

guir manteniendo al prof. Jaén Vallejo las posibilidades de resolución del conflicto de derechos a través del ejercicio de un derecho (art. 8.11), ya que en caso contrario, con la comprobación en la primera fase de afirmación positiva de la antijuridicidad de la veracidad o no de la imputación, no habría lugar a su colisión, o bien porque no se ha podido afirmar la efectiva lesión del honor, o bien porque en caso contrario nunca podría justificarse una conducta que exige como requisito la falsedad a través de una causa de justificación que exige como requisito la veracidad.

Cabe destacar, para finalizar, tanto la extensa bibliografía manejada por el autor, como la relación cronológica de sentencias del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo que se inserta como anexo al presente libro.

Estamos, pues, ante un meritorio trabajo de estudio interdisciplinar, que nos recuerda que los problemas planteados en el Derecho penal, no son exclusivos del mismo, sino que la mayoría de las ocasiones aparece condicionado por los pronunciamientos constitucionales y por las interrelaciones con otras ramas del Ordenamiento, en este caso el civil. Sólo de agradecer supone que el autor se haya enfrentado a los múltiples y fundamentales problemas que plantea el tema, no limitándose a una mera enumeración de lo ya dicho, sino implicándose en su resolución y aportando nuevas perspectivas, que enriquecen el problema.

JOSÉ M. SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.

MAPELLI CAFFARENA, Borja: «Estudio Jurídico-Dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad». Edt. Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, 163 páginas.

El tema de las condiciones objetivas de punibilidad presenta un indudable interés político-criminal y dogmático, suponiendo a la vez un reto desde el punto de vista doctrinal. Las condiciones objetivas de punibilidad, las excusas absolutorias y en general todo lo relacionado con ese pretendido cuarto elemento de la teoría del delito —la punibilidad—, han recibido un escaso tratamiento causado por la falta de consenso doctrinal en torno a su existencia o no como entidad sustantiva propia, lo que ha redundado en la ausencia de una visión unitaria de su problemática.

Esta situación viene a ser remediada en parte por el presente estudio, que coincide casi en el tiempo con la publicación de otra monografía sobre el tema realizada

por el Prof. Martínez Pérez (1) y que completa hasta ahora un panorama dogmático sobre el mismo no sobrado de mayor atención. (2)

El interés político-criminal de los elementos condicionantes reside en su cada vez mayor uso en los tipos penales, al ser instrumentos aptos para la recreación de conductas de protección de los llamados intereses difusos, y para una mejor selección de conductas que discriminen y acoten de forma más minuciosa las penalmente relevantes, haciendo así efectivo el carácter fragmentario y de última *ratio* que se proclama del Derecho penal. A la par surge la atención dogmática del mismo, suscitándose las dudas de cuál ha de ser la sede adecuada para encuadrarlas, lo que condicionaría el tratamiento y resolución de problemas como los de error, participación, prescripción... que sobre ellas incidan.

Tal como afirma el autor, estamos ante una de las «cuestiones más controvertidas de la teoría del delito» (pág. 11) por la cantidad de cuestiones problemáticas que suscita. El Prof. Mapelli Caffarena ha seguido como planteamiento sistemático las siguientes cuestiones: su fundamentación, la ubicación en la estructura del delito, características y criterios de identificación, diferenciación con otras figuras afines y, finalmente, el tratamiento dogmático de las mismas.

Parte el Catedrático de la Universidad de Sevilla de la propuesta de una clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad, asumiendo la terminología italiana de intrínsecas y extrínsecas (frente a la germana de propias e impropias), en las que las primeras calificarían y actualizarían la lesión del interés tutelado y las segundas determinarían un hecho externo del que se hace depender la relevancia jurídico-penal de la conducta (pág. 22). Dicha distinción, más allá de un ejercicio clasificatorio, muestra gran importancia para el tratamiento diferenciado que a una y otras ha de dispensarse, tal como se comprueba en el desarrollo posterior del estudio, que aparece condicionado por la imposibilidad de una dogmática unitaria.

En cuanto a su fundamento, se opta por entender, siguiendo al Prof. Muñoz Conde, que responden únicamente a razones de oportunidad y utilidad (pág. 35), ya que en caso de estar fundados en criterios político-criminales (que distingue de los político-legislativos) y principalmente en la necesidad de pena, se estarían convirtiendo en aspectos residuales del versarismo, fruto de su desconexión psicológica con la conducta del sujeto activo.

(1) MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos: «Las condiciones objetivas de punibilidad». Ed. Instituto de Criminología U.C.M., Edersa, Madrid, 1989.

(2) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: «Delito y Punibilidad». Edt. Civitas. Madrid, 1983; COBO DEL ROSAL, Manuel: «La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho Penal español», en Estudios Penales y Criminológicos (III). Edc. Fernández Albor. Santiago de Compostela, 1983; POLAINO NAVARRETE, Miguel: «La punibilidad en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal y la Política-criminal», en Criminalidad actual y Derecho Penal. Córdoba, 1988; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Sobre la extensión del problema de la responsabilidad objetiva: Especial atención a las condiciones objetivas de punibilidad», en II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal. Avila. 1981.

Aunque se defienda un fundamento diverso a su conexión con el injusto necesitado de pena, se mantienen los problemas de la posibilidad constitucional y de coherencia interna del Derecho Penal de conformarlos como elementos que estén desvinculados psicológicamente de la conducta y en caso afirmativo ver qué tratamiento ha de otorgárseles.

Dicha desvinculación de los elementos condicionantes ha provocado certeras críticas de diversos sectores doctrinales de las que se hace eco el autor. Se pretende ver en las mismas una violación del principio de culpabilidad. En este sentido, y en la misma línea apuntada por Stratenwerth, sólo serían admisibles aquellas condiciones objetivas de punibilidad que restringieran el ámbito de la amenaza penal, lo que estaría en plena coherencia con el carácter fragmentario del Derecho penal. Por el contrario, los elementos condicionantes configuradores del injusto no pueden sino entenderse como inconstitucionales, siempre que no hayan de serles imputables; o en su caso, propone de *lege ferenda*, su desaparición, si no quiere volverse a estadios superados de responsabilidad objetiva. Se admitirían en este sentido las condiciones objetivas de punibilidad extrínsecas por su función selectiva de conductas respecto al interés jurídico tutelado, rechazándose las intrínsecas.

Sin embargo, el autor entiende que no podría hablarse de su inconstitucionalidad al no recogerse en la Ley Fundamental española el principio de culpabilidad y no afectar éstas a la presunción de inocencia.

De su ubicación sistemática el autor recoge la polémica entre la constitución sustantiva en una categoría independiente como es la punibilidad, sede de escape que vendría a abarcar todos los elementos de difícil encuadre en las sedes tradicionales y cuyo fundamento se haría descansar en criterios de política criminal, lo que él mismo rechaza; o bien como elementos anexos al tipo de injusto, considerando fundamento del mismo la necesidad de pena conformadora del injusto, manteniéndose desde tal postura los problemas de afirmación de elementos típicos alejados de su realización dolosa o culposa. El prof. Mapelli opta finalmente por su ubicación funcional en el injusto (pág. 66), si bien no puede explicarse satisfactoriamente esta solución por parte de quienes mantienen una concepción subjetiva de la antijuridicidad y el carácter imperativo de las normas.

Analiza igualmente su posición en la dogmática procesal por el carácter límite con las condiciones objetivas de procedibilidad, y que, sin embargo, parecerían pasar por alto su pertenencia formal y estructural al delito y por ello su dimensión sustantiva. Interesante en este capítulo es la exposición crítica de las propuestas del prof. Schweikert sobre el delito de riesgo, de acuerdo con el cual en los delitos condicionados se crearía un título de imputación *sui generis* diferente del doloso y culposo caracterizado porque entre la conducta y el elemento condicionante no existe un nexo causal. Su dogmática se reconduciría a los delitos de peligro abstracto e intentaría eludir los problemas del principio de culpabilidad, sustituyendo la relación subjetiva por la conciencia del riesgo (págs. 72 a 74). Aparece dicha teoría como una reformulación del versarismo y de la responsabilidad objetiva que apenas aporta nada nuevo a cuál deba ser su tratamiento.

Los capítulos IV y V han sido dedicados respectivamente a la caracterización y fijación de criterios que permitan incluir una determinada figura en la categoría de elementos condicionales y a su diferenciación con otras figuras afines.

Partiendo de la base de que la configuración de un elemento como condicionante no es una labor de la dogmática, sino fruto de una decisión legislativa (página 75), concluye que su caracterización se hace depender como presupuesto de un criterio formal y textual, sobre el que el legislador tiene pleno dominio, unido a que se constituya como un elemento irrelevante desde la perspectiva de la necesidad de imputación subjetiva.

Estos criterios sirven a la par para diferenciarlos de figuras afines tales como los delitos cualificados por el resultado, donde por imperativo del art. 1.2 del C.P. el evento dañoso ulterior debe haber sido causado «al menos» por culpa. El resultado en los delitos imprudentes, en donde tal ha de poder imputarse objetivamente al autor a modo de riesgo inherente a la propia conducta. Las excusas absolutorias que se constituyen siempre como causas personales y las condiciones objetivas de procedibilidad, de las que se separaría porque de la posible interpretación lógica del texto se derive o no que la ausencia de ese elemento concreto produzca consecuencias características de los presupuestos procesales.

En un último capítulo se afrontan los problemas dogmáticos que presentan, tales como el error, en donde diferencia, fuera de un imposible tratamiento unitario, el que recae sobre las extrínsecas, a las que si bien de *lega data* se tratarían como errores accidentales irrelevantes, se plantea de *lege ferenda* una revisión del axioma de su irrelevancia, al menos en relación con algunos de ellos; y las intrínsecas que, al formar parte del tipo objetivo y exigirse en el autor la representación de su riesgo permitirían la aplicación de las reglas del error de tipo, de tal modo que siendo invencible se excluiría la responsabilidad y si es vencible al poder imputarse dichos elementos tanto dolosa como culposamente no producirían efecto alguno.

En la consumación del delito condicionado plantea los problemas del *tempus* y *locus delicti commissi*, sus formas imperfectas de ejecución y la prescripción de acuerdo con el hecho de si la verificación del evento condicionante puede tener relevancia a estos diferentes objetos; dejando el último apartado para el estudio de la participación de los mismos.

Tras esta breve exposición de las conclusiones a las que llega el prof. Mapelli merece hacerse un breve comentario sobre alguna de ellas:

Respecto a la fundamentación de estos elementos en concepciones político-legislativas y no en cuestiones de política-criminal, como reconoce el propio autor, no supone un avance para resolver cuál ha de ser el tratamiento dogmático a otorgarle. Se constata una afirmación extrapolable a todos los elementos exigidos para la imposición de la pena, puesto que todos ellos, de alguna manera, responden a criterios de conveniencia y oportunidad, que siendo manifestaciones de unas concepciones político-legislativas concretas, son previas y condicionantes de unos presupuestos político-criminales, de los que no están desconectados, y que en última instancia recrean conductas que por su carácter insoportable para la convivencia son «merecedoras de pena». Por ello no puede decirse que ambas afirmaciones sean

contradictorias, sino que más bien se complementan. Y sin que pueda utilizarse como pretexto el buscar una fundamentación diferente a la de su ubicación en el injusto en la necesidad de obviar la principal objeción que desde perspectivas constitucionales y de coherencia del Sistema Penal se puede realizar a las mismas: el convertirse, y en eso sí estamos en pleno acuerdo con el autor, en aspectos residuales del versarismo y la responsabilidad objetiva.

De este modo, el Prof. Mapelli lo que estaría haciendo es invertir las proposiciones del razonamiento, o al menos dando la preminencia a una de ellas, como sería la imposibilidad de que estos elementos fueran resquicios de un versarismo indeseable e inconstitucional, para así, en función de la misma, plantear una fundamentación que salve ese escollo y permita el mantenimiento dogmático de estos elementos. Lo que pasaría por su exclusión del ámbito de lo injusto tanto como fundamentador del mismo, en lo que sí estamos de acuerdo, como anexo a éste en función de criterios de necesidad de pena, punto en el que por todo lo expuesto no podemos compartir la opinión del autor.

Esto nos lleva a conclusiones diversas a las de autor en lo que se refiere a los problemas de constitucionalidad de los elementos condicionantes intrínsecos, cuando no se exige su imputación subjetiva al sujeto activo. Ya que frente a las conclusiones a las que llega el Prof. Mapelli, se puede profundizar en la crítica constitucional a estas condiciones intrínsecas desde las perspectivas del principio de legalidad-tipicidad (Art. 25.1 C.E.) y el de la configuración del Estado como social y democrático de Derecho y pluralista (Art. 1 C.E.).

Desde los planteamientos del principio de legalidad-tipicidad puede afirmarse que la exigencia de que los elementos objetivos del tipo sean abarcados por una conducta dolosa o culposa, como elementos configuradores de la tipicidad subjetiva, no nace de una pretendida conexión psicológica entre la voluntad del sujeto y su conducta, o por un juicio de reproche en virtud del cual el sujeto pudo haber conformado su actuación con el derecho (en fin con un principio de culpabilidad fundamentador de la pena como tradicionalmente se ha entendido y que efectivamente no aparece recogido en la C.E.), sino como efectivo principio de legalidad-tipicidad, ya que, tanto el Art. 1.2 de C.P. como sus concordantes, Arts. 6 bis a), 6 bis b), exigen expresamente como otro de los elementos afirmadores del tipo de injusto el dolo o la culpa; asumiendo en ese sentido el Art. 6 bis b) la desconexión de la conducta con los elementos del tipo objetivo como un límite a la intervención penal que excluye la tipicidad.

Igualmente al ponerlo en relación con la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho y pluralista, que le exigiría una labor del mantenimiento de unos mínimos de convivencia dirigidos a la ciudadanía (que no limiten el mandato de la remoción de obstáculos para facilitar la participación de todos los ciudadanos del Art. 9.2 de la C.E. y que a la vez permitan hacerlo efectivo en el resto de los individuos) para que evite la realización de conductas tendentes a poner en peligro o lesionar los intereses tutelados. Peligro o lesión cuyo fundamento se conecta con la conducta del sujeto y no desvinculada de la misma.

Afirmación ésta última que incluso debe matizarse si desde la teoría de las normas se entiende que el núcleo de prohibición en los delitos imprudentes no puede venir constituido sino por la infracción del deber de cuidado (objetivo y/o subjetivo) y no por un resultado la mayoría de las veces azaroso y fuera de control de la conducta del sujeto.

Interesan destacar las presuntas diferencias que según el autor se producen entre el resultado en los delitos culposos y las condiciones objetivas de punibilidad. Parte el autor de la siguiente afirmación: «el resultado imprudente es siempre un resultado del delito y, en consecuencia, guarda relación con los intereses tutelados por éste» (pág. 99). Por el contrario, los elementos condicionantes pueden o no mantener nexo con dichos intereses. Por lo tanto, siendo esto así, el que el resultado imprudente guardara dicha relación no supondría la imposibilidad de ubicarlo dentro de la categoría de los elementos condicionantes si en ningún caso se descartan las posibilidades de la misma para su caracterización.

Otro criterio de delimitación entre ambas figuras radicaría en la necesidad de que el resultado pueda serle imputable objetivamente al autor, requisito que no es necesario concorra en las condiciones. Tampoco parece definitoria dicha caracterización, ya que, como el propio Catedrático reconoce, en muchos casos las condiciones son también resultado de la acción (pág. 99), lo que no empece, sigue afirmando, que haya figuras como las del Art. 483 del C.P. en que sean causas fortuitas las que impidan al secuestrador dar razón del paradero del secuestrado y que tal provoque un aumento del injusto, ya que en estos casos en que la condición sea fundamento o incremento del injusto, pero no manifestación de un riesgo o finalidad inherente a la conducta del sujeto, estaremos ante violaciones de principios constitucionales, tanto el de legalidad-tipicidad como el de presunción de inocencia.

El resultado, por tanto, se configura en los delitos imprudentes como una subespecie de las condiciones objetivas de punibilidad caracterizadas por su nexo con la conducta y por guardar una cierta relación con el injusto. Sin que pueda decirse por ello que el resultado sea elemento del injusto fundamentador del mismo, sino sólo criterio político-criminal de selección de conductas con relevancia jurídico-penal que nada tiene que ver como indicio de la gravedad de la infracción, sino como forma de tamiz discriminatorio respecto a la pluralidad de acciones que infringen deberes de cuidado.

De tal modo que el resultado culposo aparece como arquetipo de elemento condicionante al cumplir fines político-criminales que en el complejo mundo de la delincuencia imprudente permite, a través de una selección pragmática de conductas que fundamentan el injusto imprudente (compuesto únicamente por la infracción del deber de cuidado y constituido así como tipo de mera actividad), mantener los fines preventivo-generales intimidatorios, y ello porque sólo en función del resultado lesivo se alcanza a ver un indicio no de la gravedad de la infracción, sino de la existencia de la infracción misma.

Estamos pues ante un libro de gran valor doctrinal, en donde se realiza un interesante esfuerzo para el análisis sistemático de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad, cuyo gran mérito consiste en intentar dar una cierta coheren-

cia a la posibilidad de encajar estos elementos dentro de la teoría del delito de acuerdo con las funciones, valoraciones y requisitos que en cada una de ellas se exigen. Destacando la imposibilidad de un tratamiento unitario de todos los elementos hasta ahora considerados como condiciones, en consonancia con las diferentes funciones de fundamentador del injusto —las intrínsecas— o selectivas de la relevancia jurídico-penal de la conducta —extrínsecas— que se otorgan a cada una de ellas.

JOSÉ M.^º SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal de la U.C.M.