

Codificación e interpretación judicial en el Derecho penal

(Introducción al estudio del derecho sustantivo anglo-americano) (1) (2)

F. JAVIER MELERO

Universitat Pompeu Fabra. Barcelona.

I

1. Al abordar una aproximación al Derecho penal de los Estados Unidos de América se plantean problemas de comprensión de signo diverso. El primero de ellos se deriva tanto de la amplitud del objeto sometido a estudio como de la radical diversidad aparente entre la tradición jurídica de que se parte (la española y, por tanto, la alemana) con el ordenamiento angloamericano derivado de la tradición del *common law*. El segundo obstáculo viene constituido por la influencia que puedan dejar sentir una serie de prejuicios, también de signo diverso, ante la materia. Por un lado, una convicción firmemente arraigada asocia al Derecho penal sustantivo de ese ámbito tópicos

(1) Abreviaturas utilizadas: AC: The Law Reports, Appeal Cases; ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; All E.R.: All England Law Reports; AP: Actualidad Penal; CLR: Criminal Law Review (The); Hrv LR: Harvard Law Review (The); JuS: Juristische Schulung; LQR: Law Quarterly Review (The); MLR: Modern Law Review (The); PJ: Poder Judicial; RIDPP: Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale; RJC: Revista Jurídica de Cataluña; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

(2) Este trabajo se enmarca en el proyecto «Responsabilidades penales por delitos cometidos en el marco de la empresa: criterios de política legislativa», financiado por la DGICYT del Ministerio de Educación y Ciencia (PB91-0852-C02-01).

tales cual la existencia de multiplicidad de ordenamientos y, por tanto, de un auténtico caos legislativo; el tratarse de un derecho consuetudinario y de creación judicial vulnerador del principio de legalidad; la utilización del método tópico ante una casuística confusa e inabarcable, y algunos más (3). Además, la convicción de que entre los penalistas americanos el neorretribucionismo más absoluto (de notoria mala prensa en el sistema continental europeo, hasta hace poco) halla actualmente eco, contribuye a formar tal percepción negativa (4). Ahora bien, por otro lado, la crisis existencial del procedimiento penal continental europeo genera otra serie de prejuicios, éstos de signo positivo, ampliamente compartidos por legislador y prácticos. Así, ante el déficit de rendimiento de un sistema judicial altamente formalizado, la importación de instituciones propias del proceso penal norteamericano se presenta como solución óptima a tal crisis. Entonces, manifestaciones informales del pacto entre acusación y defensa («*plea bargaining*») se producen en Alemania, y en España e Italia se introducen en las leyes de procedimiento determinadas manifestaciones del principio de oportunidad asimilables al mismo (5). En igual sentido, debe hacerse referencia a la simpatía que actualmente genera la institución del jurado puro, paradigma, al parecer, de modernidad y democracia participativa en la administración de justicia.

2. Un punto de partida para el análisis de un sistema jurídico extraño sería, en principio, de carácter integrador y se formularía desde un planteamiento de gran raigambre en la tradición occidental. Se bararía en las tres proposiciones que, en opinión de *Berlin* (6), sirven de

(3) Véase, al respecto, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 3.^a ed. Act., Buenos Aires, 1964, en especial, pp. 664-665.

(4) C. ROXIN, «Los últimos desarrollos de la política criminal» (Conferencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, mayo 1989), en «Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal». (trad. Bustos-Hormazábal), Barcelona, 1992, p. 16, «... G. FLETCHER de la Universidad de Columbia, Nueva York, defendió una propuesta en la que apelando a Kant y al deseo de justicia intercedió por una penalización igual por hechos externamente comparables y desechó atenuaciones al servicio de la socialización. En América un “neoclasicismo” de esta naturaleza que se retrotrae a la filosofía del idealismo alemán, es absolutamente moderno».

(5) B. SCHÜNEMANN, «¿Crisis del Procedimiento Penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)», en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania* núm. 8, 1991, trad. Silvina Bacigalupo, pp. 49 y ss.: Crítico, desde el punto de vista del respeto a las garantías que consagra el procedimiento penal europeo, frente al «*plea bargaining*» anglo-americano. Sin embargo, cabría preguntarse si de un sistema en plena crisis de rendimiento puede predicarse la efectiva consecución de sus objetivos.

(6) I. BERLIN, «El fuste torcido de la Humanidad, capítulos de historia de las ideas», en *La decadencia de las ideas utópicas en Occidente*, Barcelona, 1992, trad. J. M. Álvarez, pp. 39 y ss.

fundamento a la misma. La primera sería que todo problema auténtico sólo puede tener una solución correcta, y todas las demás son incorrectas. De ahí que la convicción en la eficacia del propio sistema entrañe una inmediata descalificación de sistemas diferentes. En efecto, ello es así ya que ningún problema, siempre que se formule claramente, puede tener dos soluciones que siendo diferentes sean, sin embargo, correctas ambas. El segundo supuesto es que existe un método para descubrir esas soluciones correctas. El que alguien lo conozca o pueda llegar a conocerlo es otro problema; pero debe, en teoría al menos, ser cognoscible, siempre que se utilice para ello el procedimiento adecuado. El tercer supuesto es que todas las soluciones correctas deben ser, como mínimo, compatibles entre sí. Esto se desprende de una verdad simple y lógica: que una verdad no puede ser incompatible con otra verdad.

3. La adopción de un planteamiento como el expuesto fundamentaría la afirmación de los valores del propio sistema, y sus axiomas. Como mucho preconizaría la conveniencia de un acercamiento por parte de quien, sin duda, se halla en un error, que le permitiera atinar en el método de busca de soluciones. Así, desde la dogmática de análisis del delito propia de la tradición germánica, se insistiría pedagógicamente en el caso del naufragio del *Mignonette* (7) para subrayar los problemas que a los tribunales británicos planteó carecer de una distinción cuidadosa entre justificación y exculpación en la apreciación de la «*defense*» de estado de necesidad. Mientras tanto, otro planteamiento abandonaría cualquier eurocentrismo en el momento de plantearse otra realidad jurídica. Ello entroncaría de algún modo con las corrientes de relativismo cultural (8) consolidadas por ciertas escuelas filosóficas, antropológicas y sociológicas. Conectando con la concepción del *Volkgeist* formulada por *Herder*, algunos discípulos de *Wittgenstein* (9), por ejemplo, han intentado demostrar

(7) H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cuarta edición, Granada, 1993, trad. J. L. Manzanares, p. 176 (3).

(8) Sobre las contradicciones en que puede incurrir el relativismo cultural, H. SUBIRATS, «Procesión de flagelantes», *CLAVES*, núm. 31, abril 1993, p. 53 «... el respeto a las culturas ajenas, el reconocimiento del otro, lleva inevitablemente a admitir culturas que no reconocen ni respetan al otro. Curioso además que esta postura se extienda y ponga de moda gracias a la concepción igualitarista de Occidente haciendo creer que es la postura más sensible con los débiles cuando en realidad lo que fortalece son micrócosmos racistas y refuerza, ante el pedido de no intervención, los cacicazgos internos (...) el catálogo de horrores de las otras civilizaciones (mutilaciones de clítoris, lapidaciones por adulterio, asesinato ritual de ancianos, la discriminación de la mujer, corte de mano a los ladrones, miles de guerras tribales; todo ello acompañado de los defectos, injusticias y explotaciones habituales del capitalismo occidental)... son vistos como parte de la muy respetable identidad y tradición de esos pueblos. La verdad es que en este punto hay que admitir la honestidad de esas culturas, pues cumplen lo que prometen, el horror...».

(9) V. S. GINER, «El fuste de la razón: A modo de prólogo», en I. BERLIN, *El fuste*, pp. 5-14.

que cada sociedad posee sus propios criterios intransferibles de comprensión y explicación de la realidad. No sólo poseen sus propias convicciones y percepciones, sino también su lógica, inaccesible a la nuestra. De donde, aun refiriéndonos a una sociedad con un grado de desarrollo cultural semejante a aquella de la que partimos, deberíamos mantener el escepticismo militante de quien se enfrenta a algo que cae fuera de su propia esfera mental (10). Así planteada la cuestión, nada que no sea curiosidad, una especie de turismo jurídico-cultural, justifica el conocimiento de realidades ajenas. Nada se obtendrá que pueda enriquecer la propia experiencia, más allá de la redacción de un capítulo para una historia del derecho comparado.

4. La perspectiva que aquí se asume equidista de las expuestas. Aun en la convicción de la indiscutible trascendencia de la ciencia penal alemana (11), no puede evitarse una cierta incredulidad ante la idea de que una parte tan importante cualitativamente de nuestro universo cultural como la norteamericana, adolezca del alto grado de

(10) Véase, al respecto, L. M. FRIEDMAN, *Introducción al derecho norteamericano*, Barcelona 1988, trad. J. Vergé, pp. 20 y ss., «... nos inclinamos a pensar, por ejemplo, que Haití y Francia tienen sistemas jurídicos muy parecidos, son parientes próximos de una misma familia. El sistema haitiano procede del francés. Ello es realmente cierto sobre el papel. ¿Pero sigue siendo cierto cuando contemplamos el derecho vivo? Haití es una dictadura, y es extremadamente pobre, casi totalmente rural y analfabeta. Francia es rica; tiene un sistema parlamentario es urbana y altamente industrializada. Ambos países pueden tener códigos legislativos comunes (los libros), pero es posible que el Derecho vivo de Francia tenga más en común con el Derecho inglés que con el de Haití, aunque el Derecho inglés pertenezca a una familia distinta».

(11) Sin embargo, B. SCHÜNEMANN, «El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales», *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, Madrid, 1991, Trad. J. M.^a Silva Sánchez, p. 31: «Las construcciones sistemáticas de la ciencia penal alemana le resultan al profano, aunque sea culto, a menudo extrañas; al estudiante, ininteligibles, y al práctico, superfluas. Sin embargo constituyen actualmente una de las más importantes «exportaciones» de la ciencia jurídica alemana y la obra que verdaderamente le ha dado renombre internacional». Véase, también, la anécdota relatada por Roxin en «*Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschließungsgründen*, *JuS*. 1988, p. 425. Por otro lado, el elevado desarrollo de la ciencia penal alemana no constituyó obstáculo importante alguno para el avance del irracionalismo jurídico en los años treinta de este siglo, ni para que penalistas de notable refinamiento lógico sucumbieran a la tentación totalitaria de la mano del régimen criminal del III Reich, sancionando con sus construcciones teóricas la política genocida del Estado nacionalsocialista. Al respecto, fundamental, Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 256 y ss. «... *La Escuela de Kiel, en cambio, vino a elevar a pretensiones científicas los principios del derecho positivo nacionalsocialista. El Willensstrafrecht fue una dirección íntimamente unida a esa ideología política: nació con ella y desapareció con su derrota (...). El programa era ambicioso, pero en realidad ocultaba una única finalidad: dotar de rango científico a las deleznable ideas penales del Estado de Hitler*».

imperfección que se presume en sus instrumentos jurídicos. Máxime cuando la percepción mayoritaria entre los juristas de esa órbita sobre su propio sistema es, en gran medida, bien diferente. Así, en palabras de *Hall*, y en un contexto de ponderación positiva del *common law* penal,

«Éste es una disciplina que hunde sus raíces en la antigua filosofía griega y en la tradición religiosa de Occidente. Empieza, a mi entender, con Bracton y continúa durante más de setecientos años como el más detallado, refinado y articulado conjunto de principios de esa ley, establecidos en términos de legalidad, *mens rea*, conducta voluntaria, daño, causalidad y castigo...» (12).

5. Se parte aquí, pues, de un punto de vista pluralista, que no integrador, que relativiza la validez absoluta, como única posible vía de acceso a la solución de los problemas derivados del delito y su tratamiento, de la dogmática penal de tradición germánica. Asimismo, se afirma la necesidad de entrar en el análisis de las soluciones que a tales problemas pueda aportar la cultura jurídica anglo-americana, y en el estudio de su rica casuística. Se pretende, pues, evitar el riesgo sobre el que advertía en su «Diario» *Witold Gombrowitz*, esto es, que no vaya a ser que admiremos porque nos hemos acostumbrado a admirar, y, también, porque no queremos aguar nuestra fiesta. Por los mismos motivos se rechaza una concepción relativista, que atribuiría a la sociedad anglosajona diferencias consustanciales de tal entidad con la nuestra que justificarían intelectualmente el mutuo desconocimiento. Los problemas derivados de una creciente criminalidad e, incluso, de su organización transnacional, y la insatisfacción generada por la permanente sensación de crisis del sistema penal en las sociedades contemporáneas (13) justifican cumplidamente el estudio de otras soluciones, el conocimiento de otra metodología (14) (15).

(12) J. HALL, «Perennial Problems of Criminal Law», en *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 15-16.

(13) Sobre la noción de «crisis» como característica del estado actual del Derecho penal, J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, pp. 13 y ss.

(14) Por otro lado, respecto del Derecho norteamericano, «... A diferencia de los problemas constitucionales y procesales, que son ampliamente divulgados en nuestra órbita cultural, los de índole sustancial son ignorados, circunstancia que ni permite el progreso de la ciencia penal continental, ni ofrece la opción de enriquecer la ciencia angloamericana mediante la comparación». J. E. GRANADOS PEÑA, «La influencia del CPM en la reforma del Derecho penal de los EEUU», *ADPCP*, 1992, pp. 1024 y ss.

(15) Al respecto, B. S. MARKESINIS, «Judge, Jurist and the Study and Use of Foreign Law», *LQR*, oct. 1993, pp. 622 a 635, donde, en el marco de un análisis sobre la inmediata utilidad del estudio de otras realidades jurídicas afines el autor retoma la

II

1. El Derecho penal norteamericano participa de la tradición jurídica inglesa, del *common law*, y, al mismo tiempo, posee una serie de características diferenciales con la misma que facilitan su comprensión desde la perspectiva de un sistema de derecho codificado. En efecto, el *common law*, entendido éste como la parte del derecho inglés que no se origina en la legislación sino en las costumbres sociales y se unifica y desarrolla en las decisiones de los tribunales (16), diverge del sistema continental ya por cuanto respecta a las formas mismas de individualización de las fuentes del derecho. La principal fuente del derecho inglés era, al tiempo de la colonización de América, el «precedente judicial», o sea, la *ratio decidendi* de un pronunciamiento adoptado por un juez con referencia a un caso análogo sometido a su examen. Las fuentes de tipo legislativo tenían tan sólo una función derogatoria frente al conjunto de reglas derivadas de la red de precedentes que constituyen el *common law* en sentido estricto (17) (18). Tal sistema, entendido como fruto de la tradición y la razón se hallaba firmemente arraigado en la conciencia jurídica inglesa, sin duda por haber constituido el mismo un firme obstáculo a manifestaciones de terror penal que incidieron en mayor medida en el continente (19). En efecto, ya desde los «*Comentarios a las Leyes de Inglaterra*» de *William Blackstone* (20), obra básica en la que se formaron generaciones de juristas en las colonias americanas, se identifica el *common law* de Inglaterra con el derecho natural permanente (21), un refinado producto de la razón que se manifiesta en las sucesivas resoluciones judiciales. Éste fue, pues, el

reflexión iniciada hace más de setenta años por Roscoe Pound (1921, 34 *Harvard L. Rev.* 227) en el sentido de que los períodos de inquietud y expansión revelan la necesidad del estudio comparativo de filosofía y Derecho, mientras que los períodos de estabilidad se prestan a la autoafirmación y desarrollo del Derecho propio, afirmando que en modo alguno en las actuales circunstancias históricas pueda considerarse que nos hallamos en uno de esos momentos de estabilidad e insularidad jurídica.

(16) R. CROSS, *Introduction to Criminal Law*, Londres, 1976, p. 7.

(17) Véase A. PIZZORUSSO, *Curso de Derecho comparado*, Barcelona, 1987, trad. J. Bignozzi, pp. 55 y ss.

(18) En cualquier caso, por lo que respecta a Inglaterra, debe tenerse en cuenta la amplia tarea legislativa llevada a cabo por la Law Commission, con la elaboración de dos recientes Proyectos de Código penal (1985 y 1989) y con la progresiva derogación de instituciones propias del *common law*. Sin embargo, los proyectos de codificación no han alcanzado, en Inglaterra, su culminación.

(19) C. HIBBERT, *Las raíces del mal. Una historia social del crimen y su represión*, Barcelona, 1975, pp. 34 y ss.

(20) W. BLACKSTONE, «*Commentaries on the Laws of England*», Facsímil de la 1.^a ed. de 1765-1769, Chicago 1979.

(21) G. P. FLETCHER, *En defensa propia*, Valencia, 1992, trad. F. Muñoz Conde-F. Rodríguez Marín, p. 83.

derecho que los primeros colonos llevaron a las costas de Nueva Inglaterra, mas no de forma totalmente acrítica. El *common law* fue inmediatamente adaptado, tanto por imperativo de las nuevas necesidades, como por ser el derecho propio del régimen del que se emigraba. Existían, por tanto, frente al mismo, sólidos prejuicios derivados de la dominación británica. En efecto, no es hasta los siglos XIX y XX, y bajo la influencia de juristas como *Kent, Story y Holmes*, cuando el mismo recupera su prestigio (22) (23).

2. Un segundo factor diferencial de trascendencia es la influencia que ejerce desde la colonización hasta nuestros días el profundo sentido religioso que impregna la sociedad norteamericana y su noción de pueblo escogido. Los puritanos congregacionalistas fundadores de Nueva Inglaterra, al escapar de la persecución religiosa de Europa, tendieron a considerar América la tierra de promisión. La visión de Europa que se consolida en aquel momento, establece el modelo que ha pervivido siempre en la imaginación americana: se describe al viejo mundo, especialmente a Inglaterra, como la tierra de la persecución, de la cautividad y la superstición. Los congregacionalistas perseguidos en Inglaterra se veían a sí mismos conducidos a América por los designios providenciales de la voluntad de Dios; son los escogidos rescatados de la depravación moral de la Inglaterra episcopalista. Tal visión se vincula indisolublemente a una noción teocrática de la sociedad política (24). Efectivamente, el espíritu teocrático y moralista de los puritanos de Massachusetts del siglo XVII dejó su impronta. Los puritanos, pues, tenían una visión particular del Reino de Dios, y estaban dispuestos a fundarlo en los nuevos territorios. La salud moral de los ciudadanos era la mayor preocupación de las primeras comunidades. Un código fechado en 1648, en el que los mismos términos estaban extraídos de la Biblia, preveía la pena de muerte para los hijos rebeldes, los idólatras, los sodomitas y los brujos. El Derecho penal americano aparece marcado por esta obsesionante preocupación por el pecado aun después de la desaparición de las condiciones sociales que legitimaban la reglamentación de la moralidad privada. El fenómeno de la prohibición del alcohol a principios de este siglo (25), y sus nefastas consecuencias, y la

(22) B. SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid, 1980, trad. E. Alonso, p. 14 y ss.

(23) L. M. FRIEDMAN, *Introducción*, pp. 101 y ss.

(24) J. A. ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *Reforma protestante y Estado moderno*, Madrid, 1986, pp. 133-134. Cfr. BERCOVITCH, *The puritan origins of the american self*. Haven, 1975, p. 223.

(25) «Quizá no será ocioso recordar que la primera democracia moderna contempló la posibilidad de someter a gravamen la parte lúdica de la vida (no sólo el juego, sino alcoholes y otros lujos, como tabaco y café), si bien los americanos de entonces vieron el asunto al revés que sus gobiernos actuales. O eran *malas costumbres* y el Estado se convertía en cómplice suyo tan pronto como cobrara un peaje, o

creación, a través de la prohibición, de los problemas que actualmente se generan por el tráfico y consumo de estupefacientes (26), forman, en gran medida, parte de la herencia puritana (27).

3. En tercer lugar, las especiales características del proceso de formación de los Estados Unidos desde la época colonial imprimieron en la evolución de su derecho rasgos propios. En efecto, en la revolución americana no luchaban por su autodeterminación política y económica indígenas oprimidos, sino europeos aclimatados, con el apoyo de otros europeos. Se trataba, pues, del perfeccionamiento de un derecho ya garantizado parcialmente con anterioridad a su autoadministración. El reconocimiento de los valores, basados en la revelación y en el derecho natural, de la libertad ciudadana, la igualdad y el derecho a la propiedad ilimitada formaron parte de la fundación del estado (28). Por otro lado, el período de la «frontera», es decir, el de la expansión y colonización de los territorios situados al oeste del continente, decidieron una de las características del sistema americano más exóticas desde el punto de vista europeo: en lugares situados a miles de kilómetros de distancia de los tribunales, los códigos y los abogados, las comunidades que iban surgiendo imponían la administración sumaria de justicia por parte de órganos no profesionales. Derecho, policías, fiscales y jueces no profesionales (*lay*) han dejado sobre la organización penal señas perdurables. Así, aceptar como jueces de tribunales inferiores a hombres carentes de toda formación jurídica; ver magistrados elegidos o nombrados por razones políticas; admitir una publicidad ilimitada antes y durante los juicios, etc. (29). Aún con mayor intensidad, el elemento *lego* está formalmente representado en la estructura judicial oficial por la institución del jurado.

4. Pese a la afirmada influencia del *common law*, estuvo pronto presente en los Estados Unidos la conciencia de la necesidad de introducir criterios de certeza en la ley penal (30). Así, en aras de

eran actos librados a la discrecionalidad subjetiva, en cuyo caso todo gravamen constituiría abuso. Jefferson abordó el tema cuando fue elegido presidente, usando este preciso argumento para derogar los impuestos sobre apuestas y alcoholes» A. ESCOHOTADO, «Ludopatías», *Claves* núm. 30, marzo, 1991, p. 21.

(26) E. LAMO DE ESPINOSA, «Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral», Madrid 1989, pp. 92 y ss.

(27) L. B. SCHWARTZ, «Le système pénal américain: son sprit et sa technique» en *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, obra publicada bajo la dirección de M. ANCEL y L. E. SCHWARTZ, París, 1964, pp. 4 y ss.

(28) W. PAUL, *Los Estados Unidos de América*, Historia Universal, Madrid 1989, pp. 10 y ss.

(29) L. B. SCHWARTZ, *Le Système*, p. 10.

(30) H. H. JESCHECK, *Tratado*, p. 95 (1). «También en el ámbito jurídico angloamericano han surgido numerosas codificaciones del Derecho penal y han aparecido, por todas partes, junto al *common law*, leyes singulares (...) Los "*common Law crimes*" están excluidos en el Derecho penal federal y en la mayoría de los Estados

salvaguardar el principio de legalidad, pretensión constante en la historia de la formación jurídica del país, la incorporación del *common law* se efectuó, a partir de la independencia, a través de los «*reception statutes*» o de declaraciones formales de las Asambleas de los Estados. Para tal incorporación algunos de ellos tomaron como referencia la fecha de 1775, cuando las colonias se emanciparon de la metrópoli, al efecto de declarar la validez del *common law* inglés. Otros optaron por la de 1607, fecha en que se estableció el primer asentamiento (31). Posteriormente, la Constitución estableció expresamente la prohibición de sanciones *ex post* en su artículo I, párrafo 9 (nivel federal) y 10 (estatal) (32). Pese a tales garantías, superiores, sin duda, a las británicas, el derecho penal norteamericano se caracterizaba por constituir un conjunto relativamente disorgánico de derecho escrito y derecho jurisprudencial. Para enmendar tal estado de cosas, el *American Law Institute*, organización compuesta por abogados, jueces y profesores universitarios, proyectó ya en 1931 la elaboración de un código penal modelo que proponer como ejemplo a los parlamentos de cada Estado. El fracaso de la iniciativa por la carestía de recursos económicos durante los años de la depresión no impidió que en la postguerra el proyecto se retomara. Así, se nombró en 1952 un comité de redacción presidido por *Herbert Wechsler* y *Louis Schwartz*, que se rodeó de los elementos más representativos del mundo universitario y profesional estadounidense, con la colaboración sistemática del eminente penalista británico *Glanville Williams*.

miembros, pero el *common law* sigue desempeñando un importante papel en la interpretación del derecho legal, sobre todo en lo atinente a la Parte general.»

(31) W. R. LAFAVE-A. W. SCOTT, *Criminal Law*, 2.ª ed., St. Paul, Minn., 1986, pp. 64-66.

(32) La resolución del problema siguió en Inglaterra cauces diferentes. Efectivamente, durante mucho tiempo la antigüedad de los precedentes que definían las diversas figuras delictivas permitió a los tribunales ingleses asumir la compatibilidad entre la doctrina del precedente y el principio *nullum crime, nulla poena sine lege praevia*. Sin embargo, en 1962, la decisión de la Cámara de los Lores en el caso «Shaw» (1962, AC 220), acabó con este tranquilizador sobreentendido. Se trataba de un caso en el que los procesados habían publicado una guía con avisos ilustrados de prostitutas, siendo acusados de asociación ilícita para corromper la moral pública, figura que no estaba definida en la ley o en precedente alguno. La Cámara de los Lores confirmó la sentencia condenatoria que recayó sobre los acusados diciendo, a través del vizconde Simons, lo siguiente: «*En la esfera del Derecho penal no tengo duda de que los jueces mantienen un poder individual para hacer efectivo el propósito supremo y fundamental del Derecho, para conservar no sólo la seguridad y el orden sino también el bienestar moral del Estado, y que es su deber resguardarlo contra ataques que pueden ser tanto más insidiosos cuanto más novedosos son y menos preparado se está para lidiar con ellos.*» A causa de la fuerte reacción contra esta decisión, la Cámara de los Lores posteriormente, en el caso «*Knüller*» (1972, All. ER 898) se retractó de tal doctrina aunque se negó a dejar de lado el precedente sentado en «Shaw». C. S. NINO, «Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito», Buenos Aires, 1980, pp. 106-107.

Los trabajos de redacción del *Model Penal Code* ocuparon diez años (1952-1962). Durante ese período se sometieron a la opinión del comité consultivo del ALI trece proyectos preliminares que contenían diversas partes del proyecto final, acompañados de comentarios con abundantes notas de Derecho comparado. Finalmente, el texto final del MPC fue aprobado el 24 de mayo de 1962. El ALI, al promover la redacción del MPC, no pretendía su adopción total por parte de todos los Estados de la Unión. Era consciente de que la diversidad histórica de cada Estado volvía irrealizable la aspiración a un derecho penal estadounidense de contenido uniforme. El ALI se propuso suministrar a cada Estado un modelo de las soluciones más racionales y modernas a los problemas más cruciales del Derecho penal. Tal propósito no se vio frustrado. De 1962 a 1984, 34 Estados promulgaron nuevos códigos penales, todos ellos inspirados en el MPC. Por tanto, se ha asistido en Estados Unidos, en los últimos treinta años, a un proceso de codificación cuya trascendencia no tiene parangón en el ámbito del Derecho anglo-americano (33). En cualquier caso, la principal aportación del MPC es que éste representa un reexamen sistemático del derecho penal sustantivo (34) y la superación de una fase en la que la mayor parte de los principios generales de la responsabilidad penal debían buscarse en el *common law*, asimismo, formaliza un progresivo distanciamiento del Derecho penal inglés.

5. En efecto, en el Derecho penal inglés todavía permanece asignado al *common law* el completo proceso de subjetivización de la norma incriminatoria, a causa de la ausencia de una parte general del Derecho penal proveniente de una fuente escrita. La Parte general del MPC, en la que se establecen tales criterios de subjetivización, con la determinación de los «*estados mentales*» requeridos para la comisión de un hecho delictivo culmina una fase que todavía no ha concluido en Inglaterra. Cuestión diferente es que otros factores de tensión entre Derecho codificado y *common law* se compartan genéricamente por ambos países. Así, la institución del «*binding precedent*», indisolublemente vinculada al *common law* y en virtud de la cual, cuando la interpretación de la ley penal procede de una *Superior Court*, la *regula iuris* establecida adquiere una eficacia vinculante y una estabilidad aparen-

(33) Al respecto, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, «Note sul metodo della codificazione penale», en *RIDPP*, 2/1992, pp. 385-418; asimismo, J. E. GRANADOS PEÑA, «La influencia del Código penal modelo en la reforma del Derecho penal de los Estados Unidos», *ADPCP*, III, 1992, pp. 1023 y s., con cita de abundante bibliografía americana. Véase también JESCHECK, *Tratado*, p. 95, sobre la influencia del MPC en Alemania. Aun en el período en que el mundo jurídico alemán no se había abierto a la comparación, HONIG tradujo el texto del MPC y comentó los rasgos más significativos de la parte general (HONIG, «Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten von America», *ZStW*, 1963, pp. 63 y ss.

(34) LAFAVE-SCOTT, *Criminal Law*, pp. 37 y ss.

temente desconocida en nuestra tradición jurisprudencial. Por ello, el jurista del ámbito angloamericano analizará la ley escrita tal y como ésta ha sido interpretada por los tribunales. Como consecuencia, será aquella determinada interpretación de la ley la que será aplicada, más que la ley misma. Por otro lado, la ley escrita que todavía no ha sido interpretada judicialmente se encuentra en una especie de limbo, no es todavía, por completo, ley (35). Así, es característica predominante del sistema continental la reserva absoluta de ley, de la que se deducen el mandato de taxatividad, la prohibición de analogía y la obligatoriedad de la acción penal. Y, por oposición, es consustancial al sistema inglés la vinculación del juez al *common law*, de donde se deducirá su poder normativo, la posibilidad de interpretación analógica y la discrecionalidad de la acción penal. Sin embargo, el sistema propio de los Estados Unidos presenta rasgos diferenciales frente a los mismos.

6. La vinculación del juez norteamericano al *common law*, aun siendo notable, difiere de la referida a los tribunales ingleses. La misma se halla limitada por la vigencia estricta del principio de legalidad por cuanto a los delitos se refiere, siendo más discutida la cuestión respecto de las faltas. Esto es, limitación en materia criminal por la reserva absoluta de ley en favor del legislador. Podrá, pues, el juzgador utilizar la compleja red de precedentes que constituyen el *corpus* del mismo, así como completar las definiciones legales con los elementos que de él proceden. Lo que le estará vedado es la creación judicial de nuevos delitos o, incluso, la interpretación analógica. Entonces, y con la prohibición de sanciones *ex post facto* («*ex post facto laws*»), limitación constitucional específica de la legislación penal, obvia en gran medida el Derecho penal norteamericano algunos de los reproches que se dirigen al Derecho inglés desde su propio ámbito. Esto es, que supone una usurpación de los poderes del Parlamento, que genera inseguridad y que opera de forma retroactiva (36). Cuestión bien diferente es la de si realmente en el espacio jurídico continental el papel del juez es sensiblemente diferente. Es decir, si se da tal estricta vinculación del mismo a la ley. En efecto, ya a comienzos de este siglo se empezó a atacar la concepción ortodoxa de análisis de la tarea de los tribunales según la cual los jueces se limitan a aplicar a los hechos las normas que existen. También la filosofía del Derecho está desarrollando algunas líneas de

(35) S. VINCIGUERRA, «Introduzione allo Studio del Diritto Penale Inglese. I Principi», Padua, 1992, pp. 58 y ss.

(36) A. T. H. SMITH, «Judicial law making in the criminal law», *LQR*, 1984, pp. 60 y ss.; del mismo autor, y en igual sentido, «Codification of the Criminal Law. (1) The case for a Code», *CLR*, 1986, pp. 285 y ss. «... las características del *common law* que lo vuelven inadecuado para satisfacer las exigencias del Derecho penal son, antes que nada, el hecho de que opera de modo retroactivo, que no viene formulado de manera democrática, y su naturaleza incierta».

pensamiento que tienden a poner en cuestión el principio de la fuerza predominante de la letra de la ley, dando un notable peso a la obra del intérprete (37). El fetichismo de la norma escrita, que tuvo sus orígenes en el iluminismo, había elaborado el concepto de la división de poderes que implicaba definir al juez diciendo que «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en pouvent moderer ni la force ni la rigueur*». También las teorías continentales de la interpretación elaboradas durante el siglo XIX atribuyeron al juez la misión esencial de buscar el sentido de la norma con criterios literales y de lógica formal (38). La explicación histórica de esta exasperada concepción formal está en el hecho de que antes de la Revolución Francesa los jueces habían sido tradicionalmente definidos como ejecutores de la voluntad del príncipe y, en tal condición, habrían incurrido en la arbitrariedad (39). Con dicha base, se estima en las culturas jurídicas que tienen su origen próximo en tales criterios que la vinculación estricta del juez a la ley no sólo es deseable, sino que, además, se da por completo. Según la crítica efectuada por los partidarios de la escuela denominada del «realismo jurídico» tal punto de vista es sensiblemente erróneo y parte de una concepción doctrinaria de la jurisprudencia que intenta describir lo que hacen los jueces a partir de las normas que ellos mismos mencionan en sus decisiones (40). Según los realistas, esto es falso ya que en realidad los jueces deciden en función de sus propias premisas valorativas, escogiendo, después, la norma jurídica apropiada (41). Asimismo, y por lo que respecta a nuestro país, ya en 1974 aportó *Córdoba* una serie de reflexiones trascendentales sobre el tema en el examen que efectúa del modo de operar de los tribunales en la realidad:

«... Si examinamos el efectivo modo de operar de la jurisprudencia en la *realidad*, obtendremos, sin embargo, una imagen muy distinta de aquella que resulta de la rigurosa aplicación de los principios de oficialidad y legalidad. Por un lado, los hechos que *como probados*, se someten a la aplicación de las normas jurídicas, difieren de los hechos *tal como* se han producido en la realidad. Por otro, los tribunales al llevar a cabo su función enjuiciadora, no sólo acuden a

(37) F. DÍAZ PALOS, «La Jurisprudencia penal ante la dogmática jurídica y la política criminal», Madrid, 1992, pp. 29 a 52.

(38) L. FERRAJOLI, «Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale» Roma, 1990, pp. 546 y ss.

(39) *Vid.* G. TARTAGLIONE, «La discrezionalità del giudice penale», Atti dell'Incontro di Studio, Roma 1975, pp. 273 y ss.

(40) Al respecto, G. PECES BARBA, «La creación judicial del Derecho desde la teoría del ordenamiento jurídico», *Poder Judicial*, núm. 6, 1983, pp. 18 y ss.

(41) R. DWORKIN, «Los derechos en serio», (trad. A. Calsamiglia) Barcelona 1989. Ed. en lengua inglesa de 1977, *La Jurisprudencia*, pp. 43 y ss.

los preceptos legales, sino, además, a otros elementos situados propiamente *fuera de la ley*» (42).

Esto es, al amparo tanto de concepciones personales sobre lo justo y lo merecido como de tradiciones interpretativas que hacen las veces de «precedentes» (43), los tribunales amplían, restringen o reinterpretan la letra estricta de la ley con la mayor frecuencia. La existencia de tales «precedentes» (44) en nuestro país no sólo no es contestada: se vive como un grave problema que los criterios interpretativos del Tribunal Supremo (su lectura de la letra de la ley) no posean mayor eficacia vinculante y carácter general (45). Además, gran parte de las construcciones jurídicas de la teoría del delito que configuran instituciones básicas de la «Parte general» del Derecho penal, se desarrollan *extra legem* o por vía consuetudinaria. El sistema vigente carece con frecuencia de referencias a los problemas o proporciona puntos de apoyo accidentales o escasamente significati-

(42) J. CÓRDOBA RODA, «Consideraciones sobre la jurisprudencia penal», *RJC*, 1974, pp. 119 y ss.

(43) R. ALEXY, «Teoría de la argumentación jurídica» (Trad. M. Atienza-I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 p. 265: (J. 13) Cuando pueda citarse un precedente en favor o en contra de una decisión debe hacerse. (J. 14) Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación.

(44) M. GASCÓN ABELLÁN, «La técnica del precedente y la argumentación racional», Madrid, 1993, p. 12: ... cualquiera que sea su suerte en un determinado sistema normativo y jurisdiccional, respetar el precedente constituye una exigencia de una argumentación que se quiera racional, pues encarna nada menos que uno de los principios de corrección kantianos cual es el principio de universalización. Dicho de otro modo, el papel que en el ámbito de la moralidad desempeña aquella regla de comportarse según el principio que pudiéramos querer como ley universal, lo desempeña el respeto al propio precedente en el ámbito jurídico...

(45) Véase E. BACIGALUPO ZAPATER, «El Tribunal Supremo y la unidad del orden jurídico-penal», en *AP* núm. 44, 1993, pp. 647 a 654. También P. SALA SÁNCHEZ, discurso de apertura del año judicial 1993-1994, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 117, 23 septiembre 1993, donde considera desviación del principio de seguridad jurídica las contradicciones procedentes del propio ámbito judicial, es decir, las situaciones que se producen en términos generales cuando los Tribunales de justicia, cualesquiera que sean su grado y el orden jurisdiccional a que pertenezcan, llegan a soluciones distintas e incluso enfrentadas en presencia de presupuestos jurídicos y de hechos substancialmente iguales. En igual sentido M. LÓPEZ GALINDO, «Más sobre la imparcialidad objetiva», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 28 octubre 1993, «... si cualquier órgano jurisdiccional parte de la admisión de unos presupuestos fácticos y jurídicos substancialmente iguales a los tenidos en cuenta en decisiones reiteradas del TS que expresen una línea interpretativa clara y segura y que, consecuentemente, hayan dado satisfacción al principio de igualdad, no podrá apartarse de la misma precisamente por algo tan sencillo como es la sumisión a la Constitución y a la ley, y ello no sólo porque el TS es superior en todos los órdenes, sino principalmente porque es el constitucionalmente encargado de proveer a la satisfacción del principio de igualdad cuando de órganos jurisdiccionales distintos se trata».

vos para la formación de conceptos. Por ejemplo, la punibilidad de la comisión por omisión; el pensamiento de la imputación objetiva y el análisis de la relación de causalidad en el nivel de la tipicidad; la distinción entre autor y partícipe y la misma teoría de la participación; la inclusión en el tipo subjetivo de algunos delitos de esenciales requisitos, etc. (46) (47). Si el juez anglo-americano completa la ley en tales cuestiones con el sistema de precedentes propios del *common law*, no es menos cierto que el juez de la tradición continental halla en los precedentes criterios de interpretación e integración de la ley penal. Los mismos incorporan tanto la experiencia jurídica que la casuística aporta, como las soluciones doctrinales que sucesivamente abordan la comprensión de los problemas. Así, si el sistema angloamericano de vinculación al precedente tiene como manifestación inmediata el que los juristas de tal tradición prefieran invocar casos que han hecho jurisprudencia, antes que basarse en una lectura estricta de la ley (48), no cabe negar que *en realidad* tal proceder es similar al que deben llevar a cabo los juristas continentales en la práctica forense. Si tal forma de operar implica la convicción de que el auténtico significado de las previsiones legales se desprende de la forma en que los tribunales han interpretado las mismas, es posible que, en este ámbito, las diferencias entre ambos sistemas sean menos notables de cuanto pudiera parecer.

III

1. Pese a que, en la sistemática anglo-americana, todo delito requiera el concurso de numerosos elementos (elemento objetivo, elemento subjetivo, coincidencia del elemento objetivo con el subjetivo, nexo de causalidad y resultado), los principios fundadores de la responsabilidad penal en ese ámbito se derivan de un brocardo de evidente inspiración canónica: «*actus non facit reum nisi mens sit rea*». Éste ha representado una expresión sintética de los dos pilares de cualquier experiencia penal (1) el elemento material del *delito* (*actus reus*) y (2) el elemento psicológico del mismo (*mens rea*).

(46) A. TORÍO LÓPEZ, «Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito», en *Estudios de Derecho Penal y Criminología en Homenaje al Profesor J. M. Rodríguez Devesa*, UNED, Madrid, 1989 pp. 387 y ss.

(47) Por otro lado «... son ya muchos los autores que desde perspectivas ciertamente diferentes, han reconocido de modo más o menos expreso que el objeto central de la reflexión jurídico-penal no son los textos legales de un determinado Derecho positivo nacional, sino algo diverso de éstos». J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 105.

(48) G. P. FLETCHER, *En defensa propia*, Valencia 1992, p. 48, trad. F. Muñoz Conde-F. Rodríguez Marín.

Actus reus y *mens rea* son los elementos principales en los que se articula el análisis que el jurista de esta tradición hace del delito. La misma guarda cierta similitud con la distinción continental entre *tipo* y *culpabilidad*. Aunque, y como señala Nino (49), el paralelo entre estos dos pares de conceptos (*actus reus-tipo* y *mens rea-culpabilidad*) está más cercano a la caracterización de tipo y culpabilidad de la estructura clásica del delito que a la de la moderna (50). A ellos se añade un tercero en el que con el nombre de *defenses*, que se refiere al uso práctico que de él puede hacerse en el proceso, se recogen instituciones muy diversas desde el punto de vista de nuestra lógica jurídica: error, causas de justificación, causas de exculpación, causas personales de exclusión de la pena, etc. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que en este ámbito no se concede a la distinción entre excusas y justificación la misma relevancia que en el sistema continental.

2. En el lenguaje jurídico norteamericano, la expresión *actus reus* no expresa solamente aquello que nosotros denominamos «acción», es decir, la conducta consistente en un hacer (el *criminal act* (51)), sino que se refiere a dicha acción calificada por los elementos que la complementan y, además, también a la omisión, el resultado, y cualquier otra circunstancia relevante para el Derecho penal. A la vez, expresa una posición o un comportamiento material y voluntariamente asumido por un sujeto («*bodily position*») (52). Así, formará parte de este elemento objetivo la voluntariedad (*voluntariness*), quedando excluido el *intent* o intención, que constituirá el elemento subjetivo del delito. La acción, así considerada, consistirá en el efecto objetivo producido en el mundo externo por el libre ejercicio de las facultades internas de una persona, y provocado por un impulso de la voluntad. Forman parte de este concepto tanto la acción como la omisión, y ya en esta sede se produce, como consecuencia de lo dicho, la primera exclusión: la de las conductas invo-

(49) C. S. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980, p. 106 y ss. Esta obra, cuyo original inglés fue presentado como tesis doctoral del autor en la Universidad de Oxford, constituye el intento más riguroso desde la perspectiva del «*civil law*» de establecer un entendimiento paralelo entre las estructuras dogmáticas de la teoría continental del delito y las propias de la tradición del *common law*. Cfr., además, la valoración de tal obra efectuada por J. M. SILVA SÁNCHEZ, en *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 44 (7).

(50) NINO, *Los límites*, p. 107, «... Beling clasificó las circunstancias externas como parte del tipo y las actitudes subjetivas como parte de la culpabilidad, mientras que en la versión actual, el tipo abarca todas las circunstancias fácticas del delito (objetivas y subjetivas) y la culpabilidad consiste en juicios normativos sobre dichas circunstancias».

(51) R. N. BOYCE-R. M. PERKINS, *Criminal Law and Procedure*, 7.^a ed., Nueva York, 1989, pp. 311 y ss.

(52) CROSS/JONES/CARD, *Introduction to Criminal Law*, Londres, 1988 p. 57.

luntarias (53). Se estudia aquí, asimismo, la institución de la «acción continuada», equivalente conceptual de la de «unidad de acción» (54) (55). La voluntariedad de la conducta de una persona forma parte, asimismo, del elemento objetivo del delito, aun siendo la volición un proceso de naturaleza interna. En efecto, la conducta,

(53) Al respecto, J. L. EDWARDS, «Automatism and Criminal Responsibility» (1958) 21 MLR, pp. 375 a 379-80 conceptualizando el «act» como expresión de la voluntad del sujeto. Asimismo H. L. A. HART, «Prolegomenon to the Principles of Punishment. Punishment and Responsibility», Oxford, 1968, pp. 101-102.

(54) Jackson v. Commonwealth 100 Ky 239, 34 SW 14, 1896 donde se sostiene que el ocasionamiento de muerte efectuado en una secuencia de actos es en realidad un acto continuado ya que todas las secuencias forman parte de un único intento criminal.

(55) Para las citas jurisprudenciales debe tenerse en cuenta la existencia en los Estados Unidos de una doble estructura judicial, la federal y la estatal. La organización de los jueces estatales varía de un Estado a otro, aunque básicamente es reconducible a dos modelos: el de doble nivel y el de triple nivel. El sistema de doble nivel corresponde, por regla general, a los Estados más pequeños o menos poblados y, en él, de los Tribunales de primera instancia que reciben diversas denominaciones (itinerantes, de circuito, de distrito, Superior o, incluso, Supremo), puede recurrirse en apelación directamente ante el Tribunal Supremo del Estado. El sistema de triple nivel introduce una instancia intermedia a las referidas, el Tribunal de Apelación, las resoluciones del cual pueden recurrirse en apelación ante el Tribunal Supremo del Estado. Debe aquí introducirse la salvedad de que, en los casos de condena a muerte y en los casos que afectan a cuestiones de Derecho constitucional, se pasa siempre directamente del primer al tercer nivel. Por cuanto respecta a la estructura federal, la misma se compone de tres niveles, el primero, compuesto por los Tribunales de Distrito Federales, las resoluciones de los cuales pueden ser recurridas en apelación ante los Tribunales de Circuito o Tribunales de Apelación de los Estados Unidos. De los Tribunales de Circuito puede accederse, también en apelación, ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con la importante salvedad de que para dicho Tribunal constituye jurisdicción discrecional entender tanto de las apelaciones a las resoluciones de los Tribunales Federales como a las de los Tribunales estatales que impliquen temas concernientes a Derecho federal. Así, el sistema de citas funciona del siguiente modo: Por ejemplo, en 408 U. S. 238 (1972). Las citas suelen empezar con el número del volumen (aquí el 408). Después se da el nombre de la colección de la cual forma parte el volumen en cuestión. Los casos del Tribunal Supremo de los Estados Unidos se recogen en una colección que de forma abreviada se denomina «U.S.». Los casos de los tribunales federales inferiores vienen en una colección que de forma abreviada se denomina «Fed.» o «Fed. Sup.». Ej.: *Blanks v. Richardson* 439 Fed. 2d. 1158 (5th Circuit, 1971). El segundo número de la cita es el número de página del volumen mencionado (238 1158). Finalmente se indica la fecha. Así, en *McIlvaine v. Pennsylvania State Police* 454 Pa 129, 309 Atl. 2d. 801 (1973), la abreviatura del Estado (Pa.) señala la serie de volúmenes en donde se publican las sentencias del Tribunal Supremo de Pennsylvania. «Atl.» significa Atlántico y la referencia se hace a las colecciones que agrupan la doctrina según las regiones del país (Pennsylvania, Delaware y New Jersey forman parte de los Estados de la región del Atlántico, a nivel federal se correspondería con el tercer circuito de los trece existentes). Si hay varias series de volúmenes la colección empieza a veces con una indicación de segunda («2d.») o incluso tercera serie.

sea activa u omisiva, debe ser producto de la voluntad, en el sentido de que ésta debe ser consciente, y debe serlo, asimismo, el sujeto agente. La voluntariedad es la consciencia que tiene la mente de las acciones del cuerpo. Por tanto, se excluyen ya aquí los comportamientos efectuados bajo la influencia de la hipnosis (56), durante el sueño, cometidos en estado de sonambulismo (57), o los actos reflejos, ya que estas situaciones suponen la inexistencia de una consciencia mental como origen de tal acción. En términos de neuroanatomía y de fisiología (58), la referencia a los cuales es cara a los juristas anglosajones, todo acto que sea producto de una orden que tiene su origen a nivel cortical es un producto de la voluntad, mientras que todo acto que sea producto de una reacción espinal localizada, o de un reflejo subconsciente, no es voluntario (59). Se introduce, asimismo, en esta fase del elemento objetivo, el estudio de los problemas que plantea lo que en la tradición continental se conoce como *actio libera in causa*:

Así por ejemplo en *State v. Mercer*, 275 NC 108, 1969, donde el Tribunal Supremo de Carolina del Norte precisó que el estado de inconsciencia no era una *defense* aplicable en todo caso. Por ejemplo si la inconsciencia era debida a una intoxicación voluntaria, una posibilidad de pérdida temporal de la consciencia hubiera debido ser prevista por el hombre razonable en el momento de conducir un vehículo de motor siendo conocedor de tal circunstancia (60).

De las dos posibles manifestaciones de la conducta (acción y omisión), debe hacerse referencia a la gran repugnancia que existe en el ámbito del *common law* a la incriminación de las omisiones (61). Los criterios de valoración de la existencia de un delito de omisión consisten en establecer si una persona tiene los medios, la facultad y la capacidad de actuar, y en si es objetivamente consciente de la existencia de este deber de actuar frente a la ley. La responsabilidad omisiva puede, entonces, surgir: (1) de una fuente norma-

(56) *Fain v. C.* 78 Ky 183 (1879).

(57) Model Penal Code, & 2.01 (2) (c), American Law Institute.

(58) M. CHERIF BASSIOUNI, «Diritto Penale degli Stati Uniti d'America (Substantive Criminal Law)», Milán 1986, pp. 197 y ss.

(59) Cfr., al respecto, J. M.^a SILVA SÁNCHEZ, «Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas"», *ADPCP*, 1986, pp. 905 y ss. Asimismo, G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, pp. 420 y ss.

(60) En *P. v. Pecina*, 157 NY S. 2d. 558, 2 NY 2d. 133 138 NE 2d. 759 (1956), el tribunal consideró que un epiléptico que tuvo un ataque mientras conducía podía ser acusado de homicidio imprudente por las muertes provocadas por no haber previsto la posibilidad de padecer el ataque.

(61) A. ASHWORTH, «The scope of criminal liability for omission» (1989) 105 *LQR* 424 pp. 430-432. A. H. LOEWY, *Criminal Law*, 2.^a Ed., St. Paul Minnesota, pp. 121 y ss.

tiva; (2) de un contrato; (3) de la conducta específica de una persona (62), y (4) [sólo en el *common law* propio de Inglaterra (63), no en el Derecho penal de los Estados Unidos (64)], por la existencia de deberes morales. No es, pese a todo, fácil establecer cuándo se está en presencia de un deber de actuar cuya omisión de origen a responsabilidad criminal. Las hipótesis de responsabilidad por omisión son reconducibles a las de existencia de particulares vínculos entre reo y víctima (*relationship*) o a la derivada de un deber de cuidado voluntariamente asumido (*duty of care*), o al deber de controlar la conducta de otros (65).

3. Por cuanto respecta a la relación de causalidad (*chain of causation*) entre conducta y resultado, la experiencia jurídica anglo-americana recorre itinerarios conceptuales que nos son familiares, empezando por la vigencia de la doctrina de la *condicio sine qua non* (*but-for causation*). En este orden de ideas se distingue la causalidad natural de la jurídica, considerando esencial para la segunda que la acción, además de ser *but-for causation*, sea también *imputable cause*; esto es, que sea una condición no sólo necesaria sino también estrechamente conectada con el resultado. En efecto, el comportamiento del reo debe reflejar la intención y debe, asimismo, constituir la causa directa del resultado (66). Así, un sujeto no puede ser considerado responsable de las consecuencias remotas e indirectas que, según la racional previsibilidad, no podía esperarse que derivaran de su comportamiento. Se utiliza, para la introducción de la restricción, el criterio de la *reasonable foreseeability*, paralelo al de la previsibilidad *ex ante* para el autor. En esta sistemática, las concausas antecedentes y concomitantes no excluyen la relación de causalidad, si las sobrevenidas. Se consideran, asimismo, causa los resultados lesivos o peligrosos que la víctima ha provocado o contribuido a provocar por miedo a la conducta del sujeto agente (67). No existirá relación de causalidad cuando (1) la conducta del agente haya sido sustituida por factores independientes sobrevenidos, sean naturales o producidos por el hombre (68); (2) si a la conducta del agente se

(62) Al respecto, KIRSCHMEIER, «Criminal omissions», 55 Hrv LR 615, 1942.

(63) «Good Samaritan Act», *vid.* S. VINCIGUERRA, *Introducción*, pp. 146-150.

(64) Pese a ello, véase J. FEINBERG, «Harm to Others» Oxford, 1984, p. 133.

(65) LAFAVE-SCOTT, *Criminal Law*, pp. 205-206.

(66) *Treadwell v. State*, 16 Tex., 560, 1884.

(67) Sobre la utilización de criterios próximos por parte del Tribunal Supremo español, exigencia de «causalidad eficiente», «principal», «primera y eficiente», y la acogida por el mismo de la doctrina de la interrupción del nexo causal y de la prohibición de regreso, véase S. MIR PUIG, «Derecho penal. Parte General», 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 242 y ss.

(68) *State v. Wood*, 53 Vt, 1881. Caso en el que el acusado había producido heridas mortales que seguramente hubieran producido la muerte de la víctima, y a

añaden factores sobrevenidos independientes y no ha sido la causa determinante del resultado (69) y (3) si las consecuencias de la conducta del autor no han seguido el curso natural probable, sino que han sido interrumpidas o desviadas por circunstancias independientes de su control y fuera de su posibilidad de representación. Actualmente, el desarrollo del problema de la causalidad se expresa en el *Model Penal Code* (70) en términos similares. Por lo que respecta al *error in obiecto*, éste se resuelve como en los países de derecho codificado, en favor de la irrelevancia del error. Las situaciones de *aberratio ictus* se resuelven también en favor de la irrelevancia de la diferencia entre el curso de acción intentado y el que realmente se produjo, según la doctrina de la llamada «malicia transferida» (*transferred malice* o *transferred intent*) (71) (72).

4. En cuanto hace referencia al elemento psicológico del delito, *intent* o *mens rea*, tal requisito expresa la exigencia de una mente culpable, esto es, de actitudes subjetivas que hacen al agente moralmente reprochable (73), lo que constituye una construcción paralela a la de la teoría normativa de la culpabilidad, que identifica culpabilidad con reprochabilidad (74). El «*intent*» es, pues, el estado mental subjetivo del autor que acompaña a la realización del elemento objetivo del delito. El mismo puede ser de dos tipos: genérico y específico.

continuación, un tercero que no tenía ninguna relación con el acusado, había golpeado al herido acelerando su muerte. El tribunal declaró: si un hombre inflige una herida mortal, como consecuencia de la cual la víctima está muriendo, y a continuación una segunda persona mata al moribundo con una acción independiente de la primera, no vemos cómo puede decirse que el primero le ha matado sin caer en el absurdo de afirmar que la víctima ha sido asesinada dos veces». Cit. por BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 245.

(69) R. V. Jordan, 40 Crim. App. R. 152 1956. El tribunal revocó la condena de un acusado de homicidio que había apuñalado mortalmente a una persona. Dos pericias médicas probaron que la muerte no se había producido a consecuencia de las puñaladas, sino a la intolerancia a algunos antibióticos y a la inyección intravenosa de un líquido en cantidad excesiva. Cit. por BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 245.

(70) Model Penal Code, American Law Institute.

(71) Arnold H. LOEWY, *Criminal Law*, pp. 121-123. Con similar criterio, SMITH & HOGAN, *Criminal Law*, pp. 51 y ss. sosteniendo la irrelevancia de la identidad de la víctima para evaluar la intención del agente.

(72) BOYCE-PERINS, *Criminal Law*, pp. 564 y ss.

(73) En *United States v. Currens* 290 F. 2d 751 (3er. Circuito 1961), Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, el portavoz del parecer del Tribunal, Juez Biggs, basa el concepto de *mens rea* en la consideración de que una persona tiene capacidad para controlar su conducta y para escoger entre posibilidades alternativas de comportamiento.

(74) C. S. NINO, *Los limites*, p. 158.

El *intent* específico se divide en los denominados *intent* y *knowledge* (conocimiento), y el genérico abarca los estados mentales de *foreseeability* (previsibilidad), *recklessness* (indiferencia) y *criminal negligence* (negligencia criminal). Así, el *Model Penal Code* reconoce cuatro diversas formas de estado mental culpable: *intent*, *knowledge*, *recklessness* y *negligence*. Todas las formas de *intent* forman parte del elemento subjetivo, y cada delito en particular puede requerir una o más de estas formas de *intent*. Esto es, los habrá que tan sólo permitan su realización con *intent*, y, dado el sistema de *numerus clausus* imperante en materia de imprudencia, los habrá que admitan su comisión con, por ejemplo, *criminal negligence*. Esto vale tanto para los delitos del *common law* como para los de previsión legislativa. Así, los delitos del *common law*, en los Estados en que éstos siguen existiendo (75), definen el elemento subjetivo requerido y su forma específica a través de los precedentes judiciales.

El *intent* específico implica un elevado grado de certeza por cuanto respecta a la conducta adoptada, y de conocimiento respecto del resultado previsto. El *intent* se denomina *direct*, o más simplemente *purpose*, cuando el resultado no es simplemente una consecuencia previsible de la conducta del agente, sino algo que el mismo decide perseguir como medio o como fin de su acción: como mínimo ha constituido parte de la razón por la que ha actuado de un determinado modo. Se incluyen en esa forma de *intent* las hipótesis de *oblique intention*, en las cuales una consecuencia, aunque no deseada por el agente, se prevé como efecto colateral necesario de aquello que el sujeto sí se propone directamente. Éste es un *cognitive state*, porque concierne a lo que el sujeto sabe o conjetura, mientras que la *direct intention* es un *volitional state*, en cuanto concierne a aquello que un sujeto quiere, como fin en sí mismo o como medio para obtener otra cosa. Se identifican, estos estados mentales, con lo que los dogmáticos continentales denominan, respectivamente, dolo directo de primer grado y dolo de consecuencias necesarias.

Dentro del *intent* específico, por seguir con una terminología paralela a la del MPC, el *knowledge*, o conocimiento, «representa el grado más elevado de la facultad especulativa del sujeto, y consiste en la percepción de la verdad de aserciones positivas o negativas. Mientras que la suposición admite todos los niveles, desde la sospecha más tenue a la afirmación más categórica» (76). Tal concepto se correspondería con el de «malicia implícita», propio de la dogmática del homicidio en derecho inglés, y que fue definido por *Stephen* en la clásica formulación de su «*Digest*» de 1877 (art. 223): «b) El

(75) LAFAVE-SCOTT, *Criminal Law*, pp. 68 y ss. En los nuevos códigos promulgados a partir del MPC no siempre se han abolido los *common law crimes*.

(76) *Montgomery v. Commonwealth*, 189 Ky 306, 1920 cit. BASSIOUNI, *Diritto Penale*, pp. 218 y ss.

conocimiento de que el acto que se ejecuta causará probablemente la muerte o un grave daño corporal a una persona, aunque tal conocimiento vaya acompañado de una actitud de indiferencia acerca de tal muerte o daño corporal, o de un deseo de que ninguno de los dos se produzca» (77). Por consiguiente, el conocimiento es un elemento del *intent* específico, ya que la *mens rea* es la combinación de hechos cognitivos, expresados por una conducta voluntaria, y la suposición de que una persona sabe lo que hace: este conocimiento supone la consciencia de las consecuencias que el agente puede presumiblemente esperar. El conocimiento no es, pues, la razón por la cual se hace una cosa, pero sí al grado de percepción sobre la base del cual se realiza una valoración mental. Por tanto, el conocimiento consiste en una apreciación de hecho que, una vez interpretada por la mente, crea una convicción sobre la existencia verdadera y real de los datos percibidos. Los razonamientos utilizados para la aprehensión de la categoría del *knowledge* discurren en el marco de los problemas que afectan a la institución del dolo eventual en los países de Derecho codificado. La diferencia entre el conocimiento, que entra en el *intent* específico, y la previsibilidad, que entra en el genérico, y el diferente tratamiento penológico que tal distinción implica, dependerá del grado de fluctuación entre la casi seguridad y la probabilidad (78).

Por cuanto respecta al denominado *intent genérico*, éste se manifiesta a través de una conducta del sujeto que constituye una desviación de los estándar de conducta requeridos por la normal diligencia. Implica un cierto grado de previsibilidad de las posibles consecuencias de la conducta y expresa falta de adecuación a tales estándar, a los cuales es obligado y usual atenerse. Las formas más comunes del *intent genérico* son: *recklessness* y *criminal negligence* (79). Así, cuando la desviación de los estándar de diligencia sobrepasa los límites de lo tolerable, la responsabilidad criminal del sujeto se mide en función de la entidad de la desviación. Una desviación grave, generalmente definida *recklessness*, y en ciertos casos *criminal negligence*, establece un determinado grado de responsabilidad que dependerá, además, de la naturaleza del delito. Si bien es cierto que algunos delitos sólo pueden ser cometidos con *intent específico*, la mayor parte de aquellos para los que es necesaria la concurrencia de *mens rea* requieren como alternativa a la intención la *recklessness*. Ésta representa una categoría intermedia entre la *intention* y la *inadvertent negligence*, la culpa inconsciente, que se considera ajena a la *mens rea*. La desviación de la norma de cuidado constitutiva de *recklessness* debe ser tal que refleje un evidente des-

(77) Cit. por NINO, *Los límites*, p. 137.

(78) Al respecto, H. L. A. HART, «Intention and Punishment», en *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, pp. 126-127.

(79) BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 226.

cuido por el riesgo que la conducta puede hacer correr a otras personas. Se basa sobre el presupuesto de que el comportamiento deliberado de un sujeto que se desvía en modo sustancial de los estándares de conducta previstos y referidos a la persona de normal diligencia, implica la previsibilidad de las consecuencias naturales o probables de tal conducta y evidencia, además, un estado mental relevante.

Así, si el hecho cometido es constitutivo de un homicidio, la acusación será de *manslaughter* (80). Si la desviación de la norma de conducta sobrepasa los límites de *recklessness*, dará lugar a un nivel de responsabilidad más grave.

Los niveles de diligencia se establecen como sigue: 1) Conducta estándar basada sobre la idea de atribuir a la persona una común razonabilidad; 2) ligera desviación de la conducta estándar no penalmente relevante, aunque sí perseguible en sede civil; 3) desviación grave de la conducta estándar —*recklessness* y *criminal negligence*— que determina una cierta responsabilidad penal, generalmente inferior al grado máximo de responsabilidad señalado para un delito dado. Por cuanto a la *negligence* respecta, esta última constituye la forma más leve de culpabilidad relevante en sede penal y viene definida en los siguientes términos: «Una persona actúa con negligencia respecto al elemento material de un delito cuando debía ser consciente del riesgo sustancial e injustificado asociado a su comportamiento. El riesgo debe ser de tal naturaleza y entidad que la falta de percepción por parte del sujeto agente, vista la naturaleza y los fines de su conducta así como las circunstancias por él conocidas, implique una grave desviación de los estándares de diligencia que una persona razonable hubiera observado en las mismas circunstancias» (81).

5. Es común en la doctrina penal norteamericana contemporánea establecer la distinción, en el capítulo de las *defenses*, entre *justification* y *excuse*. Las *justifications* son los factores de exclusión de la *wrongfulness* (injusticia) de la conducta. Su concurrencia produce el efecto de que la conducta llevada a cabo por el sujeto se considere permitida por la ley: se establece que el sujeto tenía perfecto derecho a actuar como lo hizo. Y operan, tal y como sucedía en el sistema continental bajo la vigencia del causalismo naturalista clásico, por el simple hecho de concurrir, esto es, prescindiendo del conocimiento que sobre las mismas tenga el sujeto. Constituyen *excuses* las circunstancias que aun manteniendo intacta la injusticia de la conducta del acusado, la disculpan por

(80) Se define el *manslaughter* como un homicidio cometido sin premeditación. Es definido *voluntary* cuando sobreviene en circunstancias en las que falta una intención deliberada de matar (por ejemplo, en el transcurso de una riña); e *involuntary* cuando tiene lugar durante la realización de una conducta, sea ésta lícita o delictiva, pero sin observar la necesaria cautela o reunir la competencia requerida.

(81) MPC Sec 2.02 b).

razones personales (82). Tal distinción, que se basa directamente en la teoría general del Derecho penal, no obvia el hecho de que las *legal defenses* constituyen un conjunto de hipótesis que no tienen ningún fundamento lógico común. Entre ellas encontraremos causas de justificación, factores de exclusión del dolo y factores de exclusión de la imputabilidad (83). En general, las *legal defenses* se reúnen en cuatro grupos: 1) Condiciones que excluyen la existencia de uno o más elementos del delito; 2) condiciones que exoneran al imputado de toda responsabilidad penal aunque se hallen presentes todos los elementos constitutivos del delito; 3) condiciones que justifican la comisión de un acto que sin su concurrencia sería delictivo; 4) concesiones legales por las cuales, aunque se haya cometido un delito, la justicia no debe recurrir a la imposición de una pena (84). Así, el error (de hecho y de Derecho), la minoría de edad (establecida la mayoría a partir de los trece o catorce años), el cumplimiento de un deber, el consentimiento, el estado de necesidad, la legítima defensa, la enfermedad mental, la imposibilidad y la provocación, cada una con su propia fundamentación y características, constituyen un cuadro bastante aproximado del conjunto de las invocadas ante los tribunales.

6. El breve e incompleto recorrido efectuado por las instituciones sustantivas del Derecho penal anglo-americano apunta, obviamente, la identidad de los problemas abordados desde su sistemática con los analizados por la teoría continental del delito. Además, evidencia la sensación de familiaridad que puede experimentarse entre la técnica de abordaje de dichos problemas efectuada por ambas perspectivas. En efecto, sociedades que participan de los mismos o similares hábitos y tradiciones, sobre todo de las nociones de bien y mal que nos reintegran con nuestro pasado griego y hebreo y cristiano y humanista, no difieren esencialmente ni en los dilemas a plantearse ni en los intentos de resolución de los mismos. Una experiencia penal racional tiende, sin duda, a avanzar por espacios comunes. El elemento material del delito, el intelectual y el volitivo, la justificación y la excusa, describen un esfuerzo sintético y civilizado, en las culturas que participan del mismo, para hallar soluciones lógicas e igualitarias al hecho criminal. En su fundamental obra sobre, entre otras cosas, el Derecho inglés, efectúa *Nino* una advertencia perfectamente extrapolable al caso norteamericano. Ciertamente pueden resultar

(82) G. WILLIAMS, «The theory of excuses», *CLR*, 1982, donde se refiere al hecho de que normalmente una *justification* es una *defense* en función de la cual el hecho resulta socialmente aprobado en un juicio de ponderación, o la sociedad es neutral ante el conflicto que se plantea entre dos intereses. En cambio, constituye *excuse* una *defense* que implica una negación del *state of mind* prohibido, o afirma que el agente no era plenamente libre o responsable.

(83) G. FLETCHER, *Rethinking*, pp. 759-760.

(84) BASSIOUNI, *Diritto Penale*, p. 252.

chocantes para el jurista continental algunas de las soluciones propuestas en tal contexto legal. Pero, pese a lo justificado de tal reacción, conviene no olvidar que hay muy pocos países en el mundo en que las garantías individuales reciban la misma protección que en este espacio jurídico (85).

(85) Tal vez a ello contribuya el desarrollo de los mecanismos procesales y constitucionales que confluyen en el sistema penal y que articulan un complejo entramado de garantías. Cabría señalar, por ejemplo, el papel de las «Rules of Court», peculiaridad del sistema procesal norteamericano, de carácter estatal y que constituyen una pequeña ley de enjuiciamiento criminal, con la particularidad de estar la misma elaborada en asambleas estatales constituidas por profesores de universidad, abogados, jueces y fiscales. Éstos elaboran su redactado, que después pasa a la convención anual de Jueces del Estado. Posteriormente se aprueban por el Tribunal Supremo de cada Estado y se publican en forma de códigos.