciones...*, p. 44) y también por la diversidad de opiniones en la doctrina italiana sobre la relación del principio de culpabilidad con la bipartición de las condiciones objetivas de punibilidad en extrínsecas e intrínsecas (*Las condiciones...*, p. 43). Advierte García Pérez, sin embargo, que no le convencen las razones aducidas por Martínez-Buján Pérez en contra de la equiparación entre las dos clasificaciones propuestas —la alemana y la italiana— pues «de un lado, en la doctrina moderna italiana la relación entre condiciones y principio de culpabilidad ocupa un primer plano» y, de otro, «el que exista una gran diversidad de opiniones en Italia no supone un obstáculo para considerar similares estas dos clasificaciones, puesto que también la situación en Alemania respecto a la identificación de las impropias y la actitud a adoptar en relación al principio de culpabilidad es sumamente problemática» (*La punibilidad...*, p. 41, nota 41) —en este sentido, también, MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 27.

prudencia puede suscitar algunas reservas con respecto al principio de culpabilidad³⁹.

Las objeciones a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad desde el punto de vista del principio de culpabilidad se han planteado, tanto en Alemania como en Italia, también en el marco constitucional⁴⁰. En la ciencia del Derecho penal alemana, por ejemplo, TIEDEMANN menciona dos sentencias constitucionales en las que las condiciones objetivas de punibilidad —en concreto, la suspensión de pagos y la declaración de concurso— tienen su constitucionalidad cuestionada, y reconoce, además, que ni la teoría ni la jurisprudencia constitucional han realizado una crítica específica al fenómeno condicional⁴¹. En estas decisiones se afirma que únicamente una lesión «clara y manifiesta» puede afectar la validez de la norma jurídica y que no toda forma de presunción de culpabilidad iría en contra de los principios fundamentales del Estado de Derecho. Sin embargo, como argumenta TIEDEMANN, la constitucionalidad de un elemento condicionante no excluye el perfeccionamiento de su correspondencia con los principios conformadores del Estado de Derecho. Además, serán criterios de dogmática y de política penal los

³⁹ En la doctrina italiana hay quienes cuestionan la compatibilidad de las condiciones —intrínsecas e incluso extrínsecas— con el principio de culpabilidad (como, por ejemplo, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 600; BRICOLA, F., «Punibilità», pp. 606 y ss.) y quienes reservan la crítica a las condiciones intrínsecas (así, entre otros, PULITANO, D., en CRESPI/ZUCCALÀ/STELLA, *Commentario breve...*, p. 116; NEPPI MODONA, G., «Concezione realistica e condizioni obiettive di punibilità». *RIDPP*, 1971, p. 234; D'ASCOLA, V. N., «Punti fermi...», p. 672, especialmente nota 73; MOCCIA, S., «El problema de la responsabilidad objetiva: entre el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, pp. 540-541, y *El Derecho penal entre ser y valor...*, pp. 160). Mantovani (*Diritto penale*, p. 784), por su parte, argumenta que hay determinados elementos que aunque pertenecientes a la esfera de la ofensa al bien jurídico protegido no reúnen en sí mismos toda la ofensividad del hecho, sino que representan únicamente un ulterior agravamiento, es decir, una progresión de la ofensa típica, o incluso que afectan a bienes ajenos al protegido por el tipo penal. En estos casos el delito ya se encuentra perfeccionado, y la condición no hace sino limitar la esfera de operatividad de la norma incriminadora con respecto a ciertos hechos ya punibles de otro modo. De ahí que estos acontecimientos (v.g. el peligro de enfermedad en el delito de abuso de medios de corrección o de disciplina —art. 571; el escándalo público en el delito de incesto —art. 564) no importen una infracción del principio de responsabilidad personal —en sentido similar, véase también BELLINI, F., *Le condizioni...*, pp. 31 y ss. Pagliaro, en otra línea, afirma que las condiciones intrínsecas son, en realidad, auténticos resultados «camuflados», de ahí que se exija que sean abarcadas por el dolo del autor, a diferencia de las condiciones extrínsecas (*Principi...*, p. 383).

⁴⁰ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 42 y ss.

⁴¹ Véase TIEDEMANN, K., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts», *ZRP*, 1975, p. 131.

que determinarán lo que se debe entender por una lesión «clara y manifiesta» a tales principios⁴².

En Italia, igualmente, la doctrina ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de las condiciones objetivas de punibilidad con respecto a la naturaleza personal de la responsabilidad penal (art. 27.1 de la Constitución italiana). En esta línea, argumenta BRICOLA que la locución «responsabilidad» se emplea en el dispositivo en cuestión en un sentido neutro, para expresar la sujeción de una persona a la sanción penal y abarca, por lo tanto, todos los elementos que influyen en la aplicabilidad de la misma. En consonancia con ello, todos los factores que concurren para la determinación de la imputabilidad de una sanción penal a un sujeto deben ser realizados por éste o, en el caso de que los realice un tercero, deben integrar la representación del agente. Y las condiciones objetivas de punibilidad, aunque no pertenezcan al ámbito personal, también contribuyen para la determinación de la responsabilidad⁴³. Como forma de solucionar el conflicto de tales elementos condicionantes respecto a la responsabilidad personal, propone BRICOLA la revisión *de jure condendo* de la categoría en el sentido procesal⁴⁴. Sin embargo, su sugerencia tiene por objeto las llamadas condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas, puesto que para las intrínsecas —que para él se resumen, en el ordenamiento jurídico-penal italiano, a la declaración de quiebra— sería suficiente con exigir, por parte del agente, la conciencia de su probable verificación. La sugerencia de BRICOLA sería aceptable si se parte de la premisa —en principio correcta— de que entre las condiciones objetivas de punibilidad propias y las condiciones de procedibilidad no existen diferencias sustanciales, pues ambas se fundamentan en razones de política criminal. No obstante, falla dicha propuesta porque vislumbra en las condiciones de punibilidad extrínsecas —o propias— una infracción de la responsabilidad personal. Pero esto sólo es verdad en lo que concierne a las condiciones intrínsecas —o impropias—, dado que las condiciones extrínsecas son perfectamente compatibles con el principio de culpabilidad.

Sólo las condiciones objetivas de punibilidad propias —o extrínsecas, en la terminología empleada por la doctrina italiana— son auténticas condiciones de punibilidad y pueden, en principio, integrar una categoría autónoma —la punibilidad— esencial para el concepto de delito en estos supuestos. Los elementos pertenecientes

⁴² Cfr. TIEDEMANN, K., «Objektive Strafbarkeitsbedingungen...», p. 131.

⁴³ Cfr. BRICOLA, F., «Punibilità», pp. 606-607.

⁴⁴ Cfr. BRICOLA, F., «Punibilità», p. 607.

a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad impropias, en cambio, son excepciones inadmisibles al principio de culpabilidad y deberían, *de lege ferenda*, desaparecer de los modernos ordenamientos jurídico-penales⁴⁵.

Los denominados «delitos de sospecha» son un inequívoco ejemplo de infracción del principio de culpabilidad y también del principio de presunción de inocencia. A algunos de estos delitos se encuentran conectadas condiciones objetivas de punibilidad impropias, como en la llamada riña tumultuaria⁴⁶. Este delito fue suprimido del Código penal español, pero en Brasil sigue integrando el estatuto punitivo. En efecto, el artículo 137 del Código penal brasileño⁴⁷ establece límites penales más graves por el hecho de la participación en una riña si del mismo resulta muerte o lesión de naturaleza grave. El resultado de muerte o de lesiones en los artículos 408, 424 y 583.7.º del anterior Código penal español era considerado una genuina condición objetiva de punibilidad por una gran parte de la doctrina española⁴⁸. Sin embar-

⁴⁵ En este sentido, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 392 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 21 y 27. Este último, en un primer momento afirma que las condiciones propias —o extrínsecas— «desde el principio de culpabilidad no plantean objeción alguna» (*Estudio jurídico-dogmático...*, p. 25). No obstante, más adelante considera, en definitiva, que «todas las condiciones objetivas de punibilidad lesionan el principio jurídico-penal de la culpabilidad al no estar abarcados por ésta, aunque esta lesión pueda estar a veces justificada cuando implique una reducción del ámbito punitivo» (*Estudio jurídico-dogmático...*, p. 47). Por lo tanto, este autor parece considerar justificada una infracción al principio de culpabilidad cuando el recurso a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad dé lugar a una limitación de la responsabilidad penal por razones de oportunidad, en consonancia con el principio de intervención mínima —véase MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 47 y 48.

⁴⁶ Antes de la reforma, consideraban el delito de riña tumultuaria como un delito de sospecha, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PE, Dykinson, Madrid, 1995, p. 72; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio de Derecho penal*, PE, 2.ª ed., Trivium, Madrid, 1987, p. 54; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal*, PE, 2.ª ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 52; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 7.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, p. 53; GARCÍA PLANAS G., «Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código penal español y en la Jurisprudencia», *RJC*, 1979, p. 847; SALAS HOLGADO, A., «El delito de homicidio y lesiones en riña tumultuaria», *ADPCP*, 1987, p. 671.

⁴⁷ «Artículo 137. Participar en riña, excepto para separar a los contendientes: Pena – detención, de 15 (quince) días a 2 (dos) meses, o multa. Párrafo único. Si ocurre muerte o lesión corporal de naturaleza grave, se aplica, por el hecho de la participación en la riña, la pena de detención, de 6 (seis) meses a 2 (dos) años.

⁴⁸ Así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, PG, t. I, 2.ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 262; CÓRDOBA RODA, J., Notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal* de R. Maurach. Ariel, Barcelona, 1962, p. 298, nota 25; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual...*, PE, p. 52; GARCÍA PLANAS G., «Notas...», pp. 92 y 105; SALAS HOLGADO, A., «El delito de homicidio...», p. 677; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, PE, pp. 74 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, p. 59. Por otra parte, consideraban la muer-

go, es indudable que tales circunstancias —la muerte o las lesiones— influían en la magnitud de lo injusto y que, en virtud de ello, daban lugar a un aumento de la pena. De hecho, los elementos de las figuras de riña tumultuaria no integran la categoría de las auténticas condiciones de punibilidad, sino la nebulosa categoría de las condiciones objetivas de punibilidad impropias⁴⁹, pues aquéllas no afectan a la configuración de lo injusto culpable y, aunque operen de forma objetiva (absolutamente desconectadas del dolo del autor), no suponen una infracción del principio de culpabilidad. Las condiciones impropias, en cambio, aunque sean elementos igualmente ajenos a lo injusto culpable, dan lugar a un injustificable aumento de la sanción penal, lo que demuestra su incompatibilidad respecto al principio de la responsabilidad personal. La presencia de semejante delito en la legislación penal brasileña da lugar a una intolerable concesión a la responsabilidad objetiva: el resultado muerte o lesiones graves en la riña tumultuaria constituye una condición objetiva de punibilidad impropia y su previsión resulta criticable, desde la perspectiva del principio de culpabilidad y también del principio de presunción de inocencia⁵⁰. Sería aconsejable, por lo tanto, su supresión del Código penal brasileño.

Son, más bien, elementos que agravan la pena, actuando directamente sobre la magnitud de lo injusto. El hecho de que no se exija el dolo respecto a tales circunstancias las convierte en elementos rechazables, por incompatibles con los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia. No se puede, sin embargo, calificar las denominadas condiciones impropias como elementos del tipo objetivo ajenos al dolo⁵¹. Tales elementos no pueden pertenecer al tipo obje-

te un síntoma de la virulencia de la riña, por ejemplo, DEL ROSAL/COBO DEL ROSAL/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal español*, PE, Madrid, 1962, pp. 232-233, mientras que BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal (Parte especial). Delitos contra las personas*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 76, sin alejarse de semejante planteamiento, estimaba también que la muerte era «un medio técnico de delimitación de la tipicidad ajeno al tipo de injusto».

⁴⁹ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 158; MIR PUIG, S., *Adiciones al Tratado de Derecho penal de Hans-Heinrich Jescheck*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 771 y ss.

⁵⁰ En la doctrina española, han llamado la atención sobre los reparos constitucionales que merecen las figuras delictivas que incorporan tales circunstancias, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 156 y ss.; BACIGALUPO, E., «Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal», *DJ*, 1983, ns. 37/40, v. I, p. 328; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 1987, p. 296; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, I, PE, 4.ª ed., Atelier, Barcelona, 2002, p. 133; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Compendio*, p. 55.

⁵¹ Lo que Octavio de Toledo y Huerta Tocildo califican como «extravagantes elementos típicos objetivos» pueden, según estos autores, considerarse «“condiciones” (en cuanto que de su cumplimiento depende la verificación de un suceso posterior) “objetivas” (en cuanto no subjetivamente imputables al agente), pero no “de punibilidad” sino de la agravación de lo injusto o de la definición típica de éste y, con ello, de

tivo pues si así fuera deberían estar necesariamente conectados al dolo del autor. Tampoco es aconsejable que se siga empleando la terminología «condiciones objetivas de punibilidad», aunque se añada el adjetivo «impropias», para calificar estos elementos, pues en realidad no presentan los mismos rasgos que caracterizan la categoría de las auténticas condiciones de punibilidad⁵².

2.4. *Propuestas de legitimación de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad impropias*

De otra parte, hay quienes tratan de legitimar la existencia de tales condiciones con base en argumentos variados⁵³. ARTHUR KAUFMANN, por ejemplo, vislumbra una imposibilidad de concreción plena del principio de culpabilidad, con lo cual resulta forzosa la admisión de estos elementos —condiciones objetivas de punibilidad. Desde esta perspectiva, sería soportable una concesión— aunque sometida a ciertos límites - al *versari in re illicita*⁵⁴. En esta línea, se suele destacar que las condiciones de punibilidad surgen precisamente para evitar los problemas —como el error sobre tales circunstancias— derivados de la necesidad de exigencia del dolo o de la imprudencia con respecto a determinados elementos⁵⁵. JESCHECK, a su turno, pondera que «las objeciones que desde el principio de culpabilidad quepa hacer a las condiciones de punibilidad impropias desaparecen en parte mediante la consideración de que el autor asume sin más el *riesgo*, para todos reconocible, de que pudiera concurrir la condición objetiva de punibilidad»⁵⁶. Sin embargo, reconoce que tanto las condiciones objetivas de punibilidad impropias que constituyen realmente causas de agravación de la pena como las que surgen como elementos

la agravación de la pena o de su establecimiento. Su ubicación no está, en consecuencia, fuera del tipo de lo injusto sino en él mismo, cuya gravedad o existencia condicionan» (*Derecho penal*, p. 393).

⁵² Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 40; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 117; FARALDO CABANA, P., *Las causas de levantamiento...*, p. 75; MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., en ZULGADÍA ESPINAR /PÉREZ ALONSO, *Derecho penal*, PG, pp. 869-870 (la misma, *El error...*, pp. 39-40).

⁵³ Véanse, sobre la cuestión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 57 y ss.; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, pp. 41 y ss.

⁵⁴ Véase KAUFMANN, A., *Das Schuldprinzip*, p. 251.

⁵⁵ Véase HAB, G., *Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung*, Wilhelm Goldmann, München, 1973, p. 76.

⁵⁶ JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 506. Así también BAUMANN, J., *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 82-83; WESSELS, J., *Derecho penal*, p. 50.

fundamentadores de la pena suponen «restricciones del principio de culpabilidad que sólo hasta cierto punto pueden justificarse por la *idea del riesgo*»⁵⁷. Recomienda —con el objetivo de mitigar la vulneración que esta clase de condiciones supone con respecto al principio de culpabilidad— que en el momento de la aplicación de la pena el juez se circunscriba al tramo inferior cuando el agente no pudiese prever la verificación de una condición objetiva de punibilidad⁵⁸.

Con vistas a fundamentar la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad —y en especial su peculiaridad de inexigibilidad de comprensión por el dolo o la imprudencia— SCHWEIKERT acentúa «la necesidad de reconocer una tercera forma de conducta junto a la dolosa e imprudente, la conducta de riesgo»⁵⁹. SCHWEIKERT construye una estructura del delito de riesgo prácticamente equivalente a la de los delitos imprudentes. De hecho, divide los resultados y circunstancias no dolosas según sean imprudentes —que dan lugar a la responsabilidad por imprudencia—, se relacionen sólo a través de un nexo causal con la conducta —supuesto que no da lugar a responsabilidad penal— o sean la expresión de la conducta misma —los llamados delitos de riesgo⁶⁰. La conducta arriesgada sería menos grave

⁵⁷ JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 507. La propuesta de Jescheck para superar una posible infracción por parte de las condiciones objetivas de punibilidad impropias al principio de culpabilidad reside, así, en la idea del riesgo: las objeciones planteadas se desvanecen desde el momento en que el autor asume el riesgo de la concurrencia del elemento condicionante. En contra de la tesis de Jescheck —y desde una perspectiva que acoge, en alguna medida, la teoría de la imputación objetiva de resultados— se afirma que la misma no logra resolver el problema en cuestión, en primer lugar, porque «incluso en aquellos supuestos en los que es imaginable la representación del riesgo, también se imputaría al autor la circunstancia o el resultado condicionante aun concurriendo un error invencible sobre los presupuestos de la representación de dicho riesgo»; y, en segundo lugar, porque «la naturaleza y significación de algunas condiciones en relación con el delito concreto hace imposible que el autor en la realización dolosa o imprudente de la acción típica asuma el riesgo de dicha condición» (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 41 y 42).

⁵⁸ Cfr. JESCHECK, H.-H., *Tratado...*, p. 507. En contra de la solución apuntada por Jescheck, se argumenta que es un paliativo incorrecto y poco satisfactorio. Incorrecto, porque «no es en la fase de individualización judicial donde debe procederse a subsanar la infracción del principio de culpabilidad»; no totalmente satisfactorio, porque «en la mayoría de las ocasiones la imposición de la pena en grado mínimo seguirá sobrepasando con creces la medida de la culpabilidad de la conducta del autor» (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 63).

⁵⁹ SCHWEIKERT, H., «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», *ZStW*, 1958, pp. 394 y ss. En este sentido también HARDWIG, W., «Studien zum Vollrauschtatbestand», en *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1961, p. 459, nota 2.

⁶⁰ Véase SCHWEIKERT, H., «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», p. 397.

que la imprudente, puesto que el riesgo que genera para un determinado bien jurídico no supone la infracción del deber de cuidado objetivo.

La tesis propuesta por SCHWEIKERT representa un intento de acomodar las condiciones objetivas de punibilidad en el ámbito de lo injusto y, al mismo tiempo, ofrecer una respuesta convincente para el problema de la compatibilidad de estos elementos respecto al principio de culpabilidad. Desde esta perspectiva, afirma que con base en la «teoría del comportamiento arriesgado» las condiciones objetivas de punibilidad no suponen una vulneración del principio de culpabilidad, puesto que la conducta arriesgada genera una peligrosidad o riesgo para el bien jurídico y el conocimiento general de esta peligrosidad sería suficiente para fundamentar una reprochabilidad jurídico-penal compatible con dicho principio⁶¹. En el momento de la producción del riesgo para un bien jurídico ajeno se le dirige al autor un juicio de reproche y, de esta manera, no existiría una infracción del principio de culpabilidad. En los preceptos en los que se encuentra una condición objetiva de punibilidad se presume que el agente asume el riesgo de la producción de la circunstancia condicionante, siempre que entre ésta y la conducta peligrosa se pueda establecer una «relación de causalidad adecuada reconocible por el autor»⁶². A dicha relación de riesgo adecuada —similar a la previsibilidad de los delitos imprudentes— añade la conciencia del riesgo: el autor debe conocer y ser capaz de evitar la conducta realizada. Las condiciones objetivas de punibilidad, por su parte, son elementos inherentes a la conducta, pertenecientes al tipo de lo injusto como integrantes de la tipicidad. En los delitos condicionados sería suficiente, para establecerse la imputación, que el autor tuviera una conciencia de la peligrosidad indeterminada de su conducta y de la capacidad personal para evitarla, puesto que las condiciones de punibilidad se encontrarían al margen de cualquier relación psicológica⁶³.

⁶¹ Cfr. SCHWEIKERT, H., «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», pp. 394 y ss.; OTTO, H., «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?», en *Gedächtnisschrift für H. Schröder*, C. H. Beck, München, 1978, p. 65, nota 45.

⁶² SCHWEIKERT, H., «Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?», p. 403.

⁶³ Parece acoger en cierta medida la tesis de Schweikert, en la doctrina española, Mapelli Caffarena, que argumenta que «...los delitos condicionados, en su gran mayoría, tienen tipos redactados sobre un esquema diferente tanto en el plano objetivo excepcionando la relación de causalidad, como en el subjetivo y en la culpabilidad. Se trata de delitos situados estructuralmente entre la imprudencia y la responsabilidad objetiva. Delitos híbridos (*Mischdelikte*) caracterizados por la combinación de distintas formas de conducta. La relación de riesgo se limita a una combinación entre una conducta dolosa o culposa y una circunstancia situada al margen de aquella

En contra de esta tesis se manifiesta, por ejemplo, LANG-HINRICHSEN, que argumenta que la misma terminaría por conducir obligatoriamente a una reformulación de la categoría de la culpabilidad —no efectuada por SCHWEIKERT— puesto que el juicio de reprochabilidad supone, como mínimo, la previsibilidad individual de la realización típica, con base en las facultades y conocimientos personales del autor⁶⁴. Según LANG-HINRICHSEN, en síntesis, SCHWEIKERT no distingue entre imprudencia y conducta arriesgada, pues exige para ésta los mismos requisitos que para la primera⁶⁵. Ya Díez Ripollés, por su parte, observa que SCHWEIKERT ignora que la causalidad adecuada y la previsibilidad objetiva dependen de la verificación de las circunstancias concretas cognoscibles por una persona inteligente, como ocurre en la determinación del cuidado objetivo debido en los delitos imprudentes⁶⁶. De ahí que, concluye, «las afirmaciones posteriores relativas a que la relación adecuada debe haber sido reconocible por el autor de acuerdo a sus capacidades personales, sólo predicarían una previsibilidad subjetiva referida a esa previsibilidad objetiva general del resultado»⁶⁷. La conducta peligrosa no se identifica, por lo tanto, con la conducta imprudente, puesto que no son lo mismo la «previsibilidad» de la imprudencia y la «causalidad adecuada reconocible» de los delitos de riesgo. La conducta arriesgada no resulta compatible con el principio de culpabilidad porque al autor se le reprocharía un resultado concreto, aunque éste no haya sido efectivamente previsto ni fuera susceptible de previsión⁶⁸. De hecho, como acentúa HIRSCH, un simple traslado al ordenamiento penal de la responsabilidad por el peligro de cuño civilístico no logra resguardar la incolumidad del principio de culpabilidad en aquellos

conducta» (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 74). Sin embargo, más adelante el autor concluye que la solución propuesta por Schweikert merece reparos desde el principio de culpabilidad, puesto que puede representar una reformulación del principio del *versari in re illicita* (*Estudio jurídico-dogmático...*, pp. 75 y ss.).

⁶⁴ Véase LANG-HINRICHSEN, D., «Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht», *ZStW*, 1961, pp. 210 y ss., especialmente pp. 215-216. Críticos con respecto a la concepción de Schweikert, en la doctrina española, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, t. VI, Losada, Buenos Aires, 1962, p. 50; Díez-Ripollés, J. L., «Los delitos calificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código Penal español de 1980», I, *ADPCP*, 1982, pp. 641 y ss.; en la doctrina italiana, RAMACCI, F., *Le condizionali...*, pp. 181 y ss.

⁶⁵ Cfr. LANG-HINRICHSEN, D., «Zur Krise...», pp. 222-224.

⁶⁶ Véase Díez-Ripollés, J. L., «Los delitos calificados por el resultado...», I, p. 643.

⁶⁷ Díez-Ripollés, J. L., «Los delitos calificados por el resultado...», I, p. 643.

⁶⁸ Según Díez Ripollés, para Schweikert «el juicio de previsibilidad, objetivo y subjetivo, excluye el análisis de las circunstancias del caso concreto, circunstancias que, sin embargo, han de tenerse presentes para determinar la inobservancia del cuidado debido» («Los delitos calificados por el resultado...», I, p. 643, nota 53).

supuestos en los que se emplean las condiciones objetivas de punibilidad denominadas impropias⁶⁹.

Propone MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, por su parte, que la cuestión de la compatibilidad de las condiciones impropias con el principio de culpabilidad sea analizada de acuerdo con el caso concreto, en una auténtica «discriminación de supuestos»⁷⁰. Identifica este autor determinadas situaciones en las cuales la inequívoca infracción de principios constitucionales —como el de presunción de inocencia— recomendaría su derogación. Sin embargo, al lado de estos auténticos «delitos de sospecha» existirían otros supuestos de dudosa —o incluso ausente— contrariedad respecto a los principios constitucionales. En tales casos, hay que investigar hasta qué punto sería admisible conformarse con la presencia de estos elementos fundadores de lo injusto y, a la vez, ajenos a la exigencia de culpabilidad, cuando se sobrepongan los intereses de orden preventivo y la conveniencia de conferir al precepto penal una mayor eficacia⁷¹. En los supuestos en los que la trasgresión de los principios constitucionales no pudiese ser proclamada, se debería conferir relevancia al error que recae sobre tales condiciones impropias, con vistas a garantizar su concordancia con el principio de culpabilidad.

La propuesta de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ parte de la aceptación parcial de la tesis elaborada por SAX para las condiciones objetivas de punibilidad en general. Según SAX, las condiciones objetivas de punibilidad fundamentan el injusto y no son, por consiguiente, presupuestos de la necesidad de pena o causas de restricción de la pena, sino que deberían ser elementos del tipo de lo injusto. Sin embargo, observa, razones político-criminales recomiendan que tales circunstancias no sean abarcadas por el dolo, con el objetivo de facilitar la aplicación de la norma penal. Para solucionar este impasse, SAX propone la distinción entre un tipo de injusto y un tipo legal. En este último incluye todos los elementos que integran la descripción legal del comportamiento, que deben estar comprendidos por el dolo del autor. Las condiciones objetivas de punibilidad serían «presupuestos objetivos del merecimiento de pena» y pertenecerían al tipo de injusto. Junto a los denominados presupuestos subjetivos del mereci-

⁶⁹ Cfr. HIRSCH, H.-J., *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar Großkommentar*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1994, § 51, p. 104.

⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 61. En sentido similar, razona Mapelli Caffarena que «la heterogeneidad de los elementos condicionantes no permite generalizar sin más el aserto de que allí donde hay una condición objetiva de punibilidad hay un motivo de inconstitucionalidad» (*Estudio jurídico-dogmático...*, p. 46).

⁷¹ Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 61-63.

miento de pena, integrarían una categoría más amplia —la de la «vulneración merecedora de pena del fin de protección de la norma»—, que, añadida al «tipo legal», constituiría el tipo de injusto⁷². Dado que las condiciones objetivas de punibilidad no deben estar abarcadas por el dolo del autor, la conclusión lógica sería la irrelevancia del error sobre tales elementos. Sin embargo, SAX confiere relevancia al error sobre una condición objetiva de punibilidad («error sobre la vulneración merecedora de pena del fin de protección de la norma»), pero le confiere un tratamiento diferente del error sobre los elementos del tipo y lo considera un error sobre la prohibición⁷³.

La tesis de SAX tiene sentido con respecto a las denominadas condiciones objetivas de punibilidad impropias, pero pierde su validez y congruencia en la esfera de las condiciones propias⁷⁴. Éstas son elementos ajenos al tipo de lo injusto y, por consiguiente, no se puede conferir relevancia al error que recae sobre ellas. El razonamiento propuesto por SAX podría aplicarse, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, exclusivamente a las condiciones objetivas de punibilidad denominadas impropias con el propósito de compatibilizarlas con el principio de culpabilidad, pero eso en ningún caso importaría su equiparación a las condiciones propias. Es más, «no resultaría correcto reservar un mismo tratamiento para determinados elementos que se pretenden armonizar con el citado principio y para otros que sustancialmente son ya, por el contrario, causas de limitación de la punibilidad»⁷⁵.

Lo cierto es que las circunstancias comúnmente catalogadas como condiciones objetivas de punibilidad impropias no son auténticas condiciones de punibilidad y tampoco integran los elementos del tipo de lo injusto. No obstante, fundamentan la imposición de una pena o su agravación sin que se exija que estén abarcadas por el dolo del autor. Y ello porque tal exigencia podría conducir a una más acentuada dificultad en el momento de aplicación del tipo en cuestión. Tales elementos suponen, de modo inequívoco, un atentado a la responsabilidad penal subjetiva y su presencia en los ordenamientos jurídico-penales debe ser sometida a una revisión⁷⁶.

⁷² Cfr. SAX, W., «Tatbestand und Rechtsgutsverletzung (I)», *JZ*, 1976, p. 15.

⁷³ Véase SAX, W., «Tatbestand (II)», pp. 429 y ss.

⁷⁴ En este sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 56-57, 110, y 122-124.

⁷⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 39.

⁷⁶ Aconsejan también un uso restrictivo de las condiciones objetivas de punibilidad —sobre todo en virtud de los problemas que plantean y de la dificultad de compatibilizarlas con el principio de responsabilidad penal—, en la ciencia penal espa-

3. Las condiciones objetivas de punibilidad impropias como vestigios de responsabilidad objetiva

Los intentos de legitimación de las condiciones objetivas de punibilidad impropias no logran rebatir las críticas que se hace a la mencionada categoría. Asimismo, cuando se llega a la conclusión de que dichas circunstancias pueden figurar como una infracción al principio de culpabilidad, determinados sectores de la doctrina ponen en tela de juicio incluso la constitucionalidad de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad impropias.

No obstante, hay que tener presente que el principio de culpabilidad no cuenta con un reconocimiento explícito por parte del ordenamiento constitucional español. La ausencia de un reconocimiento expreso del principio de culpabilidad no conlleva la impropiedad del entendimiento que cuestiona la constitucionalidad de las condiciones objetivas de punibilidad impropias. Al contrario, la inconsti-

ñola, MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 15, y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de quiebra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 190. En la doctrina italiana, acentúan Fiandaca y Musco que «existe el riesgo, desde este punto de vista, que el recurso a la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad represente una especie de cómoda coartada para sustraer de la disciplina del dolo y de la culpa elementos del hecho delictivo *stricto sensu*: se recomienda, por lo tanto, que en una eventual reforma el legislador futuro replantee la actual disciplina del instituto» (FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 600). En la doctrina alemana, Hass defiende la supresión de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad («hoy ya no se puede argumentar seriamente a favor de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad») —HASS, G. «Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung», *ZRP*, 1970, p. 196) y califica como cuestionables los eventuales objetivos político-criminales que tales elementos tratan de alcanzar (HASS, G. «Zu Wesen und Funktion der objektiven Strafbarkeitsbedingung usw», en *Rechtstheorie*, 1972, 3, pp. 31 y ss.). En sentido similar, en la doctrina italiana, Cameli rechaza la autonomía de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad y propone la inserción de estas circunstancias entre las categorías esenciales del delito (CAMELI, V., *Le condizioni obiettive di punibilità e la sfera dei principi penali*, p. 19). Mancinelli, por su parte, observa que «todas las incertidumbres respecto al significado y la relevancia de la figura de las condiciones objetivas de punibilidad no son simplemente manifestaciones de la variedad de opiniones que es inevitable y fecunda en cada materia de la investigación jurídica, sino que demuestran una situación verdaderamente caótica desde el punto de vista terminológico, conceptual y, lo que es peor, desde el punto de vista de la interpretación y aplicación de las normas» (MANCINELLI, R., «La sentenza di fallimento come elemento essenziale della bancarotta». *RIDPP*, 1959, p. 921). Anteriormente, también en la doctrina italiana, Brasiello ya sostenía que «la índole misma de la ley penal no permite la admisibilidad de una condición que trasciende la esencia del hecho delictivo» (BRASIELLO, T., «Se sia ammissibile la nozione di "reato condizionale"», en *Scritti giuridici in memoria di E. Massari*, Jovene, Napoli, 1938, pp. 489-490).

tucionalidad de tales elementos anómalos está fuera de dudas, y eso es así por dos razones principales.

En primer lugar, es oportuno señalar que la no existencia de un reconocimiento explícito del principio de culpabilidad no importa la exclusión de dicho postulado de los ordenamientos constitucionales⁷⁷. El postulado de que no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) y de que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad —proporcionalidad en la culpabilidad— es una expresión de la justicia material propia del Estado de Derecho democrático delimitadora de la responsabilidad penal. Tal principio pone de relieve el carácter inviolable del respeto a la dignidad del ser humano (art. 10, CE). Se suele insertar en el postulado de la culpabilidad en sentido amplio el principio de la responsabilidad penal subjetiva o de la imputación subjetiva como parte de su contenido material a nivel de presupuesto de la pena. En este último sentido, se refiere a la imposibilidad de responsabilizar criminalmente por una acción u omisión a quien haya actuado sin dolo o imprudencia (art. 5.º, CP). La exigencia de responsabilidad subjetiva significa que ante la existencia de un delito —doloso o imprudente— la consecuencia jurídica debe ser proporcional o adecuada a la gravedad del desvalor de la acción representado por el dolo o por la imprudencia, que integra, en definitiva, el tipo de lo injusto y no la culpabilidad. Con ello se excluye la responsabilidad penal objetiva o por el resultado fortuito derivada de la actividad lícita o ilícita⁷⁸.

⁷⁷ En el Derecho brasileño, por ejemplo, el principio de culpabilidad se encuentra implícitamente acogido, a nivel constitucional, en el artículo 1.º, III (dignidad de la persona humana), corroborado por los artículos 4.º, II (prioridad de los derechos humanos), 5.º, *caput* (inviolabilidad del derecho a la libertad) y 5.º, XLVI (individualización de la pena), de la Constitución de la República Federativa de Brasil. Está también vinculado al principio de igualdad (art. 5.º, *caput*, CF) que prohíbe que se otorgue el mismo tratamiento al culpable y al inculpable.

Cabe destacar, además, que en el ordenamiento jurídico italiano el reconocimiento constitucional del contenido del principio de culpabilidad ya no es materia controvertida, pues la Corte Constitucional, en la sentencia del 24 de marzo de 1988, reconoció que el apartado 1 del artículo 27 de la Constitución impone como indispensable la constatación de un vínculo subjetivo entre el sujeto y el hecho delictivo para que se afirme la existencia de responsabilidad penal. Sobre la cuestión véanse, entre otros, PULITANÒ, D., «Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza». *RIDPP*, 1988, fasc. 2, pp. 686 y ss.; FIORE, C., «Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalista. Il caso italiano». *RIDPP*, 2003, fasc.1-2, pp. 391 y ss.; MOCCIA, S., «El problema de la responsabilidad objetiva: entre el principio de tipicidad y el principio de culpabilidad», en *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons/Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Madrid, 2004, pp. 527 y ss.

⁷⁸ La responsabilidad penal objetiva está vinculada, en su origen, al principio medioevo del *versari in re illicita operam dante rei illicitae, imputatur omnia quae se*

Por lo demás, si se tiene presente que las denominadas condiciones objetivas de punibilidad impropias figuran como una infracción al principio de culpabilidad —al fundamentar un aumento de los marcos penales absolutamente desconectado de las exigencias de dolo o imprudencia— la consecuencia lógica de tal entendimiento será antever en estos elementos anómalos también una ofensa al principio constitucional de la dignidad de la persona humana. En esta línea, cabe asimismo decir que el respeto a la dignidad de la persona humana —como dato inmanente y límite mínimo imprescindible a la intervención jurídica— se incorpora en todo el ordenamiento jurídico positivo. Es, por consiguiente, un principio material de justicia, de validez *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente. De ahí que una infracción grave del principio de la dignidad de la persona humana dará lugar no sólo a la inconstitucionalidad de la disposición en cuestión, sino también hay que negarle, dada su injusticia, el carácter de Derecho⁷⁹.

En el ordenamiento jurídico-penal español hay determinados supuestos que importan una manifiesta infracción al principio de responsabilidad personal y, como consecuencia de este entendimiento, dan lugar también a una ofensa al principio del respecto a la dignidad de la persona humana que le sirve de fundamento. Este es el caso, por ejemplo, del artículo 166 del Código penal español, que sanciona con la pena superior en grado a las previstas en los artículos anteriores al «reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida», «salvo que la haya dejado en libertad». Este dispositivo tiene como antecedente el artículo 483 del Código penal de 1973, que preveía una pena de reclusión mayor al «reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad». La doctrina, a la luz del pre-

quantur ex delicto, o simplemente, *qui versatur in re illicita repondit etiam pro casu*. De acuerdo con el principio del *versari in re illicita* —del todo incompatible con el principio de culpabilidad— «el resultado no querido, no previsto y a veces incluso no previsible es imputado al agente por el mero hecho de su vínculo causal con un acto ilícito y le es imputado a título de dolo», obligando «a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre siquiera culpa» (CEREZO MIR, J., «El “versari in re illicita” en el Código penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 60).

⁷⁹ Cfr., CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. I, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 18 (el mismo, «Culpabilidad y pena», en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 195, nota 59). De hecho, como bien razona Cerezo Mir, «si bien no hay más derecho que el Derecho positivo, no todo Derecho positivo es Derecho. Hay leyes o disposiciones que, dada su injusticia, por suponer una grave infracción del respeto a la dignidad de la persona humana, son mera fuerza, mero terror y hay que negarles el carácter de Derecho» (*Curso...*, t. I, p. 212). Véase también CEREZO MIR, J., «Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta». *RDPCr*, 2.ª época, 2003, n.º 12, p. 60.

cepto anterior, estimaba que tales omisiones —calificadas mayoritariamente como condiciones objetivas de punibilidad⁸⁰— forjaban una presunción de que se había dado muerte al detenido. La consecuencia de este entendimiento era considerar el artículo 483 como un delito de sospecha⁸¹, que infringía una serie de principios fundamentales, entre los cuales el principio de culpabilidad⁸² y los derechos a la presunción de inocencia⁸³ y a no declarar contra sí mismo⁸⁴. La constitucionalidad

⁸⁰ Así se manifestaban, entre otros, CÓRDOBA RODA, J., *Notas...*, p. 298, nota 25; AN-TÓN ONECA, J., *Derecho penal*, p. 262; DíEZ RIPOLLÉS, en DíEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 361; MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 15; POLAINO NAVARRETE, M., «La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídicopenal y la política criminal», en *Criminalidad actual y Derecho Penal*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Córdoba, 1988, p. 35, nota 24; GARCÍA PÉREZ, O., «Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP», *ADPCP*, 1993, p. 664. En cambio, consideraban que era una condición objetiva de punibilidad impropia, por ejemplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, p. 160; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 392 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 173 (el mismo, *Adiciones...*, II, pp. 771 y ss.).

⁸¹ Consideraban al antiguo artículo 483 un delito de sospecha, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. I, v. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 928; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, p. 314; CUELLO CALÓN/CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, 14.^a ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 747; DíEZ RIPOLLÉS, en DíEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales...*, p. 360; POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 229; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, PE, I, p. 133; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, 7.^a ed., pp. 70-71; ZULGADÍA ESPINAR, J. M., «El Título V (Delitos contra la libertad) del Libro II (Delitos y sus penas) de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal». *DJ*, v. I, 1983, p. 423; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Posible inconstitucionalidad...», pp. 891-892; BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ-MAROTO, *Manual de Derecho penal. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 2.^a ed., Ceura, Madrid, 1991, p. 25; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Las condiciones...*, pp. 159 y ss.; BELLO LANDROVE, F., «Consideraciones acerca de los delitos de raptó y detenciones ilegales agravados de sospecha», *RGLJ*, 1978, pp. 176-177; GARCÍA PÉREZ, O., «Delitos de sospecha...», p. 664; GÓMEZ PAVÓN, P., en BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990, p. 913; LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales y secuestros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 169.

⁸² Consideraban que el contenido del precepto en cuestión violaba claramente el principio de culpabilidad, por ejemplo, MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 47; POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención...*, p. 229; LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales...*, p. 169, y QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado...*, t. I, v. II, pp. 928 y ss.

⁸³ De tal parecer, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, p. 314; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, p. 173; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 393 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Posible inconstitucionalidad...», pp. 892 y 894; LANDROVE DÍAZ, G., *Detenciones ilegales...*, p. 169; GÓMEZ PAVÓN, P., en BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, *Código penal comentado*, p. 913.

⁸⁴ Sin embargo, para BELLO LANDROVE, F., «Consideraciones...», pp. 176 y 180, y MAQUEDA ABREU, M.^a L., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Ser-

del mencionado precepto era, por consiguiente, puesta en tela de juicio por una parte de la doctrina, mientras la otra intentaba buscar una interpretación que pudiera conferir legitimidad al artículo en cuestión. En este último sentido, con bastante frecuencia se ha señalado que existe un resultado que se debe añadir a la privación de la libertad del detenido, que sería el de la desaparición forzada del mismo⁸⁵. La desaparición, sin embargo, no representa un resultado material: es únicamente la ignorancia del paradero de la víctima, de forma que su inserción como un resultado en el tipo de lo injusto atenta contra el principio de legalidad^{86, 87}. Ahora bien, el actual artículo 166 ofrece prácticamente los mismos problemas que su antecedente⁸⁸: aunque haya modificado la penalidad y exija del reo de detención ilegal o secuestro, en teoría, una sola omisión —la de no dar razón del paradero

vicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1988, p. 76, el artículo en cuestión violaba tanto el principio de culpabilidad como el derecho a la presunción de inocencia, mientras que Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales...*, p. 362, y García Pérez, O., «Delitos de sospecha...», pp. 664 y ss., sostenían que este precepto infringía tanto el principio de culpabilidad como los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo.

⁸⁵ En este sentido, véanse Gimbernat Ordeig, E., «El delito de detención ilegal con desaparición forzada», en *Estudios penales en memoria del Prof. A. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 361 y ss.; Bustos Ramírez, J., *Manual...*, PE, pp. 158 y ss.; Muñoz Conde, F., *Derecho penal*, PE, 7.^a ed., pp. 70 y ss.; Martínez-Buján Pérez, C., *Las condiciones...*, pp. 161 y ss.; Muñagorri Lagúa, I., «La “construcción” del delito de detención ilegal con desaparición forzada. La jurisprudencia constitucional y el art. 483 del Código Penal». *PJ*, 1992, n.º 27, pp. 139 y ss. De otro lado, defendía la realización de una interpretación del artículo 483 de conformidad con la Constitución sobre la base del principio de la conservación de las disposiciones legales, por ejemplo, Martínez-Buján Pérez, C., *Las condiciones...*, pp. 160 y ss. En esta última línea, el artículo 483 se convertiría en un delito cualificado de detenciones ilegales y la desaparición del detenido dejaría de ser una condición objetiva de punibilidad impropia para figurar como un genuino elemento del tipo. Para sanar del todo las objeciones al precepto en cuestión, proponía el autor la reducción del marco penal del antiguo artículo 483 para adecuarlo al principio de proporcionalidad (véase Martínez-Buján Pérez, C., *Las condiciones...*, p. 162, nota 382).

⁸⁶ Cfr. Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales...*, p. 364; García Pérez, O., «Delitos de sospecha...», p. 660 (el mismo, *La punibilidad...*, p. 292-293).

⁸⁷ Además, como bien razona García Pérez, «si la desaparición fuese el resultado, no se entiende por qué se vincula únicamente a la detención ilegal, puesto que son imaginables otros supuestos como, por ejemplo, el sujeto que sale al mar en una embarcación con otra persona, regresa solo y no da razón del paradero del acompañante»; por otro lado, añade, «si la desaparición constituyera un resultado propio y autónomo, es obvio que se produce antes de la conducta omisiva prevista en el art. 166 y, sin embargo, la agravación se hace depender de la omisión» (*La punibilidad...*, p. 293).

⁸⁸ Cfr. Blanco Lozano, C. «La detención ilegal con desaparición del sujeto pasivo en el nuevo Código penal», *La Ley*, 1996, n.º 5, pp. 1598 y ss.; Quintanar Díez, M., en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, t. VI, Edersa, Madrid, 1999, pp. 58-60.

del detenido— su contenido es muy similar al del precepto precedente y por lo tanto cabe investigar si la nueva redacción ha logrado preservarle de las objeciones anteriormente expresadas contra aquél. En esta línea, considera Díez Ripollés que la nueva redacción del artículo 166 pretende sustituir la omisión de no acreditar haber dejado la víctima en libertad —contenida en el viejo artículo 483— por la prueba, por parte de la acusación, de que el sujeto activo no ha liberado a la víctima⁸⁹. De hecho, enumera Díez Ripollés que son cuatro las posibilidades que tiene la acusación para probar que la víctima no ha sido liberada por su captor: 1) demostrar que el sujeto activo sigue manteniéndola detenida, supuesto en el que se podrá aplicar generalmente el artículo 163.3 del Código penal; 2) demostrar que otras personas le han arrebatado el detenido al captor, sin darle la oportunidad para ponerlo en libertad, caso en el que procederá aplicar también el dispositivo precedente; 3) probar que la víctima ha obtenido la liberación, sea por sí misma o a través de un tercero, supuesto en el que, aunque el sujeto activo no haya procedido a la liberación de la víctima, no parece haber motivos suficientes para fundamentar el tipo agravado del artículo 166; 4) por fin, se podrá probar, en algunos casos, que el captor no ha liberado la víctima porque le ha causado la muerte; en esta hipótesis cabría aplicar un concurso de delitos entre la detención, por lo general del artículo 163.3, y el homicidio o asesinato. Concluye el autor que «cualquier modo de probar la no liberación realizado por la acusación conduce a la no apreciación del art. 166»⁹⁰. En resumen, la única manera plausible para entender la expresión «salvo que la haya dejado en libertad» es, según el autor, considerar que compete al acusado probar este hecho y, si no logra hacerlo, ni da razón del paradero de la persona detenida, incurrirá en las sanciones del artículo 166⁹¹. Ello conduce inevitablemente a la conclusión de que el actual artículo 166 no está a salvo de las objeciones formuladas en contra del dispositivo anterior y se le puede considerar como un ejemplo claro de *delito de mera sospecha*⁹². En efecto, la redacción conferida al precepto presume, como mínimo, la continuidad de la detención hasta el momento de dictar la sentencia⁹³ e incluso, en buena medida,

⁸⁹ Véase Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios al Código penal*, pp. 756 y ss.

⁹⁰ Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, pp. 756-757.

⁹¹ Cfr. Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios*, p. 757.

⁹² En este sentido, por ejemplo, Cerezo Mir, J., *Curso...*, t. III, p. 19, nota 14; Mirat Hernández, M.^a P., *Detenciones ilegales (artículo 163 del Código penal)*, Edersa, Madrid, 2001, p. 199, entre otros. De otra opinión, Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, *Código penal comentado*, Ediciones Deusto, Barcelona, 2004, p. 334; Jorge Barreiro, A., en Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 480.

⁹³ Según Carbonell Mateu/González Cussac, en *Derecho penal*, PE, p. 168. es perfectamente legítima la presunción de que el autor haya privado a la víctima indefinidamente de su libertad —en la línea defendida por la STS 25 de junio de 1990. Sin embargo, como razona García Pérez, «esta tesis parece incompatible con el alcance

la muerte del detenido⁹⁴. En el precepto en cuestión se vislumbra una condición objetiva de punibilidad impropia que pone de manifiesto «la introducción en la figura de delito de una regla de inversión de la carga de la prueba en relación con una detención persistente, o una muerte, presumidas»⁹⁵. Por todo ello, no cabe duda de que el artículo 166 vulnera, en primer lugar, el principio de culpabilidad⁹⁶, puesto que la pena prevista rebasa —en la mayor parte de los casos— el contenido de lo injusto culpable de la conducta descrita por la figura delictiva⁹⁷. Además, representa igualmente una violación del derecho a no declarar contra sí mismo⁹⁸, en la medida en que existe una inversión

del tipo agravado, pues el art. 166 dispone expresamente que es de aplicación a las detenciones ilegales contempladas en los artículos anteriores, entre los que se encuentra el tipo básico del art. 163.1 y no sólo las detenciones ilegales y secuestros cuya duración exceda de los quince días»; luego, «el artículo 166, como tipo agravado del art. 163.1, exige una detención ilegal que no haya durado más de quince días, pues, de lo contrario, el tipo de referencia ya no sería el contenido en el art. 163.1 sino el del art. 163.3». No obstante, aunque se admita, *ad argumentandum*, que el artículo 166 no sea de aplicación al art. 163.1, «la tesis de estos autores no posibilita la delimitación de esta agravación por la duración con la contenida en el art. 163.3», con lo cual «la interpretación desemboca más que en una privación de libertad indefinida en una presunción de la misma» (GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p. 292). En sentido similar, Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, pp. 757 y ss.; Prats Canut, J. M., en Quintero Olivares/Morales Prats, *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 861-862; Landrove Díaz, G., *Detenciones ilegales...*, p. 186.

⁹⁴ Cfr. Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, pp. 757-758; Mirat Hernández, M.^a P., *Detenciones ilegales...*, p. 199.

⁹⁵ Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, p. 759. En el mismo sentido, Mirat Hernández, M.^a P., *Detenciones ilegales...*, p. 199.

⁹⁶ Así, por ejemplo, Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, p. 759, y en relación con el antiguo artículo 483, García Pérez, O., «Delitos de sospecha...», pp. 651 y ss.

⁹⁷ Desde esta perspectiva, cabe señalar que la reducción de penalidad operada en el artículo 166 no excluye su calificación como un delito de sospecha. En efecto, por lo que respecta a la presunción de la persistencia de la detención hasta el momento de dictar la sentencia, «baste con decir que la pena es un grado superior a la de los tipos que castigan la detención por más de 15 días sin que, al no haberse introducido en el art. 166 ningún nuevo elemento calificativo de la detención, pueda imaginarse otra circunstancia agravatoria que la presunción de una detención que persiste en el momento de dictar la sentencia»; de otra parte, por lo que se refiere a la presunción de que el acusado haya dado la muerte al detenido, «si bien la pena resultante de la aplicación del art. 166 a partir del art. 163.3 será inferior a la que resultaría de apreciar un concurso ideal de delitos entre el art. 163.3 y un homicidio doloso, será superior a tal concurso si el homicidio es imprudente; además, en el supuesto en que el art. 166 se aprecie a partir del art. 164 p. 2 inc.1 siempre la pena resultante será superior a la que resultaría del concurso de delitos entre el art. 164 p. 2 inc.1 y un homicidio no sólo imprudente sino también doloso» (Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, p. 758).

⁹⁸ En este sentido, Díez Ripollés, en Díez Ripollés/Gracia Martín, *Comentarios...*, p. 759; García Pérez, O., *La punibilidad...*, p. 293. En cambio, López-Garrido/García

de la carga de la prueba⁹⁹ cuando se constriñe el sujeto activo a la realización de una actividad probatoria —demostrar que ha dejado la víctima en libertad— necesaria para impedir la configuración de determinados elementos integrantes de la figura de delito. Por fin, infringe asimismo la presunción de inocencia¹⁰⁰, dado que la estructura del precepto expuesto presume que el autor de la detención original haya contribuido para la persistencia de la detención de la víctima hasta el momento de dictar la sentencia, e incluso para la muerte del detenido. Está fuera de duda, por lo tanto, la inconstitucionalidad del precepto¹⁰¹, pues al infringir el principio de culpabilidad, el derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia, vulnera también el principio del respecto a la dignidad de la persona humana.

La dignidad de la persona humana antecede, por lo tanto, al juicio axiológico del legislador y vincula de forma absoluta su actividad normativa, especialmente en el ámbito jurídico-penal. Los dispositivos penales que representen una trasgresión al respecto a la dignidad de la persona humana son indudablemente inconstitucionales. Las figuras delictivas que consagran condiciones objetivas de punibilidad impropias son resquicios de una repulsiva responsabilidad penal ob-

ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 102, creen que la eventual vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo está legitimada por el propósito de evitar la desaparición de la víctima. Por otra parte, se argumenta que en estos casos hay un mayor contenido de lo injusto en razón de la falta de colaboración del acusado con la Administración de justicia (BAJO FERNÁNDEZ/DÍAZ MAROTO, *Manual...*, pp. 26-27).

⁹⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, O., «Delitos de sospecha...», pp. 662 y ss. (el mismo, *La punibilidad...*, p. 293); QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal*, PE, p. 107; MIRAT HERNÁNDEZ, M.^a P., *Detenciones ilegales...*, p. 199.

¹⁰⁰ De tal parecer, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, p. 759; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p. 293. En sentido opuesto, CALDERÓN CEREZO/CHOCLÁN MONTALVO, *Código penal...*, p. 334.

¹⁰¹ También se manifiestan por la inconstitucionalidad del artículo 166, DÍEZ RIPOLLÉS, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Comentarios...*, p. 759; GARCÍA PÉREZ, O., *La punibilidad...*, p. 293, en sentido similar, con respecto al artículo 483; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal...*, PE, p. 314; GARCÍA PÉREZ, O., «Delitos de sospecha...», pp. 633 y ss., especialmente pp. 665 y 678; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Posible inconstitucionalidad...», p. 894; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, PE, p. 133; GÓMEZ PAVÓN, P., en BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS, *Código penal comentado*, p. 913; MAQUEDA ABREU, M.^a L., *Los delitos...*, p. 77; MIRAT HERNÁNDEZ, M.^a P., *Detenciones ilegales...*, pp. 201-202. En contra, CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en *Derecho penal*, PE, p. 168 (los mismos, *Comentarios al Código penal*, t. I, p. 858), que comparten la tesis del Tribunal Supremo (STS 25 de junio 1990) según la cual el sujeto activo del delito asume con relación a la víctima detenida «una posición especial que la doctrina identifica con la de garante, figura tan de actualidad en el moderno derecho penal en el sentido de que a partir de ese momento, responde no sólo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolverle la libertad como debió hacer».

jetiva, que atenta contra el principio de culpabilidad. Y una infracción a dicho principio penal fundamental implicará igualmente una ofensa al principio del respecto a la dignidad de la persona humana, que le sirve de base. Eso es así porque una infracción al principio de culpabilidad será siempre, en último término, también una lesión al principio constitucional de la dignidad de la persona humana¹⁰².

4. Notas conclusivas

De todo lo expuesto se puede extraer que hay preceptos en el ordenamiento jurídico español en los que la previsión de algunos elementos supuestamente restrictivos de la punibilidad afecta a determinados postulados básicos de un Derecho penal acorde con un Estado social y democrático de derecho.

Son ejemplos del inconveniente mencionado las denominadas condiciones objetivas de punibilidad impropias. En efecto, tanto las condiciones objetivas de punibilidad que constituyen realmente causas de agravación de la pena como las que surgen como elementos fundadores de la pena son más bien elementos que actúan directamente sobre la magnitud de lo injusto. El hecho de que no se exija el dolo respecto a tales circunstancias las convierte en elementos rechazables, por incompatibles con los principios de culpabilidad y de presunción de inocencia. En los preceptos que consagran las impropiaamente llamadas condiciones objetivas de punibilidad impropias se debe plantear hasta qué punto resulta admisible —desde la perspectiva de una política-criminal garantista— conformarse con la presencia de estos elementos fundadores de lo injusto y, a la vez, ajenos a la exigencia de dolo o culpa, cuando los intereses de orden pragmático y la conveniencia de conferir al precepto penal una mayor eficacia se muestren en una dudosa armonía con los principios fundadores del propio sistema penal.

¹⁰² Con estribo en la teoría de la imputación objetiva —que, según nuestra postura, parece insuficiente para ofrecer las bases garantísticas necesarias para la fijación de la responsabilidad penal (véase PRADO, L. R./CARVALHO, E. M., *Teorias da imputação objetiva do resultado. Uma aproximação crítica a seus fundamentos*, RT, São Paulo, 2002, pp. 118 y ss.)—, Mapelli Caffarena razona que «cuando un elemento condicionante, soslayando las garantías de la imputación objetiva, sirve de fundamento para determinar la responsabilidad penal está lesionando algo más que el principio de presunción de inocencia». En estos casos, continúa, «está en juego la dignidad de la persona y su libre desarrollo ya que», concluye el autor, «la ausencia de una conexión subjetiva con el elemento condicionante no puede ser sustituida por la teoría de aceptación del riesgo» (MAPELLI CAFFARENA, B., *Estudio jurídico-dogmático...*, p. 46).

Según se ha destacado ya, las circunstancias comúnmente catalogadas como condiciones objetivas de punibilidad impropias no son genuinas condiciones de punibilidad y tampoco integran los elementos del tipo de lo injusto. Sin embargo, su presencia fundamenta la imposición de una pena o su agravación sin que se exija que las mismas estén abarcadas por el dolo del autor, pues de no ser así la aplicación del tipo penal en cuestión podría verse comprometida. Incluso la constitucionalidad de las condiciones objetivas de punibilidad se pone en tela de juicio cuando se concluye que dichas circunstancias pueden representar una infracción al principio de culpabilidad, especialmente cuando se estima que el mencionado principio tiene su fundamento constitucional en el artículo 10 de la Constitución, que establece que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social. Desde esa perspectiva, el principio de culpabilidad figura como una consecuencia necesaria del respeto a la dignidad de la persona humana, dado que «la imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos, lo cual implica un grave atentado a su dignidad»¹⁰³. El postulado de que no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) y de que la pena no puede rebasar la medida de la culpabilidad —proporcionalidad en la culpabilidad— es una expresión de la justicia material propia del Estado de Derecho democrático delimitadora de la responsabilidad penal que pone en evidencia el carácter inviolable del respeto a la dignidad del ser humano. Se suele insertar en el postulado de la culpabilidad en sentido amplio el principio de la responsabilidad penal subjetiva o de la imputación subjetiva como parte de su contenido material en cuanto presupuesto de la pena, de modo que a través del mismo se impide la configuración de la responsabilidad penal por una acción u omisión si no se verifica la presencia del dolo o de la imprudencia. Con ello se excluye la responsabilidad penal objetiva o por el resultado fortuito derivada de la actividad lícita o ilícita.

Pues bien, si se tiene presente que las denominadas condiciones objetivas de punibilidad impropias son excepciones inadmisibles al principio de culpabilidad, la consecuencia lógica de tal entendi-

¹⁰³ CEREZO MIR, J., *Curso...*, t. III, p. 17 (el mismo, «Derecho penal y Derechos humanos: experiencia española y europea». *AP*, 1993, n.º 14, p. 194). En el mismo sentido, en la doctrina italiana, FIORE, C., «Ciò che è vivo e ciò che è morto nella dottrina finalista. Il caso italiano». *RIDPP*, 2003, fasc.1-2, p. 392. De otra opinión, GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 145 y ss., especialmente p. 151, nota 40.

miento será vislumbrar en estos elementos anómalos también una ofensa al principio constitucional de la dignidad de la persona humana que, como dato inmanente y límite mínimo imprescindible a la intervención jurídica, se incorpora en todo el ordenamiento jurídico positivo.

Las figuras delictivas que consagran condiciones objetivas de punibilidad impropias son resquicios de una repulsiva responsabilidad penal objetiva que infringe el principio de culpabilidad y, consecuentemente, representa también una ofensa al principio del respeto a la dignidad de la persona humana. De ahí que no deberían haberse incluido en el Código penal esos elementos que determinan un aumento de la pena sin la exigencia de dolo o imprudencia, siendo recomendable que se confiera a los preceptos que abarquen dichas circunstancias una redacción distinta o incluso, según el precepto de que se trate, la elaboración de una figura compleja (integrada por un tipo básico doloso y un tipo doloso de peligro concreto)¹⁰⁴ o de nuevos tipos de delitos de peligro o de delitos imprudentes¹⁰⁵.

¹⁰⁴ En este sentido, en relación a los delitos cualificados por el resultado, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3.º del proyecto de Código penal español de 1980», (II), *ADPCP*, 1983, pp. 124 y ss.

¹⁰⁵ Así, respecto a los delitos cualificados por el resultado, SUÁREZ MONTES, R. F., «Los delitos cualificados por el resultado en la “Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal”». *CPC*, 1984, n.º 22, pp. 183 y ss.