

**SANTIAGO MIR PUIG**

**El Derecho penal  
en el Estado social  
y democrático  
de derecho**

*Ariel Derecho*



EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO SOCIAL  
Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

## **ARIEL DERECHO**

SANTIAGO MIR PUIG

EL DERECHO PENAL  
EN EL ESTADO SOCIAL  
Y DEMOCRÁTICO  
DE DERECHO

EDITORIAL ARIEL, S. A.  
BARCELONA

1.ª edición: junio 1994

© 1994: Santiago Mir Puig

Derechos exclusivos de edición en castellano  
reservados para todo el mundo:

© 1994: Editorial Ariel, S. A.  
Córcega, 270 - 08008 Barcelona

ISBN: 84-344-1589-5

Depósito legal: B. 20.063 - 1994

Impreso en España

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de más de diez años he ido componiendo una obra, a través de libros y artículos de revista, que expresa una concepción global del Derecho penal. Su punto de partida y su horizonte es la necesidad de revisar los fundamentos del Derecho penal desde las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho que no sólo acoge nuestra Constitución, sino que caracteriza el presente de los países de nuestro ámbito de cultura. Creo incluso que tal modelo de Estado ha de servir de base para la edificación de la unidad europea y, en particular, para el necesario proceso de aproximación de las legislaciones penales europeas.

Este planteamiento propone una reflexión *metodológica* acerca del cometido de la ciencia jurídico-penal y tiene, a mi juicio, consecuencias centrales tanto en la teoría de las funciones de la *pena* como en la teoría jurídica del *delito*. La publicación que se propone recogería trabajos relativos a estos tres ámbitos. Podrían agruparse en tres grandes apartados: uno general, otro destinado a la función de la pena y un tercero dedicado a aspectos *centrales de la teoría del delito*.

Querría subrayar que la orientación metodológica que guía todos estos trabajos no sólo refleja los aspectos capitales de mi concepción del Derecho penal, sino que ha sido acogida abiertamente por la doctrina dominante de nuestro país. Es un orgullo para mí poder constatar que la idea básica de mi obra, la de que debe elaborarse el Derecho penal desde el prisma del Estado social y democrático de Derecho, se ha convertido en un lugar común de continuo manejo por los autores.

Los trabajos aquí recogidos, sólo los más significativos de la orientación descrita, han sido en varios casos publicados tanto en España como en

el extranjero, particularmente en Alemania, país con el que la ciencia penal española mantiene un estrecho contacto, no sólo por la valoración que a los penalistas españoles nos merece la ciencia jurídico-penal de ese país, con mucho, la más importante del mundo, sino, también, por la consideración que va consiguiendo la nuestra en el contexto internacional.

PRIMERA PARTE  
PLANTEAMIENTO GENERAL



## CAPÍTULO 1

# DOGMÁTICA CREADORA Y POLÍTICA CRIMINAL\*

### I

Ante un Congreso destinado al tema «Derecho Penal y Política Criminal», es lógico que se suscite la cuestión, de tanta actualidad, de las relaciones y cometidos de la Dogmática frente a la Política Criminal. En estos momentos, la primera impresión que produce la actividad de los penalistas de los distintos países (tanto por lo que se refiere a sus trabajos como a sus reuniones nacionales e internacionales), es la de que hoy atrae más la Política Criminal que la Dogmática. Sigue en pie el planteamiento por el que surgió, a fines del siglo pasado, la atención por la Política Criminal: ésta continúa presentándose a sí misma como alternativa «moderna», llamada a desplazar, paulatina pero inevitablemente, a la «vieja» ciencia jurídica. Ciertamente que desde aquellos orígenes de la Política Criminal moderna su progreso no ha sido siempre igualmente poderoso y que entretanto (sobre todo en Alemania, pero también en países como Italia y España) la Dogmática jurídico-penal ha conocido los momentos más brillantes de su historia. Pero no por ello ha perdido la Política Criminal su pretensión de alternativa de futuro, como lo prueba el hecho de que en gran número de países —prácticamente los ajenos a las influencias germánica e italiana— haya ido acaparando la atención de los penalistas, y que incluso en los mismos países

\* Ponencia presentada al Coloquio Regional del Grupo Español de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrada en octubre de 1977 en Madrid y Plasencia. Publicada en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, pp. 215 y ss., y en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1978, pp. 649 y ss. Véase también una versión algo distinta bajo el título «Por una dogmática creadora», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 8 y ss.

de mayor tradición dogmática se advierta una evidente inclinación de las jóvenes generaciones hacia la problemática político-criminal.<sup>1</sup> En cambio, el papel de la Dogmática sigue en entredicho y se publican trabajos que preguntan: «¿Puede hoy el jurista seguir siendo un dogmático?»<sup>2</sup> «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?»<sup>3</sup>

Tal estado de la cuestión no es fortuito, sino que constituye una manifestación más del principio según el cual una teoría puede mantener su validez o vigencia en tanto no se superen las condiciones objetivas que la han motivado. En efecto, la aparición de la moderna Política Criminal tuvo por causa la irrupción de la mentalidad científico-positivista, producto del auge extraordinario que durante el siglo XIX experimentaron las ciencias positivas. Pese a la involución idealista que como reacción se produjo entre las dos guerras mundiales, la nueva mentalidad continúa dominando el pensamiento de nuestro tiempo. Pese a los recelos y desilusiones que los avances científicos y técnicos han traído consigo en nuestros días —hoy ya no se admite que la ciencia pueda sustituir a la ideología—,<sup>4</sup> excepto las matemáticas, las ciencias experimentales no han dejado de ofrecer el modelo al que toda disciplina quiere, siquiera sea inconscientemente, tender. De la misma forma y seguramente por la misma razón que en la Filosofía, el estudio «normativo» del Derecho ha perdido protagonismo y atractivo en el contexto cultural actual. Parecen más «científicas» las ciencias sociales, y entre ellas encuentra mejor encaje la Política Criminal —como la Criminología o la Penología— que la «pura» Dogmática.

Por todo ello, y además determinados —posiblemente por desgracia— por la mentalidad *utilitarista* que domina y caracteriza a la actual cultura burguesa en general y, en gran y creciente medida, a la americana en particular —aunque el utilitarismo más bien contradice el espíritu científico, cuya esencia es el puro amor a la verdad—, los juristas dogmáticos nos planteamos con frecuencia una pregunta que pone en entredicho nuestra

1. Vid. S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 285 y ss.

2. U. Meyer-Cording, *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?*, Tübinga, 1973.

3. Vid. E. Gimbernat Ordeig, «¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87-109. El mismo trabajo ha aparecido también en versión alemana bajo el título «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *ZStW*, 28, 1970, pp. 379-410. En español se recoge también en: *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 495-523, y en el libro de su mismo autor *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 57-82.

4. Muy sugerente en este sentido es el libro de Bertrand Russell, *La perspectiva científica*, 2.ª ed., Barcelona, 1969, en particular, pp. 9 y 213 y ss. Así: «... para que una civilización científica sea una buena civilización, es necesario que el aumento de conocimiento vaya acompañado de un aumento de sabiduría. Entiendo por sabiduría una concepción justa de los fines de la vida. Esto es algo que la ciencia por sí misma no proporciona» (p. 9).

global justificación: *¿sirve para algo nuestro trabajo?* Y, en verdad, si contemplamos la labor dogmática como mera «exposición» de la legislación vigente, ¿no puede parecernos en momentos de pesimismo que los mismos o parecidos resultados podrían conseguirse con sólo una lectura inteligente del Código penal, o, por lo menos, que ya bastarían las exposiciones anteriores y que no se avanza de forma sustancial abundando en cuestiones ya tratadas? —piénsese en el sistema de la teoría del delito—. Personalmente, confieso que es ésta una cuestión que no puedo evitar que me asedie constantemente. ¿Significa que crea que deba relegarse, en consecuencia, el estudio dogmático y sustituirse por el de cuestiones político-criminales?

La presente comunicación tiene por objeto, *pese a todo*, abonar y matizar una respuesta negativa al importante interrogante que acabamos de formular. Por encima de las modas y preferencias de cada época, ha de intentarse un planteamiento que ponga de relieve las virtudes y defectos *objetivos* de la Dogmática jurídico-penal y cuál puede ser su función junto —mejor que frente— a la Política Criminal, sin abandonar por ello las enseñanzas de nuestro tiempo.

Adelantaré ya que la idea que guía este trabajo es que buena parte de culpa de nuestra mala conciencia como dogmáticos puede corresponder al profundo arraigo que, muy especialmente en Derecho penal, ha conseguido una imagen literalmente positivista de la tarea jurídica, que tiende a reducirla a la repetición aclaratoria de las leyes, con la consiguiente renuncia a la secular función de la Dogmática como medio de *participación en la creación del Derecho*. Ello plantea, de una parte, la lógica consecuencia de una restricción paralela de la utilidad de la ciencia jurídico-penal y, de otra parte, que los juristas nos sintamos instrumentos en manos de las relaciones de poder dominantes —que no necesariamente hemos de compartir— y encerrados en un mundo de formas que apenas trasluce conexión alguna con la realidad.

## II

1. Precisamente porque en la actualidad suelen ponerse de manifiesto los defectos de la Dogmática con olvido de su posible sentido positivo, es importante empezar llamando la atención sobre este último aspecto. Desearía subrayar, en especial, la necesidad de una auténtica Dogmática, entendida en su justo significado, como preparación y complemento de la ley positiva: esto es, como instrumento auxiliar de *creación* de Derecho po-

sitivo. Para hacer comprensible el sentido de estas afirmaciones, de tan ambicioso alcance como se ve, habré de comenzar aclarando qué entiendo por Dogmática.

Cuando me refiero a la Dogmática pienso en una elaboración del Derecho positivo que vaya más allá de la pura exégesis lógico-literal de las leyes. Si, como a veces tiende a hacerse, se confundiese la Dogmática con la pura *exposición* de la legalidad vigente, según aplicación literal y rigurosa del positivismo jurídico, mal podría sostenerse para ella la función creadora, siquiera auxiliar y subordinada a la ley, que le he atribuido. Así, es natural que quienes reduzcan el papel de la ciencia jurídico-positiva a la estricta *reproducción* (como repetición) del Derecho positivo, vean excesiva estrechez y formalismo en la labor técnico-jurídica y sientan la necesidad de ensanchar los horizontes del penalista hacia terrenos que ofrezcan mayores posibilidades de creación material. En esta lógica se tiende a preferir la aportación *político-criminal*, como única vía que se advierte para el perfeccionamiento del Derecho vigente, a la labor jurídica entendida como sola repetición formalista de preceptos legales.

Pues bien, por lo que alcanzo a observar, es éste un planteamiento muy extendido en gran parte de los países de nuestra área de cultura. No quisiera extender el análisis a los países de tradición anglosajona, de características tan diferenciadas que hacen difícil su contemplación desde los esquemas mentales de la ciencia europea continental. Me limitaré a insinuar que la lógica del *Case Law*, al confiar la elaboración del Derecho a los Jueces, deja escaso margen a la ciencia jurídica para la creación y favorece su limitación a la exposición casuística de las decisiones judiciales. Por esta vía encontraría explicación el hecho de que en esos países la teoría prefiera de forma inequívoca la dedicación a la Criminología, a la Penología y, en todo caso, a la Política Criminal. A continuación me detendré en el análisis de las causas, que entiendo históricamente condicionadas, por las que en países de tradición jurídica como Francia y los de su área de influencia, se haya producido también la inclinación de la ciencia penal hacia la Política Criminal, y no haya alcanzado, en cambio, la Dogmática jurídico-penal la atención que ha conseguido en países como Alemania, Italia y España.

2. Con anterioridad a la Revolución francesa y a la plasmación política y jurídica de las ideas liberales, nunca la elaboración jurídica se redujo a la reproducción de las leyes vigentes. Sin perjuicio de que siempre han existido obras de reducido alcance teórico y destinadas a la práctica, hasta el triunfo institucional del liberalismo no se sintió la necesidad de reservar

con exclusividad al legislador la función de creación de Derecho, por lo que ni el Juez, como es notorio, ni los teóricos habían dejado en ningún momento de acudir a los dictados de la razón para completar, corregir y hasta sustituir la legislación.

La manifestación más importante de este planteamiento se produjo, como es de sobras sabido, en Roma, cuyo Derecho fue en parte producto esencial de las aportaciones creadoras (las *responsa*) de los Juristas.<sup>5</sup> El ejemplo romano sigue poseyendo inestimable valor para nuestro tiempo, como lo tuvo, y con los frutos tan importantes que conocemos, en la Alemania de las Pandectas del siglo XIX. Como luego desarrollaré, el proceso de génesis del Derecho romano ha de llamar hoy a reflexión porque acaso sea la vía que mejor asegure la aparición de un Derecho que ofrezca respuestas razonables, razonadas y realistas a los problemas que va planteando la ley a lo largo de su existencia. Tal vez siga ofreciendo una alternativa que responda a la urgente conveniencia de contrarrestar el riesgo inminente de un Derecho exclusivamente «desde arriba» y *a priori*, manifestación de esa tendencia tan peligrosa del Estado actual a sustituir y suprimir las fuerzas de creación de la Sociedad.

El Derecho elaborado por los Juristas romanos probó su virtualidad en la dilatada vigencia que consiguió durante la Edad Media y Moderna por obra de la recepción del *Corpus Iuris*. Vino a integrar así parte esencial del *Derecho común*, que apareció como «el Derecho» por excelencia, desplazó a las leyes de la época en las Universidades y ocupó, incluso, un lugar decisivo en la práctica. Los textos en que consistía sirvieron de base a la elaboración de los juristas *escolásticos*, los cuales operaron no sobre la legislación positiva, sino con la exclusiva ayuda de los argumentos de «autoridades».<sup>6</sup> Aunque estrictamente limitada a la literalidad de tales textos, la ciencia medieval desempeñó, a su vez, la función de fuente del Derecho a través de los innumerables informes concretos que fue elaborando para resolver dudas planteadas por los textos a los Tribunales o a las partes (*consilia*).

Más evidente es, todavía, el papel creador que posteriormente correspondió a la Escuela del Derecho natural racionalista. Su objetivo era, pre-

5. Refiriéndose a la función de los Juristas romanos, Th. Viehweg escribe: «Este modo de trabajar se caracteriza sobre todo porque permite a los juristas entender el Derecho no como algo que se limita a aceptar, sino como algo que ellos construyen de una manera responsable» (véase *Tópica y jurisprudencia*, trad. castellana de L. Díez-Picazo, Madrid, 1964, p. 74). Vid. también H. Coing, *Juristische Methodenlehre*, Berlín/Nueva York, 1972, pp. 11 y ss.

6. Vid. H. Coing, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

cisamente, la búsqueda de las normas dictadas por la *recta razón*, lo que suponía la atribución al jurista de la suprema decisión sobre la validez o invalidez de toda disposición jurídica. Tal planteamiento metodológico sirvió de vehículo durante la Ilustración, a la oposición al Derecho vigente de *l'Ancien Régime* de un Derecho penal orientado según los principios liberales. En este contexto metódico fue posible la obra de Beccaria, justamente considerada como el punto de arranque de la ciencia penal moderna.

Pero la filosofía política liberal implicaba un postulado cuya consecución iba a impedir, precisamente, que la ciencia jurídica continuase ejerciendo su tradicional función creadora de Derecho. El *Principio de legalidad*, axioma primero del Estado liberal y en particular de su Derecho penal, venía a prohibir toda fuente del Derecho desligada del poder legislativo del Derecho, único poder que expresa la voluntad general. La experiencia histórica posterior ha demostrado la necesidad de relajar el rigor literal del principio, que inevitablemente ha de quedar como *marco* supremo más que como exclusión de fuentes distintas a la ley formal, pero en un principio se llegó incluso a entenderlo incompatible con una verdadera «interpretación» de las leyes por parte de los autores, según manifiesta la famosa prohibición de interpretar el *Code Napoleon*. Lo que quiero destacar es que era lógico, desde este prisma, que la implantación efectiva del Estado liberal llevase a sustraer a la ciencia jurídica, y muy especialmente a la penal, toda capacidad creadora de Derecho. Ahora bien, aquella implantación no tuvo lugar a la vez en todos los países de Europa, y esta circunstancia política fue, entre otras, causa de las importantes diferencias que separan a ciencias como la francesa, de una parte, y a la alemana o italiana, de otra.

En Alemania y en Italia faltó la pronta cristalización política y, consiguientemente, legislativa de las ideas liberales que en Francia tuvo lugar gracias a la Revolución de 1789. Ello produjo una importante consecuencia en el terreno de la metodología jurídico-penal. Mientras que en Francia la realización de las concepciones liberales en el Derecho positivo permitió, ya desde fines del siglo XVIII, el paso de un planteamiento metódico iusnaturalista a una estricta vinculación al Derecho vigente (Escuela de la Exégesis), en Alemania, como en Italia, al hallarse la legislación penal anclada todavía en el espíritu del Antiguo Régimen y en contradicción, por tanto, con la filosofía política del Estado liberal, que se apoderó de la mayor parte de las mentalidades cultas, la ciencia hubo de mantener su atención por el Derecho natural racional, único que reflejaba las aspiraciones de la época.

Desarrollemos la idea expuesta. En Francia la publicación a principios del siglo pasado de los Códigos napoleónicos hizo que la mayoría de los juristas se concentrase y limitase a su comentario. Nació así, con los condicionamientos políticos liberales anteriormente esbozados, la llamada «Escuela de la Exégesis», que presidió el pensamiento jurídico francés a lo largo de todo el siglo XIX.<sup>7</sup> Su primer principio fue: el Derecho positivo lo es todo y todo el Derecho positivo está constituido por la ley.<sup>8</sup> Ésta, a su vez, se reputaba *completa* en sí misma y no susceptible, por consiguiente, de elaboración por la doctrina. La ciencia tuvo que limitarse, lógicamente, a *facilitar la comprensión* de los distintos preceptos de la ley, sin excederse de su pura exposición aclaratoria. Tal «exégesis» debía realizarse con la sola ayuda de la interpretación lógico-gramatical, prescindiendo del recurso a la valoración o a la ponderación de intereses.<sup>9</sup>

En Italia, en cambio, no se produce la sustitución del Derecho natural por el positivo, como objeto de la ciencia penal, prácticamente hasta el siglo XX, con la dirección técnico-jurídica de Rocco. La Escuela Clásica, primero, como la Escuela Positiva, después, lograron que la ciencia penal italiana permaneciese alejada del Derecho positivo durante todo el siglo XIX. Ambas escuelas siguieron situadas en el terreno del *desideratum*, ya sea el Derecho natural, ya los dictados de la observación empírica.<sup>10</sup> Muy probablemente exista relación entre esta actitud metodológica y las circunstancias políticas y jurídico-positivas de la Italia del siglo pasado. Salvo el precedente representado por el Código penal toscano de 1786, producto —como el de Austria de 1787— del despotismo ilustrado y no del liberalismo, sólo alguno de los estados en que se dividía Italia antes de conseguir su *unificación*, como Nápoles —Código penal de 1831—, contó con un Derecho penal ajustado a los postulados liberales. Hubo que esperar a 1889 para que Italia pudiese contar con un Código penal unitario. Hasta entonces la ciencia penal prefirió el camino de preparar el advenimiento del nuevo Derecho penal, creando la magnífica construcción ideal-racional de la Escuela Clásica, a limitarse al estudio del insatisfactorio y fragmentario Derecho vigente. De este modo, si los Derechos franceses fueron el fruto del Derecho natural de la Ilustración, el italiano de 1889 lo fue del iusnaturalismo de la Escuela Clásica. Y si el Código penal francés de 1810 cons-

7. Vid. A. Latorre, *Introducción al Derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1968, p. 132.

8. Cfr. A. Hernández Gil, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, I, 2.ª ed., Madrid, 1971, pp. 81 y 78 y ss.

9. Vid. H. Coing, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 19.

10. Vid. S. Mir Puig, *Introducción...*, cit., pp. 174 y ss.

tituyó en ese país la base del positivismo del siglo XIX, en Italia debería esperarse a que el Código de 1889 ofreciese el terreno propicio para la aparición del tecnicismo jurídico-penal.<sup>11</sup> Pero para entonces ya existiría una de las más importantes elaboraciones jurídico-penales del mundo —la de la Escuela Clásica—, cuya actitud creadora no podría ya abandonarse del todo fácilmente.

En Alemania la situación legislativa era más próxima a la italiana que a la francesa. El espíritu de la Ilustración se había expresado ya en el Código prusiano de 5 de febrero de 1794 (*Landrecht für die Preussischen Staaten*), fruto de las ideas político-criminales de Federico El Grande, aunque promulgado por su sucesor, como había sucedido en Austria con el Código de 1787, obra de José II. Pero, si bien más moderado que éste el Código de Prusia era todavía un inequívoco exponente del absolutismo, siquiera en su versión de despotismo ilustrado.<sup>12</sup> El primer Código penal liberal es el Código bávaro de 26 de mayo de 1813, obra de Feuerbach en la que desarrolló en claro y preciso articulado su concepción de la pena basada en la prevención general en forma de intimidación psicológica. De él ha podido decirse que sirvió de punto de partida al desarrollo jurídico-penal de la época del Estado liberal de Derecho.<sup>13</sup> Ahora bien: por de pronto, la falta de unidad política de Alemania, con la consiguiente diversidad legislativa, impidió una elaboración científica ceñida exclusivamente a una base jurídico-positiva común. Añádase a esto la prohibición por el Gobierno de Baviera (19 de octubre de 1813) de comentarios al Código penal, cuya necesidad creyó poder obviarse por medio de la publicación de un comentario oficial en tres volúmenes,<sup>14</sup> y se comprenderá que incluso después del Código de Feuerbach se mantuviese puesta la mirada en principios jurídicos racionales, como único modo de compensar la falta de unidad legislativa y de la posibilidad misma de comentar el primer Código liberal.

Así, hasta la irrupción del positivismo en la última parte del siglo XIX, la ciencia penal alemana de esa centuria se caracterizó por una elaboración

11. J. Antón Onega, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, p. 48, escribe: «El Código de 1889... es la obra más perfecta de la escuela clásica, el fruto del brillante desenvolvimiento alcanzado en el siglo pasado por la ciencia penal italiana. Si el napoleónico de 1810 es la base, el italiano de 1889 es la cumbre de la doctrina imperante durante el siglo XIX.»

12. Así, E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., Göttinga, 1965, pp. 251 y 261.

13. En este sentido, E. Schmidt, *Einführung...*, cit., p. 263.

14. El título original de la obra fue: *Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Bayern*; cfr. E. Schmidt, *Einführung...*, cit., p. 267, en detalle.

del Derecho positivo con el concurso de principios ideales,<sup>15</sup> sean *absolutos* —como a principios de siglo, sobre todo en Feuerbach, y de modo especial en el período que Kohlrausch llamó de «tiranía» de la filosofía hegeliana (1840-1870)—, sean *históricos* —como sucedió desde los años veinte hasta los hegelianos, en juristas como Wächter, Mittermaier y Bienen, reflejo, sobre todo el último, del espíritu de la Escuela Histórica de Savigny.<sup>16</sup>

3. De la rápida panorámica histórica efectuada creo posible deducir la siguiente conclusión: la pronta consecución política del ideario liberal impidió en Francia que la ciencia jurídico-penal desempeñase el papel creador que, gracias a su mayor libertad, pudo disfrutar en países que, como Alemania e Italia, tuvieron que postular más largamente a nivel ideal-razional la obtención de un Derecho penal ajustado a las convicciones de la nueva época. Al conectar a fines de siglo con el positivismo, nunca pudo superar del todo la ciencia jurídico-penal francesa su cometido esencialmente *aclaratorio* de las leyes vigentes.<sup>17</sup> En cambio, cuando las ciencias alemana e italiana reciben el positivismo, cuentan con una tradición que éste ya no puede destruir: a la ciencia jurídica no compete sólo la *reproducción* de la ley, sino su *elaboración racional*. En esto consiste la verdadera Dogmática.

Ya he insinuado al principio que en los países que, como Francia, han privado a su ciencia jurídico-penal actual de esta función creadora (siquiera subordinada y auxiliar), era lógico que, reducida a exégesis gramatical, perdiese atractivo la tarea puramente jurídica y se percibiese la necesidad de ampliar perspectivas pasando al cultivo de la Política Criminal. Añadiré ahora que el recurso a la Política Criminal era la única vía para el perfec-

15. Escribe K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. española de la 1.ª ed. alemana por E. Gimbernat Ordeig, Barcelona 1966, p. 46): «El "historicismo" y el "racionalismo" son los componentes dominantes no sólo del pensamiento de Windscheid, sino de la ciencia del Derecho del siglo XIX en general. Ello significa que, si bien se consideraba todo Derecho como el resultado del desarrollo histórico y, por tanto, como "positivo", el "Derecho positivo" mismo era tenido por un orden "razonable", que, precisamente por ello, era accesible a la aprehensión conceptual y a la sistematización... La creencia en la razonabilidad del Derecho positivo diferencia a esta concepción con la suficiente claridad de los positivismos pseudocientífico-natural y sociológico.»

16. Vid. S. Mir Puig, *Introducción...*, cit., pp. 202 y ss.

17. Lo dicho no intenta desconocer las importantes aportaciones de autores que, como muy en especial F. Gény, han luchado desde 1899 —año en que este autor publica su *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*— por acabar con la identificación de ley y derecho en el vecino país (véase L. Legaz Lacambra, *Filosofía del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1972, pp. 146 y ss.). Pero se refieren preferentemente al Derecho privado y en gran parte permanecieron como programas metodológicos y de teoría general, por lo que posiblemente no alteraron de forma decisiva la línea general de la doctrina jurídico-penal francesa.

cionamiento y hasta para el complemento de la legalidad vigente, desde la óptica de un país como aquel que eligió la vocación codificadora y legisladora. En lugar de plantearse cómo resolver las insuficiencias e inevitables equivocidades de la ley a nivel dogmático y *de lege lata*, el jurista había de preferir pensar en su reforma. De esta forma, mientras que en Alemania e Italia los Códigos penales han sido el término *final*, el resultado de una larga discusión dogmática que refleja el estado de toda una cultura jurídica, en Francia el Código penal de Napoleón fue el punto de *arranque* de una ciencia penal que hubo de elegir entre repetirlo o pedir su reforma.

### III

Sin duda, la corriente reformista de la Política Criminal ha conseguido perfeccionar el Derecho penal y, lo que es tanto o más importante, sembrar la conciencia en nuestro tiempo de que es preciso mejorarlo todavía mucho más. Pero no por ello puede arrinconar a la Dogmática, entendida como elaboración creadora, aunque subordinada, del Derecho positivo. Para reformar las leyes es preciso haber penetrado en el significado profundo y en las exigencias inherentes a la *institución jurídica* objeto de regulación, misión que caracteriza a la mejor Dogmática.<sup>18</sup> Por otra parte, la necesidad de legislar no ha de hacer olvidar que todo texto legal requiere no sólo su «aclaración», sino su «concreción», que inevitablemente supone la necesidad de *elegir* entre las distintas posibilidades que ofrece la literalidad de la ley.<sup>19</sup> En los dos aspectos señalados, que a continuación desarrollaré, la Dogmática sigue siendo inevitable compañera de la Política Criminal en la indeclinable labor de todo jurista: la creación de Derecho.

18. Utilizo el concepto de «institución jurídica» en el sentido que le confirió Savigny: *vid. H. Coing, Juristische Methodenlehre*, cit., pp. 15 y ss.; K. Larenz, *Metodología...*, cit., pp. 28 y ss. Por institución jurídica no se entiende, pues, una figura puramente resultante de la concreta regulación jurídico-positiva, sino como *relaciones de la vida* típicas conocidas en su significación jurídica (por ejemplo, el matrimonio). De haber sido fiel a las exigencias de este concepto fundamental del pensamiento de Savigny, concepto que entroncaba la ciencia del Derecho con la realidad histórica, la doctrina alemana no hubiese caído en el formalismo de la «jurisprudencia de los conceptos» que dominó el pasado siglo.

19. Kelsen tenía razón al señalar que la elección a que se refiere el texto era ya un acto de «creación» de Derecho, pero sólo desde un concepto estrechamente positivista de ciencia puede compartirse su opinión de que la referida elección no corresponde ya a la ciencia jurídica, que, según Kelsen, debería «limitarse a indicar las interpretaciones posibles de una norma» si no quiere pasar de «ciencia» a «política» (H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 11.ª ed., Buenos Aires, 1973, p. 170). La solución ha de ser otra: insertar la «política criminal» en el centro de la «ciencia» jurídico-penal.

1. Al referirme a la génesis del Derecho romano, obra de los Juristas, indiqué que su ejemplo podría tomarse hoy en consideración para oponer un freno al creciente apriorismo de una legislación pensada «desde arriba», desde un Estado monopolizador que tiende a suprimir la fuerza creadora de la Sociedad. En efecto, si las reformas legislativas fueran siempre el resultado y la manifestación de posiciones que han conseguido la aprobación de la *doctrina dominante*, tras el reposado proceso de discusión que supone la evolución histórica de la ciencia jurídica, reflejo a la larga de la evolución social general, se aseguraría mejor la adecuación del Derecho al ritmo de la sociedad y a los problemas efectivos que cada institución plantea a lo largo del tiempo y que han de servir de base a la labor dogmática, que mediante el solo recurso a un legislador generalmente demasiado apremiado por la prisa y distante de las necesidades de la materia a regular. Así se evitarían, por ejemplo, los constantes desaciertos que en España han constituido las reformas del vigente Código.

Claro que lo dicho podría conseguirse también acudiendo a una ciencia no orientada dogmática, sino *sólo* político-criminalmente. Pero ya he señalado, y es notorio, que el conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a la modificación legislativa, la Dogmática intentará todo tipo de soluciones en el marco de la ley positiva. Sólo así se comprobará con rigor si no hay otra vía, con frecuencia preferible, que la reforma legal; y en la búsqueda de soluciones se habrían ensayado con calma caminos que en su caso han de ofrecer al legislador alternativas no improvisadas y técnicamente probadas, a la vez que aseguren la oportuna relación con la legalidad anterior, en cuyo contexto han surgido, y con ello una evolución racional del Derecho. Todo ello presupone, como es lógico, la concepción de la Dogmática como *continuación creadora* de la ley. Y precisamente, por supuesto, tal misión de creación requerirá que la Política Criminal se inserte en el interior de la labor dogmática: *no se trata de patrocinar una alternativa a la Política Criminal, sino de resaltar la necesidad de que junto a ésta, y en base a ésta, opere una Dogmática creadora.*

2. El segundo aspecto, sin duda el más evidente, en que sigue siendo necesaria una verdadera Dogmática, es en el de *aplicación de la ley*. Contra lo que habían mantenido la Escuela de la Exégesis y el positivismo radical, la moderna Hermenéutica ha puesto de manifiesto que la aplicación de la ley desborda con mucho el puro análisis del *tenor literal* del texto legal.<sup>20</sup>

20. Vid. S. Mir Puig, *Introducción...*, cit., pp. 284 y ss., y 335 y ss.

La letra de la ley no ofrece más que el *punto de partida* y el *límite máximo* de la interpretación de la norma. La letra de la ley traza únicamente un *marco*, dentro del cual el jurista ha de «concretar» el preciso alcance de la norma, en base a las *exigencias del sector de realidad* objeto de regulación (el llamado «proceso de concreción de la norma»: *Normkonkretisierung*). En otras palabras, el concreto contenido de la norma jurídica no puede obtenerse de la sola interpretación del tenor de la ley, sino que requiere la contemplación de los distintos *grupos de casos* a que puede alcanzar. Además de la *premisa mayor* del silogismo tradicional (el texto legal), es preciso resaltar la importancia de la *premisa menor* (el supuesto de hecho). Sólo cuando el jurista haya precisado a qué grupos de casos ha de entenderse referida la letra de la ley, esto es, sólo cuando haya «concretado» su contenido, habrá concluido el proceso de *creación* de la norma jurídica: el tenor legal no expresa por sí solo ni de forma acabada el contenido de la norma a aplicar.<sup>21</sup> Se deduce de ahí que la labor dogmática de concreción de las normas dista de agotarse en la «aclaración» de un texto legal y alcanza forzosamente la categoría de creación («continuación creadora») de Derecho.

Cierto que, como se ha empezado por decir, el jurista ha de partir de la letra de la ley y que a su vez ésta señala el límite máximo de la interpretación. En Derecho penal, prohibida la analogía *contra reo*, la importancia de la letra de la ley es extrema. Pero una observación atenta del proceso de concreción de la norma muestra que, como ha advertido Arthur Kaufmann, no existe una diferencia *cualitativa esencial* entre la labor creadora de la analogía y una correcta interpretación de la norma.<sup>22</sup> La «concreción» de la norma en base a la contemplación de los grupos de casos a los que puede alcanzar el tenor legal, no puede sino efectuarse con arreglo a un procedimiento analógico. El jurista habrá de partir de los *casos típicos* a que remite inmediatamente la letra de la ley y *comparar* con ellos los demás grupos de casos más dudosos, preguntándose si son *análogos* a los primeros, en el sentido de si, por poseer análogo significado, reclaman idéntico tratamiento jurídico.<sup>23</sup> Pondré un ejemplo: para decidir si constituye o no «vio-

21. Vid. F. Müller, *Juristische Methodik*, Berlín, 1971, pp. 108 y 116; J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francfort, 1972, pp. 36 y ss. Se adhiere a este planteamiento en relación expresa al Derecho penal P. Bringewat, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, p. 133.

22. Vid. Arthur Kaufmann, «Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus», en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Francfort, 1972, pp. 276 y ss., y 314 y ss.

23. En realidad, toda solución de cualquier tipo de problema —por ejemplo, matemático— ha de surgir por analogía respecto de problemas *ya resueltos*. En este sentido, véase L. Alberto Machado, *La revolución de la inteligencia*, Barcelona-Caracas-México, 1977, 2.ª reimpresión, pp. 63 y ss.

lencia», en el sentido del artículo 496 del Código penal, la interposición de un camión con objeto de impedir la salida de un coche aparcado, es precisa la comparación con el caso típico de coacciones, a saber, el empleo de fuerza física sobre una persona; por esta vía puede llegarse a la conclusión de que encierra tanto o mayor peligro para el bien jurídico de la libertad de actuación la interposición del camión que el sujetar materialmente al conductor, habida cuenta de que no es más fácil, sino al contrario, superar el obstáculo representado por el camión que la fuerza muscular de un hombre; se seguirá de este procedimiento *analógico* la conclusión de que la «violencia» del artículo 496 ha de alcanzar también al supuesto planteado.<sup>24</sup>

En seguida, sin embargo, ha de salirse al paso de un posible equívoco. Que todo proceso de concreción de la norma se basa en la comparación analógica, no supone que no pueda y no deba mantenerse con claridad la diferenciación de interpretación y analogía, de tanta importancia política para el Derecho penal. La frontera entre ambos procedimientos dogmáticos seguirá fijada por el «sentido literal posible»: <sup>25</sup> la inclusión de un caso en el régimen de un precepto cuya literalidad permita abarcarlo será interpretación, lícita aunque sea extensiva y pueda perjudicar al reo; en cambio, constituirá analogía, prohibida si es *contra reo*,<sup>26</sup> la extensión del precepto a un caso situado fuera de su alcance literal posible. Así, mientras que no desborda la interpretación permitida extender el término «violencia» del artículo 496 del Código penal al supuesto del camión planteado —ya que gramaticalmente se hace violencia siempre que *se fuerza abiertamente la decisión de otra persona*—, constituiría analogía considerar «violencia» la utilización de un engaño para impedir a otro hacer algo. Quisiera destacar de todo esto la conclusión de que no es incompatible la labor creadora de la Dogmática con el indeclinable imperativo del principio de legalidad y la consiguiente prohibición de analogía contraria al reo.

#### IV

Las consideraciones efectuadas en los dos apartados del número anterior (*supra*, III, 1 y 2) han intentado subrayar la necesidad de una auténtica

24. Vid. S. Mir Puig, «El delito de coacciones en el Código penal», *ADPCP*, t. 30, pp. 277 y ss., y *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, n.º 4, p. 785 y ss.

25. Así, K. Larenz, *Metodología...*, cit., pp. 255 y ss.

26. Para una fundamentación de esta versión restrictiva de la prohibición de analogía, véase S. Mir Puig, *Introducción...*, cit., pp. 316 y ss.

Dogmática, que comparta con la Política Criminal, y que ejerza en base a ésta la función de creación del Derecho: Por una parte, también es preciso el concurso de dicha Dogmática en la preparación de la reforma de la ley; por otra parte, y en ello consiste la más específica función de la Dogmática, ésta ha de crear continuamente Derecho, sin necesidad del recurso, siempre peligroso, al legislador, en el proceso de concreción de las normas jurídicas a la realidad. Todo ello no significa, sin embargo, que carezcan de todo fundamento las *críticas* que suelen efectuarse a una contemplación *puramente* «dogmática» de nuestra parcela. Por el contrario, entiendo que la única dirección acertada es la de quienes vienen propugnando una Dogmática íntimamente impregnada de las exigencias político-criminales,<sup>27</sup> *única vía por la que puede realizarse convenientemente la labor creadora que he destacado para aquélla.*

En efecto, para poder concebir la Dogmática como algo más que pura «reproducción» aclaratoria del Derecho vigente, es preciso abandonar un planteamiento *estrictamente positivista* que «aisle» la misión del jurista y prohíba su contacto con los imperativos, inevitablemente creadores, de la Política Criminal. He de compartir, pues, las objeciones que en este sentido vienen dirigiéndose a una Dogmática —¡mal entendida en ocasiones como la única Dogmática!— estrechamente positivista. Las más importantes podrían estar, probablemente, reunidas en torno a las dos ideas siguientes:

a) La Dogmática es *políticamente reaccionaria*, porque al someterse incondicionalmente al Derecho positivo cierra las puertas a toda posibilidad de crítica del sistema jurídico y consagra todo poder político dotado de la fuerza suficiente para dictar normas jurídicas.

b) La Dogmática se halla alejada de la realidad, permaneciendo encerrada en el mundo formal de unas normas jurídicas que, tomadas aisladamente, dejan de concebirse como instrumento de configuración de la vida social.

Para hacer frente a estas importantes críticas, que ciertamente comprometen el futuro de nuestra ciencia, deberá subrayarse la necesidad de dar cabida a la *valoración política* y al *realismo* en la Política Criminal y, *a través de ésta*, en la Dogmática. Si, manteniendo el Derecho positivo como

27. Principalmente, C. Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (trad. española de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, *passim*); y W. Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Reinbeck de Hamburgo, 1974, pp. 146 y ss., y 155 y ss.

objeto de estudio, se da entrada en la Dogmática a su valoración crítica y a su elaboración progresiva conforme a postulados ideológicos que se sustentan, dejará de poder acusarse a la Dogmática de mero instrumento del poder constituido. Y si se consiguiese derrumbar la valla que aísla a la Dogmática de la realidad social, sin descuidar por ello el específico sentido normativo de lo jurídico, sino, al contrario, considerando al Derecho como forma de configuración de la vida social, esto es, como uno de los más importantes *sistemas sociales*, se demostraría que estudiar las normas jurídicas constituye uno de los modos de abordar la contemplación de la vida social: que la ciencia del Derecho penal es una ciencia social.

El desarrollo de este programa lo he intentado en otro lugar.<sup>28</sup> Aquí habré de limitarme a destacar las siguientes consideraciones fundamentales:

1. La primera conclusión que deriva del planteamiento expuesto es la necesidad de una ciencia reconocidamente valorativa y esencialmente crítica, que no rehuya su innegable responsabilidad política. Ello implica una doble exigencia en el seno de la «global ciencia del Derecho penal»: *a) de lege ferenda*: una Política Criminal auténticamente política —y no sólo tecnocrática— que fije los objetivos que debe perseguir el Derecho penal, con la consiguiente apertura a su posibilidad de crítica; *b) de lege lata*: una Dogmática creadora esencialmente orientada en el sentido de las finalidades político-criminales de la ley, que constituya no sólo la superación de una Dogmática «ciega», de espaldas a la función práctica del Derecho penal, sino también la evitación de una Dogmática acrítica y puramente tecnocrática.

2. Una Dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que únicamente será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la ley. El Derecho implica la pretensión de realización práctica, por lo que la ciencia del Derecho no puede concebirse como ciencia puramente teórica, sino que la naturaleza de su objeto le impone un carácter fundamentalmente práctico. Cierto que hay aspectos de nuestra ciencia que no afectan directamente a la aplicación de la ley (por ejemplo: la debatida cuestión sobre la esencia del bien jurídico). Pero incluso en estos casos el enfoque de los problemas «teóricos» debería hallarse presidido por su posible trascendencia, siquiera mediata, en la aplicación de la ley. Así, en el ejemplo propuesto, el análisis de la esencia del bien jurídico ha de perseguir, en último término, trazar un límite al legislador o, por lo menos, guiar

28. Vid. S. Mir Puig, *Introducción...*, cit., pp. 307 y ss.

la interpretación de la ley. No niego que el Derecho sea, también, susceptible de una consideración meramente especulativa, pero no es ésta la función en que está comprometida la Dogmática, y elegir tal punto de vista supondría una perversión de su sentido. Se caería con ello en una Dogmática para sí misma, que merecería las críticas que hace ya tiempo vienen dirigiéndose a la ciencia jurídica. La única vía para evitarlo es fijar como meta de la dogmática el servir a «fines prácticos» y reconocer que no posee naturaleza de «ciencia teórica», sino de «ciencia aplicada»,<sup>29</sup> tal vez menos brillante, pero la única que no traiciona la función social de nuestra disciplina.

Esta concepción de la Dogmática jurídica como ciencia práctica conduce a situar en el centro de interés del penalista la resolución de *casos prácticos*. Se trata de una perspectiva a veces olvidada por la ciencia jurídica continental, que ha aparecido como una «ciencia de profesores» en contraposición al «Derecho del caso» característico de los países del ámbito anglosajón. Por fortuna, las diferencias intentan aminorarse desde el continente, en el que tras la Segunda Guerra Mundial el país más típicamente «teórico», Alemania, ha experimentado una clara aproximación al caso práctico. Probablemente influyó en ello el contacto de los juristas alemanes de la posguerra con el Derecho anglosajón de ocupación.<sup>30</sup> Lo cierto es que desde hace algunos años se ha abierto paso una importante corriente metodológica que, acertadamente, centra su atención en el proceso de aplicación de la ley a la realidad y caracteriza a la ciencia jurídica como ciencia que persigue la decisión de casos prácticos.<sup>31</sup> Y, en efecto, si —como quiere Habermas—<sup>32</sup> todo conocimiento se halla presidido por un *interés*, el específico interés que debe guiar al conocimiento jurídico es el «interés de la decisión».<sup>33</sup>

## V

Permítaseme, para concluir, resumir las ideas expresadas. El objetivo que perseguía la presente comunicación era sólo romper una lanza en favor

29. Así, H. Coing, *Juristische Methodenlehre*, cit., pp. 3 y ss. Resalta, también, el sentido práctico de la ciencia jurídica H. Ryffel, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie des Politischen*, Neuwied-Berlín, 1969, pp. 46 y ss.

30. En este sentido, K. Larenz, *Metodología...*, cit., p. 137.

31. Así, P. Bringewat, *Funktionales Denken im Strafrecht*, cit., pp. 128 y ss. De «ciencia de la decisión» (*Entscheidungswissenschaft*) califica a nuestra disciplina jurídica F. Müller, *Juristische Methodik*, cit., p. 118.

32. Vid. J. Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Francfort, 1973, p. 9.

33. La terminología (*Entscheidungsinteresse*) es de F. Müller, *Juristische Methodik*, cit., p. 118.

de la necesidad de subsistencia en la actualidad de una verdadera Dogmática al lado de la Política Criminal. Para ello era preciso salir al paso de importantes razones que contribuyen a explicar la desconfianza que nuestro tiempo siente frente a la Dogmática. De una parte, fuera de los países de tradición genuinamente dogmática como Alemania o Italia, ha perjudicado la imagen de la tarea jurídico-penal su reducción, desde el liberalismo primero y el positivismo después, a la pura reproducción aclaratoria de la legislación vigente. Por eso era preciso destacar que la mejor Dogmática ha implicado siempre, y ha de seguir suponiendo, una función creadora de Derecho —siquiera auxiliar y subordinada—. De otra parte, porque son acertadas las críticas de neutralismo acrítico y aislamiento de la realidad que constantemente merece la Dogmática, había que señalar una vez más que es necesaria su superación mediante la concepción valorativo-crítica de nuestra Ciencia y su entendimiento al servicio, ante todo, de la solución de los casos que plantea la aplicación de la ley a la realidad. Precisamente para ambos cometidos es indispensable una concepción creadora de la Dogmática, que se apoye, eso sí, en la Política Criminal.



## CAPÍTULO 2

# FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO\*

### I. Introducción

La función de la pena constituye un tema inevitablemente valorativo, *opinable*, pues, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado. Esta evidencia (no siempre apprehendida con la suficiente claridad: piénsese en los intentos tradicionales de *absolutizar* el tema basando la función de la pena en una *justicia* absoluta desvinculada de la política), al relativizar la problemática de la pena y condicionarla a la filosofía política que se adopte, ha constituido hasta nuestros días la principal dificultad con que han tropezado los intentos de hallar una concepción generalmente aceptable de la función de la pena. Pero, precisamente, creo que la primera condición para resolver el problema es reconocer abiertamente la vinculación axiológica expresada entre función de la pena y función del Estado. La discusión sólo podrá discurrir sobre cauces racionales si no se ocultan las premisas políticas de las que depende.

Éste fue el punto de partida metodológico de mi monografía sobre las bases del Derecho penal, en la que fundé expresamente ciertos límites del *ius puniendi* en la trilogía del «Estado social y democrático de Derecho».<sup>1</sup>

\* Publicado como libro, bajo este mismo título, por Bosch, Casa Ed., S. A., 1.ª ed. 1979, 2.ª ed., 1982. Versión alemana en *ZStW*, 95, 1983, pp. 413 y ss.

1. Cfr. S. Mir, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 123, 141 y ss.

Ello aclaraba y confería racionalidad interna a mi discurso: pero, aunque yo acogía así la concepción del Estado que me parecía más susceptible de consenso en nuestro tiempo y en nuestro ámbito de cultura, no dejaba de *elegir* una opción *discutible*, que no impedía el ordenamiento jurídico-positivo, pero que, como es obvio, en absoluto se derivaba inequívocamente de él. El planteamiento constituía solamente una propuesta de interpretación alternativa de un sistema jurídico en buena parte anclado en perspectivas distintas. Consciente de estas limitaciones, preferí entonces no apoyar *todo* el edificio del Derecho penal sobre la base del Estado social y democrático de Derecho, que más expresaba un *desideratum* que una realidad jurídico-positiva. Así, aunque ya apunté la incidencia que tenía la fundamentación política del Derecho penal a partir de dicha trilogía para la *función* de la pena, esta última cuestión, eje del sistema, la resolví sobre la base, entonces única firme desde el prisma del Derecho positivo, del Código penal y, en especial, del Reglamento del servicio de prisiones.

El importante giro que desde entonces ha experimentado el rumbo político de nuestro país y que ha culminado en la reciente aprobación de la Constitución, ha venido a convertir en *Derecho vigente* lo que antes era una opción alternativa. El artículo 1.º, 1, de la reciente Constitución española empieza por declarar que «España se constituye en un *Estado social y democrático de Derecho*...». Ello supone la constitucionalización de un modelo de Estado análogo al proclamado por la Constitución alemana (artículos 20 y 28).<sup>2</sup> Con anterioridad, tal modelo de Estado ya sirvió de base a mi planteamiento, pero ahora cabe generalizarlo y erigirlo como principio valorativo supremo que debe orientar toda elaboración dogmática del Derecho penal.<sup>3</sup> Sin perjuicio de la posibilidad de discrepar de *lege ferenda* y desde la filosofía política y político-criminal —posibilidad que evidentemente sigue abierta—, ahora la dogmática jurídico-penal, como elaboración del Derecho *positivo*, cuenta con una premisa valorativa fijada por el ordenamiento jurídico que debe inspirar todo el estudio del Derecho penal. En particular, la decisión político-criminal básica, a saber, la de qué función se atribuye a la pena, no sólo puede entenderse adoptada por leyes ordinarias, sino obligada por el artículo 1.º, 1, de la Constitución. Y una vez

2. Cfr. W. Abendroth, «Zum Begriff vom demokratischen und sozialen Rechtsstaats...», en *Festschrift f. L. Bergsträsser*, Dusseldorf, 1954, p. 279, y en el libro del mismo autor *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied-Berlín, 1967 (trad. esp. de M. Sacristán bajo el título de *Sociedad antagonista y democracia política*, Barcelona, 1972, pp. 265 y ss.).

3. En Alemania ya ha basado también su concepción de la pena y del delito en la imagen del Estado social y democrático de Derecho R. P. Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Francfort, 1974.

fundada constitucionalmente la función de la pena, también la teoría del delito puede orientarse, y es conveniente que así suceda, en base al mismo fundamento constitucional, pues la teoría general del delito no hace sino establecer los presupuestos *mínimos* de lo punible, esto es, traza límites a lo que puede castigarse con una pena, lo cual depende de la función que la Constitución permita atribuir a la pena. No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal.

## II. El Estado social y democrático de Derecho

Pero antes de abordar las importantes consecuencias anunciadas debe interpretarse el sentido de la expresión «Estado social y democrático de Derecho» empleada por el artículo 1.º, 1, de la Constitución. No se trata, en este lugar, de acometer la difícil (y acaso imposible) labor de precisar con exactitud los caracteres del concepto de Estado de tal forma designado. Sí es necesario, en cambio, desentrañar el *sentido general* de la fórmula, contemplada en su totalidad y en sus tres componentes. Con ella la Constitución emplea una terminología ampliamente consagrada que apunta a una concepción *sintética* del Estado, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social. Como toda síntesis, la imagen resultante del Estado supone una superación de sus componentes básicas aisladamente consideradas, lo que permite *añadir* la tercera característica de la fórmula constitucional: la democracia. La importancia respectiva que se atribuya a cada una de las tres componentes examinadas dependerá en forma notable de la concreta visión política de que se parta.<sup>4</sup> Aquí, sin embargo, sólo importa destacar el punto de acuerdo en que deben convergir las posibles interpretaciones del «Estado social y democrático de Derecho»: es éste un modelo de Estado que pretende aunar, superándolos, los modelos de Estado liberal y Estado social.

Del Estado *liberal* adopta, sin duda, la idea de Estado de Derecho,<sup>5</sup> es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad gene-

4. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 123, 301 y ss.; O. Alzaga, *La Constitución española de 1978, comentario sistemático*, Madrid, 1978, pp. 76 y ss.

5. La expresión procede de R. von Mohl, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 1832.

ral, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional (artículo 1.º, 2, de la Constitución), en contraposición al Estado absoluto, en el que el Derecho se halla en manos de uno o varios hombres.<sup>6</sup> Así, se expresa en el artículo 9.º, 1, de la Constitución que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Este modelo de Estado aporta a la trilogía acogida en el artículo 1.º, 1, de la Constitución la exigencia de que el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas *garantías formales*, ciertos límites que aseguren la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos. El Estado liberal responde a la preocupación de *defender a la sociedad del Estado*, lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad.

El Estado social,<sup>7</sup> en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad.<sup>8</sup> Si el principio que regía la función del Estado liberal era la *limitación* de la acción del Estado, el Estado social se erige a continuación en *motor activo* de la vida social.<sup>9</sup> Si el Estado liberal pretendía reducirse a asegurar las garantías jurídicas y, por tanto, meramente *formales*, el Estado social se considera llamado a modificar las *efectivas* relaciones sociales. Del Estado-árbitro imparcial, del Estado-guardián preocupado ante todo por no interferir en el juego social, se pasa progresivamente al Estado *intervencionista*<sup>10</sup> que deviene *Welfare State*.

6. Cfr. por ejemplo, E. Díaz, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, 1975, p. 13, y O. Alzaga, *La Constitución*, p. 77; también, J. de Esteban y L. López Guerra, con la colaboración de García Morillo y Pérez Tremps, *El régimen constitucional español*, I, Madrid, 1980, pp. 55, 113 y ss. En puridad, sin embargo, debe notarse que tampoco el Estado de Derecho escapa a la circunstancia de que el Derecho es en él obra de hombres, que lo crean y por tanto no pueden hallarse sometidos al mismo: los representantes del pueblo también son hombres. En rigor, pues, la diferencia entre el Estado absoluto y el de Derecho no es que en el primero el Derecho dependa del poder y en el segundo el poder dependa del Derecho, puesto que también en éste el Derecho depende del poder (legislativo). La diferencia es que en el Estado de Derecho los representantes del pueblo (expresión de la voluntad general) establecen el Derecho que traza el marco máximo dentro del cual pueden moverse los demás poderes (expresión de voluntades particulares).

7. El concepto fue acuñado por H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tubinga, 1930, pp. 9 y ss. y p. 26. No obstante, la realidad del intervencionismo estatal es muy anterior. Cfr. Abendroth, *Zum Begriff*, cit., p. 276. También Ch. F. Menger, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz*, Tubinga, 1933, pp. 3 y ss.

8. Cfr. E. Fortsthoft, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Allg. Teil, Munich, 1951, p. 3.

9. Cfr. Abendroth, *Zum Begriff*, cit., pp. 276 y s.; Fortsthoft, *Lehrbuch*, cit., p. 59; E. Díaz, *Estado de Derecho*, cit., p. 97; J. de Esteban, López Guerra y otros, *El régimen constitucional español*, cit., pp. 55 y s., 313 y ss.

10. F. Muñoz Conde, «La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de la Ley Orgánica del Código Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 16, 1982, p. 115.

Históricamente, el Estado liberal y el social se hallan en la relación dialéctica de tesis y antítesis. La sustitución paulatina del Estado liberal por el intervencionista representó una progresiva relajación y un distanciamiento de las *garantías* liberales, que acaban viéndose como «prejuicios burgueses» puramente formales, frente a los cuales no tiene por qué retroceder la acción del Estado. Se llega así a los *totalitarismos* de izquierdas o de derechas que van sembrando el panorama político de entre las dos guerras mundiales.<sup>11</sup> Pero ello no significa que el Estado liberal y el Estado social no puedan converger en una síntesis. El Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible *todo social*, sino también del progreso efectivo de cada uno de los ciudadanos. Siendo así, no resultará contradictorio con ese Estado social el imponerle los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio del ciudadano, los cuales podrán impedir que se desarrolle la tendencia del Estado social a un intervencionismo autoritario, que dejaría de servir a los intereses —también «reales»— del particular.

Pero la fórmula «Estado social y democrático de Derecho» supone no sólo la tentativa de someter la actuación del Estado social —a la que no se quiere renunciar— a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real.<sup>12</sup> Se pretende, por esta vía, acoger una modalidad de Estado social —esto es, que tome partido efectivo en la vida social— al servicio de todos los ciudadanos. En cuanto social y democrático, tal Estado deberá crear condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo,<sup>13</sup> pero para garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá

11. Sobre el Estado totalitario cfr. E. Díaz, *Estado de Derecho*, cit., pp. 45 y ss.

12. Destaca con especial fuerza la orientación hacia la «democracia real» del «Estado democrático», desde una perspectiva socialista, E. Díaz, *Estado de Derecho*, cit., pp. 16, 144 y ss., 151. Véase del mismo autor, «El Estado democrático de Derecho en la Constitución española», *Sistema*, n.º 41, marzo 1981, pp. 57 y ss. En esta línea, entiende que el «Estado democrático» constituye una etapa de evolución que supera las del Estado liberal y social, G. Peces-Barba, *La Constitución española de 1978*, Valencia, 1981, p. 29; Abendroth, *Zum Begriff*, cit., pp. 277 y ss., parece ver en la efectiva realización del principio de *igualdad* el sentido de la síntesis de las notas de estatalidad social y democracia.

13. En este sentido debe entenderse el artículo 9.º, 2.º, de la Constitución española: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

ser, además, un Estado democrático *de Derecho*. El carácter democrático de ese Estado aparece vinculado, pues, a la síntesis del Estado social y del de Derecho, y expresa tanto la necesidad de libertad «real» —oponiéndose a que el «Estado social» dirija sólo su intervención en beneficio de ciertos grupos— como «formal» —cerrando el paso a la posibilidad de un «Estado de Derecho» no controlado por todo el pueblo— para los ciudadanos.

### III. Fundamento político del Derecho penal y función de la pena

Cada uno de los modelos de Estado que rápidamente se han examinado en el apartado anterior han supuesto una peculiar fundamentación del Derecho penal y, como consecuencia, determinadas posibilidades de concebir la función de la pena —lo que es confirmación de que la función de la pena depende de la función que se atribuye el Estado—. Las distintas concepciones del Derecho penal propias del Estado liberal, del Estado social y del Estado social y democrático de Derecho tuvo ocasión de desarrollarlas ya en otro lugar,<sup>14</sup> por lo que no serán aquí objeto de específica consideración. Ahora importa contemplar únicamente las consecuencias de las mencionadas concepciones políticas en el entendimiento de la función de la pena.

#### 1. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL LIBERAL

Bajo la vigencia del Derecho penal *liberal* se atribuyó a la pena tanto una función de *prevención* de delitos, como la de *retribución* por el mal cometido. La fundamentación del Estado y del Derecho liberales en el contrato social, concebido como pacto que los hombres suscriben por razones de *utilidad*, conducía a designar a la pena la función utilitaria de protección de la sociedad a través de la prevención de los delitos, cuya esencia se veía, en un principio, en constituir un «daño social».<sup>15</sup> Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho penal contemporáneo<sup>16</sup> y originó una importante línea de pensamiento a lo largo

14. Vid. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 119 y s.

15. Cfr. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Francfort, 1972, p. 5.

16. Cfr. C. Beccaria, *De los delitos y de las penas* (trad. esp. de J. A. de las Casas, Madrid, 1968, pp. 27, 29, 30 y ss.).

del Derecho penal clásico.<sup>17</sup> Pero tanta o, acaso, mayor importancia tuvo en éste la concepción retributiva de la pena. Precisamente fueron dos de los máximos exponentes de la filosofía liberal, Kant y Hegel, quienes quizá de la forma más pura y extrema defendieron una concepción *absolutista* de la pena como exigencia absoluta de la justicia.<sup>18</sup> Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la más pura realización de la justicia en base a su concepción liberal del mundo. En apoyo de ello me limitaré a recordar que para Kant la pena no podía servir a la protección de la sociedad ni, por tanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisibles del individuo, concebido como «fin en sí mismo»;<sup>19</sup> y que según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como a un ser «racional» y no como el palo al animal, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un «derecho» para el delincuente.<sup>20</sup>

La discrepancia existente entre las dos direcciones liberales señaladas —la prevencionista y la retributiva— respondía a una distinta concepción del hombre, al que (según ambas, en cuanto liberales) debía servir el Derecho. Mientras que los utilitaristas pensaban en el hombre empírico, el idealismo alemán giraba en torno a un hombre ideal. De ahí que, mientras los primeros exigían de la pena que protegiese a los ciudadanos en sus bienes reales, los filósofos alemanes se preocupaban de que sirviera de testimonio y confirmación de los valores ideales del hombre-razón (desde su dignidad como ser racional autónomo, hasta la exigencia de justicia, también derivada de la razón humana). Una vez abandonado el planteamiento idealista del retribucionismo liberal, quedaría en pie la posibilidad de trazar un límite a la pena que impidiese castigar al delincuente más allá de la gravedad del hecho cometido. Ahora bien, como se verá, tal límite de garantía para el individuo también puede exigirse sin necesidad de renunciar a la función de prevención de la pena.

17. Baste recordar, junto a autores como Bentham y Filangieri, a A. v. Feuerbach, que en Alemania encabezó la doctrina penal del siglo pasado partiendo de la teoría de la coacción psicológica como medio de prevención general. Cfr. su *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1832<sup>11</sup>, §§ 12 y ss.

18. Cfr. H. Mayer, «Kant, Hegel und das Strafrecht», en *Festschrift f. Engisch*, 1969, pp. 64 y ss.; E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Gotinga, 1965<sup>3</sup>, pp. 229 y ss., y 294 y ss.

19. Cfr. I. Kant, *Die metaphysik der Sitten*, 1797, p. 453.

20. Cfr. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Francfort, 1970, pp. 185 y ss., 187 y ss.

## 2. LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL INTERVENCIONISTA

Si el Derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de *lucha contra el delito*, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX,<sup>21</sup> en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado.<sup>22</sup> Es sabido que la Escuela positiva, que surgió en el último tercio del pasado siglo, partió de la crítica a la *ineficacia* del Derecho penal clásico (esto es, liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito.<sup>23</sup> Pero también la dirección ecléctica que mantuvo en pie la necesidad de la pena, siquiera añadiendo a ella un sistema de medidas, atribuyó al Derecho penal y en particular a la pena la *función de prevención* de delitos.<sup>24, 25</sup>

3. DERECHO PENAL TOTALITARIO Y DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO:  
LA FUNCIÓN DE LA PENA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO  
DE DERECHO

El principio intervencionista, rector del Estado social, podía conducir, y así sucedió en algunos países, a un Derecho penal más preocupado por la

21. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 176 y ss., 217; E. Schmidt, *Einführung*, cit., pp. 354.

22. Cfr. H. H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1978<sup>3</sup>, p. 23. (Hay trad. española, con Adiciones de Derecho español, por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, 2 vols., Barcelona, 1981.)

23. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 179 y ss.

24. Pienso sobre todo en F. von Liszt y en su «Programa de Marburgo»: «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW*, 1883, pp. 1 y ss., y *Strafrechtliche Ausfüze und Vorträge*, 1905, reimpr., Berlín, 1970, pp. 126 y ss. Cfr. sobre esto P. Bockelmann, «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des allgemeinen Teils», en *F. von Liszt zum Gedächtnis*, Berlín, 1969, pp. 56 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 57; Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 68 y ss., y 216 y ss.

25. Señala la tendencia de la prevención general al terror penal Roxin, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín-Nueva York, 1973, p. 9. (Hay trad. española, con notas, de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976.)

eficacia de sí mismo que por servir a todos los ciudadanos. La pena se convirtió a veces en un arma del Estado esgrimida contra la sociedad, trocándose la eficacia de la pena en terror penal. Éste es el peligro que encierra un Derecho penal concebido para ser eficaz.<sup>26</sup> Como toda arma peligrosa, la pena preventiva ha de someterse a un control riguroso. Un Estado democrático ha de evitar que se convierta en un fin en sí mismo o al servicio de intereses no convenientes para la mayoría de los ciudadanos, o que desconozca los límites que debe respetar frente a toda minoría y todo individuo. El ejercicio del *ius puniendi* en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al *principio de legalidad*. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio *real* a todos los ciudadanos. El Derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse del modo siguiente:

1. El Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social),<sup>27</sup> entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos —«bienes» no en un sentido naturalista ni ético-individual, sino como posibilidades de participación en los sistemas sociales<sup>28</sup> fundamentales—, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal Derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de *bienes jurídicos*, de *proporcionalidad* y de *culpabilidad*.<sup>29</sup>

Se sigue de lo anterior que la Constitución conduce a un Derecho penal llamado a desempeñar, bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano, una función de prevención *general* —sin perjuicio de la función de pre-

26. Sigue esta línea I. Berdugo, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 37: «El traslado al campo penal de la obligación que el artículo 9.º, 2 (de la Constitución) impone a los poderes públicos de “promover” y “remover” los obstáculos que impidan “que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos” supone la obligación de prevenir la comisión de hechos delictivos incidiendo sobre la generalidad, esto es, se exige constitucionalmente que la prevención general sea uno de los fines perseguidos por la sanción penal.»

27. Véase la nota anterior.

28. Así Calliess, *Theorie der Strafe*, cit., pp. 143 y ss.; Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 137 y ss.

29. Vid. ampliamente, en este sentido, Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 128 y ss., 151 y ss. Sobre el sentido en que el texto se entiende el principio de culpabilidad, cfr. *infra*. En referencia a la 1.ª edición del presente libro escribe E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 280: «... puede convenirse con Mir que del hecho de que el Estado, además de ser de Dere-

vención especial a que más adelante me referiré—. Quiero subrayar que un Estado democrático ha de apoyar su Derecho penal en el *consenso* de sus ciudadanos, por lo que la prevención general no puede perseguirse a través de la *mera intimidación* que supone la amenaza de la pena para los posibles delincuentes, sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad. La fuerza de convicción de un Derecho penal democrático se basa en el hecho de que *sólo* usa de la intimidación de la pena en la medida en que con ella afirme a la vez las convicciones jurídicas fundamentales de la mayoría y respete en lo posible las de las minorías. Un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. *Dos* son, pues, los *aspectos* que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención *intimidatoria*<sup>30</sup> (también llamada prevención *especial* o *negativa*),<sup>31</sup> debe concurrir el aspecto de una prevención *general estabilizadora* o *integradora*<sup>32</sup> (también denominada prevención *general* o *positiva*).<sup>33</sup>

No se trata, con esto, de restar importancia al papel de la intimidación. Por una parte, toda prevención general a través de una pena será inevitablemente intimidatoria, y afirmar lo contrario supondría un eufemismo gravemente ocultador de la realidad, es decir: ideología en el sentido negativo del término. Por otra parte, no sería admisible acudir al concepto de la prevención general estabilizadora, integradora o positiva para exigir o permitir que la prevención general fuera más lejos y *ampliara* sus cometidos más

---

cho, sea *social* y *democrático*, se desprende la idea de que el Derecho penal y, por tanto, la pena, tiene asignada una *función preventivo-general*... lo que no obsta para que este mismo modelo de Estado *imponga* que dicha función debe llevarla a cabo dentro de los límites trazados por la *proporcionalidad* y el principio de *culpabilidad*». Incluso desde una concepción funcionalista conviene mantener el límite representado por un concepto material de bien jurídico al efecto de evitar la absolutización de la importancia de la estructura social en perjuicio de la necesaria mediación del objeto y sujeto concretamente protegidos; véase Calliess, *Theorie der Strafe*, cit., p. 146.

30. Sobre estos conceptos cfr. C. Roxin, *Culpabilidad y prevención*, trad., introducción y notas, pp. 101, 103 y ss., 183; del mismo autor, «El desarrollo de la Política Criminal desde el Proyecto Alternativo», en S. Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 92; D. M. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 27, 35; del mismo autor, «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *CPC*, n.º 16, 1982, p. 97.

31. Cfr. W. Hassemer, «Generalprävention und Strafummessung», en Hassemer, Lüderessen y Naucke (eds.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 29 y ss., 38, 51 y ss.; del mismo autor, «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en Mir Puig (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, trabajos del Seminario hispano-alemán sobre dicho tema celebrado en Bellaterra (Barcelona), octubre de 1981, en prensa.

32. *Vid.* nota 30.

33. *Vid.* nota 31.

allá de la intimidación añadiendo la voluntad de internalizar valores. Importa precisamente lo contrario: *limitar* la prevención general intimidatoria exigiendo que *además* se presente como socialmente integradora. De otro modo, requerir la prevención general estabilizadora tendría un sentido «moralizante», de imposición mediante la coacción de la pena de una *adhésión interna* de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería absolutamente impropio de un Derecho penal de garantía del individuo.<sup>34</sup> Pero se trata, al mismo tiempo, de evitar la pura intimidación estatal que crea posible prescindir de toda consideración del consenso social. Tal objetivo se conseguirá *siempre* cuando la intimidación penal se ejerza dentro de los límites señalados a un Estado social y democrático de Derecho (exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, culpabilidad, etc.), y entonces la prevención general se presentará *necesariamente* como correcta intimidación estabilizadora.<sup>35</sup> Mas no hay que olvidar que si la intimidación penal no respetase estos límites políticos podría llevar al terror penal, como sucedió en el Estado absoluto del Antiguo Régimen, y entonces no constituiría ya una correcta prevención general estabilizadora.<sup>36</sup>

2. Un Derecho penal democrático de Derecho debe desarrollarse con estricta sujeción a los límites propios del *principio de legalidad*, tanto en su vertiente formal —sólo puede establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de *ley* (que ahora debe ser orgánica) anteriores al hecho enjuiciado—,<sup>37</sup> como en su realización material —«exigencia de determinación» de las proposiciones jurídico-penales—.<sup>38</sup>

34. En esta línea cabe dirigir las críticas que hace a la prevención general integradora Luzón Peña, *Prevención general*, cit., p. 99.

35. *En este marco político* tiene razón D. M. Luzón Peña, *Medición*, cit., p. 35, y *Prevención*, cit., p. 97.

36. Sólo contra esta prevención general *puramente* intimidatoria están justificadas las críticas de la doctrina, representada en España por J. M. Gómez Benítez, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico, 3, 1980, pp. 143 y s.

37. El artículo 25 de la Constitución española resulta insuficiente para sancionar este principio, pues sólo recoge la irretroactividad de las penas y no la necesidad del rango de *ley* —que en cambio requiere el Código penal (artículos 1.º y 23)—. En este sentido, M. Cobo y T. S. Vives, *Derecho penal, Parte general*, I, Valencia, 1980, pp. 72 y s.; en contra, J. Cerezo, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, I, Madrid, 1981, p. 179. Pero el artículo 81 de la Constitución obliga a regular por Ley Orgánica los derechos fundamentales y libertades públicas, entre los cuales *siempre* contarán los intereses afectados por el Derecho penal: aunque sólo imponga penas pecuniarias y la propiedad no se prevea por la Constitución entre los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I, siempre cabrá el arresto sustitutorio en caso de impago, el cual afecta ya a la libertad prevista en dicho lugar constitucional. A favor de exigir siempre una Ley Orgánica, Cobo y Vives, *Derecho penal*, cit., pp. 75 y ss.; en contra, Cerezo, *Curso*, cit., p. 181.

38. *Vid.* sobre todo esto la exposición global de mi *Introducción*, cit., pp. 141 y ss. Cfr. también, Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 100 y ss.; F. Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barce-

3. El planteamiento democrático no sólo debe servir a la mayoría, sino también respetar y atender a toda minoría y todo ciudadano, en la medida en que ello sea compatible con la paz social. Desde esta perspectiva el Derecho penal no sólo debe defender de los delincuentes a la mayoría, sino que ha de respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Lo primero impide la imposición de penas incompatibles con la sensibilidad de nuestro momento histórico: torturas, muerte... (artículo 15 de la Constitución española). Lo segundo obliga a *ofrecer* al condenado *posibilidades* para su resocialización y reinserción social (artículo 25 de la Constitución española). Ello debe reflejarse, en primer lugar, en el momento judicial de determinación de la pena: ha de impedir así la imposición de ésta o de su cumplimiento cuando, no resultando absolutamente necesaria para la protección de la sociedad, aparezca como innecesaria o contraindicada en orden a la resocialización.<sup>39</sup> En segundo lugar, es precisa una concepción democrática de la ejecución de las penas que se base en la participación del sujeto en ellas y no persiga la imposición de un determinado sistema de valores, sino sólo ampliar las posibilidades de *elección* del condenado.<sup>40</sup> Por último, deben suprimirse los obstáculos a la reinserción social que implica la existencia de los *antecedentes penales*. La atribución a éstos de efectos negativos para el sujeto no sólo es discutible desde el prisma del artículo 25 de la Constitución, sino que parece vulnerar claramente el artículo 73, 2, de la Ley General Penitenciaria de 26 septiembre 1979, que establece: «Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.»<sup>41</sup>

---

lona, 1975, pp. 94 y ss. En particular, sobre las cláusulas generales, cfr. Class, «Generalklauseln im Strafrecht», en *Festschrift f. Eb. Schmidt*, 1961, pp. 136 y ss.; Woesner, «Generalklauseln und Garantiefunktion der Strafgesetze», *NJW*, 1963, p. 273; Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, *passim*.

39. Tiene razón al observar que el artículo 25 de la Constitución no se refiere sólo a la ejecución de la pena E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto*, cit., pp. 280 y ss. También Córdoba Roda, «La pena y sus fines en la Constitución», en S. Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, Bellaterra, 1980, p. 152.

40. Cfr. en este sentido Calliess, *Theorie der Strafe*, cit., pp. 173 y ss., 209 y ss.; Mir Puig, *Introducción*, cit., p. 109. Se trata de evitar los peligros que entraña la idea de la resocialización: sobre esto cfr. F. Muñoz Conde, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en Mir Puig (ed.), *La reforma del Derecho penal*, 1979, pp. 680 y ss.; D. M. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 53 y s.; F. Bueno Arús, «Estudio Preliminar», en G. García Valdés, *La reforma penitenciaria española*, Madrid, 1981, p. 13; Muñagorri, *Sanción penal y Política criminal*, Madrid, 1977, pp. 135 y ss. Acoge la formulación del texto, en referencia a la 1.ª ed. de esta obra, C. García Valdés, *Comentarios de la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, p. 157.

41. Sobre esta importante problemática véase M. Grosso Galván, *Los antecedentes penales*, tesis doctoral inédita, Sevilla, 1982.

En el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Constitución, el Proyecto de Código penal de 1980 ha intentado profundizar en la primera de las exigencias derivadas del artículo 25 de aquélla, mediante la limitación de la pena de prisión y de sus efectos negativos para el sujeto a través de instituciones como la *supresión* de las penas de prisión de menos de seis meses, la posibilidad de *sustitución* en el caso concreto de las penas privativas de libertad por otras y la *suspensión* del fallo.<sup>42</sup> Aunque numerosas enmiendas presentadas al Proyecto proponen llevar aún más lejos este planteamiento (así, especialmente, la Propuesta Alternativa de Parte General del Grupo Parlamentario Comunista), no ha logrado reformarse en este sentido el Código penal.<sup>43</sup>

La Ley General Penitenciaria de 1979 y su Reglamento de 8 de mayo de 1981 tratan de desarrollar el objetivo resocializador del artículo 25 de la Constitución. Sin embargo, este objetivo no parece cumplirse ni siquiera mínimamente en la realidad de las penas privativas de libertad. Las cárceles españolas más bien aparecen como almacenes de personas, a veces hacinadas de forma inadmisibile —lo que resulta especialmente agravado por el aumento alarmante de la prisión provisional—.<sup>44</sup> Esta situación es evidentemente *anticonstitucional* y podría dar lugar a la interposición de recursos de amparo (artículo 53, 2, Constitución) por parte de los reclusos que ven desconocido el derecho fundamental que les atribuye el artículo 25 de la Constitución, o por parte del Ministerio Fiscal o del Defensor del Pueblo (artículo 162, Constitución). Es cierto que el objetivo de la resocialización es siempre de problemática consecución y a veces incluso innecesario o ilícito,<sup>45</sup> y ello plantea arduos problemas cuando, sin embargo, la prevención general exige el cumplimiento de una pena privativa de libertad. El tenor del artículo 25 es seguramente demasiado tajante. Tal vez quepa entender que dicho precepto debe limitarse por la necesidad de protección

42. Cfr. S. Mir Puig, «El sistema de sanciones», en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, pp. 22, 27 y ss. (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, número extra, pp. 22, 27 y ss.); del mismo autor, «Das Rechtsfolgensystem im spanischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs», *ZStW*, 93, 1981, pp. 1295 y s., 1302 y ss.

43. El Proyecto de Reforma Parcial del Código Penal de 28 de febrero de 1982 propone únicamente reformar el artículo 95, C.P. en el sentido de ofrecer la posibilidad de que al suspender la condena ésta no se inscriba en el Registro de antecedentes penales.

44. Las Estadísticas Judiciales de España de 1977 dan un 58,36 % de reclusos procesados no sentenciados. De 1978 al presente el número de presos preventivos ha pasado de 10.463 a 21.000. Cfr. Muñoz Conde y Moreno Caterna, «La prisión provisional en el Derecho español», en Fernández Albor (ed.), *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 339 y ss., 426 y ss.; Muñoz Conde, «La desocialización del delincuente. Análisis y crítica de una realidad», *1.ª Instancia*, n.º 3, 1980, pp. 8 y s.

45. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 70 y s.; E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto*, cit., p. 215; Muñoz Conde, *La resocialización*, cit., pp. 66 y ss.; Córdoba Roda, *La pena y sus fines*, cit., pp. 153 y ss.

de la sociedad —es decir, por la necesidad de la prevención general—, de la que no puede abdicar un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1.º, 1, Constitución) y por la idea de la dignidad de la persona (artículo 10, Constitución). En cuanto tales límites no impidan la resocialización, deberá entenderse que *al menos* el artículo 25 exige que la ejecución de la pena se halle configurada de forma que contenga elementos que *intenten* la «reeducación y reinserción social» del penado en el sentido democrático antes indicado de ofrecimiento de medios que amplíen sus posibilidades de *elección*. La Constitución no requiere *que se consiga* la reinserción social, pero sí intentarlo de algún modo que permita considerar que las penas privativas de libertad se hallan *orientadas* a tal meta, y que como mínimo no favorecen la *desocialización* del interno.<sup>46</sup> Lo que es seguro es que cárceles como las actualmente existentes en España ni siquiera intentan la resocialización, porque ni siquiera se hallan mínimamente orientadas a esa finalidad, sino que más bien facilitan la desocialización del recluso.

Sobre los anteriores principios limitadores, que ya fueron objeto de consideración en mi *Introducción a las bases del Derecho penal*,<sup>47</sup> no voy a detenerme más aquí. Me importa en este lugar, en cambio, destacar que el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho exige, como se ha visto, atribuir a la pena la función de prevención de delitos. La diferencia respecto de un Derecho penal social autoritario es que, en aquél, la prevención de delitos se dirige a la protección de todos los ciudadanos y se sujeta a una serie de límites, como los expuestos, que impiden la perversión antidemocrática de dicha función de prevención. Pero, en todo caso, queda descartada, en el modelo de Estado que acoge la Constitución, una concepción de la pena que funde su ejercicio en la exigencia *ético-jurídica de retribución* por el mal cometido. En el Estado social y democrático de Derecho sancionado en el artículo 1.º, 1, de la Constitución, el ejercicio del poder y, por tanto, del poder penal sólo puede concebirse como exigencias de una *política social* al servicio de los ciudadanos: El Derecho penal sólo puede intervenir cuando resulte absolutamente *necesario* para proteger a los ciudadanos.<sup>48</sup>

Ello permite fundar político-constitucionalmente —y ésta es la conclusión a que quería llegar— la función de prevención de la pena. Antes de que la Constitución viniese a acoger la imagen del Estado social y democrático

46. Cfr. sobre esta idea de evitar la desocialización Muñoz Conde, «La desocialización del delincuente», *1.ª Instancia*, n.º 3, 1980, pp. 4 y ss.

47. *Vid.* notas 29, 38 y 40.

48. Destaco este aspecto de límite de la necesidad de prevención en S. Mir Puig, «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», *Sistema*, n.ºs 43-44, 1981, p. 78.

de Derecho, intenté poner de manifiesto que ésta era ya la función asignada a la pena en las leyes penales ordinarias, en particular en base a una serie de argumentos que ofrecía el Código penal y, con especial claridad, la regulación del cumplimiento de las penas privativas de libertad.<sup>49</sup> La reforma de estas normativas va a abonar, según parece, la validez de tal planteamiento.

La propia Constitución, en su artículo 25, 2, lo confirma inequívocamente: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social.» Y el artículo 1.º de la Ley General Penitenciaria de 1979 establece que «las Instituciones penitenciarias... tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social...». Estos preceptos resultarían incompatibles con una concepción retributiva de la pena, que atribuya a ésta la función de realización de la Justicia, puesto que el objetivo resocializador que exigen supone diferenciar la determinación y la forma de cumplimiento de las penas privativas de libertad para cada sujeto en términos que pueden modificar de forma notable la carga de gravosidad que implican, sin que ello se base en razones vinculadas a la gravedad del hecho cometido, sino sólo a la personalidad del sujeto. Dos autores de hechos de la misma gravedad pueden, por esta vía, ser sometidos a regímenes penitenciarios diversos como el cerrado y el abierto, lo que sería evidentemente «injusto» desde el punto de vista de la retribución. Pero, si la exigencia de resocialización que impone el artículo 25 de la Constitución es, por ello, incompatible con la atribución a la pena de la función de retribución, puede, en cambio, considerarse compatible con la función de la *prevención general*. La prevención general y la especial tienden al mismo objetivo último: la evitación de delitos como forma de proteger a la sociedad. La necesidad de la prevención general junto a la especial puede fundarse, según el planteamiento anteriormente defendido, en la imagen del Estado social y democrático de Derecho que establece el artículo 1.º, 1, de la Constitución, y en su concreción en otros preceptos constitucionales, como el artículo 9.º, 2 (véase nota 26). El artículo 25 de la Constitución *no* ha de interpretarse, pues, en el sentido de que las penas privativas de libertad *sólo* deban orientarse a la reeducación y a la reinserción social.<sup>50</sup>

49. Vid. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 91 y ss. La mayoría de los argumentos que ahí se esgrimen en base al Derecho español cabe referirlos también a otros Derechos, como el alemán.

50. En este sentido correctamente la doctrina vertida sobre el artículo 25 de la Constitución: D. M. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutos penales*, Madrid, 1979, pp. 47 y s.; J. Córdoba Roda, *La pena y sus fines*, cit., pp. 158 y s.; J. Boix Reig, «Significación jurídico-penal del artículo 25, 2, de la Constitución», en el libro colectivo *Escritos penales*, Valencia, 1979, pp. 117 y ss., 131 y ss.; E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto*, cit., p. 266; C. García Valdés, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, p. 32.

Pero el artículo 1, 1.º de la Constitución permite, además, otorgar un *fundamento político* a la función de prevención de la pena. Si en mi *Introducción* trataba separadamente el «fundamento funcional» del Derecho penal, que veía en la necesidad del ejercicio de la función de prevención, y su «fundamento político», ahora la Constitución permite subsumir aquel fundamento de la función preventiva de la pena en el fundamento político que supone la concepción del Estado social y democrático de Derecho, pues ésta ya no constituye sólo una aspiración más o menos subjetiva, sino el punto de partida del Derecho vigente. Los límites que el «fundamento funcional» impone al *ius puniendi*, como el *principio de subsidiariedad* del Derecho penal —éste ha de constituir la *ultima ratio*—, el *carácter fragmentario* del mismo y la *exclusiva protección de bienes jurídicos*, entendidos como bienes necesarios para la sociedad (principios todos que giran en torno a la idea de que no cabe acudir a la pena cuando no es socialmente imprescindible ni es precisa, por tanto, la prevención penal),<sup>51</sup> pueden encontrar ahora su fundamentación política en el artículo 1, 1.º de la Constitución.<sup>52</sup>

En conclusión: en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimada para cumplir) una misión política de *regulación activa* de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la *función de prevención* de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin *retribución*, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos.

51. Vid. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 124 y ss. Cfr. también, C. Roxin, *Sinn und Grenzen*, cit., pp. 12 y ss.; Art. Kaufmann, «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», en *Festschrift f. Henkel*, Berlín, 1974, p. 89; M. Maiwald, «Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts», en *Festschrift f. Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 22; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 35.

52. Acoge expresamente esta propuesta E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 316 y ss.

#### IV. Fundamento político-constitucional de la pena y teoría del delito

##### 1. LA FUNCIÓN DE LA PENA COMO BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO

La principal consecuencia que se sigue del fundamento político de la pena es la de que el mismo supone una serie de *límites* al empleo de ésta. Ya he aludido en el apartado anterior a algunos que contemplé en mi *Introducción*. Pero entonces no pretendí implicar toda la teoría del delito en esta problemática de los límites de la actividad punitiva, problemática que situé sistemáticamente en el tradicional apartado previo correspondiente al *ius puniendi*. Ahora, una vez que incluso la función de la pena se cobija en la fundamentación político-constitucional del Derecho penal, sí creo ya necesario asentar también el edificio de la teoría del delito sobre la base del Estado social y democrático de Derecho. La teoría del delito no se halla, en efecto, desvinculada del fundamento y la función de la pena. Al contrario, constituye la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser objeto de una *pena* y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya a la pena y de los límites que se impongan, de modo general, a su ejercicio. A esta conclusión ha de llegar quien admita que, siendo la teoría del delito la que establece los presupuestos generales de la pena, ha de elaborarse «teleológicamente»<sup>53</sup> o, mejor, a partir de este significado *funcional*, y en base, asimismo, a la *función social* que la Constitución atribuye a la pena. Ello supondrá un planteamiento funcionalista de la teoría del delito.<sup>54</sup>

##### 2. FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA PENA Y CONCEPCIÓN DIRECTIVA DE LA NORMA

La determinación de las condiciones generales de lo punible que, según lo dicho, supone la teoría del delito, debe arrancar de la solución que re-

53. Así, siguiendo a Radbruch, Schmidhäuser, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», en *Gedächtnisschrift f. G. Radbruch*, Gotinga, 1968, pp. 276 y ss., y *Strafrecht*, Allg. Teil, Lehrbuch, 2.ª edición, Tubinga, 1975, pp. 140 y ss.; Roxin, «Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff...», en *Radbruch-Gedächtnisschrift*, cit., pp. 260 y ss., 267; Gallas, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», en su libro *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p. 32.

54. En esta línea cfr. K. Amelung, *Rechtsgüterschutz*, cit., pp. 358 y ss.; R. P. Calliess, *Theorie der Strafe*, cit., pp. 16 y ss., y *passim*; P. Bringewat, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, pp. 128 y ss.

ciba la cuestión de la función de la pena. La fundamentación constitucional de la concepción preventiva exige edificar el sistema del delito y su contenido material sobre esta base —lo que puede llevar a resultados contrapuestos a los que pudieran alcanzarse desde una concepción retributiva de la pena—. En efecto, el entendimiento de la pena como medio de prevención, al servicio de la protección efectiva de los ciudadanos, supone atribuir un *significado directivo* (en este sentido, «imperativo»), de regulación social, a la norma jurídico-penal, asignándole la función de crear expectativas sociales que motiven a la colectividad en contra de la comisión de delitos.<sup>55-56</sup> La teoría del delito debe partir, pues, de la pregunta: *¿qué es lo que puede ser prevenido a través de la motivación por una norma jurídico-penal?* Voy a desarrollar brevemente estas afirmaciones.

He dicho que la función de prevención supone asignar carácter «directivo» a la norma jurídico-penal. En realidad, tal caracterización de las normas penales no puede obviarse tampoco, por completo, ni siquiera desde una teoría retribucionista. Incluso desde este otro prisma habría que admitir que la norma dirigida al juez, la que obliga a castigar al delincuente (lo que un sector de la doctrina llama «norma secundaria»),<sup>57</sup> encierra inevitablemente un imperativo en forma de mandato. Mas lo cierto es que, en cambio, una concepción puramente retributiva podría negar —aunque no necesariamente— que las normas penales tuviesen frente a los ciudadanos otra función que la meramente sancionadora y de realización de la justicia.<sup>58</sup> En cualquier caso, cuando se encarga a la pena la misión activa de

55. En la doctrina española la función motivadora de la norma penal ha sido especialmente defendida y analizada por E. Gimbernat Ordeig, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *ZStW*, 82, 1970, pp. 388 y ss., y «Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit», en *Festschrift f. Henkel*, cit., p. 155 (*Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 64 y ss., 94); F. Muñoz Conde, «Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform», en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Colonia, 1974, pp. 312 y ss.; S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 56 y s., 106 y s.

56. Ello no obsta a la conveniencia de atribuir además a las normas penales una función de «regulación» del proceso de interacción en que, en la medida de lo posible, debe consistir la ejecución de las penas privativas de libertad (así Calliess, *Theorie der Strafe*, cit., pp. 16 y ss., 160). Esta otra función no se ejerce fundamentalmente mediante la motivación a través de la amenaza penal. Pero esa prevención especial sólo puede perseguirse en el marco de lo que permita la necesidad de prevención general. Cfr. Roxin, *Sinn und Grenzen*, cit., pp. 25 y s.; Mir Puig, *Introducción*, cit., p. 104; A. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 61 y ss.

57. Así R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, pp. 32, 36; Cfr. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 31 y ss. Es sabido que, en cambio, Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1973, p. 77, invierte el significado de los conceptos de «norma primaria» y «norma secundaria», refiriéndolos respectivamente al juez y al ciudadano.

58. Ciertamente, ello no se ha llegado a sostener por el planteamiento neoclásico que ve en la antijuridicidad la oposición a la sola «norma de valoración», pues el mismo no niega que la norma completa constituya además una «norma de determinación», aunque sólo considere precisa su infracción por la culpabilidad. Cfr. sobre esto, por todos, Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 188.

protección de la sociedad mediante la prevención de delitos, el Derecho no sólo habrá de dirigir al juez el mandato de castigar los delitos, sino también, y *en primer lugar*, intentar que los ciudadanos no delinca. El mandato dirigido al juez deberá, entonces, tener el sentido de establecer una *amenaza penal* dirigida a la colectividad que cree una *expectativa social* tendente a *motivar* en los ciudadanos un comportamiento adecuado al Derecho. En la conminación penal típica, en la creación de una expectativa social de imposición de una pena para el que delinca, ha de verse, pues, la forma de manifestarse la motivación directiva por la que debe realizarse la función de prevención<sup>59</sup> más específicamente «penal».

Ello no supone que las normas penales motiven únicamente a través de la amenaza *directa* de la pena (lo que Von Wright llama «presión normativa»), sino que generalmente se produce una «internalización» de las normas que permite que éstas operen mediante su *aceptación* por parte del destinatario.<sup>60</sup> Cuando esta aceptación no se consigue, la eficacia de las normas penales es mucho más difícil. Pero también es cierto que las normas penales sirven de apoyo a la «internalización» de sus objetivos por sus destinatarios. La eficacia de la prevención depende, pues, de ambos factores: de una amenaza de la pena capaz, por su fuerza de convicción, de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios. Junto a la prevención *intimidativa* debe destacarse, pues, la prevención *positiva* que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios (véase *supra*, III, 3).

Ahora bien, desde esta perspectiva preventiva las conductas a las que la ley señala una pena no son sino comportamientos de la sociedad que la misma desea *evitar*. Pero el Derecho no sólo desea que se omitan los comportamientos penados, sino también otros no castigados pero igualmente indeseables desde el prisma de los intereses protegidos por el Derecho penal. En esto se basa la *distinción de antijuridicidad y culpabilidad*. Los hechos realizados sin culpabilidad no se hallan penados y, sin embargo, se consideran antijurídicos. La antijuridicidad no puede, pues, derivarse de la frustración de la expectativa creada por el imperativo penal dirigido al juez («norma secundaria»), sino de la contradictoriedad con una norma dirigida

59. No sólo las «normas» generales que Binding situaba antes de la ley penal poseen, pues, una función de motivación del ciudadano, sino también la propia conminación *penal*; cfr. en este sentido, E. Bacigalupo, «El error sobre las causas absolutorias», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 5, 1978, pp. 7 y ss.

60. Cfr. para esta problemática G. H. von Wright, *Handlung Norm und Intention*, Berlín, 1977, pp. 135 y ss. *Vid.* también *supra*, nota 36.

a la colectividad que expresa lo deseable por el Derecho penal («norma primaria»): «no matarás», «no lesionarás», etc. Ambos aspectos, norma secundaria y norma primaria, constituyen el contenido de la norma jurídico-penal en sentido amplio. La norma jurídico-penal establece a la vez el imperativo dirigido al juez y el destinado a los ciudadanos. Aunque sólo formula expresamente la norma secundaria, tácitamente contiene también la norma primaria.

Ello permite decir que la conducta que se halla penada por una norma penal está a su vez prohibida por dicha norma penal. Cuando en las páginas que siguen se diga que la norma penal prohíbe las conductas antijurídicas, ello deberá entenderse en el sentido de que el hecho está prohibido por la norma primaria contenida en la norma penal. No se olvida, pues, que el delito nunca puede infringir el imperativo que impone la pena (la norma secundaria o «punitiva» en sentido estricto), sino que, como decía Binding, el delincuente *cumple* el supuesto de hecho de dicho imperativo dirigido al juez (lo que el autor llama «ley penal»). Pero nos apartamos de Binding cuando contraponía la «ley penal» a la «norma» y negaba el carácter de norma a la primera, pues, 1.º: en nuestro planteamiento el mandato de castigar dirigido al juez también es una norma (secundaria) y, 2.º: la norma jurídica la consideramos establecida por la misma norma jurídico-penal que expresa la norma secundaria, y no como norma previa a la ley penal. De ahí que nosotros hablemos de norma penal tanto para referirnos a la norma secundaria como en relación a la norma primaria: ambas constituyen el contenido, expreso o tácito, de la norma jurídico-penal.

Importa destacar que el ámbito de la norma secundaria (que impone la *pena*) es menos amplio que el de la norma primaria: ésta prohíbe *más* conductas de las que obliga a castigar la norma secundaria, porque de todos los hechos prohibidos por la norma jurídico-penal (es decir, los hechos *antijurídicos*), sólo son punibles los realizados por un sujeto *culpable*. La prevención a través de la pena sólo tiene lugar frente a los eventuales culpables dirigiéndoles la norma primaria apoyada en la norma secundaria. A los eventuales no culpables sigue dirigiéndoles, sin embargo, la norma primaria. La ausencia de culpabilidad hace que el Derecho, en atención a las anormales condiciones de motivación del autor, no considere adecuada la pena, pero no significa que no pueda valorar el hecho como indeseable para los intereses penalmente protegidos. La infracción de la norma primaria que protege estos intereses por parte del inculpable no puede ser *castigada*, pero puede tomarse en cuenta como base para la imposición de una *medida de seguridad*. La antijuridicidad expresa, pues, una valoración jurídico-pe-

nal negativa de un comportamiento, distinta y de más amplio espectro que la que implica la concreta punición asignada a la culpabilidad. Suele describirse el contenido de la valoración propia de la antijuridicidad diciendo que el hecho injusto se halla «prohibido» o «prescrito». Para un planteamiento preventista como el nuestro sólo puede entenderse en el sentido de que el Derecho penal *desea* (y no sólo juzga «bien» o «mal») la no realización o, por el contrario, la realización del hecho.<sup>61</sup>

Ahora bien, para que el Derecho penal *pueda* desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta *evitable mediante la motivación normativa*. Un Derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar. La «valoración» de la antijuridicidad presupone ya la posibilidad de «determinación» del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por medio de la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto a él la función de prevención que justifica la norma penal en el Estado social.

Se sigue que no cabrá considerar constitutivo de delito ningún hecho que no sea *posible* o no sea *necesario* evitar mediante la motivación normativa (ámbito de la *antijuridicidad*). Pero tampoco cabrá reputar delictivo un hecho cuando, pese a subsistir la necesidad y posibilidad de intentar su prevención, *no sea lícito* castigarlo en atención a las anormales circunstancias en que lo realiza su autor (ámbito de la *culpabilidad*). Los tres pilares del planteamiento efectuado —posibilidad, necesidad y licitud— se fundan en la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho. Los dos primeros, porque la función de prevención que corresponde al Derecho penal, en este modelo de Estado, pierde su fundamento cuando deja de ser posible o necesaria, ya que la prevención sólo se justifica políticamente por su necesidad para la protección de la sociedad, lo que presupone que esta protección sea posible.<sup>62</sup> El tercer extremo enunciado —la licitud de la punición— remite a los límites que la prevención debe encontrar en un Estado social que sea democrático y de Derecho.

A continuación se intentará dar concreción al planteamiento que acaba de formularse de forma general. Se seguirá, para ello, el procedimiento de replantear el sentido y contenido de cada una de las categorías de la teoría del delito, teniendo en cuenta la forma de operar de la norma preventiva y

61. No obstante, desde el prisma de la lógica deóntica la prohibición de una conducta equivale a la prescripción de su omisión y viceversa (cfr. von Wright, *Handlung*, cit., p. 121), por lo que también cabe hablar sólo, como haré generalmente en lo sucesivo, de prohibiciones (o de mandatos).

62. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., p. 115.

a la luz de la trilogía sugerida de la posibilidad, necesidad y licitud de la prevención en un Estado social y democrático de Derecho. Se pretende, como se ve, un objetivo doblemente ambicioso: *basar la teoría del delito en la función de prevención, fundándola al hacerlo, como ésta, en el sentido político que la Constitución impone al Derecho penal.*

## V. La antijuridicidad en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho

### 1. LA EXIGENCIA DE COMPORTAMIENTO HUMANO

Según la definición de delito, ampliamente admitida en su estructura central por la doctrina dominante que Von Liszt inició hace cerca de un siglo, el primer requisito de dicho concepto es la concurrencia de una *acción* o *comportamiento*. La necesidad de este requisito<sup>63</sup> parece tan elemental en nuestro momento histórico, al menos en los delitos de actividad positiva, que con frecuencia deja de razonarse suficientemente. Tal actitud puede dificultar la solución de la cuestión, hoy en discusión, del sentido autónomo, o no, de la categoría dogmática de «acción». En favor de su consideración autónoma concurriría la naturaleza *prejurídica* de la acción, que se mezclaría a veces con la idea de que la exigencia de dicho elemento es previa e independiente de la ley penal por constituir un postulado que la «naturaleza de las cosas» impone al Derecho.<sup>64</sup> Mas, por de pronto, una cosa es que la acción constituya un concepto prejurídico de la vida y otra que su exigencia no dependa del, sino que se imponga al, Derecho. Sin duda, el comportamiento a enjuiciar no lo crea el Derecho, sino que *preexiste* a éste: el matar existiría aunque no se hallara penado por la ley. Pero el comportamiento preexistente puede contemplarse en distintos *sentidos*: así, como acción final o como causación de un evento.<sup>65</sup> Y tanto la *necesidad* de que concurra un comportamiento preexistente, como el *sentido* en que debe concurrir para la presencia de un delito no pueden derivar *necesariamente*

63. No así su carácter de categoría autónoma antepuesta a la tipicidad. Cfr. *infra*.

64. Así, como es notorio, H. Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 202; del mismo autor, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964, p. 14.

65. No comparto la tesis finalista, ahora expresada por Hirsch, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der ZStW», *ZStW*, 93, 1981, pp. 846, 847, 849, según la cual, aunque sea el Derecho el que remite al concepto de acción, este concepto tiene una estructura necesariamente final. El lenguaje, por el contrario, utiliza *también* el término acción para expresar hechos fortuitos, y se dice, así, que alguien *ha matado* a otro aunque haya sido por accidente.

de exigencias previas al Derecho, como lo prueba, por ejemplo, el hecho de que en anteriores épocas históricas se castigasen hechos producidos por animales. Es la función que se atribuye a las normas penales en el Estado moderno la que determina la necesidad de un comportamiento humano, como también la que obliga a tomar a éste en su sentido final. En particular, en el Estado *social* consagrado por la Constitución, la función de prevención que corresponde a la norma penal exige que ésta se dirija a evitar de la sociedad comportamientos evitables mediante la motivación. Si el cometido de la amenaza penal es el de conseguir —siquiera a través de la internalización que tiene lugar a través de la mediación de la sociedad— motivar al ciudadano para que deje de cometer delitos, sólo podrá pretender tener éxito con relación a comportamientos que el ciudadano conduzca finalmente y pueda, por tanto, controlar y dejar de realizar. La norma preventiva no podría cumplir su función, y, por tanto, perdería su fundamento político-constitucional cuando conminase con pena hechos no guiados por la voluntad humana, esto es, cuando considerase como delitos hechos carentes del carácter de comportamientos voluntarios (finales).<sup>66</sup> Nótese, en cambio, que un Derecho penal que —como acaso el medieval— se justificase como testimonio de la justicia y como medio de *retribución* de la injusticia, podría llegar a castigar hechos distintos a los comportamientos humanos, como por ejemplo, de animales, si considerase que también éstos pueden causar males injustos. Mas esto sólo sería posible en una concepción propia de un modelo de Estado históricamente ya lejano, «satisfactiva», no «regulativa», del Derecho. En el Derecho de un Estado moderno como es el social, que impone la función de *configuración* de la vida social, debe perseguirse la *regulación* de conductas, la cual sólo es posible mediante la motivación propia de la norma respecto a comportamientos humanos voluntarios (finales).

Se llega por esta vía a la conclusión de que, por una parte, el comportamiento voluntario (final) constituye un concepto preexistente a la ley penal<sup>67</sup> —en este sentido, «prejurídico»— pero también a la de que,

66. En este sentido no basta, pues, que el hecho delictivo responda a una voluntad sino que sólo puede ser prohibido *en la medida en que* constituya un comportamiento finalmente querido *en cuanto tal* —con lo que se viene a dar la razón al finalismo (cfr. así, Armin Kaufmann, «Zur Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Welzel-Festschrift*, Berlín, 1974, p. 395)—, si bien a partir de la función motivadora de un Derecho penal preventivo y no de la «naturaleza de las cosas».

67. Ciertamente la acción no puede constituir un concepto meramente «naturalístico» (ni causal ni final), sino que necesariamente posee una dimensión de *sentido*; pero ello no obsta a que este concepto «normativo-social» pueda preexistir a su valoración jurídica. Cfr. Arthur Kaufmann, «Die ontologische Struktur der Handlung», en su libro *Schuld und Strafe*, Colonia, 1966, pp. 32 y s.

por otra parte, su necesidad para la presencia de un delito no es previa al Derecho penal, sino determinada por la función de prevención mediante la motivación propia de la norma penal.<sup>68</sup> Ahora bien, que la exigencia de un comportamiento voluntario (final) no sea prejurídica supone que no es anterior, sino que se deriva de la esencia de la *antijuridicidad*. La categoría dogmática de acción no puede considerarse, pues, precedente a la de antijuridicidad, sino precisamente el primer presupuesto (general) de ésta. Mas ello no obsta necesariamente a la conveniencia de anteponer, con carácter autónomo, la exigencia de acción a la categoría de tipicidad. Si se demuestra que *todo* delito requiere un comportamiento voluntario (final), siquiera sea por la función de la norma, tal requisito no dependería de los distintos tipos legales, sino que éstos la presupondrían necesariamente. Ocupándose la *tipicidad* de los requisitos diferenciales de las distintas clases de tipos, y al ser el comportamiento voluntario (final), en cambio, presupuesto general de todo tipo, estaría justificado anteponer al estudio de las distintas clases de tipos la categoría, en este sentido previa, de comportamiento. La necesidad de una conducta voluntaria final no sería *previa* al *Derecho penal* ni, por tanto, a la categoría de antijuridicidad —sino derivada de la función de la pena y de los límites que ésta impone al injusto—, pero sí precedería a las diferentes especies de tipos de delito.

Ahora bien, condición de todo ello es que se pruebe que todos los tipos legales presuponen la concurrencia de un comportamiento voluntario (final), lo cual no es evidente en los *delitos de omisión*. Juzgando imposible considerar necesaria en tales delitos una acción en el sentido naturalístico positivo del concepto, la doctrina dominante ha mantenido la categoría de comportamiento en los delitos omisivos por el procedimiento de entender ésta en su sentido *normativo-social*, que abarca también el comportamiento consistente en la defraudación de una expectativa social.<sup>69</sup> Me parece, sin embargo, decisiva la objeción que Gallas ha dirigido a un tal planteamiento: para la existencia de un delito de omisión no es imprescindible la concurrencia de una expectativa social prejurídica, defraudada por la conducta del sujeto, sino que, aun faltando, *bastaría* la infracción del deber de

68. El fundamento jurídico-normativo, y no naturalístico-prejurídico, de la exigencia de comportamiento ha sido proclamado por un sector de la doctrina, aunque de ello suele derivarse, además, la consecuencia de que la acción es un concepto jurídico. Es característico de esta dirección Roxin, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en su libro *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., pp. 106 y ss.

69. Cfr. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., 1972<sup>3</sup>, pp. 168 y s., y 1978<sup>3</sup>, p. 485.

actuar impuesto *por la ley penal*.<sup>70</sup> ¿Significa esto que no es posible ningún presupuesto anterior al tipo de los delitos de omisión? A esta conclusión puede parecer que deba llegarse si, por otra parte, se ha empezado negando la posibilidad de ver una acción positiva en la omisión. Mas acaso tal negación pueda revisarse, lo que resultaría altamente conveniente para evitar tener que admitir la absurda conclusión de que los delitos de omisión no precisan estar constituidos por ningún comportamiento humano.

La única forma de obviar este resultado inadmisibles es advertir que los tipos omisivos requieren, tanto como los de comisión positiva, un comportamiento humano constituido generalmente por una *actividad positiva*. La no realización de la conducta exigida por la ley tiene lugar casi siempre mediante la ejecución de una acción positiva *distinta* a aquélla.<sup>71</sup> Así, por ejemplo, el conductor que no se detiene en el lugar del accidente para socorrer a la víctima omite la prestación de auxilio a través de la acción positiva de *alejarse* del lugar del suceso. Podría decirse que en los delitos de omisión existen tantos comportamientos (positivos) típicos cuantas posibles

70. Cfr. Gallas, *Lehre vom Verbrechen*, cit., pp. 26 y ss. (*La teoría del delito en su momento actual* (trad. J. Córdoba Roda, Barcelona, 1959, pp. 17 y ss.). También es convincente la crítica que aquel autor dirige al intento del finalismo de descubrir un contenido positivo prejurídico en la omisión apuntando a la *finalidad subjetiva* de no hacer. Cfr. el ejemplo que propone en *op. cit.*, p. 26 (traducción, p. 17), nota 28. Además, ¿qué quedaría en los delitos de omisión realizados por culpa *inconsciente?* (*ibidem*). Por último, aunque el *querer* no hacer, cuando concorra, constituye un dato *positivo*, no impide que el no hacer objetivo a que se refiere siga siendo algo puramente negativo y, por tanto, inexistente en cuanto tal. Seguiría faltando la base externa imprescindible para un comportamiento externo susceptible de regulación por un Derecho que respete los pensamientos.

71. De esta observación parte la doctrina del *aliud agere*, cuyo origen se atribuye a Luden, *Abhandlugen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*, II, Gotinga, 1840, pp. 250 y ss., quien sin embargo pretendía erróneamente poder deducir una relación de causalidad entre el comportamiento positivo realizado y la producción del resultado en los delitos de comisión por omisión. Evidentemente, el *aliud agere* sólo constituye un presupuesto y no la esencia de la omisión, esencia que sólo puede descubrirse en el nivel de lo normativo del tipo, como infracción de un deber jurídico de actuar en determinado sentido. Sobre la doctrina del *aliud agere* críticamente G. Rodríguez Mourullo, *La omisión del deber de socorro*, Madrid, 1966, pp. 21 y ss.; también S. Huerta Tocildo, «Concepto ontológico o concepto normativo de omisión», *CPC*, n.º 17, 1982, p. 235, quien, sin embargo, pasa por alto la diferencia fundamental entre la concepción de Luden y la que sostengo en el texto, que en absoluto pretende que la omisión *consista* en una conducta positiva, sino *sólo* que la omisión requiere, como *uno* de sus presupuestos, realizar un comportamiento humano positivo: la realización de este comportamiento no constituye, por sí sola, ninguna «omisión», concepto éste que no es previo al tipo (no es naturalístico ni prejurídico), sino normativo. Yo no trato, pues, de buscar un «superconcepto» de «comportamiento» que comprenda tanto a la acción como a la omisión. Al contrario, creo que la acción y la omisión se mueven en planos distintos: ontológico y prejurídico el de la acción y jurídico el de la omisión. Digo sólo que en el plano ontológico y prejurídico sólo hay acciones y comportamientos positivos, y ello tanto si dichos comportamientos realizan (luego) un tipo de acción como un tipo de omisión (o una «omisión *tout court*»). En este sentido, dice recientemente W. Maçior, «Das Verbrechen als verbotene Handlung oder als Mangel der gebotenen Handlung», *ZStW*, 93, 1981, pp. 1063 y s., que la «omisión» no existe en el mundo real externo, sino que sólo aparece en la esfera del «deber ser», aunque *parta* del contexto social y de la acción *opuesta a la debida*.

conductas distintas a la realización de la acción esperada. El legislador hubiera podido describir tales tipos positivamente diciendo: «el que realizare un comportamiento distinto al de...»; aunque ciertamente hubiera sido menos elegante.

¿Y si el sujeto omite por la vía de «no hacer nada en absoluto»? Prescindamos de que es difícil que alguien pueda dejar de realizar *toda* acción positiva, pues aunque es imposible permanecer absolutamente inmóvil, los movimientos involuntarios no pueden considerarse «acciones» porque no se hallan controlados por la voluntad. Pero incluso las formas de pasividad relativas pueden considerarse constitutivas de *comportamientos* dotados de un significado social *positivo*, distinto al de no hacer algo esperado. Así, quien permanece relativamente quieto de pie mientras observa un accidente a cuya víctima podría y debería socorrer, está realizando un comportamiento que socialmente posee el significado de «estar de pie observando», lo cual ya es «hacer algo» positivo. Incluso en los casos como éste de «pasividad», la omisión tiene lugar mediante un comportamiento humano positivo.<sup>72</sup> Se puede, pues, evitar el absurdo, antes referido, de tener que admitir que puedan existir delitos que no requieran ningún comportamiento humano, esto es, cuyo tipo se asiente en un concepto meramente negativo, de «no hacer» que, como tal, *no es nada ni puede existir*.<sup>73</sup>

Al mismo tiempo ello permite mantener el presupuesto general de un comportamiento humano. Se guarda coherencia, así, con la función motivadora preventiva de la conminación penal que ha de servir de punto de partida de la teoría del delito en el Estado social: la pena sólo puede intentar motivar a la evitación de un comportamiento controlado por la voluntad humana. Por otra parte, el planteamiento del texto, al *unificar* la base sobre la que se apoyan todos los delitos, sean de comisión positiva, sean de omi-

72. En cambio, resultaría más difícil calificar tales formas de comportamientos pasivos como «acciones» en sentido estricto, pues la *acción* implica de suyo la intervención *activa* en el curso causal de los acontecimientos (advírtase la coincidencia de origen etimológico de *acción* y *activo*, términos ambos procedentes del verbo *ago*, *egi*, *actum*, de significado más activo que *facio*, *feci*, *factum*, del que proviene el verbo castellano *hacer* y su participio *hecho*). Sobre esto véase J. Mosterín, *Racionalidad y acción humana*, Madrid, 1978, pp. 141 y ss.

73. El «no hacer» no deja de ser puramente negativo y, por tanto, en sí mismo inexistente aunque se entienda como «no hacer algo determinado», como a veces piensa la doctrina (así, por todos, Armin Kaufmann, *Die Logmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 25 y ss.). Únicamente sería positivo un «no hacer algo debido o esperado», pero sólo en el sentido *normativo* de infracción de una norma o frustración de una expectativa. Seguiría sin explicarse qué realidad prejurídica podría servir de soporte a dicha infracción o frustración, aparte del mero dato negativo (de algo inexistente) del no hacer. Para una crítica del «principio de inversión» en Armin Kaufmann, *vid.* B. Haffke, «Unterlassung der Unterlassung», *ZStW*, 87, 1975, pp. 44 y ss.

sión, viene a ofrecer una importante «reducción de la complejidad», función a la que debe servir todo sistema<sup>74</sup> y que resulta especialmente necesaria en un sistema como el de la teoría del delito cuyo principal defecto acaso sea el de su excesiva complejidad y que es posible requiera una simplificación aún más radical.

Para terminar este apartado destinado a la acción adviértase que, aparte de la conclusión extraída a partir del Estado social, la necesidad de que éste sea, además, *democrático* y *de Derecho* confiere fundamento político-constitucional a la exigencia de que todo delito esté constituido por un comportamiento *externo* y no meramente mental,<sup>75</sup> ya que desde la Revolución francesa se considera fundamental limitar el ámbito del Derecho al fuero externo y nadie discute que no cabe castigar los pensamientos. Por otra parte, en un modelo de Estado como el acogido en el artículo 1, 1.º de la Constitución se refuerza la conveniencia de que la categoría dogmática de acción sólo permita castigar *conductas* y *no personalidades* (Derecho penal del hecho).<sup>76</sup>

## 2. COMPORTAMIENTO Y TIPICIDAD COMO REQUISITOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

En el apartado anterior se ha derivado la exigencia de un comportamiento voluntario (final) de la función motivadora de la norma penal y de los límites que la misma impone a la antijuridicidad, rechazándose, por tanto, la separación de las categorías de comportamiento humano y antijuridicidad, y erigiendo aquélla en la primera componente de ésta. La antijuridicidad no puede considerarse la segunda o tercera nota —según se en-

74. En este sentido la *Systemtheorie* de N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, Berlín, 1969, pp. 41 y s.; del mismo autor, «Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse», en Habermas y Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?*, Francfort, 1971, p. 71, y también, *Rechtssoziologie*, Reimbeck, 1972, pp. 132 y ss.

75. Cfr. H. von Weber, «Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff», en *Festschrift f. Engisch*, Francfort, 1969, p. 330; Art. Kaufmann, *Die ontologische Struktur der Handlung*, cit., p. 50. La concepción aquí sustentada de la omisión como un *comportamiento socialmente positivo* distinto al esperado permite superar las dificultades que de otro modo surgen para explicar su carácter externo (así A. Kaufmann, cit., pp. 51 y ss., no logra explicar este carácter externo de la omisión *pura*). Sobre estas dificultades, cfr. Maiwald, «Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?», *ZStW*, 86, 1974, pp. 626, 651 y s. Recientemente Hirsch, *ZStW*, 93, 1981, cit., p. 854, niega que la omisión constituya sólo algo mental (*cogitatio*) con el argumento de que en ella el Derecho impone el deber de realizar una *acción determinada*: pero contra este argumento *vid. supra*, nota 52.

76. Por todos cfr. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 17.

globe o no en ella la tipicidad— de la definición de delito, siguiente a la de comportamiento humano,<sup>77</sup> sino la primera característica, que junto a la de culpabilidad constituye uno de los dos únicos pilares sobre los que se apoya fundamentalmente<sup>78</sup> la noción de delito.<sup>79</sup> La concurrencia de un comportamiento humano constituye el primer requisito de la antijuridicidad. Por ser común a todo tipo, puede anteceder al estudio de la adecuación de la conducta a una clase de tipo. La tipicidad constituirá, pues, el segundo requisito de la antijuridicidad.

A la tipicidad y no al ámbito del comportamiento, corresponderá la problemática propia de la omisión y del resultado. De acuerdo con lo dicho en el número anterior, los delitos de omisión no se distinguen de los de actividad en el terreno del comportamiento —pues ambos requieren un comportamiento humano positivo—, por lo que habrá de buscarse su diferenciación en el ámbito del tipo. Mientras que en los tipos de comisión se describe positivamente una actividad prohibida que se pretende evitar, en los de omisión se alude, negativamente, a la no realización de una acción debida, que se desea conseguir. También en los tipos de omisión el sujeto debe efectuar un comportamiento positivo, pero éste no se halla descrito por el tipo positivamente, sino que entra en él al no ser la conducta debida.

El *resultado* tampoco pertenece a la temática del comportamiento, previa al tipo, porque en el sentido en que aquél posee relevancia dogmática específica —esto es, como modificación del mundo exterior *separada espacio-temporalmente de la conducta corporal*—,<sup>80</sup> no constituye, a diferencia del comportamiento, una exigencia general de todo tipo, sino sólo de los tipos de resultado.

77. Sin embargo, cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1969, pp. 31 y s.; Maurach Zipf, *Strafrecht*, Allg. Teil, 5.ª ed., Karlsruhe, 1977, p. 196; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 173; Stratenwerth, *Strafrecht*, Allg. Teil, 2.ª ed., Colonia, 1976, n.º 132.

78. Prescindimos aquí de la categoría de la «punibilidad».

79. Cada vez es mayor el número de los autores que inician la definición de delito por el injusto; cfr. Gallas, *Beiträge*, cit., pp. 30 y s.; Klug, «Das Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem», en *Festschrift f. C. A. Emge*, 1960, pp. 33 y s.; Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., p. 107; Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allg. Teil, cit., pp. 177 y s.; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín, 1976, p. 184; Noll, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *Kriminologische Schriftenreihe*, tomo 54, 1971, p. 22; Bockelmann, *Strafrecht*, Allg. Teil., 2.ª ed., Munich, 1975, pp. 50 y s.; Otter, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau?*, 1973, p. 199.

80. Cfr. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 209.

### 3. PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA ANTIJURIDICIDAD

Pero previo a todo lo anterior, tanto al comportamiento como a la tipicidad, es el estudio de la *problemática general de la antijuridicidad*, categoría en la que se insertan aquellos dos conceptos. La fundamentación político-constitucional de la función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho como función de prevención, y la consiguiente concepción de las normas penales como medios de motivación de la colectividad a evitar la comisión de conductas delictivas, condicionan decisivamente la esencia de la antijuridicidad, en particular por lo que respecta al dilema de *desvalor de la acción y desvalor del resultado*.<sup>81</sup> Es notorio que las dos concepciones históricamente más importantes de la antijuridicidad se definen en función de su actitud frente a este par de conceptos. La perspectiva *causalista* parte de la consideración del desvalor del resultado producido como fundamento de lo injusto, y sólo excepcionalmente ha admitido la trascendencia del desvalor de la acción para esta categoría dogmática. El *finalismo*, en cambio, trasladando el punto de mira al momento subjetivo de la anteposición mental de la meta, de la finalidad que guía la acción, considera centro de lo injusto el desvalor de la acción, aunque no abandone totalmente el desvalor del resultado. Al hacerlo, los finalistas entienden la acción a partir de su dimensión subjetiva, como expresión de la finalidad, como manifestación de la decisión de voluntad. El desvalor de la acción es entonces, ante todo, desvalor de la vertiente subjetiva del hecho, y la concepción finalista del injusto aparece en todo caso como *teoría del injusto personal*.<sup>82</sup> El concepto causalista del injusto queda contrapuesto al de finalismo, en este sentido, como una concepción *objetiva* frente a otra *subjetiva*. Pues bien, a mi juicio, la función de prevención de la pena a través de la motivación impone contemplar el hecho *ex ante*, desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la constatación de que se ha producido un resultado; no obstante, creo que ello no obliga a situar el acento en lo subjetivo ni permite abandonar como fundamento de lo injusto el terreno de la objetividad de la acción. A continuación desarrollaré brevemente estas afirmaciones.

81. Cfr. Krauss, «Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht», *ZStW*, 76, 1964, pp. 19 y ss.; Stratenwerth, «Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht», *SchwZStR*, 79, 1963, pp. 237 y ss.; Rudolphi, «Inhalt und Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre», en *Festschrift f. Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 51 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 190 y ss.

82. Cfr. Welzel, *Lehrbuch*, cit., p. 62 («Unrecht ist täterbezogenes "personales" Unrecht»), aunque también admite la relevancia para el desvalor de la acción de los especiales deberes personales que objetivamente infrinja la conducta y, sobre todo, la pertenencia del objetivo «deber de cuidado» a lo injusto de la acción de los delitos imprudentes: cfr. *ibidem*, § 18.

La función de prevención obliga a contemplar el hecho *ex ante*. Si lo que fundamenta la conminación penal en un Estado como el proclamado en el artículo 1, 1.º de la Constitución es la necesidad de evitar delitos, esto sólo se puede intentar por parte de una norma penal tratando de *motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas* constitutivas de delito. Ello supone que la evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El Derecho no puede *prohibir* que se produzcan resultados dañosos —¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!—, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados.<sup>83</sup> Un resultado, *en sí mismo*, no puede infringir las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho —por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente—.

Si las normas penales sólo pueden pretender regular conductas humanas y no pueden prohibir que tengan lugar resultados lesivos por otra vía, sólo podrán oponerse a tales normas conductas distintas a las impuestas por ellas. Y como el Derecho penal de un Estado social debe entenderse como un conjunto de normas de regulación (de prevención), sólo podrán considerarse contrarias al *Derecho* penal dichas conductas distintas a las deseadas por sus *normas*. La antijuridicidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal, y no como la causación, como estado, de la lesión de un bien amparado por el Derecho penal.<sup>84</sup>

Ante la alternativa de desvalor de la acción o desvalor del resultado,<sup>85</sup>

83. Así Armin Kaufmann, *Welzel-Festschrift*, cit., p. 393; Otto, «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», *ZStW*, 87, 1975, p. 567; Gimbernat Ordeig, *Henkel-Festschrift*, cit., p. 159, nota 17 (*Estudios de Derecho Penal*, p. 145, nota 40); Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Francfort, 1975, Preámbulo al § 1 Anm. 17 y 50; D. M. Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, p. 253; Bustos y Hormazábal, «Significación social y tipicidad», en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminología*, Santiago de Compostela, 1982, p. 35.

84. Es preciso, pues, desde el prisma de un Derecho penal preventivo-social, invertir la expresiva formulación de Mezger, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS*, 89, 1924, pp. 245 y s., según la cual el injusto supone la «modificación de un estado jurídicamente aprobado o la producción de un estado jurídicamente desaprobado, no la modificación jurídicamente desaprobada de un estado». Tal fórmula refleja la concepción que sirvió de base a la doctrina neoclásica, vinculada a una imagen «valorativa» y, por tanto, retributiva de la función punitiva. En la actualidad se ha advertido la necesidad de superar este planteamiento y se ha añadido la idea del *desvalor del acto*, pero en general no como alternativa al Derecho penal del resultado (cfr., por ejemplo, H. H. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 190 y ss.). El texto cree preciso acompañar al paso de la retribución a la prevención la verdadera *sustitución* del desvalor del resultado por el desvalor de la acción, aunque no en el sentido subjetivo del finalismo.

85. Entiendo aquí por «desvalor del resultado» no sólo el desvalor que se deriva del «resultado» en sentido estricto, es decir, el que se requiere en los delitos de resultado, sino también el desvalor que corresponde al efectivo carácter lesivo de la conducta en los delitos de mera actividad.

un Derecho penal al servicio de la función de prevención debe inclinarse, pues, por el desvalor de la acción.<sup>86</sup> Pero ello no obliga, decía, a dejar el terreno de lo objetivo y trasladar la materia de prohibición al momento subjetivo de la decisión de voluntad. Si la función de prevención (Estado social) persigue que los ciudadanos eviten la realización de conductas que puedan lesionar bienes jurídicos, para que la prevención respete el límite liberal del fuero interno (Estado democrático de Derecho), el objeto de la prohibición no podrá ser el decidir sólo en contra de tales bienes, sino precisamente la conducta que se quiere que el ciudadano no realice. Un tal Derecho penal preventivo no tiene por objeto que el sujeto no «adopte decisiones» contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es el de los procesos de interacción social. Ciertamente que la motivación penal se dirige a la consecución de una resolución de su destinatario, necesariamente subjetiva, en el sentido de no cometer el delito; pero no bastaría para el injusto tal resolución por sí sola, sino que es precisa su efectiva exteriorización en una conducta que pueda modificar las expectativas sociales, que es lo único que la norma puede prohibir en un Estado social y democrático de Derecho. El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir. Con esto me aparto del planteamiento originario del injusto personal del finalismo.<sup>87</sup>

También es objetiva la razón que fundamenta la prohibición de una determinada conducta. Desde el planteamiento preventivista que resulta forzoso en un Estado social al servicio de la sociedad, la selección de los com-

86. En favor de negar toda función *fundamentadora* de lo injusto al desvalor del resultado, se pronuncian en la actualidad autores procedentes de distintos sectores doctrinales. Desde el prisma finalista, una corriente tiende a llevar a sus últimas consecuencias el punto de partida del desvalor del acto, que ya Welzel consideró único fundamentador de su «antinormatividad» (*Lehrbuch*, cit., p. 136); así Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, pp. 6, 128 y ss., 200 y ss.; Armin Kaufmann, *Welzel-Festschrift*, cit., pp. 3909 y ss., 403 y 411; Schaffstein, «Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten», en *Welzel-Festschrift*, cit., pp. 561 y s. (para la imprudencia). También Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 78 y ss. Desde su planteamiento teleológico, más próximo al texto, Schmidhäuser, *Lehrbuch*, cit., pp. 219 y s., 238. Cfr. asimismo, encuadrando la teoría del injusto personal en el interior de una teoría del sistema, H. Otto, *ZStW*, 87, 1975, cit., p. 567.

87. Por supuesto que también el finalismo requiere la exteriorización de la actitud interna, pero ello no obsta a que *parte* de que la razón que fundamenta el castigo de lo externo es la de que expresa una determinada actitud interna, que pasa así a núcleo de lo injusto. Por ello empieza Welzel afirmando en su *Lehrbuch*, cit., p. 4, que el cometido del Derecho penal es la protección de los «valores de la acción», de donde se sigue que el «desvalor de la acción» apunta en el finalismo a la actitud interna —por mucho que se requiera que ésta trascienda al exterior en una acción—.

portamientos que han de prevenirse y prohibirse bajo pena debe tener lugar en función del *peligro objetivo* que cada conducta supone para bienes jurídicos —y no en base a la gravedad de la *actitud interna* demostrada por la decisión delictiva—. Aquí no me ocuparé del concepto *material* de bien jurídico que reclama el modelo de Estado social y democrático de Derecho estudiado ya en otro lugar.<sup>88</sup> Diré sólo que el bien jurídico no puede entenderse como realidad *naturalística* (como quería el positivismo naturalista) ni como valor *ético-individual* (como entendió el neokantianismo), sino en sentido *social*, en cuanto condiciona las posibilidades de participación en los sistemas sociales por parte de cada individuo.<sup>89</sup> Ni el delito ni el injusto poseen, pues, un contenido de significado meramente individual, sino social.<sup>90</sup> Mas en este lugar me importa resaltar que no es la lesión resultante, como estado, de un bien jurídico, sino su objetiva puesta en peligro, como conducta, la que fundamenta lo injusto. La gravedad de dicho peligro depende tanto de la importancia del bien jurídico a que afecta como al grado de su proximidad. Es preciso, en todo caso, destacar que esta clase de peligrosidad nada tiene que ver con la peligrosidad de un *sujeto* consistente en la probabilidad de que delinca en el futuro, ni tampoco se refiere a la cuestión de la probabilidad de que un determinado delito se produzca o repita también en el futuro. El peligro objetivo al que ahora aludo consiste en la capacidad propia de una determinada conducta para producir un resultado lesivo —en sentido paralelo al que se utiliza en el concepto de peligrosidad de la acción en los delitos de peligro—. <sup>91</sup>

Puesto que la norma penal preventiva apunta al momento de realización de la conducta, intentando motivar a su evitación, el juicio de peligrosidad que convierte en prohibida la acción deberá efectuarse *ex ante*, en el mo-

88. Cfr. mi *Introducción*, cit., pp. 135 y ss., y mi *Objeto del delito*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix.

89. Así Calliess, *Theorie der Strafe*, cit., pp. 143 y ss. Aceptando este punto de partida, Terradillos concreta el contenido de las posibilidades de participación en forma de «posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas» y de modo que suponga una participación no alineante e igualitaria en la riqueza de la especie: cfr. «La satisfacción de necesidades...», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, n.º 63, p. 136. Acoge también la concepción del bien jurídico como posibilidad de participación del individuo en el sistema social, I. Berdugo, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pp. 22 y s.

90. Cfr. Bustos, *Significación social*, cit., pp. 22 y ss.: «El bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica», p. 22.

91. No equivale, en cambio, al *resultado (ex post)* de que la acción haya estado a punto de lesionar un determinado y concreto objeto de la acción, resultado necesario en los delitos de peligro concreto, sino al pronóstico de *futuro* que supone la peligrosidad *ex ante* de la acción. Cfr. el concepto de peligro en Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 211; Schmidhäuser, *Lehrbuch*, cit., pp. 207 y s.; Horn, *Konkrete Gefährungsdelikte*, pp. 143 y ss.; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, 1981, pp. 399 y ss. (nota 33).

mento en que el sujeto va a actuar, no importando en cambio la peligrosidad *resultante ex post*.<sup>92</sup> El Derecho sólo puede pretender que los ciudadanos omitan aquellos comportamientos que en el momento de ser llevados a cabo aparezcan como peligrosos. ¿Cómo podría prohibir la norma penal a su destinatario que verificase una acción cuya peligrosidad para el bien jurídico cuya tutela constituye la única razón de la pena no puede advertirse hasta después de realizada?

Lo anterior conduce a la necesidad de erigir en contenido de lo injusto no el resultado ni la conducta que se demuestre efectivamente peligrosa *a posteriori*, sino los comportamientos peligrosos que aparezcan como tales en el momento de llevarlos a cabo, aunque luego resulte que en realidad no lo eran. ¿Supone esto una subjetivización de lo injusto objetivo? Así sería si la decisión sobre la apariencia se confiase a cada sujeto, pero no si se remite al juicio *de la sociedad*, representado por el criterio generalizador, normativo-social, del *espectador objetivo* situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilidades de que entonces éste dispone. Ello explica la fórmula manejada por la teoría de la adecuación, que precisamente sólo en un planteamiento como éste puede encontrar su fundamentación.<sup>93</sup> Si bien la antijuridicidad, como antinormatividad, no se define en función de la peligrosidad *real* que pueda comprobarse *ex post* que encierra una acción, sigue poseyendo un contenido objetivo si se refiere a la *apariencia social-objetiva* de peligrosidad que *ex ante* presente un determinado comportamiento.

#### 4. CUESTIONES PARTICULARES

##### A) *El papel del resultado*

El situar, de este modo, el núcleo de lo prohibido por la norma preventiva en la *conducta* externa que *a priori* aparece como peligrosa, hace necesario preguntar si pueden tener cabida en lo injusto el resultado,<sup>94</sup> por una parte, y el dolo y la imprudencia, por otra. Por lo que se refiere al *resul-*

92. Así J. Fischer, *Die straflose Notwehrüberschreitung*, Munich, 1971, pp. 5 y s. Con relación a las causas de justificación, Armin Kaufmann, *Welzel-Festschrift*, cit., pp. 400 y s. Para el caso fortuito Luzón Peña, *Legítima defensa*, cit., p. 253.

93. Así Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1966, pp. 103, 151 y ss.

94. Lo que se diga para el resultado vale en principio para el efectivo carácter lesivo de la conducta en los delitos de mera actividad.

tado, ya se ha dicho que no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico, aunque la voluntad del Derecho de evitarlo constituye la razón de la prohibición de las conductas que puedan causarlo. Mas esta consideración *dogmática* derivada de la esencia de la *antijuridicidad* en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, debe acompañarse de otras observaciones *político-criminales* que permiten disminuir o renunciar a la *punibilidad* cuando la acción prohibida no produce un resultado.

a) La realidad demuestra que la producción de un resultado lesivo constituye una *prueba*, a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo ha causado. La conducta que efectivamente ocasiona una lesión puede probar con ello su capacidad para producirla, mientras que la de hecho no causa resultado lesivo alguno, no es seguro que fuera tan peligrosa.

*En los delitos dolosos* la no consecución del resultado puede (aunque no necesariamente) manifestar una menor peligrosidad de la conducta, por lo que conviene ofrecer al juez la *facultad* (de la que pueda no hacer uso) de atenuar la pena para la tentativa y la frustración. Adviértase que no se presume una *mayor* peligrosidad *ex ante* (lo que supondría una presunción en perjuicio del reo), ni se admite que el resultado *agrave* la pena, sino que, viceversa, se parte de que la pena del delito consumado es la prevista para las acciones que *ex ante* revisten el peligro *típico* de producción del resultado y que en caso de no producirse éste con la misma intensidad puede atenuarse (cuando la peligrosidad *ex ante* resulta menor que la *típica* de aquellas acciones normalmente lesivas). Podría distinguirse, según esto, un grado de peligro *ex ante* propio de las acciones que suelen causar la lesión (peligro típico de la consumación) y otro menor propio de las acciones que en mayor medida pueda preverse que no lleguen a producir el resultado (peligro típico de la tentativa o frustración). Un disparo a quemarropa o desde cerca pertenece al primer tipo de conductas, mientras que un disparo a cincuenta metros entraría dentro del segundo. La ley puede también elevar la pena de ciertas acciones especialmente peligrosas, como sucede con las que tienden a asegurar la ejecución y dan lugar a alevosía en los delitos contra las personas. Por otra parte, en los hechos poco graves (así, en las faltas), puede considerarse conveniente *renunciar* incluso por completo a la grave intervención procesal y penal del Estado si falta la firme prueba de la lesión. Lo mismo puede suceder respecto a hechos cuya estructura haga especialmente equívoca la tentativa.

En el ámbito de la imprudencia, la no producción del resultado puede venir a dar la razón al sujeto que no creía que su acción fuese tan peligrosa como otros pudieran pensar. Evidentemente ello no siempre será así, y la falta de un resultado puede también ser producto de la suerte y no signo de menor peligrosidad de la conducta; pero la dificultad que generalmente supone el decidir acerca de si una acción no seguida de resultado era o no tan peligrosa como la que realmente lo produce, constituye una importante razón político-criminal que aconseja que pueda tomarse en consideración el dato de la causación de una lesión como indicio de peligrosidad *ex ante* de la acción. Por ello, en los hechos imprudentes la función indiciaria del resultado puede ser más importante que en los dolosos, condicionando con carácter general la posibilidad de punición. Hay que tener en cuenta que, hasta que no producen un resultado, las conductas imprudentes carecen de la más inequívoca tendencia lesiva de las acciones dolosas, y que no se reconocen más que por señales exteriores insuficientes que no permiten apreciar circunstancias tal vez decisivas, como la experiencia del sujeto, sus facultades personales, su conocimiento de la situación, circunstancias en las que tal vez se base acertadamente la opinión del sujeto de que su conducta se halla bajo su control. Para valorar todas estas circunstancias habría que abrir un inseguro proceso penal contra el sujeto, con todos sus efectos negativos, en sí mismos punitivos, contando sólo con una hipótesis que de antemano se advierte como muy dudosa. En estas condiciones puede considerarse razonable, en aras de la *seguridad jurídica* y por el principio de *in dubio pro libertate*, que no sea punible el hecho hasta que se cuente con la base indiciaria del resultado, que por lo menos demuestra siempre que algo ha escapado al control del sujeto y que su acción era objetivamente defectuosa, con independencia de si ello puede atribuirse o no al sujeto. Ello resulta especialmente válido en sectores de la vida en que no están suficientemente «tipificadas» jurídica o socialmente las normas de cuidado que deben observarse. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito de los cuidados que requieren los niños pequeños, tan discutibles y variables en cada caso en función del conocimiento previo del niño, conocimiento que difícilmente podrá tener el observador. Hay que partir entonces del *principio de confianza* en el criterio del sujeto, que no quiere producir la lesión, a diferencia de lo que sucede en las conductas dolosas, en las que la voluntad de lesionar obliga a invertir los términos y partir del *principio de desconfianza* que lleva a la punibilidad de la tentativa. En las actividades peligrosas ahora examinadas, por el contrario, el principio de confianza

impide abrir un proceso penal salvo cuando la conducta se demuestre lesiva. Existen, sin embargo, otras esferas de actuación en que la experiencia acumulada permite, atendida su naturaleza, una mayor «tipificación» de las normas de cuidado, y es posible ya acudir a la técnica de los *delitos de peligro*, en las que se castiga sin necesidad de resultado: es lo que ocurre en el Derecho vigente en materia de tráfico rodado.

La adecuada comprensión de estas afirmaciones requiere el examen del papel del dolo y la imprudencia en relación a lo injusto; pero antes debe subrayarse lo siguiente: por una parte, del mismo modo que el resultado puede ser indicio del peligro inherente *ex ante* a una acción, la comprobación, por otra vía, de la ausencia de peligrosidad, objetivamente aparente *a priori*, hace irrelevante la presencia del resultado y excluye lo injusto. Mas adviértase que ello no sucede propiamente cuando concurre tentativa inidónea, que precisamente sólo puede distinguirse de la tentativa irreal objetivamente y, para un Derecho penal coherentemente preventivo, en base a y en la medida del *peligro* que *ex ante* implica la primera de que el intento hubiera resultado idóneo; por ejemplo, quien dispara sobre una cama en la que erróneamente cree que duerme su enemigo, confundiéndole con un bulto que éste ha preparado cuidadosamente para engañarle, realiza una conducta que *ex ante* resultaba peligrosa, porque el bulto parecía un hombre, ya que luego puede resultar serlo.<sup>95</sup> Por otra parte, si el resultado producido no constituye realización del peligro que ostentaba la conducta,

95. Cerezo Mir, *Curso*, I, cit., p. 449, nota 140, niega que en este caso exista tentativa inidónea, porque entiende que esta clase de tentativa se caracteriza por la falta de peligro *ex ante*, ya que considera que *ex post* toda tentativa sería inidónea. Como, no obstante, mantiene la punibilidad de la tentativa inidónea, ello le permite objetar que la peligrosidad *ex ante* de la acción no es siempre necesaria para fundamentar el injusto, sino que a veces basta para ello el desvalor subjetivo de la acción. Pero yo manejo —y muy conscientemente— el concepto de tentativa inidónea acuñado por la doctrina tradicional y dominante, según el cual la inidoneidad se comprueba *ex post*, como lo demuestra el hecho de que la doctrina exija en la tentativa inidónea punible una cierta peligrosidad (que, siendo inidónea la tentativa, sólo podrá ser *ex ante*), precisamente lo que la distinguiría de la tentativa irreal, en la cual sólo una burda falta de entendimiento en el autor puede haber supuesto (*ex ante*) que la conducta era peligrosa —cfr. por todos Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, II, Barcelona, 1981, p. 727)—. Ahora bien, si para Cerezo *ex post* toda tentativa resulta inidónea, si a la tentativa inidónea le falta todo peligro *ex ante*, y si sólo queda en ella la voluntad de consumir el delito, ¿cómo puede distinguirse la tentativa inidónea punible de la irreal impune? —en ambas concurriría la misma situación—: ausencia de todo peligro *ex ante* y *ex post* y presencia de la voluntad de consumación. Por lo demás, no cabe duda de que el ejemplo que propongo en el texto es de los más clásicos que suelen citarse en la doctrina como de tentativa inidónea, pues no sólo supone inidoneidad en los medios, sino *falta de objeto*. Aunque *ex post* toda tentativa demuestra, ciertamente, no haber sido suficientemente peligrosa para consumir el delito, pueden distinguirse entonces (*ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que *en un principio* eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión *desde un primer momento*. Sólo éstas constituyen tentativa inidónea.

tampoco podrá dicho resultado desplegar función indiciaria alguna respecto a la peligrosidad de la acción ni a lo injusto.<sup>96</sup>

b) Aparte de la función probatoria del resultado que acabamos de señalar, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, la falta de resultado podría tal vez valorarse también desde otra perspectiva preventivo-general: sin el resultado podría considerarse menor la *necesidad de pena* resultante (distinta a la necesidad de prohibición *ex ante*). Por una parte, la falta de resultado hace menos necesaria la prevención general positiva, tendente a estabilizar la conciencia jurídica general, mediante la estigmatización penal del hecho (¡no del autor, sin duda siempre rechazable!). Cuando un vehículo atropella por imprudencia a una persona y le causa la muerte, puede reputarse más posible y necesario dejar constancia de que se ha producido lo que quiere evitar el Derecho penal (a esto llamo estigmatización penal del resultado) que si «no pasa nada» y sólo contamos con una conducta cuya peligrosidad es siempre algo discutible en mayor o menor grado. También en los hechos dolosos —aunque en una medida mucho menor— puede considerarse menos necesaria la descalificación penal del hecho ante la colectividad si no llega a producirse la lesión de un bien jurídico, cuya evitación es lo que justifica la intervención del Derecho penal. Por otra parte, cabe entender, sencillamente, que la sociedad está más dispuesta a perdonar en caso de ausencia de lesión (consideración posiblemente irracional, pero sociológicamente cierta) y que, por tanto, la ausencia o disminución de pena no escandaliza ni perjudica en orden a la prevención. De entenderse suficientes, estas consideraciones podrían llevar a mantener el criterio del Derecho español de imponer una atenuación obligatoria para la tentativa y la frustración.

Hasta aquí el planteamiento que consideramos defendible: el resultado no puede condicionar la prohibición, el injusto, aunque sí la punibilidad del hecho. No podría obviarse esta conclusión entendiendo que la exigencia del resultado en el seno del injusto no conduciría a *ampliar* el ámbito de lo prohibido más allá de las conductas prohibibles según su desvalor de la ac-

96. Encuentran así adecuada fundamentación los principios de los que parte la moderna teoría de la imputación objetiva. Cfr. las exposiciones de conjunto de Rudolphi, *Systematischer Kommentar*, tomo I, cit., Preámbulo al § 1 Anm. 57 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 230 y ss. Contra lo que entiende Suárez Montes, «Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre?», en *Welzel-Festschrift*, cit., p. 392, no es, pues, ninguna contradicción afirmar el resultado como condición de punibilidad, y no como fundamento del injusto, y al mismo tiempo requerir la imputación objetiva del resultado, como ya hizo Welzel, *Lehrbuch*, cit., p. 136.

ción, sino a *seleccionar* de entre tales conductas ya prohibibles las que produzcan el resultado. Tal selección no puede suponer una restricción del ámbito de las conductas prohibidas, sino sólo de las conductas *punibles*.<sup>97</sup> El resultado no puede, en efecto, restringir el ámbito de las conductas prohibidas, antijurídicas, porque es un dato *sólo* constatable *ex post*, después de realizada ya la acción. Si la prohibición se entiende como mandato de evitar una conducta, ¿cómo pueden prohibirse (mandar que se eviten) sólo las conductas que causen un resultado, si no es posible saber cuáles son tales conductas hasta que ya se han realizado? Si se quieren prohibir, para que se eviten, las conductas lesivas, no hay más remedio que prohibir *todas* las acciones que *ex ante* aparezcan como posiblemente lesivas, porque entre ellas no existe *ex ante* ninguna diferencia constatable entonces. Por otra parte, aunque la exigencia de resultado venga a restringir el ámbito de lo punible, si se quisiera tomar en cuenta en el injusto habría que concederle el papel de elemento positivamente (co-)fundamentador de la prohibición, puesto que sin él la conducta no se consideraría prohibida. El resultado debería considerarse fundamento de la prohibición porque sería la razón por la cual determinadas conductas se prohibirían, es decir, pasarían de no estar prohibidas a estarlo. Y dicho fundamento, con el consiguiente paso de una acción no prohibida a prohibida, no podría advertirse hasta que ya fuera demasiado tarde: hasta que la acción, ya acabada, no pudiera evitarse.

No cabe, pues, condicionar *el injusto* a la producción del resultado sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatario. Por otro lado, la exigencia del resultado en el injusto también crearía dificultades en orden a la posibilidad de legítima defensa frente a los hechos en que no se castiga la tentativa (así en las faltas): si la legítima defensa sólo cabe frente a una agresión ilegítima (antijurídica), y el hecho sólo se considera prohibido cuando produce la lesión, ¿cómo podría cumplir su objetivo de impedir que el ataque pase de tentativa a lesión, cuando la tentativa no fuera punible, si al hacerlo privaría a la agresión de su carácter ilegítimo?

No veo, pues, que resulte posible admitir la reciente propuesta de Gómez Benítez de considerar que en los delitos de resultado la efectiva producción de éste aumenta el injusto añadiendo al desvalor de la acción determinado por la «capacidad de resultado de la finalidad» del sujeto, apreciable *ex ante*, el desvalor del resultado constatable *ex post*.<sup>98</sup> La enco-

97. Cfr. en este sentido la línea doctrinal analizada por Gómez Benítez, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 154 y ss.

98. Cfr. Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 157.

miable finalidad política que guía esta propuesta, de escapar a la subjetividad del finalismo,<sup>99</sup> sólo puede alcanzarse coherentemente apelando, por una parte, a la objetividad de la conducta aprehensible *ex ante* por el espectador imparcial como fundamento y razón de ser de lo injusto, y, por otra parte, a la conveniencia político-criminal del resultado como condición de punibilidad en base a razones de seguridad jurídica, de falta de necesidad de pena, etc., como las antes propuestas. No se trata de negar la función restrictiva de la punibilidad que corresponde al resultado, pero la necesidad y los límites de dicha función deben fundarse en razones político-criminales que puedan demostrar su conveniencia política en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho; y entre estas razones no puede aludirse la necesidad de condicionar la *prohibición* de una conducta a un factor, como el resultado, que es posterior a su posibilidad de evitación.

No sólo no puede resultar necesaria una restricción de la prohibición que la traslade a un momento en que ya no puede operar, sino que tal restricción más bien resultaría contraria a la finalidad de protección de bienes jurídicos que debe inspirar a un Derecho penal al servicio de la sociedad. Para un Derecho así, ni tiene sentido ni es conveniente dejar de *prohibir* las conductas que aparezcan *ex ante* como peligrosas, sino sólo dejar de *castigar* cuando la pena no resulte necesaria o se oponga a límites políticos como el de seguridad jurídica o *in dubio pro libertate*.<sup>100</sup>

## B) *El dolo y la imprudencia en la concepción mantenida del injusto*

¿Tienen cabida el dolo y la imprudencia en una concepción de la anti-juridicidad basada en la conducta peligrosa externa? Aunque en un Estado democrático de Derecho, un Derecho penal preventivo al servicio de la protección de la sociedad lo que debe intentar evitar son conductas externas peligrosas para bienes jurídicos (el fundamento de lo injusto es la protección de bienes jurídicos), debe actuar sobre el proceso de *motivación*, intentando determinar la voluntad de los ciudadanos en el sentido de que no

99. Cfr. Gómez Benítez, *op. cit.*, p. 161.

100. En cuanto ello supone el mantenimiento de la prohibición puede interpretarse, como toda prohibición de conductas, como una «reducción de la esfera de libertad», como objetan Cobo y Vives, *Derecho penal, Parte general*, II, Valencia, 1981, p. 75, pero no creo que un Estado de Derecho que se tome en serio la protección de bienes jurídicos se caracterice por una «tendencia a maximalizar la libertad» de poner en peligro dichos bienes jurídicos, como parecen admitir dichos autores, máxime cuando el deber de prescindir del uso de la *pena* en cuanto resulte innecesaria o inconveniente, no exige abandonar el deber de intentar evitar tales conductas peligrosas mediante su *prohibición*.

conduzca a acciones que puedan vulnerar aquellos bienes. Por ello se dijo anteriormente que un tal Derecho penal *sólo puede* castigar comportamientos finales, y por lo mismo la antijuridicidad requerirá la *realización voluntaria* de las conductas que aparezcan como peligrosas (en este sentido la voluntad *limita*, no funda, el ámbito de lo injusto). La norma que prohíbe matar *sólo puede* intentar motivar a no realizar *voluntariamente* una conducta encaminada a matar, pues no se puede «motivar» a no efectuar un comportamiento involuntario. Sólo la acción voluntaria de matar es la contemplada por la norma que prohíbe matar, y sólo ella es, pues, antijurídica en relación con dicha norma. El homicidio *doloso*, dará lugar, por tanto, a un tipo de injusto específico. Las conductas que ocasionan la muerte sin quererlo su autor *no pueden* infringir la prohibición de matar, sino sólo la norma que obliga a omitir acciones peligrosas para la vida o, en su caso, a ejecutarlas con prudencia, esto es: la norma de cuidado. Lo injusto (lo prohibido) del homicidio *imprudente* es, pues, distinto a lo injusto del *doloso*. Sistemáticamente, debe admitirse que la función preventiva de la norma penal conduce a tener que introducir el dolo y la imprudencia en el tipo de lo injusto, como dos formas diferenciadas del mismo.

En el sentido hasta aquí indicado, la exigencia de voluntariedad (finalidad) *limita*, no funda, el ámbito de lo injusto, puesto que no constituye la razón *primera* (fundamentadora, básica) que mueve al legislador a *querer* prohibir una conducta, sino una condición sin la cual *no puede* (no le es lícito) prohibirlo. Así entendido,<sup>101</sup> el fundamento de la prohibición es la peligrosidad objetiva de una conducta, no su voluntariedad en sí misma. Quisiera insistir en que el Derecho penal de un Estado social al servicio de la protección de la sociedad no tiene por objeto el *desvalorar* la «actitud interna» (*Gesinnung*)<sup>102</sup> expresada por la decisión criminal, ni tampoco esta decisión en sí misma, sino sólo evitar la *realización* voluntaria de acciones peligrosas para bienes jurídicos. Ahora bien, la voluntariedad de la conducta puede influir en su peligrosidad *externa* y, en este sentido (no en cuanto disposición subjetiva en sí misma, sino en cuanto afecta al significado externo del hecho), contribuye también a fundamentar el injusto.<sup>103</sup> Pero esto no modifica la afirmación, más arriba efectuada, de que la razón

101. «Fundamento» en el sentido expuesto de razón *primera*, y no como elemento que contribuye a que aparezca el injusto, puesto que este otro sentido más amplio todo elemento necesario para que concurra el injusto puede considerarse que lo fundamenta.

102. Contra lo que sirve de base al planteamiento de Welzel, *Lehrbuch*, cit., p. 4.

103. *En este sentido* puede aceptarse la observación de Cerezo, *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Madrid, 1981, p. 448.

que fundamenta la prohibición es objetiva y reside en la peligrosidad externa de la conducta.

La razón por la cual se considera más grave el injusto de los delitos dolosos que el de los culposos es, pues, doble:

a) En primer lugar, el hecho de que *el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta*. Un *Derecho penal preventivo* ha de prohibir con mayor intensidad las conductas que desea evitar en mayor medida por su peligrosidad, y éstas son, ante todo, las voluntariamente dirigidas a lesionar bienes jurídicos: la primera forma de prevenir mediante la motivación penal es tratar de impedir que los ciudadanos *dirijan* sus acciones a la lesión de bienes jurídicos. Es cierto que también son peligrosas para tales bienes las conductas imprudentes, pero el intentar voluntariamente la lesión supone en general un mayor peligro para el bien de que *en concreto* se trate, que el actuar frente a él de forma descuidada pero *queriendo evitar lesionarlo* —si no fuera así ya habría dolo—. Así, por ejemplo, aunque a menudo se alega que el tráfico rodado produce más muertes y lesiones que los delitos dolosos,<sup>104</sup> es evidente que, en concreto, aumentará en principio de forma considerable la peligrosidad *ex ante* de la conducción de un vehículo para la vida de un determinado peatón el hecho de que se intente con ella atropellarle voluntariamente, como podrá elevar las posibilidades de que el tirador alcance a otra persona el hecho de que dirija su arma intencionadamente a conseguirlo. En los casos de error vencible, puede que el peligro no sea menor (así, cuando el tirador dispara sobre lo que cree que es un animal), pero el peligro de que se produzcan estas conductas por error es menor al peligro de que tuviesen lugar acciones dolosas si no se castigaran especialmente.

b) En segundo lugar, *el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad* frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico (dolo directo), o admite que es probable que lo lesione (dolo eventual),<sup>105</sup> que ante quien, o bien no es consciente en

104. Cfr., por ejemplo, Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad* (versión española de Bacigalupo y Zugaldía, Madrid, 1980, p. 119).

105. En la concepción del injusto defendida aquí, en la cual el contenido de éste no es el resultado, sino las conductas que pueden conducir a él, el dolo sólo tiene que abarcar a *éstas* en su virtualidad lesiva y no necesariamente a la lesión. Ello permite concebir sin dificultades el dolo eventual en base a la teoría de la probabilidad, sin tener que renunciar a exigir para el dolo la necesidad de «querer» la acción típica además de «conocer» su peligrosidad, como en cambio debe hacerse, probablemente, si el hecho típico se centra en la causación del *resultado*, pues querer la acción reconocida como peligrosa (ni siquiera como «decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos», según fórmula de Roxin, *JuS*, 1964, pp. 58 y ss.) no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir. Cfr. Gimbernat Ordeig, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios*, cit., pp. 139 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allg. Teil, cit., pp. 433 y ss.

absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente), o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente). En el primer caso (dolo), el Derecho no sólo tiene que intentar evitar la conducta peligrosa, sino que puede hacerlo en la medida que requiera toda su peligrosidad objetiva (*ex ante*), pues la conminación penal se dirige a un sujeto que advierte plenamente dicho peligro. En cambio, en el segundo caso (imprudencia), la norma penal sólo puede dirigirse a un sujeto que no advierte la peligrosidad objetiva (*ex ante*) de la acción para el bien jurídico, o que no cree probable que en su caso vaya a realizarse. Y como no puede prohibírsele su conducta sino en función del conocimiento que de ella posea, la intensidad de la amenaza penal deberá necesariamente ser menor entonces, pues no podrá basarse en la peligrosidad no advertida o no admitida como efectiva en el caso concreto, sino que deberá limitarse a la medida de la peligrosidad más lejana, advertida, o que pueda advertirse, según el conocimiento de la situación.

En otras palabras y resumiendo: como la prohibición penal se dirige a la conciencia del sujeto, sólo pueden prohibírsele las conductas peligrosas partiendo del conocimiento de la situación peligrosa de que disponga, es decir, el conocimiento pleno del peligro de producción de la lesión en los delitos dolosos (más próximos), la representación de la posibilidad de la lesión descartada como probable en la culpa consciente, y el conocimiento de la situación ante la cual debería advertirse el peligro en la culpa inconsciente.

### C) *El problema de los conocimientos y facultades excepcionales del autor en la imprudencia*

Llegados a este punto, se plantea una cuestión debatida por la doctrina actual: los conocimientos o facultades *excepcionales* que pueda poseer el agente, ¿afectan a lo injusto o a la culpabilidad de los delitos culposos?<sup>106</sup> Si el *fundamento* de lo injusto es la peligrosidad apreciable *ex ante* por un observador objetivo situado en el momento de la acción y dotado de *todos los conocimientos* de que dispone el autor al actuar, la concurrencia de la

106. Vid. en sentido favorable a su contemplación en el injusto: Stratenwerth, *Strafrecht*, Allg. Teil, cit., pp. 300 y ss.; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 64 y ss.; Samson, *SK*, § 16 Annang 13 y ss. En contra, Schüneman, «Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik», en *Schaffstein-Festschrift*, Gotinga, 1975, pp. 161 y ss.; K. H. Gössel, «Norm und fahrlässiges Verhalten», en *Bruns-Festschrift*, Colonia, 1978, p. 49; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 457 y s.

antijuridicidad en los delitos culposos dependerá no sólo de los conocimientos inferiores a lo normal con que pueda contar el agente, sino también de los *conocimientos especiales* que posea. Sólo así se podrá responder a la pregunta de si el agente se comportó, o no, según lo que *en su situación* aparecía como necesario.<sup>107</sup> Más difícil es el problema que suscita la concurrencia de *facultades* sobresalientes en el sujeto. Lo decisivo aquí ha de ser la posibilidad de emplear voluntariamente dichas facultades. Si pudiendo utilizarlas cuando fuera necesario el agente no lo hizo, ya sea a conciencia, ya por descuido, se comportó incorrectamente desde el prisma de un observador objetivo, quien *conociendo la posibilidad de utilizar unas facultades excepcionales* consideraría obligado su empleo para evitar la lesión del bien jurídico. En tal caso, la conducta sería antijurídica, por contradecir la norma de cuidado que obliga a hacer *todo lo posible* al autor en la situación concreta a juicio del espectador objetivo. En cambio, si la utilización de las facultades excepcionales no depende de la voluntad de quien las posee —por ejemplo, una especial inteligencia—, cuando ésta deja de estar a la altura de sus condiciones usuales más bien se pone de manifiesto que el autor no se halla en el momento del hecho en condiciones superiores a lo normal, por lo que no podría exigírsele más cuidado que al término medio de los hombres.

Lo anterior supone, como se ve, que la antijuridicidad puede depender de las *facultades personales* del agente, y no sólo de la componente subjetiva de la *acción*. ¿Cómo se hace compatible ello con la distinción de injusto y culpabilidad?<sup>108</sup> Sin perjuicio de remitirme a lo que después se dirá, adelantaré ya que en la culpabilidad no tienen cabida aquellas condiciones personales del sujeto de las que depende la *valoración objetiva del hecho* como algo que el Derecho puede desear evitar, sino sólo las que condicionan su *capacidad de ser motivado normalmente* por la conminación penal.

107. Cfr. en este sentido, además de los autores favorables al manejo de un baremo personal-individual, Welzel, *Lehrbuch*, cit., p. 132; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 468 y s.

108. Creen que tal compatibilización no es posible: Schünemann, *Neue Horizonte*, cit., p. 164; Schmidhäuser, «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», en *Schaffstein-Festschrift*, cit., pp. 152 y s. Este último autor tiene razón al advertir (en nota 70) que la concepción del injusto que, desde Armin Kaufmann hasta Zielinski, Jakobs, Horn, Otto, etc., conduce a condicionar la antijuridicidad a la motivabilidad del autor concreto, sólo sería coherente si se llevase a sus últimas consecuencias la tesis, que se remonta a la teoría de los imperativos, según la cual «el injusto sólo puede cometerse por el autor accesible a la norma». Pues bien, precisamente es ésta la meta de este trabajo. Pero como se verá posteriormente, ello no se opone a la posibilidad de seguir distinguiendo entre injusto y culpabilidad, puesto que la culpabilidad no es el ámbito en el que se comprueba la *posibilidad de acceso a la norma*, sino sólo la *normalidad* de dicho acceso.

#### D) *El error de prohibición*

También el tema del *error de prohibición* puede someterse a revisión desde la perspectiva de la función preventiva de la norma penal en el Estado social. Tal función sólo puede desarrollarse intentando motivar al sujeto en el momento de su actuación, prohibiéndole que lleve a cabo ningún comportamiento voluntariamente dirigido a la lesión de *bienes jurídicos*, o cuya peligrosidad para éstos advierta o pueda advertir según el conocimiento que posea de la situación. Para que el hecho sea evitable mediante esa motivación y por tanto desvalorable como antijurídico, será preciso que el agente sepa o pueda saber que al actuar se halla o puede hallarse ante un bien *jurídico*. Pero, en este sentido dogmático, un bien jurídico es un bien protegido por el Derecho, por lo que aquello significa, precisamente, que para actuar antijurídicamente es necesario saber o poder saber que se está ante un tal bien protegido por el Derecho.<sup>109</sup> Ello no podría expresarse diciendo que el error de prohibición puede excluir la antijuridicidad, ya que supondría afirmar que el desconocimiento de la antijuridicidad excluye la antijuridicidad y ¿cómo podría desconocerse una antijuridicidad que resulta inexistente, si sólo puede conocerse o desconocerse lo que previamente existe? Pero esta objeción lógica, que puede haber contribuido a inducir a la doctrina dominante a situar el conocimiento de la antijuridicidad *después* de ésta y presuponiéndola, en la culpabilidad desaparece, por de pronto, cuando se dice que lo injusto de la acción depende de que el sujeto sepa o pueda saber que actúa frente a un bien jurídico.

El carácter de «bien jurídico» no desaparece por el hecho de que *en el caso concreto* ceda la protección jurídico-penal del bien y se permita su lesión. Ello sucede siempre que concurre una causa de justificación, en cuyo caso se permite la lesión de un bien jurídico y resulta excluida la antijuridicidad sin que ello suponga que el bien jurídico pierda su condición de tal. La razón es que el concepto de «bien jurídico» alude a una valoración por parte del Derecho de un bien considerado *en sí mismo* y con independencia de los intereses con que pueda chocar. El carácter «jurídico» de un bien no se opone a que su lesión pueda no ser «antijurídica». Ello sucederá

109. No puedo entrar aquí a examinar la cuestión de si dicha protección jurídica debe entenderse o no como jurídico *penal*, de lo que depende la consideración del «error sobre la punibilidad». Aunque, como es notorio, la doctrina dominante niega la relevancia de esta clase de error, es muy sugerente el planteamiento contrario que propone ahora E. Bacigalupo, *El error sobre las excusas absolutorias*, cit., pp. 18 y ss. También en este sentido, aunque con un tratamiento diferenciado del restante desconocimiento del injusto, Otto, *ZStW*, 87, 1975, cit., p. 595.

cuando haya razones superiores que permitan la lesión del bien jurídico. Tales razones pueden consistir tanto en la necesidad de salvaguardar intereses contrapuestos al bien jurídico, como en la imposibilidad de intentar evitar su lesión mediante la motivación. Y esta imposibilidad de motivación se da no sólo cuando el sujeto no conoce ni puede conocer el objeto material, sino también cuando no sabe ni puede saber que su lesión o puesta en peligro no daña ni pone en peligro un bien jurídico. La conciencia de la lesión de un bien jurídico no implica, pues, la conciencia de la antijuridicidad, por lo que tampoco exigir aquélla presupone lógicamente la previa afirmación de la antijuridicidad.

Me refiero, por supuesto, a la antijuridicidad de la concreta acción, cuya falta no se opone a que «en general», «en abstracto» (si se prescindie de la imposibilidad de conocimiento de que se lesiona un bien jurídico), la misma sea ilícita. Para que un hecho sea antijurídico es preciso, en efecto, que el Derecho pueda y desee prohibirlo en su concreta aparición. Si no fuese así, no habría necesidad de requerir para el injusto ni siquiera la dependencia de *una* voluntad humana, que podría considerarse innecesaria para considerar abstractamente (generalmente) indeseable por el Derecho la conducta meramente causal con tal de que proviniera de un hombre. Así, ante la causación de unos daños por un sonámbulo, podría entenderse que la ausencia de acción en el caso concreto no impide que (en general) los daños producidos por un hombre constituyan un hecho antijurídico. Pero, evidentemente, tal antijuridicidad «abstracta» no implicaría la posibilidad de prohibir la conducta concreta, que es la única que importa juzgar. Lo mismo vale respecto a la exigencia de dolo e imprudencia: *por ello* esta última depende de todas las circunstancias, incluso personales, que influyen en el significado del hecho concreto como objetivamente no deseable por el Derecho. Y es también la misma razón la que impide considerar antijurídica la conducta realizada con desconocimiento invencible de la tutela jurídica del bien lesionado, pues aunque, *en general*, tal conducta sea antijurídica, ello es porque generalmente se efectúa sin dicho error, mientras que *en el caso concreto* —con error— no podrá ser «incorrecta» para el Derecho, ya que éste *no requiere mayor cuidado a nadie que se encuentre en dicha situación*. Tampoco podría entenderse, pues, que el hecho concreto, el cual en dichas condiciones no es prohibido a *ningún autor posible*, sigue siendo antijurídico y únicamente no es atribuible a su autor concreto: la situación en que éste *actúa* influye en el significado objetivo del hecho.

Sin embargo, la distinción efectuada entre antijuridicidad del hecho *en general* (o *en abstracto*) o *en concreto*, puede permitir decir sin contradic-

ción lógica alguna que el error sobre la prohibición *general* (o *abstracta*) de un hecho condiciona su prohibición *en el caso concreto*. Aquí «error sobre la prohibición general» (o *abstracta*) significa desconocimiento de que el Derecho prohibiría el hecho *en otras circunstancias* en que no concu- rriera el error —es decir, si pudiera motivar—. En este sentido podría se- guir utilizándose la terminología usual de «error de prohibición» aun si- tuando éste en el ámbito de la antijuridicidad, entendiéndose dicha expre- sión como forma abreviada de «error de prohibición *general*» (o *abstracta*).

Ocurre aquí algo parecido a lo que sucede cuando se habla de «colisión de deberes» justificante. Si el deber cumplido justifica el hecho es que en el caso concreto no había deber jurídico de omitirlo, pues el Derecho no puede imponer dos deberes contradictorios en una misma situación con- creta. Cuando se dice que en este caso entran en conflicto dos deberes, ello no ha de entenderse en el sentido de que el hecho *concreto* cumpla un de- ber y a la vez infrinja otro, sino en el sentido de que, *en general*, es decir, *en abstracto* y si no fuera por la concreta concurrencia del deber justifi- cante, el hecho infringiría otro deber. No obstante, y aunque en el caso con- creto desaparece el conflicto de deberes en favor de uno de ellos, es útil la expresión «colisión de deberes», a condición de que se entienda como forma abreviada de «colisión de deberes en abstracto».

En cualquier caso, según el planteamiento aquí expuesto, la antijuridi- cidad de una acción depende de que pueda conocerse que afecta a un bien jurídico —y no sólo al objeto material que pueda servirle de base—. <sup>110</sup> Ello puede conducir a entender que el dolo no debe limitarse al conocimiento y voluntad referidos al objeto de la acción, sino que ha de extenderse también a la protección jurídica del mismo, en los delitos de resultado, y que en los delitos dolosos de mera actividad no es suficiente el conocer y querer la conducta, sino que asimismo ha de saber el autor que dicha conducta le- siona un bien jurídicamente tutelado. Faltando tal conciencia de que la ac- ción vulnera un bien *jurídico*, esta acción deja de poseer el carácter de in- fraccción consciente de la prohibición que es propio del tipo doloso, por lo que estructuralmente sólo puede realizar un tipo *culposo* o un hecho *for- tuito*, según sea vencible o invencible el error —atendiendo al mismo cri- terio manejado para decidir si concurre o no infracción de la norma de cui- dado en relación con la lesión del objeto de la acción— (*vid. supra*).

110. En un sentido materialmente coincidente, aunque con otra terminología («*Sozialchädlich- keit*» como contenido de la «*Unrechtsbewusstsein*»), Otto, *ZStW*, 87, 1975, cit., p. 590. En contra la doctrina absolutamente dominante, que remite la conciencia del injusto al ámbito de la culpabilidad. Cfr. por todos Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 365 y ss.

Soy consciente de que en contra del tratamiento penal ajustado a esta estructura conceptual, coincidente con lo propuesto por la teoría del dolo para el error de prohibición,<sup>111</sup> se alegan por la doctrina inconvenientes de naturaleza *político-criminal*: así, el de que concedería excesiva relevancia al error *craso*, o el de que supondría *lagunas legales* inadmisibles cuando la imprudencia no se castigase por la ley.<sup>112</sup> Pero creo que la cuestión político-criminal de si deben tratarse igual la falta del dolo «natural» y el desconocimiento de la protección jurídica del bien lesionado no tiene por qué prejuzgar la naturaleza estructural puramente automática y constructiva de la constatación de que ambas figuras son conceptualmente formas de imprudencia. Es la conveniencia político-criminal la que debe decidir si la *imprudencia iuris* debe recibir o no el mismo *tratamiento penal* que la *imprudencia facti* —como es la estructura de estos conceptos la única que puede determinar su naturaleza—.

## 5. LA EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

### A) *Exclusión de la antijuridicidad y tipicidad*

Aunque pueda parecer puramente sistemático, el problema de si la ausencia de *causas de justificación* es condición de la tipicidad de la acción se halla vinculado, también, a la función preventiva y motivadora de la norma penal. La tesis tradicional según la cual la justificación de un hecho no elimina su tipicidad ha de suponer que la intervención de una «norma permisiva», fuente de la causa de justificación, no implica una restricción *general* de la «norma prohibitiva» o «preceptiva» referida a la lesión del bien jurídico: la justificación no excluiría el tipo porque pese a la «permisividad» el hecho seguiría estando «prohibido» u «ordenado» *en general*.<sup>113</sup> Es perfectamente comprensible la motivación profunda que inspira este planteamiento, a saber, el deseo de reflejar el distinto significado que posee una conducta «típica» justificada frente a las que ni siquiera se hallan previstas en una figura de delito. Que existe diferencia entre ambos casos

111. Así todavía, pese al nuevo § 17 *StGB*, Schmidhäuser, *Lehrbuch*, cit., pp. 416 y ss. En España la teoría del dolo es doctrina dominante. Cfr. A. Toro, «El error iuris», en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Universidad de Santiago, 1976, p. 326. Respecto del error sobre la conciencia del injusto material (separada del error sobre la ley penal), también Otto, *ZStW*, 87, 1975, cit., pp. 594 y s.

112. Por todos cfr. Schmidhäuser, *Lehrbuch*, cit., pp. 413 y ss.

113. Así claramente Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 200.

es indudable, porque mientras en el primero se ha producido *definitivamente* la lesión imputable de un bien jurídico, aunque sea justificadamente, en los demás casos tal lesión no llega a existir o no es objetivamente imputable. Ello sirve de base a la atribución a la tipicidad de una «función de llamada» o de «advertencia» específica.<sup>114</sup> Mas nada de todo ello puede llevar a desconocer que la *categoría* de acciones previstas por el supuesto de hecho de las causas de justificación *no se hallan prohibidas* por el Derecho penal. Y adviértase que no se trata sólo de que la *concreta* acción justificada deje de estar prohibida excepcionalmente en el caso particular, sino de que toda acción que realice el tipo *abstractamente descrito* de una causa de justificación deja de estar prohibida en cuanto perteneciente a aquel tipo abstracto. La *clase* de conducta justificada deja de estar prohibida de *forma general*. Siendo así, deberá admitirse que esta previsión general del supuesto de hecho justificado *ha de restringir de forma igualmente general* el ámbito del supuesto de hecho efectivamente prohibido. Si el «homicidio en legítima defensa» se halla permitido de forma *general*, el supuesto de hecho de la norma que prohíbe el homicidio no puede incluir de forma general aquella clase de homicidios —de la misma forma que el tipo de homicidio no incluye el parricidio—.

Pero todo ello presupone que la prohibición se entienda como el modo que tiene el Derecho preventivo de expresar la voluntad de que no se realicen conductas nocivas para bienes jurídicos: un tal Derecho penal no puede permitir una clase de conductas y al mismo tiempo seguir pretendiendo evitarlas mediante la conminación penal. La situación acaso pudiera ser distinta en un Derecho penal no regulador de conductas, sino concebido para retribuir las según su desvalor. Un tal Derecho penal perseguirá la *valoración* de las acciones de los ciudadanos, por lo que las normas a éstos dirigidas no serían de determinación sino de valoración. Cabría entonces pensar que la tipicidad supondría ya una forma de «antinormatividad»,<sup>115</sup> en la medida en que la lesión del bien jurídico es ya susceptible de ser valorada *en sí misma* de forma negativa. En cambio, en un Derecho penal preventivo en el que lo injusto equivale a lo que la prohibición quiere evitar, y permitir significa no desear evitar, la permisividad *general* de una clase de conducta es incompatible con su prohibición, siquiera sea «general».

Todo ello conduce a la conclusión de que en el Derecho penal propio de un Estado social debe admitirse la tesis de la teoría de los elementos ne-

114. Cfr. Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 200.

115. Como sostiene Gossel, *Bruns-Festschrift*, cit., pp. 46 y s.

gativos del tipo,<sup>116</sup> según la cual la ausencia de causas de justificación —en el sentido de ausencia de los presupuestos del tipo de una causa de justificación, no en el de la falta de una disposición permisiva que la prevea!— es condición del tipo de injusto y, viceversa, la concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación impide el tipo de injusto.<sup>117</sup> Mas es preciso insistir en que ello no tiene por qué suponer la negación de diferencias en cuanto al significado valorativo y a la función del tipo positivo y del tipo negativo. La razón *material* de la no prohibición de un hecho que realiza un tipo positivo pero que se halla justificado es distinta de la que explica que no se prohíban los hechos que ni siquiera realizan ningún tipo positivo que por su importancia se halla protegido por el Derecho penal. Desde el punto de vista *funcional*, la función del tipo positivo es la de fundamentar lo injusto, inversa a la función excluyente del tipo de justificación. Político-criminalmente puede entenderse que corresponde al tipo positivo la «función de llamada» o «aviso» que supone la constatación de que se ha lesionado, o puesto en peligro, de forma objetivamente imputable, un bien jurídico. Además, sólo el tipo positivo reúne los elementos que fundamentan el *específico* injusto de la *clase* de delito de que se trate —homicidio, hurto, etc.—, lo que da pie a su concepción como *Typus*, esto es, no sólo como «supuesto de hecho» (*Tatbestand*), sino como supuesto de hecho *específico* (*típico* en este sentido).<sup>118</sup>

Esto último tal vez aconsejaría, para compatibilizar la tesis central de la teoría de los elementos negativos del tipo con la conveniente diferenciación del tipo positivo, distinguir entre «supuesto de hecho» (*Tatbestand*) y «tipo» (*Typus*). El «supuesto de hecho» sería la descripción del hecho antijurídico y supondría, por tanto, la ausencia de causas de justificación (equivaldría al supuesto de hecho de la norma prohibitiva o preceptiva completa), mientras que el «tipo» expresaría los elementos específicos («típicos») de la figura de delito de que se trate y vendría a corresponderse con el significado tradicional del término español «tipo».<sup>119</sup> Debería hablarse, entonces, de teoría de los «elementos negativos del supuesto de hecho», y de que las causas de justificación excluyen el «supuesto de hecho» pero no el «tipo».

116. Acoge la tesis del texto y afirma que «la teoría de los elementos negativos del tipo [...] debe admitirse si se parte de un Derecho penal preventivo», Berdugo, *El delito de lesiones*, cit., p. 31, nota 48.

117. Cfr. la completa exposición de la doctrina que ofrece Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 21 y ss.

118. Cfr. Gallas, *Beiträge*, cit., pp. 32 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 196.

119. En alemán debería traducirse por *Typus*, reservando el término *Tatbestand* para el supuesto de hecho de la norma prohibitiva o preceptiva completa.

## B) *Causas de justificación*

Por lo que se refiere a la incidencia en las causas de justificación del planteamiento efectuado en esta exposición de la esencia de lo injusto, a partir de la función preventiva del Derecho penal, el mismo resulta de aplicación general. Así, conducirá a enjuiciar si concurren o no los presupuestos justificantes correspondientes *ex ante*, en el momento de llevar a cabo la acción, y no *a posteriori*.<sup>120</sup> Concebida la antijuridicidad no como valoración de estados *resultantes*, sino como infracción de una norma dirigida a motivar al sujeto a que no realice determinadas acciones, dejará de operar la prohibición cuando, en el momento de actuar, cualquiera en lugar del autor hubiera supuesto que concurría una causa de justificación (suposición invencible). En caso de que la creencia de actuar justificadamente sea *venible*, concurrirá imprudencia, con independencia, *a efectos estructurales*, de que ello suponga un error sobre los presupuestos de una causa de justificación o la suposición de admisión por el Derecho de la causa de justificación —pero sin perjuicio de que *político-criminalmente* pueda considerarse conveniente diferenciar el *tratamiento* de ambos grupos de casos—.

Puesto que el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no persigue la retribución de la actitud interna del sujeto, sino sólo la protección de la sociedad mediante la función de prevención, no es preciso en principio para la justificación que mueva al sujeto la finalidad de obrar conforme a Derecho, como elemento subjetivo de justificación trascendente al mero conocimiento de la causa de justificación: la pena (preventiva) dejará de tener sentido en cuanto, conociendo la situación fáctica el autor, la conducta se halle objetivamente permitida por no desear el Derecho que se evite, cualquiera que sea el ánimo que mueva al sujeto. Ahora bien, si éste no sólo no actúa con la finalidad de obrar conforme a Derecho, sino que desconoce que concurren los presupuestos de una causa de justificación, su creencia errónea de actuar antijurídicamente puede considerarse constitutiva de tentativa punible, en la medida en que *ex ante* un espectador imaginario, dotado del conocimiento de la situación que tenía el autor al actuar, hubiera podido caer en el mismo error que éste y, por lo tanto, creer que la acción iba a realizar un tipo de delito.

Pero ¿cuándo puede entenderse que una determinada causa de exclusión de la responsabilidad penal *justifica* la conducta, y no sólo excluye la

120. Así, Armin Kaufmann, *Welzel-Festschrift*, cit., p. 401; Luzón Peña, *Legítima defensa*, cit., p. 253; J. Fischer, *Notwehrüberschreitung*, cit., pp. 5 y s. v

«tipicidad» (positiva), la culpabilidad o la punibilidad? Un hecho no es «típico» (*typisch*), cuando no es suficientemente peligroso para un bien merecedor de específica tutela penal, o cuando el Derecho entiende que *no puede* prohibirlo, por no ser, en cuanto hecho, susceptible de ser evitado mediante la motivación jurídica (así, cuando no constituye una conducta humana o cuando no podía advertirse o evitarse su peligrosidad para un bien jurídico).<sup>121</sup> En cambio, un comportamiento *justificado* no deja de ser suficientemente peligroso para un bien jurídico-penal ni evitable a través de la conminación penal, sino que *pese a ello* se halla permitido por el Derecho porque *pesan más* las razones que aconsejan dejar de prohibirlo (por ejemplo, legítima defensa) o incluso obligar a su realización (por ejemplo, cumplimiento de un deber). Ello supone que el hecho justificado *no se desea* evitar por el Derecho. Como veremos a continuación, en esto se distinguen las causas de la justificación de las que excluyen la culpabilidad.<sup>122</sup>

## VI. La culpabilidad en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho

El Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho ha de intentar evitar mediante su prohibición todos los hechos especialmente *indeseables* por su grave lesividad social: los hechos penalmente antijurídicos. Pero un tal Derecho penal no puede *castigar* a quienes realizan alguno de estos hechos *sin culpabilidad*. La falta de culpabilidad no se debe a que

121. La imprudencia y, por tanto, su cara negativa, el caso fortuito, condicionan el tipo positivo en cuanto concurren las dos clases de razones expuestas; para que exista imprudencia es preciso tanto un determinado grado de peligrosidad de la acción, elegido normativamente por el legislador conforme a los usos sociales, como la posibilidad (hasta cierto punto también normativamente fijada) de su advertencia o evitación por parte del autor. Sin embargo, en ocasiones el Derecho permite, por razones de utilidad social, correr un riesgo que normalmente sería suficiente para la imprudencia. En estos casos de «riesgo permitido» en que la razón de la permisión no es la insignificancia del riesgo, *puede* hablarse, según el planteamiento del texto, de causa de justificación.

122. Gimbernat Ordeig, *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en *Welzel-Festschrift*, cit., pp. 490 y s. (*Estudios*, cit., p. 114), parte de un criterio próximo al del texto, cuando afirma que las causas de justificación eximen porque el Derecho no «quiere» castigar a pesar de que podría (*könnte*), mientras que cuando falta la culpabilidad el Derecho no «puede» (*kann*) recurrir a la pena. Pero en rigor *toda* exención de pena tiene lugar porque el Derecho «quiere», esto es, supone una elección valorativa de política criminal. Por otra parte, en seguida se verá *infra* que, a mi juicio, la ausencia de culpabilidad no supone la *absoluta* falta de accesibilidad del sujeto a la llamada de la norma, sino *sólo* su anormalidad. En cambio, es cierto que las causas de justificación determinan que el Derecho deje de desvalorar la conducta como *indeseable*, mientras que en caso de ausencia de culpabilidad (no imposibilidad) la *voluntad* de no castigar por parte del Derecho no es óbice a que el mismo siga deseando la evitación del injusto (por eso sigue prohibiéndolo), sino que se basa en el reconocimiento valorativo de que la normalidad ha de constituir un *límite* político-criminal de la pena que no es *lícito* franquear.

el hecho deje de aparecer como indeseable. La cuestión de si concurre o no *culpabilidad* sólo se plantea, precisamente, una vez que se ha comprobado que concurre la antijuridicidad. Sólo se pregunta sobre la culpabilidad con relación a los hechos prohibidos por la ley penal, a aquellos hechos que la ley penal puede desear evitar. ¿Qué significa entonces que falte la culpabilidad? ¿Por qué un hecho que sigue siendo igualmente indeseable para el Derecho penal no puede ser castigado por falta de culpabilidad? La respuesta a esta pregunta no es nada pacífica en la doctrina, como en seguida se verá, pero sí habría acuerdo en admitir lo siguiente: falta la culpabilidad cuando pese a haberse producido un hecho antijurídico, en sí mismo indeseable, no cabe *culpar* del mismo a su autor por haberlo realizado éste en unas *determinadas condiciones psíquicas*.

Estas condiciones psíquicas que excluyen la culpabilidad pueden hallarse determinadas por factores *individuales* o *situacionales*. Son factores individuales que excluyen la culpabilidad en el Derecho vigente: la enfermedad mental y la oligofrenia (artículo 8.º, 1.º, CP) y la minoría de edad penal (fijada por debajo de los 16 años) (artículo 8.º, 2.º). A factores situacionales se debe, en cambio, el miedo insuperable de un mal igual o mayor, que también exime, según el artículo 8.º, 10, CP. En una zona media entre lo individual y lo situacional debería tal vez situarse el trastorno mental transitorio previsto en el artículo 8.º, 1.º. No estará de más, sin embargo, advertir que la distinción entre factores individuales y situacionales no ha de entenderse de forma tajante, puesto que es evidente que a menudo intervienen ambos a la vez: ni la aparición de la enfermedad mental es completamente independiente de factores situacionales, ni, viceversa, el miedo insuperable deja de suponer una incidencia en la mente del sujeto. Mejor sería hablar de factores *predominantemente* individuales o situacionales.

¿Qué es lo que tienen de común las condiciones psíquicas que por una u otra razón, excluyen la culpabilidad? Es fácil advertir que se trata de unas condiciones psíquicas *distintas* a las propias del hombre adulto normal. Pero las opiniones doctrinales se separarán a la hora de contestar a la pregunta de por qué la existencia de dicha diferencia en los inculpables ha de tener como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal, pese a haber cometido un hecho prohibido por la ley penal. A continuación examinaremos el planteamiento clásico de este problema, vinculado o vinculable a una concepción retributiva de la pena. Veremos que un Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, que asuma la misión de proteger a la sociedad de forma democrática, ha de entender la culpabilidad desde otro ángulo: a partir de la función motivadora de la norma. Y se

pretenderá, así, confirmar de nuevo que los conceptos básicos del Derecho penal —la culpabilidad lo es, como lo eran la pena, la norma y la antijuridicidad— deben decidirse en función de la imagen del Estado y del Derecho de que se parta. La culpabilidad es, precisamente, uno de los ámbitos en que es más necesario destacar *relativización político-valorativa* y el desacierto de un planteamiento que pretenda aprehender la esencia de la culpabilidad desde su prisma ontológico-objetivo.

## 1. LA DOCTRINA DE LA LIBERTAD DE VOLUNTAD

El principio según el cual la pena presupone la culpabilidad del autor del injusto (*principio de culpabilidad*), puede fundarse por distintos caminos. El planteamiento tradicional se ha basado en la idea de *libertad de voluntad*, y ha considerado como presupuesto fundamental de la responsabilidad el «*poder actuar de otro modo*».<sup>123</sup> Según esto, las causas que excluyen la culpabilidad deberían encontrar como fundamento la ausencia en el autor de dicha posibilidad de actuar de otra forma. Dos obstáculos principales se oponen a esta concepción de la culpabilidad. Por una parte, resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa.<sup>124</sup> Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista,<sup>125</sup> es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* con arreglo a sentido: la dis-

123. Cfr. la exposición de K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín, 1965, pp. 7 y ss. (Este autor rechaza, sin embargo, la posibilidad de demostración del libre albedrío.) En especial, Welzel, *Lehrbuch*, cit., pp. 142 y ss.; Maurach-Zipf, *Allg. Teil*, pp. 505 y ss.

124. Entre la copiosa bibliografía en esta dirección considerada por Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 330; como doctrina dominante, sobre todo cfr.: M. Danner, *Gibt es einen freien Willen?*, 3.ª ed., Hamburgo, 1974, *passim*; K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, cit., *passim* y pp. 24 y ss.; Gimbernat Ordeig, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *ZStW*, 82, 1970, pp. 382 y ss. (*Estudios*, cit., pp. 61 y s.); Roxin, «Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien», en *Henkel-Festschrift*, cit., pp. 185 y ss.; F. v. Liszt, *Aufsätze*, cit., II, pp. 38 y ss.

125. Sobre la existencia en el hombre de una forma de determinación específica no naturalística, sino con arreglo al deber ser (la *Sollengesetzlichkeit* contrapuesta a la *Naturgesetzlichkeit*), cfr. N. Hartmann, *Ethik*, 4.ª ed., Berlín, 1962, p. 766. No se explica, en cambio, cómo puede el hombre escapar también a la virtualidad causal de este otro orden de determinación en base a una «determinante personal» que constituiría, para Hartmann, una «tercera clase de determinación» (*ibidem*, p. 767); cfr. Danner, *op. cit.*, p. 104.

posición hereditaria y el medio dan origen, al confluír, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y que, en definitiva, no puede dejar de decidirse por el motivo que, según *su* modo de ser —del que no es libre—, *en el momento concreto e irrepitable* le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea. Una tal decisión será *propia* del sujeto, pero lo lógico es pensar que en el instante en que se tomó no *pudo* ser otra ante los concretos (e *irrepitibles*) factores concurrentes —incluso el punto de vista del sujeto en ese preciso momento—, por mucho que en un momento anterior o posterior, o introduciendo alguna variante, *hubiera podido* ser distinta. Si esto es así o, por lo menos, no hay posibilidad de probar científicamente que no sea así, no cabe fundar la culpabilidad en el poder actuar de otro modo. Por otra parte, el Derecho positivo tampoco requiere, para la exclusión de la culpabilidad, que el sujeto no pudiese obrar de otra forma, como lo reconocen los mismos partidarios de la libertad de voluntad respecto a las «causas de exculpación»,<sup>126</sup> y como actualmente se advierte incluso en relación con los *límites* de la inimputabilidad.<sup>127</sup> En cambio, es indudable que la imposibilidad del autor de actuar de otro modo por razones físicas (*vis absoluta*) no excluye la culpabilidad en sentido estricto, sino la misma *acción*. Se sigue de todo ello, que el principio de culpabilidad no puede fundarse en la metafísica posibilidad de actuar de otro modo.<sup>128</sup>

## 2. LA IDEA DE LA NECESIDAD DE PENA

Desde una concepción preventiva de la pena, cabe una segunda posibilidad: buscar el fundamento de la culpabilidad en la *necesidad de pena*, que existe ante los sujetos normales, pero que acaso deje de concurrir respecto de quienes actúan en alguno de los supuestos tradicionalmente incluidos entre las causas de exclusión de la culpabilidad. En favor de esta construcción, que ofrece evidentes atractivos desde el prisma de la prevención, cabría alegar, en efecto, que el castigo de los inculpables no es necesario

126. Cfr. así Welzel, *Lehrbuch*, cit., pp. 178 y s.; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 385 y s.

127. Cfr. Roxin, «Die jüngste Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit», en *Bockelman-Festschrift*, p. 291.

128. Cfr. Muñoz Conde, «Über den materiellen Schuldbegriff», en *GA*, 1973, p. 68.

frente a la colectividad (*prevención general*) porque ésta no lo exige ni se escandaliza por la impunidad de aquéllos, la cual no se opone, por tanto, a la eficacia de la prohibición general.<sup>129</sup> Por otra parte, frente al inculpable, la pena tampoco sería necesaria por razones de *prevención especial*, ya que de concurrir peligrosidad en el sujeto cabe acudir a medidas de seguridad más apropiadas que la pena (así el tratamiento psiquiátrico para los enajenados, o medidas educativas para el menor).<sup>130</sup>

### 3. LA NORMALIDAD DE LA MOTIVACIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA CULPABILIDAD

Pero, evidentemente, las preguntas que deben responder quienes intenten fundar la culpabilidad en la necesidad de pena son, precisamente, ¿por qué la colectividad no se escandaliza por la impunidad del inculpable?, y ¿por qué bastan frente a los inculpables medidas de seguridad cuando resultan peligrosos después de delinquir, y no se considera necesario amenazarles con la pena para evitar que realicen su primer hecho antijurídico? La respuesta que se da es la siguiente: el inculpable es en realidad un sujeto *no motivable mediante normas*.<sup>131</sup> Éste me parece el camino correcto. Sin embargo, esta formulación, tan radical como la de «poder actuar de otro modo», puede ser objeto, como ésta, de ciertas objeciones. Por una parte, la experiencia demuestra que la mayoría de inimputables no delinquen —en especial piénsese en los menores de cierta edad—,<sup>132</sup> lo que puede considerarse prueba de que sí hacen mella en ellos las normas jurídicas a

129. Cfr. así, Gimbernat Ordeig, *Henkel-Festschrift*, cit., pp. 160 y ss. (*Estudios*, cit., pp. 98 y ss.). También Roxin, *Henkel-Festschrift*, cit., pp. 181 y s., 186, aunque en *Bockelmann-Festschrift*, cit., pp. 285, 297, aclara que la exigencia de necesidad de pena (fundamento de la categoría de *Verantwortlichkeit* (responsabilidad) no excluye la de «culpabilidad» como posibilidad de actuar de otro modo, sino que sólo añade a ella un *límite adicional* que, aunque a su juicio basta por sí solo y hace innecesario acudir a la idea de culpabilidad para fundar la exclusión de pena (*Strafbegründungsschuld*), no obvia la necesidad de acudir a la culpabilidad como límite de la gravedad de la pena (*Strafzumessungsschuld*). Pero, como el propio autor reconoce, ello supone lógicamente que también la propia fundamentación de la pena presupone la culpabilidad (*ibidem*, p. 304).

130. Así Gimbernat Ordeig, *Henkel-Festschrift*, cit., p. 162 (*Estudios*, cit., p. 100).

131. Así P. Noll, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en *Festschrift f. H. Mayer*, Berlín, 1966, pp. 223, 225, 233; Gimbernat Ordeig, *Henkel-Festschrift*, cit., pp. 160 y ss., 167 (*Estudios*, cit., pp. 98 y ss., 104 y s.); el mismo autor, *Welzel-Festschrift*, cit., p. 491 (*Estudios*, cit., pp. 114 y s.); Roxin, *Bockelmann-Festschrift*, cit., pp. 298 y s.; Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutos penales*, Madrid 1979, pp. 44 y s., aunque admite que sólo falta al inculpable la posibilidad de motivación *normal*, adjetivación ciertamente fundamental en mi planteamiento.

132. Cfr. en este sentido Jescheck, *Lehrbuch*, cit., p. 189.

través de su *interiorización* —aunque no sea mediante el conocimiento directo de la ley, lo que desde luego tampoco suele suceder, ni es necesario, por lo que respecta a los imputables—. Acaso no sea, pues, exacto que los inimputables no sean motivables normativamente.<sup>133</sup> Por otra parte, quienes actúan en situación de inexigibilidad (en una de las llamadas «causas de exculpación» —*Entschuldigungsgründe*—) no pierden necesariamente su capacidad de atender a la llamada de la norma, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.), la ley imponga un mayor nivel de exigencia.<sup>134</sup> Todo ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se halla ausente la propia acción, no falta al inculpable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que en cuanto aquél actúa conscientemente,<sup>135</sup> *ésta puede incidir en su proceso de motivación*; lo que sucede es que, al hacerlo, la norma no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee.<sup>136</sup> Ésta es la razón por la que sigue teniendo sentido la posibilidad de considerar antijurídica la conducta de quien actúa sin culpabilidad: sólo porque se presupone que la prohibición normativa podrá ser recibida por el inculpable, no es absurdo dirigirle dicha prohibición. Y expresado al contrario: para la doctrina, la exclusión de la culpabilidad no implica de suyo la de la antijuridicidad (la prohibición) del hecho, porque no está dispuesta a llegarle a *permitir a priori* la conducta al inculpable; esto es, a decirle, por ejemplo, «en tu situación tú puedes matar», y ello porque se intuye que tal levantamiento *ex ante* de la prohibición podría ser captada por el sujeto pese a su inculpabilidad.

El fundamento de la culpabilidad no puede derivarse, *sin más*, de la «naturaleza de las cosas», como cree la concepción tradicional —*no cabe castigar al inculpable porque no puede actuar de otro modo*—, y como co-

133. Así B. Burckhardt, «Das Zweckmoment im Schuldbegriff», *GA*, 1976, p. 336.

134. Cfr. Roxin, *Bockelmann-Festschrift*, cit., pp. 283 y s.

135. Según el planteamiento efectuado *supra* el inimputable que actúa desconociendo *totalmente* que daña un bien jurídicamente tutelado puede considerarse que lo hace en error relevante para la antijuridicidad. Ello es una consecuencia más que pone de manifiesto que la enfermedad mental, la oligofrenia, la minoría de edad, etc., son fenómenos complejos que pueden entrafñar, según su intensidad, distintos efectos dogmáticos; también el inimputable que llega a desconocer por razón de su situación personal que materialmente lesiona el objeto de la acción, actuará sin dolo y hasta sin acción (por ejemplo, en los accesos epilépticos). La inimputabilidad podrá servir para considerar *en su caso* invencible el error. Cosa distinta es que el inimputable conozca *anormalmente* el significado de lo que hace o de las normas jurídicas en general (caso del niño): aquí falta sólo la culpabilidad.

136. Ya advirtió Liszt, *Aufsätze und Vorträge*, cit., pp. 43 y s., que el inimputable reacciona ante los motivos de forma distinta que el hombre medio, lo cual supone —añado— que tiene acceso a los motivos, siquiera sea de forma anormal. Recientemente acepta expresamente este planteamiento E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 137.

re peligro de dar a entender la teoría de la no motivabilidad normativa —no cabe castigar al inculpable porque *no puede* ser motivado en absoluto por la norma—; es imprescindible introducir un momento *normativo* esencial: en un Estado social y democrático de Derecho no se considera *justo* llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin culpabilidad. En efecto, si se admite que la falta de culpabilidad no supone necesariamente la imposibilidad absoluta de motivabilidad normativa, el fundamento de dicha exclusión de la culpabilidad no puede verse en la imposibilidad total de prevenir los delitos mediante la motivación, sino en un planteamiento *valorativo* que conduce a imponer un *límite* a la posibilidad de castigar al que actúa sin culpabilidad. Según esto, la culpabilidad no faltaría por no ser necesaria la pena, sino viceversa, que la posibilidad de pena encontraría un límite (normativo) en la falta de culpabilidad.<sup>137</sup>

Queda entonces por responder la pregunta de por qué no se considera lícito en un Estado social y democrático de Derecho castigar al inculpable. He dicho que quien actúa sin culpabilidad no deja de ser totalmente motivable por la norma, pero esto no supone que su decisión sea el producto de un proceso de motivación *normal*. En el inculpable concurren condiciones personales o situaciones que disminuyen, por debajo del límite de lo normal, las *posibilidades* de que dispone el sujeto *a priori* para atender a la llamada normativa. Por una parte, ni los oligofrénicos ni los menores pueden comprender suficientemente el sentido y alcance de la conminación penal,<sup>138</sup> ni los enfermos mentales pueden siempre captarla sin deformar su significado cuantitativo o cualitativo. Por otra parte, la culpabilidad puede faltar también porque, pese a la adecuada recepción de la motivación, el sujeto se encuentre en el momento del hecho en unas condiciones psíquicas que obstaculicen la normal eficacia determinante de aquélla (causas de no exigibilidad) o por la posible concurrencia de ambas (trastorno mental transitorio). Todo ello redundaría en una *inferior capacidad del inculpable* para cumplir el mandato normativo, en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente. Imponer, pese a ello, al primero la pena prevista para el segundo, supondría sancionar con una dureza *desigualmente excesiva* una desobediencia normativa que un hombre normal comprende y disculpa, porque advierte que se debe a una inferioridad decisiva de las *condiciones de resistencia* del autor frente a la tentación criminal. La posibilidad de motivación anormal que subsiste no podría, por

137. Acoge esta concepción Octavio de Toledo, *Concepto*, cit., pp. 138, 141 y s.

138. *Vid.* nota 105.

ello, ser ejercida lícitamente en un Derecho dispuesto a limitar su función preventiva (Estado social) en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable desde el prisma de la capacidad de resistencia del hombre normal frente al delito, y en aras de la exigencia de igualdad de los ciudadanos (Estado democrático). El límite máximo de lo punible en un Derecho democrático, que intenta responder a las expectativas del hombre normal, esto es, de la colectividad a la que se dirige, es lo exigible a dicho hombre normal.<sup>139</sup> Por eso no se castiga a quienes actúan en una situación en la que el hombre normal hubiera cedido a la motivación delictiva (causas de no exigibilidad) y no se castiga a los inimputables porque extender a ellos la conminación penal en su situación de incapacidad de resistencia normal frente a los impulsos criminales supondría elevar el nivel de lo exigible penalmente cara a los inimputables por encima del que se impone al hombre normal. Admitido el baremo democrático de la capacidad del hombre normal en las causas de inexigibilidad, vulneraría el principio de *igualdad real ante la ley* el tratar a los inimputables desconociendo que carecen de dicha capacidad normal.<sup>140</sup>

Es cierto que también existe una parte importante de la delincuencia normal que obedece a factores de desigualdad social y no por eso deja de castigarse. Se trata, sin embargo, de una desigualdad que no llega a afectar tan profundamente las leyes psíquicas de la motivación de forma que pueda considerarse por completo «anormal» y pierda su sentido la apelación racional que supone la prohibición penal. Lo cual no ha de obstar, en cambio, a que deban tomarse en consideración circunstancias de desigualdad social como éstas para atenuar la pena en la medida en que supongan una presión motivacional en favor del delito superior a la media normal. Por este camino, el principio de culpabilidad puede ofrecer una vía para una mayor realización de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático.<sup>141</sup>

Dos precisiones quiero añadir al planteamiento expuesto. En primer lugar, fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie, ni el culpable ni el inculpable, *pudo* actuar de otro modo a como lo hizo. Supone sólo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas

139. Se adhiere a esta fundamentación Octavio de Toledo, *Concepto*, cit., pp. 137 y ss.

140. Escribe Krümpelmann, «Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit...», *ZStW*, 88, 1976, p. 32: «El reproche significa que el autor no ha respondido a las expectativas sociales de comportamiento que se dirigen al hombre medio.»

141. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 161 y ss.

condiciones motivacionales mucho más favorables que el inculpable para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos.<sup>142</sup> En segundo lugar, el hecho de que la culpabilidad constituya un *límite normativo* que se impone a la posibilidad de prevención no significa que cuando la culpabilidad falte no disminuya la necesidad de la pena. La colectividad no reclama el castigo del inculpable, por lo que éste no es tan necesario a estos efectos de prevención general,<sup>143</sup> aunque ello no agota todos los aspectos de la prevención general, que en primer lugar intentaría de suyo evitar *todo* posible hecho antijurídico, no sólo los de la colectividad que contempla la impunidad del inculpable, sino también el hecho de éste. Pero preciso es reconocer que la ausencia de escándalo social ante la exculpación se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político-criminal según el cual *no es lícito* castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal. Por otra parte, es cierto que la peligrosidad que pueda encerrar el inculpable no precisa la pena, sino que ya puede afrontarse, y mejor, por medio de una medida de seguridad.<sup>144</sup> Sin embargo, algo parecido podría decirse de quienes delinquen con culpabilidad, por lo que la imposición o no de una pena no puede depender únicamente de su mayor o menor necesidad a efectos de prevención especial, sino del límite normativo representado por la culpabilidad.<sup>145</sup> También es verdad, no obstante, que la existencia de medidas de seguridad que atajan ya la posible peligrosidad de los inimputables se ha permitido históricamente ampliar las fronteras de la exclusión de culpabilidad más allá de lo que de otro modo toleraría la sociedad.<sup>146</sup> Así, la minoría de edad penal puede hallarse por encima del momento en que efectivamente se alcanza el «discernimiento», en buena medida porque la introducción de medidas específicas para el menor ha venido a suplir *con ventaja* la necesidad de la pena.

142. Ello es lo que permite fundar las «expectativas normativas que cabe imponer a un hombre sano». Cfr. Roxin, *Bockelmann-Festschrift*, cit., p. 292, siguiendo a Jescheck.

143. Así Gimbernat, *Henkel-Festschrift*, cit., pp. 182 y s. (*Estudios*, cit., p. 100); Roxin, *Bockelmann-Festschrift*, cit., p. 301. Sin embargo, cfr. J. Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 39 y ss.

144. Cfr. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, cit., pp. 57 y s.

145. Cfr. S. Mir Puig, *Introducción*, cit., p. 157, donde rechazo la sustitución de un Derecho penal de penas por otro de medidas, basándome en el principio de culpabilidad y su significado democrático.

146. Sobre los condicionamientos de prevención general de la actual regulación alemana, cfr. C. Stratenwerth, «Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips», en *Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft*, Heft, 134, 1977, p. 15.

## 4. ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

Sobre esta base cabe diferenciar las distintas causas que excluyen la culpabilidad de otras circunstancias que ya impiden la presencia de la propia antijuridicidad pese a afectar a la posibilidad de motivación del sujeto. Si la antijuridicidad es el ámbito de los *hechos que el Derecho puede desear prevenir*, la culpabilidad es la esfera en que se comprueba si el hecho injusto cometido *puede atribuirse a su autor* en condiciones psíquicas de *motivabilidad normal*.<sup>147</sup> Ahora bien, en un Derecho penal preventivo como el exigido por el Estado social y democrático de Derecho, en el cual la prohibición tiene el sentido de motivar a evitar determinados hechos, la motivabilidad no es un concepto exclusivo de la culpabilidad, sino que ya interviene en la antijuridicidad: si la prohibición persigue evitar un hecho mediante la motivación, no tendría sentido prohibir un hecho que no pueda intentarse evitar mediante la motivación. Desaparecida la posibilidad de *desvalorar* el hecho *como algo que el Derecho pueda desear evitar* en orden a la prevención, tal hecho no puede ya prohibirse ni reputarse, por lo tanto, como un hecho antijurídico.<sup>148</sup>

Así, tanto la exigencia fundamental de un comportamiento voluntario (final), como la consideración de esta voluntariedad como límite de lo injusto se fundamentaron anteriormente en base a la imposibilidad de motivar a la evitación de una conducta no voluntaria en cuanto tal —es inútil decirle prohibido matar a quien no sabe que «mata», como también carecería de toda posible eficacia decirle «prohibido lesionar bienes jurídicos» a quien no sabe que lesiona un bien jurídicamente tutelado—. <sup>149</sup> Ello puede

147. Según esto, la culpabilidad no añade al injusto ningún *objeto específico* de desvalor que contribuya a *fundar* la pena, como, sin embargo, pretende la teoría de la «*unrechtliche Gesinnung*»; Gallas, *Beiträge*, pp. 55 y ss.; Jescheck, *Lehrbuch*, cit., pp. 340 y s.; Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allg. Teil, cit., pp. 148 y ss. La antijuridicidad delimita exhaustivamente el ámbito de lo *prohibido*, esto es, de lo que el Derecho puede desear evitar. La pena sólo puede fundarse, pues, en la comisión del injusto, a cuya evitación tiende. La pena no castiga la culpabilidad, sino la realización de un hecho no deseado, prohibido, antijurídico. La culpabilidad es sólo *condición de atribución* del injusto a su autor. Por eso no puede *agravar*, sino sólo, en su caso, atenuar o excluir la pena. Cfr. en este sentido, con extraordinaria claridad, Horn, *Verbotsirtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969, p. 139, nota 104. También se muestra de acuerdo Gimbernat Ordeig, *Henkel-Festschrift*, cit., p. 162, nota 21 (*Estudios*, cit., p. 100, nota 44). En favor de sustituir el término *culpabilidad* (*Schuld*) por el de *imputación* (*Zurechnung*), H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974, p. 220.

148. Ello se confirma desde la perspectiva funcionalista de la teoría del sistema que condiciona el sentido de las normas o la posibilidad alternativa de que se actúe conforme a ellas o de forma desviada respecto a las mismas; cfr. N. Luhmann, «Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1972, p. 40.

149. En cambio, la «previsibilidad» del espectador objetivo condiciona el injusto no por *imposibilidad* de motivación, sino en el sentido normativo del grado de previsión por encima del cual el legislador *prefiere* no exigir, porque considera que de otro modo se llegaría a dificultar el tráfico social. Esto ha de valer tanto para el error invencible de tipo como para el relativo a la protección jurídica del bien lesionado, razón por la cual también éste debe afectar al injusto.

fundarse diciendo que la voluntariedad condiciona el sentido y la calificación del *hecho en cuanto tal*; de ella depende la cuestión de *qué hecho* y, en su caso, *qué hecho prohibido* (una lesión voluntaria de un bien jurídico, o una conducta descuidada con relación al mismo) hay que considerar realizado. De la voluntariedad depende, pues, la existencia del hecho prohibido. Pero ¿no afectan también a las características y al significado del hecho las condiciones que estudiamos en la culpabilidad? ¿No es un «hecho distinto» el hecho del enajenado que el cometido por un sujeto culpable? ¿Por qué no entender, entonces, que también las condiciones que se estudian en la culpabilidad afectan ya a la misma prohibición?

El problema no se planteaba necesariamente en un esquema causalista, en el que la antijuridicidad se refería a una parte del hecho (la parte objetivo-externa), mientras que se reservaba la culpabilidad para la otra parte subjetivo-interna. Sí se suscita, en cambio, cuando se considera la antijuridicidad como el ámbito en que se decide la prohibición del hecho en su integridad, tomando en cuenta *todas* sus condiciones objetivas y subjetivas. Desde este prisma, que es el finalista, y el aquí adoptado, la distinción de antijuridicidad y culpabilidad puede depender de qué condiciones se considera que integran «el hecho» prohibido. Cabe, o bien entender este «hecho» con un *cierto grado de abstracción*, prescindiendo en el injusto de las características concretas que lo presentan como obra de su autor, o bien, por el contrario, como el hecho absolutamente concreto producto de un autor que obra en unas determinadas condiciones de motivabilidad.

Un sector de la doctrina tiende (consciente o inconscientemente) a contemplar la culpabilidad como el único ámbito en que se examina el hecho en su definitiva concreción, ámbito al que se contrapone el de la antijuridicidad como aquel en que el hecho se considera abstracto —en general—, sin tomar en consideración ciertas condiciones que lo vinculan a su *concreto* autor. Así, cuando Welzel dice que la antijuridicidad constituye una relación desfavorable «entre la *acción* y el ordenamiento jurídico» mientras que la culpabilidad fundamenta el reproche *personal* frente al autor,<sup>150</sup> no incluye en «la acción» que contempla en el injusto *todas* sus circunstancias concretas, sino que excluye aquellas características del hecho que condicionan la posibilidad de reprocharlo personalmente al concreto autor.

Si la antijuridicidad se concibe, como hacemos aquí, como infracción de una norma motivadora, supondrá, como decíamos, que esta norma motivadora puede ser recibida de algún modo por su destinatario. La capaci-

150. Cfr. H. Welzel, *Lehrbuch*, cit., p. 138.

dad del sujeto de ser motivado por la norma constituye, pues, una condición del injusto y, por tanto, debe incluirse entre los elementos del *hecho* antijurídico. Ahora bien, si por destinatario de la norma se entendiera la colectividad en *general*, cabría considerar suficiente para su infracción (para el injusto) que el hombre medio pudiera ser motivado por dicha norma, dejándose para la culpabilidad la cuestión de si además era o no motivable el concreto autor. Este planteamiento contemplaría en el injusto el hecho en abstracto, prescindiendo de las concretas condiciones en que tiene lugar por parte de su autor. Mas una tal construcción no resulta coherente con el punto de partida ni con el desarrollo de la teoría del delito. Ésta parte de la comprobación de si el autor *concreto* actuó, o no, en una situación de ausencia de comportamiento humano. No cabe responder a esto diciendo que en ese primer momento se trata de examinar situaciones en las que *cualquiera* se encontraría en las mismas condiciones, porque lo mismo podría decirse de las causas que excluyen la culpabilidad: también *cualquiera* que actuase bajo alguna de estas causas se hallaría en la misma situación. Aún más evidente es, si cabe, que el tipo de injusto de la omisión requiere la capacidad del *concreto sujeto* de realizar la conducta debida. Y, coherentemente, lo mismo habrá que afirmar en la imprudencia, según se vio anteriormente. Todo esto indica que el tipo de injusto examina, ya desde un principio, el hecho *concreto*, atendida la capacidad del sujeto concreto.<sup>151</sup>

La capacidad del sujeto de ser motivado (de algún modo) por la norma no puede dejarse, pues, al ámbito de la culpabilidad: la posibilidad de alguna motivación, la motivabilidad, condiciona ya el injusto. Lo que queda como objeto específico de la culpabilidad es la comprobación de la *normalidad de la motivación*. Si existe *alguna posibilidad* de motivar al sujeto (concreto), tiene sentido ya prohibirle el hecho, esto es, desear evitarlo dirigiéndole la norma motivadora. Esto no exige que la motivabilidad alcance un determinado grado de normalidad, por lo que ésta no es necesaria para la prohibición del hecho (injusto). Pero si se prueba la plena *anormalidad*

151. Ni Welzel, ni Gimbernat o Roxin pueden, desde sus premisas respectivas, admitir esta conclusión sin que fracase su criterio de distinción de injusto y culpabilidad. Como hemos visto, Welzel parte de que falta la culpabilidad cuando el sujeto no podía actuar de otro modo. Si tuviese en cuenta esta falta de poder actuar de otra forma en el hecho desde un principio, no podría desvalorar de ningún modo, según su planteamiento, el hecho del inculpable, por lo que no podría considerarlo ni siquiera antijurídico. ¿Cómo podría desvalorarse y prohibirse al sujeto un hecho que no podría evitar? Algo parecido sucede cuando —como Gimbernat o Roxin— se entiende la culpabilidad como el ámbito en que se decide la posibilidad de motivación del sujeto concreto: si esta capacidad de ser motivado se contemplase al examinar el hecho prohibido, no podría admitirse su prohibición ni, por tanto, su antijuridicidad —y no sólo su culpabilidad—, porque no tendría sentido prohibir lo inevitable.

de las condiciones de motivabilidad del sujeto, no cabe castigarle por falta de culpabilidad. No es que entonces deje de tener sentido prohibirle el hecho al sujeto, sino que, al contrario, el Derecho debe seguir deseando evitarlo en tanto subsista alguna posibilidad de motivar al sujeto, aunque dicha posibilidad sea muy inferior a las normales. Mas, aunque el hecho deba seguir prohibiéndose por la norma, la infracción de ésta no puede castigarse con una pena a la vista de la anormalidad motivacional del sujeto.

En resumen: En el *injusto* se seleccionan aquellos comportamientos humanos que el Derecho penal *desea* evitar y a cuya evitación *es posible motivar de algún modo*. Todos estos hechos deben considerarse prohibidos en un Derecho penal preventivo. La *culpabilidad* es el ámbito en el que se comprueban las *posibilidades psíquicas de motivación normal del autor de un comportamiento antijurídico* por parte de la norma penal.<sup>152</sup> Sólo cuando tal posibilidad de motivación normal concorra, será el autor «culpable» y tendrá sentido realizar la amenaza penal en su persona. La ausencia de tal normalidad no impide seguir desvalorando el hecho como antijurídico porque no supone una *imposibilidad absoluta* de motivar a la evitación del hecho, sino que sólo excluye la *normalidad* del proceso de motivación en que tiene lugar. Si no fuera así, si la falta de culpabilidad obedeciera a la total imposibilidad de acceso a la motivación normativa, no sería posible, seguramente, distinguir entre antijuridicidad y culpabilidad.

152. Así ya, para la imputabilidad, entendida como «el presupuesto de la responsabilidad jurídico-penal», F. von Liszt, «Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe», en sus *Strafrechtliche Ausätze und Vorträge*, II, Berlín, 1905, p. 43 («normale Bestimmbarkeit durch Motive»).



## CAPÍTULO 3

### LA PERSPECTIVA *EX ANTE* EN DERECHO PENAL\*

A causa a B una fuerte impresión al comunicarle la muerte de su hijo, noticia que, habida cuenta del delicado estado del corazón de B, le produce la muerte. Una vez comprobados los extremos del hecho producido, no cabe duda de que A aparece como causante de la muerte de B; en cambio, *ex ante*, en el momento de darse la noticia, la conducta de A no se presentaba como peligrosa para la vida de B. ¿Ha infringido A la prohibición de matar? Si se adopta la perspectiva *ex post*, habrá que decir que sí, pero si la prohibición se refiere al momento de la acción (*ex ante*), y se pregunta si *en aquel instante* el Derecho *prohibía* a A comunicarle a B la muerte de su hijo, la respuesta deberá ser negativa.

#### I. Temporalidad y relatividad

La conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador es una de las características de nuestro siglo.<sup>1</sup> El pensamiento tradicional tendía a contemplar el mundo desde un punto de vista abstracto, situándolo fuera de su concreto manifestarse al observador en un espacio y en un tiempo. Éste es el punto de mira de la metafísica clásica, pero también el de la filosofía práctica tradicional: así como *el ser* se en-

\* Publicado en *ADPCP*, pp. 5 y ss. Versión alemana en *Festschrift für Jescheck*, 1985, I, pp. 337 y ss.

1. Escribe M. Heidegger, *¿Qué es metafísica?*, traducción española de Xavier Zubiri, Madrid 1963, p. 16: «Nos preguntamos, *aquí y ahora, para nosotros.*»

tiende como realidad que trasciende la dimensión temporal de los concretos objetos empíricos en que se manifiesta, el bien y el mal se consideran como características ontológicas que pueden predicarse de las cosas con independencia del momento en que sean examinadas. Si una cosa es buena o es mala, lo será tanto si la vemos antes de que se produzca, como durante su producción o después de ella. Por otra parte, la bondad o maldad de una cosa no se ha hecho depender de cómo se nos aparezca, como observadores en un determinado momento, sino de si *en sí misma* es realmente buena o mala. Éste es, *grosso modo*, el planteamiento clásico: una perspectiva ontológica ahistórica, abstracta, que no ve las cosas desde su fenomenalidad espacio-temporal concreta, y que no atiende a la *perspectiva del observador*.

La Ciencia del Derecho ha compartido este enfoque atemporal. Voy a poner un ejemplo significativo. La *validez* de una norma o de un acto jurídico se ha pretendido fundamentar haciendo abstracción de los distintos momentos en que se manifiesta al observador. Por eso suele decirse que los actos nulos de pleno derecho lo son en sí mismos y no sólo desde el momento en que se advierte y declara su nulidad. Ésta sería la diferencia entre los actos «nulos» y los «anulables», puesto que estos últimos serían válidos hasta su anulación. Sin embargo, esta construcción tradicional choca con una evidencia: también el acto nulo de pleno derecho despliega efectos jurídicos hasta que se advierte y declara su nulidad. Para explicarlo se dice que tales efectos suponen una mera «eficacia» distinta a la «validez». Mas lo cierto es que sin declaración de nulidad el acto «nulo» no sólo es «eficaz» de hecho, sino que se halla tan amparado *por el Derecho* como el acto «válido». También es verdad que la declaración de nulidad puede llevar aparejados ciertos efectos retroactivos que tienden a negar la eficacia desplegada por el acto nulo. Pero ello sólo tiene lugar si la declaración de nulidad llega a producirse y desde el momento en que tiene lugar: el pasado no puede borrarse. En estas condiciones, ¿no sería más ajustado a la realidad decir que todo acto es «válido» y no sólo «eficaz», en tanto no sea anulado, sin perjuicio de que pudieran distinguirse anulaciones con efectos retroactivos y sin tales efectos? Sería más realista, pero supondría un cambio de planteamiento trascendental: supondría admitir que un hecho no es válido o nulo en sí, sino en función de *cómo se presenta al observador en cada momento*. Será válido mientras se presente como tal y dejará de serlo en cuanto se manifieste como nulo.

Este ejemplo puede introducir a la problemática que me importa abordar. Las normas jurídicas no son entidades abstractas sin vida, sino reali-

dades sociales que se producen en un determinado tiempo y lugar.<sup>2</sup> Los hechos regulados por las normas también son fenómenos históricos que entran en contacto con las normas en un momento dado. Y el destinatario de una norma la cumple o la infringe en el instante en que actúa de conformidad o en contra de la misma. Las normas pretenden regular las conductas de los ciudadanos y de los jueces. Para conseguirlo, las normas tendrán que incidir en un momento en que los ciudadanos y los jueces estén a tiempo de adaptar sus conductas a lo pretendido por la ley. No lo conseguirían si pretendiesen referirse al momento en que las conductas a regular ya se han producido. En Derecho penal esto significa que la prohibición de delinquir sólo tiene sentido si se entiende dirigida al ciudadano antes de que haya delinquido (*ex ante*), puesto que llegaría tarde si se refiriese al delito ya producido (*ex post*). Y significa, previamente, que la conminación penal no puede limitarse a cumplir la función de *respuesta* frente al delito una vez cometido, sino que ha de poder ser captada por el ciudadano en el momento de actuar, si es que la pena quiere incidir en su conducta. Todo esto conduce a una *concepción preventiva de la pena* y a un *enfoque ex ante de la teoría del delito*, en sus dos pilares básicos de antijuridicidad y culpabilidad.

Antes de desarrollar ambos extremos, importa subrayar que es bien distinto el planteamiento tradicional. De conformidad con la visión atemporal e independiente de la perspectiva histórica del observador, la Ciencia del Derecho penal tradicional ha contemplado el delito y la pena como entidades abstractas, en el sentido siguiente: el delito no se ha visto como una conducta que hay que valorar en su manifestación temporal ante los ojos del observador, la pena no ha solido concebirse explícitamente desde la perspectiva de su incidencia en el momento de la actuación del ciudadano. Ello ha permitido una concepción retributiva de la pena y entender el delito como causación de un estado desvalorado.

## II. Perspectiva *ex ante* y concepción preventiva de la pena

Ningún defensor de una concepción retributiva de la pena admitirá que ésta carezca de toda misión en orden a incidir en el comportamiento o, al

2. Afirma acertadamente Ota Weinberger, «Die logischen Grundlagen der erkenntniskritischen Jurisprudenz», en *Rechtstheorie*, 1978, p. 126, que las instituciones sociales, y entre ellas el Derecho, existen en el mundo real, esto es, en el espacio y en el tiempo. Admite también la existencia real de las instituciones sociales como productos de la mente humana en sí mismas y con independencia de su posible base física: Karl R. Popper, *El yo y su cerebro*, Barcelona, 1977, pp. 44 ss. Cfr. S. Mir Puig (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Barcelona, 1982, p. 20.

menos, en la conciencia de los ciudadanos. Ni siquiera Kant osó llegar a este extremo en su famoso ejemplo de la isla cuya población decide disolverse para siempre. Cuando el filósofo alemán dice que incluso en este caso extremo habría que ejecutar hasta al último asesino que se encuentra en prisión condenado a muerte, añade: «*para que todos vean el valor de sus actos*».³ Se trata, evidentemente, de una finalidad de futuro, que va más allá de la pura respuesta al delito cometido. Sin embargo, los retribucionistas puros, como Kant, no parecen advertir esta dimensión temporal de futuro que no es posible negar sin que la reacción penal aparezca como absurda: sin llegar a la conclusión de que supondría castigar para nada. No lo advierten porque no ven la retribución del mal como una operación que se produce en un tiempo dado y que sólo puede tener sentido en el tiempo, después de haber tenido lugar, y frente a unos observadores determinados.

Ahora bien, en cuanto se reconoce que la pena sólo tiene sentido en cuanto puede producir determinados efectos posteriores en la conducta o en la conciencia de los ciudadanos, se está admitiendo que lo que da sentido a la pena es su posible incidencia futura en dichos ciudadanos. Quiebra entonces la base de la teoría puramente retributiva de la pena. El paso siguiente es reconocer explícitamente que la pena debe perseguir regular la vida social. Aparece entonces la función preventiva de la pena: la pena sirve a la protección de la sociedad mediante la prevención de conductas especialmente lesivas que puedan producirse *en el futuro*.

La concepción preventiva de la pena es la que tiene más sentido en orden a la regulación y evitación de conductas, puesto que dicho objetivo sólo puede conseguirse mediante una incidencia anterior a las conductas a regular y que mire al futuro, es decir, desde una *perspectiva «ex ante»*. En cuanto la retribución en sí misma sólo mira al pasado, sólo se presenta como una *respuesta «ex post»* al hecho ya producido, y no aparece como instrumento dirigido a regular las conductas de los ciudadanos. Únicamente puede pretender regular la actuación de los jueces que en el futuro se encuentren ante hechos delictivos, en el sentido de obligar a responder a tales hechos mediante la pena. Mas esta regulación de la actuación judicial no supone regulación alguna de la conducta de los ciudadanos: no persigue ninguna finalidad de evitación de delitos ni de protección de la sociedad. ¿Para qué se impone entonces la pena? Cabe responder que se hace simplemente *para dejar testimonio* de que el mal merece ser castigado, pero en tal caso se estará reconociendo que la retribución no se justifica como mera

3. Cfr. I. Kant, *Die Metaphisik der Sitten*, 1797, p. 455.

respuesta *ex post*, sino para conseguir una determinada finalidad posterior al castigo (dejar testimonio). Y si seguimos preguntando para qué es preciso conseguir tal objetivo, la respuesta más razonable y seguramente más probable será la de que con ello se quiere influir en la conducta futura de los ciudadanos, *para que*, a la vista de que el mal merece su castigo, *eviten su realización*. Pero con esto se habrá llegado, precisamente, a una concepción preventiva de la pena.

La conclusión que quería obtener es obvia: toda concepción de la pena que quiera conseguir con ella regular de algún modo las conductas de los ciudadanos, ha de entenderla con referencia al futuro y no sólo como respuesta al pasado. Éste es el terreno específico de la teoría de la prevención.

No significa esto que la función preventiva de la pena deba fundarse sólo por esta vía. Todo el planteamiento expuesto parte de una premisa valorativa fundamental que hoy nos parece bastante obvia, pero que en otras épocas históricas podía parecer más discutible: el principio de que el Derecho penal sólo se justifica cuando resulta *necesario* para regular y evitar conductas lesivas de bienes jurídicos, y de que, por tanto, resultaría inadmisibile la intervención punitiva del Derecho si no sirviera en absoluto para regular dichas conductas, esto es, si la pena se presentase como un mal innecesario e inútil. Este principio puede fundarse en la imagen del Derecho en el Estado social y democrático de Derecho, imagen dominante en la filosofía política que inspira las Constituciones de los países de nuestro ámbito de cultura (así, por ejemplo, la Constitución alemana y la Constitución española). Un tal Derecho encuentra su justificación en realizar la misión del Estado de configurar (regular) la vida social en forma activa (Estado social) y en forma democrática en su forma y contenido (Estado democrático de Derecho). En Derecho penal esto significa que se trata de proteger a la sociedad mediante una prevención (Estado social) ajustada al sentido y límites de un Estado democrático de Derecho. Mas este planteamiento lo he desarrollado ya en otros lugares<sup>4</sup> y no constituye el objetivo específico de este trabajo. Aquí se trata sólo de poner de relieve la dimensión temporal de referencia al futuro que implica necesariamente una concepción de la pena que admita el objetivo de regular conductas de los ciudadanos.

4. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1982, pp. 29 y ss.; *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 123 y ss.

### III. Perspectiva *ex ante* y antijuridicidad

1. Observando el delito en su temporalidad concreta, *la teoría causalista de la antijuridicidad* aparece como una contemplación del hecho *ex post*. Para el causalismo el punto de partida de la antijuridicidad es el resultado producido, que se contempla desde la perspectiva de un momento en que ya ha tenido lugar. El hecho antijurídico se ve como un *hecho pasado*. De ahí que la esencia material de la antijuridicidad sea para el causalismo fundamentalmente un *estado* disvalioso para bienes jurídicos que se ha ocasionado.

*El finalismo* parte de una perspectiva temporal opuesta. Empieza por fijarse en el momento subjetivo de la anteposición mental de la meta, de la finalidad que guía la acción: el momento *inicial* de la acción, no el momento del resultado causado. Se adelanta así el punto de mira, y se examina el hecho desde el prisma de la finalidad anterior a su manifestación externa.

*La moderna teoría de la imputación objetiva* ha advertido por otro camino la necesidad de la perspectiva *ex ante* para decidir la concurrencia del hecho típico. Ya lo advirtió *la teoría de la adecuación* al exigir que la acción apareciese como adecuada para producir el resultado a los ojos de un espectador medio que contemplara el hecho en el momento que actuó el autor (*ex ante*) y con los datos especiales que éste pudiera tener acerca de la situación. Hoy, esta teoría de la adecuación no se considera una teoría de la causalidad —a decidir sólo por la teoría de la equivalencia de todas las condiciones necesarias del resultado—, pero sí de una teoría que permite la *imputación objetiva* del resultado a la acción.<sup>5</sup>

2. La perspectiva *ex post* del causalismo es coherente con la perspectiva *ex post* de la teoría retributiva de la pena. Pero si se admite que el Estado actual está llamado a *regular* la vida social, y que sólo se legitima su intervención mediante el Derecho penal cuando resulta necesario para *evitar* las conductas constitutivas de delito, ya se vio que no puede sostenerse una teoría retributiva de la pena, que la concibe como respuesta *ex post*, sino sólo una teoría preventiva de la misma, que la entiende como conminación *ex ante*. Pues bien, una concepción preventiva de la pena que resulte

5. Cfr. por todos H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (traducción y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, I, pp. 386 y ss.). Recientemente, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1981, que ha motivado un lúcido comentario de Luzón Peña, «Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto», *Actualidad jurídica* (VII), 1981, pp. 78 y ss. En España es fundamental la monografía de E. Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, *passim*.

consecuente ha de conducir a abandonar también el punto de vista *ex post* que el causalismo adopta en el análisis del hecho antijurídico. Puesto que la norma penal preventiva apunta al momento en que aún puede evitarse la realización de la conducta, intentando motivar a dicha evitación, el juicio de antijuridicidad deberá efectuarse *ex ante*, en el momento en que el sujeto va a actuar. Veámoslo con más detenimiento.

Si lo que fundamenta la conminación penal en un Estado social y democrático de Derecho es la necesidad de prevenir delitos, esto sólo se puede intentar por parte de una norma penal tratando de *motivar a los ciudadanos a que no realicen conductas* constitutivas de delito. Ello supone que la evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando a la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El Derecho no puede *prohibir* que se produzcan resultados dañosos —¡no puede prohibir que los hombres mueran o enfermen!—, sino sólo que los ciudadanos lleven a cabo voluntariamente comportamientos capaces de ocasionar dichos resultados.<sup>6</sup> Un resultado, *en sí mismo*, no puede infringir las normas jurídicas ni ser, por tanto, contrario a Derecho —por mucho que pueda suponer la lesión de un bien protegido jurídicamente—.

Si las normas penales sólo pueden pretender regular conductas humanas y no pueden prohibir que tengan lugar resultados lesivos por otra vía, sólo podrán oponerse a tales normas conductas distintas a las impuestas por ellas. Y como el Derecho penal de un Estado social debe entenderse como un conjunto de normas de regulación (de prevención), sólo podrán considerarse contrarias al *Derecho* penal dichas conductas distintas a las deseadas por sus *normas*. La antijuridicidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal.<sup>7</sup>

El momento de incidencia de la prohibición penal habrá de ser, pues, aquel en que el sujeto se pone a realizar la conducta que el Derecho desea

6. Armin Kaufmann, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Welzel*, Berlín, 1974, p. 393; Otto, «Personales Unrecht, Schuld und Strafe», en *ZStW*, 87, 1975, p. 567; Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 145; Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Francfort, 1975, preámbulo al § 1 Anm. 17 y 50; Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, p. 253; Bustos y Hormazábal, «Significación social y tipicidad», en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, 1982, p. 35.

7. Es preciso, pues, desde el prisma de un Derecho penal preventivo, *invertir* la expresiva formulación de Mezger, «Die subjektiven Unrechtselemente», *GS*, 89, 1924, pp. 245 y s., según la cual el injusto supone la «modificación de un estado jurídicamente aprobado o la producción de un estado jurídicamente desaprobado, no la modificación jurídicamente desaprobada de un estado».

evitar y prevenir. Para decidir si un determinado comportamiento se halla o no prohibido por la ley penal, habrá que contemplar las características que manifiesta *ex ante*, cuando aún puede ser evitado. No cabe esperar a comprobar si, una vez realizado, el hecho resulta ser realmente como parecía, porque en un Derecho preventivo la decisión de prohibir o no prohibir el hecho debe adoptarse definitivamente antes de que el mismo se haya producido.

Tiene razón, pues, la teoría de la imputación objetiva cuando exige, para el tipo de injusto de los delitos de lesión, que *ex ante* fuera previsible que la acción causaría el resultado. Pero esta exigencia, hoy generalmente reconocida, no encuentra un fundamento adecuado en el planteamiento causalista que contemple el hecho *ex post*: si una vez producido el resultado se comprueba que *ha sido* causado por la acción, ¿cómo negar que se haya realizado el tipo que consiste en la producción del resultado? El finalismo puede dar respuesta a esta pregunta en muchos casos negando que concurra el tipo cuando el sujeto no actúa dolosamente ni en forma imprudente.<sup>8</sup> Pero ¿qué ocurre cuando el autor obró con la intención de producir el resultado mediante una conducta que *ex ante* se presentaba como insuficientemente peligrosa para considerarla «adecuada» para causar el resultado? Piénsese en el ejemplo clásico de quien manda a su criado al bosque en un día de tormenta esperando que le alcance un rayo. Tampoco se resuelven con el planteamiento finalista los casos de conductas *ex ante* inadecuadas en los delitos cualificados por el resultado.

La única fundamentación suficiente de la exigencia general de una mínima peligrosidad aparente *ex ante* en los delitos de lesión es que no tiene sentido prohibir las acciones que en el momento de ir a realizarse no parezcan suficientemente dañosas. ¿Cómo podría prohibir la norma penal a su destinatario que verificase una acción cuya peligrosidad para el bien jurídico, cuya tutela constituye la única razón de la pena, no puede advertirse hasta después de realizada?<sup>9</sup>

Si el finalismo puede resolver satisfactoriamente muchos de los casos de conductas lesivas inicialmente inadecuadas es porque adopta un punto

8. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1969, pp. 45 s.

9. Así, ya Engisch, «Der Unrechtstatbestand im Strafrecht», en *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages*, I, Karlsruhe, 1960, p. 419, escribía: «Sólo un comportamiento... que sea incorrecto considerado *ex ante* puede ser prohibido» (tomo la traducción del fragmento que ofrece Gimbernat Ordeig, *Estudios*, cit., p. 145, nota 40, que se manifiesta en el mismo sentido, reafirmando la fundamentación que ya ofreció en su monografía *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1966, pp. 99 y ss.). Cfr. también Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 65.

de vista *ex ante* en la concepción de la antijuridicidad: la finalidad que guiaba al autor se concibe como punto de partida del injusto. Pero si no puede fundamentar correctamente la solución de *todos* los supuestos de conductas inadecuadas es porque parte de una visión subjetiva del contenido del injusto. Para el finalismo, el centro del injusto se halla en el desvalor de la acción y éste, a su vez, es, ante todo, desvalor de la vertiente subjetiva del hecho, de modo que la concepción finalista del injusto aparece en todo caso como *teoría del injusto personal*.<sup>10</sup> Para un Derecho penal que quiera respetar el límite liberal del fuero interno (esto es, para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho), este punto de partida subjetivo no es adecuado. Un tal Derecho penal sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger. No puede, en cambio, tener por objeto que el sujeto no «adopte decisiones» contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es sólo el de los procesos de interacción social. Cierto que la motivación penal se dirige a la consecución de una resolución de su destinatario, necesariamente subjetiva, en el sentido de no cometer el delito; pero ello no ha de tener lugar porque se desvalore la resolución subjetiva por sí misma, sino porque se quiere evitar una conducta externa lesiva. El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir.

La perspectiva de la que debe partirse en la antijuridicidad debe ser, pues, una perspectiva *ex ante* y que contemple el hecho *objetivamente*. Ello remite al punto de vista del hombre medio situado mentalmente en la posición del autor en el momento de realizar la acción y con los conocimientos de la situación que pudiera tener aquél (el autor). El criterio manejado por la teoría de la adecuación pasa, así, de ser un «correctivo» difícilmente encajable en las categorías dogmáticas, a suministrar la perspectiva a adoptar con carácter general en el enjuiciamiento de la antijuridicidad de un hecho. Éste estará prohibido cuando *ex ante* aparezca al hombre medio como capaz de producir la lesión o puesta en peligro típicas, atendidos los conocimientos que al actuar tenía entonces el sujeto.

10. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 62 («Unrecht ist Täterbezogenes "personales" Unrecht»), aunque también admite la relevancia para el desvalor de la acción de los especiales deberes personales que objetivamente infrinja la conducta y, sobre todo, la pertenencia del objetivo «deber de cuidado» a lo injusto de la acción de los delitos imprudentes.

### 3. ¿Cuál es, entonces, el papel del *resultado* y del *dolo*?

A) El resultado sólo es constatable *ex post*, cuando ya no puede evitarse. Desde el punto de vista de una norma preventiva llamada a evitar conductas lesivas o peligrosas, ello supone que el resultado no puede ser prohibido a partir de su constatación, porque una vez constatado ya no puede ser evitado. Pero tampoco cabe admitir que en los delitos de lesión el resultado restrinja el ámbito de las *conductas* prohibidas, antijurídicas, entendiéndose que sólo se prohíben las conductas que, además de aparecer como peligrosas *ex ante*, logren ocasionar efectivamente la lesión. Si la prohibición se entiende como mandato de evitar una conducta, ¿cómo pueden prohibirse (mandar que se eviten) sólo las conductas que causen un resultado, si no es posible saber cuáles son tales conductas hasta que ya se han realizado? Si se quieren prohibir, para que se eviten, las conductas lesivas, no hay más remedio que prohibir *todas* las acciones que *ex ante* aparezcan como posiblemente lesivas, porque entre ellas no existe *ex ante* ninguna diferencia constatable entonces.

No cabe, pues, condicionar *el injusto* (la prohibición) a la producción del resultado sin convertir la prohibición en algo inasequible para su destinatario. Sin embargo, es cierto que la exigencia de producción de un resultado cumple importantes funciones político-criminales. No se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto al del injusto. El resultado ha de considerarse un elemento que condiciona o limita la punibilidad del hecho en base a razones de seguridad jurídica, de falta de necesidad de pena, etc.<sup>11</sup>

B) Aunque la perspectiva de la antijuridicidad ha de ser objetiva, atenta a la capacidad lesiva o peligrosidad *ex ante* de una conducta, hay que admitir que los delitos dolosos poseen un contenido de injusto más graves que los delitos imprudentes —el dolo y la culpa no son, pues, formas de culpabilidad—. Ello se debe a dos clases de razones.

a) Por una parte, *el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta*. Un derecho penal preventivo ha de prohibir con mayor intensidad las conductas que desea evitar en mayor medida por su especial peligrosidad *ex ante*, y éstas son, ante todo, las voluntariamente dirigidas a lesionar bienes jurídicos. El intentar voluntariamente la lesión supone en ge-

11. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 65 y ss. En la 2.<sup>a</sup> edición de esta obra aquí citada, profundizo en este planteamiento y en el que se enuncia a continuación.

neral un mayor peligro *ex ante* para el bien concretamente afectado, que el actuar frente a él de forma descuidada pero *queriendo evitar la lesión* —si no fuera así ya habría dolo—.

b) Por otra parte, *el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad* frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar un bien jurídico, dolo directo), o admite que es probable que lo lesione (dolo eventual), que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de su actuación (culpa inconsciente), o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión (culpa consciente). En el primer grupo de casos (dolo), el Derecho no sólo tiene que intentar evitar la conducta peligrosa, sino que puede hacerlo en la medida que requiera toda su peligrosidad objetiva (*ex ante*), pues la conminación penal se dirige a un sujeto que advierte plenamente dicho peligro. En cambio, en el segundo grupo de casos (imprudencia), la norma penal sólo puede dirigirse a un sujeto que no advierte la peligrosidad objetiva (*ex ante*) de la acción que el bien jurídico o que no cree probable que en su caso vaya a realizarse. Y como la prohibición penal, para que tenga posibilidades de éxito, ha de referirse a hechos conocidos por el destinatario, sólo pueden prohibírsele las conductas peligrosas en la medida del conocimiento de la situación peligrosa de que disponga.

#### IV. Perspectiva *ex ante* y «poder actuar de otro modo»

Con esto llegamos a un punto de la teoría del delito de gran trascendencia y que, no obstante, no puede ser resuelto satisfactoriamente desde la perspectiva *ex post* tradicional. Me refiero a la cuestión del «poder actuar de otro modo», que a su vez se refleja en extremos tan importantes como la imprudencia inconsciente, el error de prohibición y, sobre todo, el fundamento material de la culpabilidad. Empiezo mencionando la culpa inconsciente porque el apartado anterior ha terminado por abocarnos a ella.

1. La punición de la *culpa inconsciente* suele fundamentarse mediante la afirmación de que el sujeto que no ha advertido el peligro *podía* haberlo advertido. Pero *ex post* lo único que se ha comprobado es que el sujeto no se percató del peligro. Sostener que, pese a ello, aunque se hubieran repetido *todas* las mismas circunstancias que *ex post* conocemos, el sujeto *podía* haber advertido el peligro, sólo es lícito sobre la base de la creencia en el postulado filosófico indemostrable del *libre albedrío* o *libertad de vo-*

*luntad*. Cuando examinemos el fundamento de la culpabilidad razonaremos por qué no cabe partir en Derecho penal del libre albedrío. ¿Cómo cabe fundar, entonces, la punibilidad de la culpa inconsciente?

Pasemos de la perspectiva *ex post* a la *ex ante*. Resulta entonces mucho más fácil justificar la punición de la imprudencia inconsciente. *Ex ante* tiene mucho sentido dirigir a los ciudadanos el mandato de que adviertan la peligrosidad de las acciones que van a realizar, por si se trata de conductas cuya alta peligrosidad obliga a omitirlas o por si, aun siendo lícita su ejecución, es preciso efectuarlas adoptando determinadas precauciones. Dicho mandato de advertir el peligro, el «deber de examen previo» de Binding, también llamado «deber de cuidado interno»,<sup>12</sup> sólo dejará de dirigirse a los sujetos que se hallen en alguna situación que *ex ante* se presente en términos tales que en ella el «hombre medio» tampoco advertiría el peligro. No se trata de preguntar si el sujeto que actúa con culpa inconsciente *podría haber* advertido el peligro, cuestión improbable, sino de si el hombre medio *habría advertido* el peligro. Si la respuesta es positiva, no hay motivo *ex ante* para no imponer al sujeto el deber de examen previo. En la mayoría de los casos este mandato resulta eficaz y gracias a él se evitan muchas acciones peligrosas. Cuando el mandato no logra motivar al sujeto y éste no se preocupa de advertir el peligro, hay que considerar antijurídico el hecho lesivo que por ello se produzca, y castigarlo si el sujeto no es personalmente inculpable, porque ello es el único modo de confirmar la seriedad de la amenaza penal que respaldaba la norma de cuidado interno. No importa, entonces, si el sujeto que actuó con culpa inconsciente pudo, o no, advertir el peligro. El determinista dirá que *ex post* se comprueba que, tal como se han producido los hechos y habida cuenta de la personalidad del sujeto, éste no pudo advertir el peligro. Sin embargo, tanto el determinista como el liberoarbitrista estarán de acuerdo en que, si no se realizara la amenaza penal frente a quien actúa en la situación que *ex ante* aparece como la prevista por la norma de cuidado interno, aquella amenaza penal perdería su sentido frente a la colectividad. Desaparecería toda la eficacia motivadora que consigue desplegar ante la gran mayoría de los ciudadanos, que son los que cumplen el deber de examen previo. También frente al sujeto que actúa con culpa inconsciente dejaría la norma de tener sentido conminatorio en el futuro.

En resumen: si se pretende fundar el castigo de la imprudencia inconsciente como retribución *ex post* del hecho, se tropieza con la dificul-

12. Cfr. Jescheck, *Tratado*, cit. II, p. 797.

tad de que no es posible probar que el sujeto hubiera podido advertir el peligro; en cambio, es perfectamente lógico, desde el prisma de la necesidad de prevenir *ex ante* los hechos peligrosos, dirigir el mandato de advertir el peligro siempre que *ex ante* el hombre medio lo advertiría y confirmar la seriedad de la amenaza penal castigando, en su caso, la inobservancia de aquel deber. No se castiga *porque se compruebe* que el sujeto podía haber advertido el peligro —comprobación imposible—, sino *para que él mismo y los demás adviertan* el peligro de sus acciones antes de emprenderlas.<sup>13</sup>

2. Una problemática próxima plantea el *error de prohibición*, que concurre cuando el sujeto desconoce la antijuridicidad del hecho. Según la doctrina dominante sólo el error de prohibición *invencible* determina la impunidad. El error de prohibición *vencible* conduce, o bien a la pena de la imprudencia (teoría del dolo), o bien a la posibilidad de atenuar la culpabilidad (teoría de la culpabilidad). Sin embargo, el castigo que esto supone para el error de prohibición vencible tropieza con dificultades parecidas a las que encuentra la fundamentación tradicional de la culpa inconsciente: el sujeto *no advirtió* la prohibición y es improbable si hubiera *podido* advertirlo.

Dos monografías aparecidas en 1969 sobre el tema coincidieron curiosamente en proclamar la dificultad de fundar sobre aquella base la punición en caso de error de prohibición vencible. El problema surgiría del hecho de que, si el sujeto no tiene siquiera ni una ligera duda sobre la licitud del hecho y no piensa en absoluto en que pueda estar prohibido, ¿cómo va a poder creer necesario informarse al respecto? Esto cuestionaría la propia evitabilidad del error de prohibición en el momento en que ya concurre, y conduciría a la imposibilidad de castigar e imponer sólo medidas de seguridad,<sup>14</sup> o de aplicar esta solución cuando el error recaiga sobre una norma *general* y fundar el castigo en la culpabilidad por la conducta de la vida anterior, en razón al específico deber de advertir anteriormente la prohibición, cuando el error verse sobre una norma *especial*.<sup>15</sup> Más recientemente añade Strantenwerth que todo ello indica claramente «que la eficiencia político-criminal del Derecho penal peligraría seriamente si la cul-

13. Señala la imposibilidad de comprender la imprudencia inconsciente desde un prisma que no atienda a las «necesidades preventivas», Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (trad. de Muñoz Conde, Madrid, 1981, p. 169, nota 53).

14. Así E. Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969, pp. 150 y ss.

15. Así Rudolph, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit der Verbotsirrtum*, Gotinga, 1969, pp. 254 y ss., 279 y ss.

pabilidad dependiera realmente de la libertad individual para comportarse de acuerdo con la norma».<sup>16</sup>

De nuevo la perspectiva *ex ante* de un Derecho penal de prevención de conductas lesivas o peligrosas arroja una nueva luz sobre el problema que permite contemplarlo con mayor claridad. Es posible que *ex post* quepa dudar muy seriamente de que, dado el curso de los acontecimientos, el que actuó en error de prohibición *podiera* realmente evitar su error. El determinismo mantendrá que tal posibilidad no ha existido. Es evidente, en cambio, que un Derecho penal que quiera motivar a sus destinatarios a evitar delitos debe dirigirles el mandato de informarse y advertir las prohibiciones penales siempre que *ex ante* no concurren circunstancias en las cuales el «hombre medio» caería también en el error de prohibición. Tal mandato resulta eficaz en la mayoría de los casos, y con ello ya se justifica su presencia. Cuando falla, y el sujeto no advierte la prohibición, cabe pensar que *ex post* este error aparezca siempre como inevitable, pero no por ello debe dejarse de realizar la conminación penal, para que confirme la seriedad de la amenaza legal anterior y su voluntad de mantenerse en el futuro frente a los actos posteriores del autor y de los demás ciudadanos. Ello sería ciertamente contrario a la lógica de la retribución, que mira al pasado, pero es perfectamente necesario desde el prisma de una prevención general y especial que mira al futuro.<sup>17</sup>

3. El *fundamento material de la culpabilidad* puede también desvincularse de la discutida idea del «poder actuar de otro modo» si se parte de la perspectiva *ex ante*, posible y necesaria en un Derecho penal que quiera prevenir la comisión de delitos. Ello es muy conveniente porque fundar la culpabilidad en el hecho de que el autor del injusto podía haberlo evitado supone basar la pena en la hipótesis del libre albedrío o libertad de voluntad. Razonaré ante todo brevemente por qué debe evitarse una tal fundamentación de la culpabilidad.

16. Cfr. Stratenwerth, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad* (versión española de Bacigalupo con la colaboración de Zugaldía, Madrid, 1980, p. 101).

17. Frente a los esfuerzos de un sector de la doctrina (así Rudolphi, *loc. cit.*) por fundar la punición del hecho realizado en error vencible en la culpabilidad por la conducta de la vida, escribe Stratenwerth, *El futuro* cit., p. 123: «... cabría preguntarse si no habría que investigar hasta qué punto las reglas que hoy son discutidas desde el ángulo de mira de la culpabilidad por la conducción de la vida, no podrían tener un buen sentido apoyadas en la prevención general». A juicio de este autor, la distinción antes referida de Rudolphi, según la cual sólo cabe castigar el error de prohibición sobre normas *especiales* y no el relativo a normas *generales*, se argumenta por Rudolphi mediante una consideración fundamentalmente político-criminal (preventiva) cuando apoya el castigo de la primera clase de error (sobre normas especiales) en el hecho de que el *cumplimiento de estas normas no podría garantizarse de otra forma*: cfr. Stratenwerth, *El futuro*, cit., p. 123, nota 98.

a) El fundamento del «poder actuar de otro modo» no puede ser admitido por quien estime que el concepto del libre albedrío no es manejable científicamente porque encierra una suposición metafísica indemostrable y que, por lo tanto, no puede utilizarse para legitimar la responsabilidad penal. Desde este prisma, un Derecho penal basado en el dogma de la libertad de voluntad aparecería como un edificio apoyado en los frágiles cimientos de una hipótesis improbable. Por otra parte, tampoco quien crea válido el concepto de libre albedrío ha de admitir necesariamente que todo aquel que realiza el injusto sin culpabilidad carezca de libertad de voluntad. Examinemos la primera objeción señalada.<sup>18</sup>

b) Hay amplio acuerdo en admitir que la existencia del libre albedrío —en general y, desde luego, en el caso concreto—, constituye una posición científicamente indemostrable.<sup>19</sup> La única forma de comprobar si una determinada decisión ha sido «libre», en el sentido de que el sujeto ha podido haber adoptado otra en su lugar, sería repetir varias veces las mismas condiciones bajo las que se ha adoptado y observar si se repite o no la misma decisión en todos los casos. Un experimento así es imposible, porque no cabe reproducir con exactitud las mismas condiciones existentes en un momento pasado. En cualquier caso, siempre habría un factor distinto: el paso del tiempo determinaría en el sujeto de la decisión una acumulación de recuerdos en su mente y una serie de modificaciones en su cuerpo que lo enfrentarían a cada nueva decisión en unas condiciones diferentes.

Esto no se puede negar. Mas los partidarios de mantener la idea del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal replican a veces que tan indemostrable como aquel concepto lo es la afirmación de su inexistencia. Según esto, el determinismo, es decir, la doctrina que niega la libertad de voluntad, no sería menos metafísica que el indeterminismo. Esta réplica en defensa del planteamiento clásico puede contestarse del modo siguiente.

18. Sobre la segunda objeción vid. Mir Puig, *Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable* (trad. y notas de Luzón Peña, en Roxin).

19. En este sentido, entre otros muchos: M. Danner, *Gibt es einen freien Willen?*, 3.ª ed., Hamburgo, 1974, *passim*; K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín, 1965, *passim* y pp. 24 y ss.; E. Gimbernat Ordeig, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en su libro *Estudios de Derecho penal*, cit. p. 109; C. Roxin, «Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien», en *Festschrift für Henkel*, 1974, pp. 185 y ss. (trad. esp. «Culpabilidad» y «responsabilidad» como categorías sistemáticas jurídico-penales, trad. y notas de Luzón Peña, en Roxin). *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, 1976 y Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 62 y nota 21; F. von Liszt, *Aufsätze und Vorträge*, II, Berlín, 1905, pp. 38 y ss.; F. Muñoz Conde, en la introducción a su trad. española del libro de Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, cit., p. 23.

En *primer lugar*, negar que el libre albedrío constituya un fundamento científico de la responsabilidad penal no supone fundamentar esta responsabilidad en el determinismo. Negar que la libertad de voluntad pueda legitimar el uso de la pena no implica afirmar que el fundamento de la pena sea la inexistencia de aquella libertad. Cabe perfectamente negar la validez legitimadora del libre albedrío y buscar el fundamento de la pena en algo distinto al dilema libertad/determinismo. En realidad, los deterministas no acostumbran a basar el Derecho penal en la ausencia de libertad de voluntad, sino en algo tan diferente como, por ejemplo, la necesidad social de la pena.

En *segundo lugar*, aun admitiendo que tampoco sea posible demostrar científicamente que el hombre está sujeto a la ley de la causalidad, lo cierto es que suponerlo parece científicamente más razonable que negarlo. ¿Por qué el hombre habría de ser una excepción al principio que rige el mundo macroscópico, según el cual todo hecho responde a alguna causa? Quien contemple al hombre como dotado de un alma inmaterial podrá encontrar en ello una razón para sostener que el hombre se halla por encima de las relaciones causales del mundo material. Mas la Ciencia no puede partir de creencias que se hallan más allá de lo perceptible por los sentidos.<sup>20</sup> Y desde este prisma el hombre aparece como una realidad material cuyos elementos básicos participan de la naturaleza propia del mundo físico. Lo más razonable desde esta perspectiva parece, entonces, partir de la hipótesis de que también la conducta del hombre responde a causas.

Esto no significa, en cambio, que sea razonable admitir un determinismo *mecanicista* que desconozca la evidente virtualidad de los factores culturales en la decisión humana. En el hombre influyen sus representaciones intelectuales, que adquiere en buena parte a través del lenguaje. No sólo los instintos ni el funcionamiento biológico del hombre determinan sus decisiones, sino también los usos y las normas sociales, morales y jurídicas. Tiene razón Hartmann al señalar que en el hombre existe una forma de determinación específica no naturalística, sino con arreglo al deber ser.<sup>21</sup> Pero ello no significa que la decisión del hombre no sea explicable por causas, no significa que no se halle determinada, puesto que también los mo-

20. Escribe Schorger, «Zum Streit um die Willensfreiheit», en *ZStW*, 77, 1965, p. 242, cit. por Gimbernat, *Estudios*, cit., p. 109, nota 15, cuya traducción tomamos: «A favor de la autodeterminación libre... no existe ninguna prueba concluyente. Por el contrario, todas las experiencias científico-naturales, incluyendo las de la psicología y las de la psicología profunda, hablan en contra.»

21. Cfr. N. Hartmann, *Ethik*, 4.ª ed., Berlín, 1962, p. 766, que contrapone la *Sollengesetzlichkeit* a la *Naturgesetzlichkeit*. Pero ver lo que objeto en Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., p. 144, nota 94.

tivos culturales constituyen causas que contribuyen a determinar aquella decisión. Es cierto que los motivos culturales tampoco ejercen en cada persona el mismo efecto y que, por ejemplo, las normas morales no siempre son eficaces en todos los individuos. Mas esto puede explicarse perfectamente por la diversidad existente en la personalidad y en el medio que vienen dados a cada individuo. No hay dos personalidades idénticas, ni una misma persona se encuentra dos veces en unas circunstancias exactamente iguales (piénsese en lo dicho antes acerca de la acumulación de recuerdos con el paso del tiempo).

Lo dicho basta aquí para poner de manifiesto que la libertad de voluntad no constituye una base científicamente admisible sobre la que pueda fundarse la culpabilidad. Me remito a las ulteriores consideraciones que en este sentido he efectuado en otros trabajos.<sup>22</sup>

c) Si no se admite (o no se admite que pueda probarse) que el autor de un hecho antijurídico pudiera haberlo evitado dado el concretísimo curso de los acontecimientos que *ex post* se comprueba, no es lícito entender la culpabilidad como un *reproche dirigido al pasado* por la decisión adoptada. Pero desde una perspectiva *ex ante* es perfectamente admisible que se dirija la amenaza penal a todo aquel del que *a priori* cabe esperar que pueda ser *motivado normalmente* por la pena. En ciertas situaciones personales o ambientales la experiencia indica que no cabe esperar que la pena despliegue su efecto motivador normal. Es lo que sucede en los casos de enajenación, trastorno mental transitorio, minoría de edad penal, sordomudez desde la infancia con absoluta falta de instrucción y miedo insuperable. A la vista de la *comprobada inferioridad* de posibilidades que entonces tiene el sujeto de atender normalmente a la llamada de la norma penal, sería injusto seguir dirigiéndole la amenaza que ésta implica para los sujetos que se hallan en una situación motivacional normal. Respecto a estos últimos, en cambio, no hay razones que *ex ante* hagan pensar que no *podrán* ser motivados normalmente por la norma. Ello no significa, por supuesto, que exista la seguridad de que la amenaza penal logrará impedir al sujeto que delinca, sino sólo que concurren unas condiciones de normalidad en el momento de la decisión que permiten esperar que la conminación de la pena pueda ser tenida en cuenta por el destinatario en los términos normales que se consideren suficientes.

22. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., pp. 67 y s.; Mir Puig, «Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable», ponencia presentada en el I Symposium Internacional sobre Psiquiatría y Ley, celebrado en Madrid, febrero de 1982, *Psicopatología*, abril-junio, 1982, p. 158.

Este planteamiento conecta también la fundamentación de la culpabilidad con la *función de prevención de delitos* que corresponde al Derecho penal, sometiéndola al *límite de igualdad real ante la ley* que debe respetar un Estado democrático.

La *necesidad de prevenir* para proteger a la sociedad permite dirigir la amenaza de la pena a todos los ciudadanos que se encuentren en una situación motivacional normal que *ex ante* haga esperable un determinado grado de eficacia de aquella amenaza. Cuando ésta no alcanza su objetivo y se produce un delito, hay que imponer la pena *para* demostrar la seriedad de la amenaza ante la colectividad (prevención general) y en orden a la vida futura del delincuente (prevención especial). Ello ha de tener lugar con independencia de si se admite, o no, que el sujeto podía haber actuado de otro modo, porque no se trata ya de *reprocharle ex post su decisión pasada*, sino sólo de mantener y confirmar la conminación penal preventiva *de cara al futuro*.<sup>23</sup>

Pero esta necesidad de prevención ha de encontrar el *límite democrático de la igualdad real ante la ley*. Este límite impide tratar a quienes se hallan en una situación de *inferioridad* ante la norma penal, por razón de una causa que excluye su motivabilidad normal, del mismo modo que a los sujetos que actúan normalmente. El inculpable posee *ex ante* una capacidad inferior para cumplir el mandato normativo: dirigirle e imponerle, pese a ello, la pena prevista para el hombre que obra con normalidad supondría tratarle con una dureza *desigualmente excesiva*.

Este límite resulta necesario para fundamentar la renuncia a la amenaza penal frente a los inculpables, porque la idea de la necesidad de prevención no basta por sí sola para justificar dicha renuncia. Bastaría, si, como afirma un sector doctrinal,<sup>24</sup> los inculpables no fuesen *en absoluto motivables* por la norma penal. En tal caso sería inútil, y por tanto innecesario, dirigirles la amenaza penal. Este planteamiento también se justificaría a partir de la perspectiva *ex ante* propia de un Derecho penal preventivo.<sup>25</sup> Entiendo, sin

23. Como dice Krümpelmann, «Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit...», *ZStW*, 88, 1976, p. 32, el reproche de la culpabilidad no ha de suponer el juicio de que el sujeto hubiera podido actuar mejor, sino que hay que verlo como un medio para un fin, el de apelar a la responsabilidad de la sociedad.

24. Así P. Noll, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en *Festschrift für H. Mayer*, Berlín, 1966, pp. 223, 225, 233; Gimbernat Ordeig, *Estudios*, cit., pp. 104 y s., 162 y s.; Roxin, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit in Strafrecht», en *Festschrift P. Bockelmann*, 1979, pp. 298 y s. (*Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 172 y ss.).

25. A esta perspectiva *ex ante* apela en parte expresamente Gimbernat Ordeig, *Estudios*, cit., p. 148.

embargo, que *ex ante* no cabe decir que los inculpables no puedan ser motivados en absoluto, sino sólo que no pueden ser motivados *normalmente*. Así, la experiencia demuestra que la mayoría de inimputables no delinquen —piénsese en especial en los menores de cierta edad—,<sup>26</sup> lo que puede considerarse prueba de que de algún modo sí hacen mella en ellos las normas jurídicas. Por otra parte, quienes actúan en situación de inexigibilidad (en una de las llamadas «causas de exculpación» o de «disculpa») no pierden necesariamente su capacidad de atender a la conminación penal, como lo prueba no sólo la posibilidad de actos heroicos, sino también el que, en ciertos casos (bomberos, militares, etc.) la ley imponga un mayor nivel de exigencia.<sup>27</sup> Todo ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre cuando se halla ausente la propia acción, no falta al inculpable toda posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que en cuanto aquél actúa conscientemente<sup>28</sup> ésta puede incidir en su proceso de motivación. Lo que sucede es que, al hacerlo, la amenaza penal no puede desplegar entonces la intensidad motivadora que normalmente posee.<sup>29</sup>

d) Aunque tanto el injusto como la culpabilidad deban fundarse desde un punto de vista *ex ante*, hay que señalar una diferencia. El carácter prohibido o no prohibido de un hecho debe determinarse según se manifieste *ex ante* su capacidad lesiva o su peligrosidad a los ojos del hombre medio, de modo que no importan aquellas características del hecho que sólo se constata en con posterioridad. De ahí que el error invencible excluya el injusto. En cambio, la motivabilidad normal que condiciona la culpabilidad, aunque debe concurrir *ex ante*, no deja de considerarse presente por el hecho de que el sujeto actúe con un desconocimiento invencible (incluso para el hombre medio) de su normal motivabilidad (por ejemplo, el sujeto creía que estaba loco cuando no lo estaba). Por mucho que *ex ante* cualquiera hu-

26. Cfr. en este sentido Jescheck, *Tratado*, cit., I, p. 320.

27. Cfr. Roxin, *Bockelmann-Festschrift*, cit., pp. 283 y s. (*Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 152 y s.).

28. Sobre la naturaleza dogmática compleja de la enfermedad mental, la oligofrenia, la minoría de edad, etc., que no sólo pueden excluir la culpabilidad, sino también la misma acción o el tipo de injusto, según la intensidad y clase de los efectos que produzcan en la mente del sujeto (así, si determinan inconsciencia en el sujeto faltará la propia acción), cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., p. 71, nota 103.

29. Vid. más ampliamente sobre el anterior planteamiento, Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 70 y ss. Recientemente se ha adherido expresamente a esta concepción de la culpabilidad como *motivabilidad normal* que fija un límite democrático de la prevención basado en el principio de igualdad real ante la ley E. Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 137 y s. También D. M. Luzón Peña, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 44 y ss., admite que al inculpable sólo le falte la motivabilidad *normal*, pero estima que por sí solo ello hace innecesaria ya la prevención, punto éste en que nuestras opiniones se separan.

biera creído erróneamente que el sujeto no era culpable, lo será si luego se comprueba que realmente disponía de una capacidad normal. Y viceversa, tampoco cabe castigar al que resulta ser inculpable aunque *ex ante* ni él ni los demás lo supieran.<sup>30</sup>

¿En qué se basa esta diferencia de tratamiento del error en el injusto y en la culpabilidad? Quien incurre en un error de tipo cree realizar un hecho no prohibido, mientras que quien desconoce su culpabilidad no por ello deja de saber que realiza un hecho prohibido. Siendo así, el segundo ha de omitir la comisión del injusto (que advierte como tal), y no puede escudarse en el desconocimiento de su culpabilidad porque no obsta a que realmente contara con una normal capacidad de atender a la llamada de la norma prohibitiva. En la culpabilidad no se cuestiona la prohibición, sino sólo si ésta puede ser recibida normalmente por el sujeto. Cuando la capacidad lesiva o peligrosidad de una acción (ámbito del injusto) no es *reconocible ex ante*, el Derecho no puede prohibirla porque no puede pretender que los ciudadanos la eviten. En cambio, las condiciones de motivabilidad del sujeto deben valorarse en su *efectiva concurrencia ex ante*, porque la motivabilidad normal traza un límite democrático, vinculado al principio de igualdad real ante la ley, que no es lícito traspasar por el hecho de que *parezca* que no concurre: quien *es inferior* no puede ser tratado como si fuera igual por el hecho de que lo parezca. Y, al contrario, quien *es igual* no tiene por qué ser tratado como *inferior*, aunque él crea que lo es.

30. Dejo aparte la problemática del error vencible sobre un presupuesto de una causa de exculpación cuando dicho error determina la *efectiva* anormalidad motivacional. También aquí hay que admitir la falta de culpabilidad en el momento del hecho, pero cabe castigar por la imprudencia *anterior* que dio lugar al error originador de la situación de inculpabilidad (*actio libera in causa*): cfr. Mir Puig, «Adiciones de Derecho español» al *Tratado* de Jescheck, cit., I, pp. 694 y ss.

SEGUNDA PARTE

FUNCIÓN Y LÍMITES  
DE LA INTERVENCIÓN PENAL



## CAPÍTULO 1

# PROBLEMÁTICA DE LA PENA Y SEGURIDAD CIUDADANA\*

### I

La pena constituye, en principio, el medio coactivo más contundente con que cuenta el Estado. Mediante la pena se puede lícitamente privar de su vida a una persona —lo que según la Constitución ahora sólo puede hacerse en tiempo de guerra y en base a las leyes militares— o tenerla encerrada en la cárcel durante años. La Historia nunca ha retrocedido ante la gravedad de tales castigos y ha hecho uso siempre de ellos para responder a los hechos que en cada momento se han considerado delictivos. La evolución histórica de las penas se halla, sin embargo, bajo el signo de una paulatina atenuación de su rigor, paralela al aumento de confort material y de la sensibilidad de la humanidad ante el sufrimiento —en parte consecuencia de lo anterior—. Así, en nuestro ámbito de cultura han desaparecido de las legislaciones las penas corporales, como la tortura o los azotes. El progreso más importante en este sentido tuvo lugar con el paso del absolutismo del Antiguo Régimen al Estado constitucional. Es curioso que, por el contrario, en estos momentos el tránsito de la Dictadura franquista a la Democracia haya determinado en parte una reacción social inversa. Ante el importante aumento de la delincuencia, particularmente en las ciudades, que ha acompañado a dicha transición política, un sector de la opinión pública ve en las penas y hasta en su agravación el camino que debería seguirse para atajar la criminalidad y garantizar la seguridad ciudadana. Ello

\* Publicado en *Rev. Jur. Cat.*, 1981, pp. 179 y ss., y en *Sistema*, n.º 43, 1981, pp. 75 y ss.

bien merece que se medite sobre los siguientes aspectos: ¿es la pena un medio en sí mismo *útil* para mantener la seguridad en nuestras calles?, ¿es *admisible* acudir a las penas y a su exacerbación si ello resulta útil para hacer frente a la delincuencia? La respuesta a cuestiones como éstas permitirá decidir si el nuevo Código penal que va a discutirse en el Parlamento debe presentarse, o no, como esa respuesta más eficaz, que algunos esperan, del endurecimiento de la represión.

## II

La concepción más tradicional de la pena ve en ella la *retribución exigida por la Justicia* por la comisión de un delito. Es la *teoría retributiva*. Responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo, y el culpable debe encontrar en él su merecido. La función de la pena se centra, según este punto de vista, en la realización de la Justicia impidiendo que la injusticia «triunfe». La pena no aparece entonces como un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios de bienestar social, como sería el de protección de la sociedad, sino como exigencia ética derivada del valor Justicia. «La ley penal —decía Kant en la *Metafísica de las costumbres*— es un imperativo categórico.» Su necesidad no procede de su posible conveniencia para frenar la delincuencia, sino que es independiente de que pueda o no servir a tal finalidad: Sea útil o inútil para asegurar la paz social, la pena debe imponerse si lo exige la Justicia.<sup>1</sup>

Quien acoja tal concepción de la pena no esperará de ella que constituya un instrumento adecuado para combatir el aumento de la delincuencia y garantizar la seguridad ciudadana. Es cierto que la teoría retributiva no se ha adoptado coherentemente casi nunca, y así, en general, se ha asignado a la retribución el fin de la protección de la sociedad. Ello no ha impedido, no obstante, que la fundamentación retribucionista implique necesariamente una consecuencia característica: *que debe castigarse al delincuente*

1. Cfr. también los pasajes de I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, p. 453, y, sobre todo, p. 455, en donde formula el significativo y famoso ejemplo de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, en cuyo caso, según Kant, aunque resultare del todo inútil para el futuro de una sociedad que ya no tiene futuro, debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, *únicamente* «para que todos comprendieran el valor de sus hechos». Últimamente, sobre la concepción retributiva de Kant, cfr. C. Roxin, «Wandlungen der Strafrechtswissenschaft», *Juristische Arbeitsblätter*, abril 1980, pp. 223 y ss.

*aunque ello no resulte necesario en el caso concreto.*<sup>2</sup> Y esta consecuencia es precisamente la que hace insostenible, en primer lugar, el retribucionismo en un Estado no teocrático ni metafísico que sólo se halla legitimado para intervenir en beneficio de la sociedad. Un tal Estado no puede hacer uso de la pena y privar con ella de uno de sus derechos a alguien si no lo exige el bien de la colectividad. El Estado democrático no tiene derecho alguno a imponer por la fuerza la Justicia sobre la tierra. Su labor, la única para la que está legitimado, es más modesta pero más realista: hacer Política social.<sup>3</sup>

Una Sociedad pluralista supone la concurrencia de distintos sistemas de valores. Lo que para unos es justo, para otros no lo es. Cada «subcultura» tiene sus puntos de vista acerca de la Justicia, porque cada una de ellas tiene su ética. El único modo de hacer posible la coexistencia democrática de todos los grupos sociales es renunciar a imponer coactivamente exigencias meramente éticas, como la de Justicia, y limitarse a evitar la lesión de los bienes sociales.

Se añade, además, otra consideración que estimo decisiva. El hombre no es libre de las condiciones en que le toca vivir. Ni puede elegir su forma de ser individual, ni siempre le es posible escoger un medio social distinto al que le rodea. El delincuente que no encuentra en sí mismo las fuerzas suficientes para resolver su vida sin infringir la ley en un contexto social desigualmente inferior, no actúa en las mismas condiciones que quien tiene la suerte de nacer y vivir con una personalidad dotada de mayores recursos o en un medio socioeconómico más privilegiado. ¿Puede decirse que *la Justicia exige* el castigo de tal delincuente? La concepción retributiva de la pena presupone un modelo idealista de hombre absolutamente libre de la determinación de los factores reales de desigualdad individual y social. El descubrimiento del hombre «real», situado en unas concretas circunstancias que le condicionan, que es lo característico del planteamiento científico, invalida aquella imagen abstracta del hombre propia del idealismo.

2. Ello no significa afirmar que la retribución exija castigar *toda infracción* de la ley (sea civil, administrativa, etc.). Significa sólo que la retribución pura impone castigar todo hecho *penado* por la ley. Lo otro sería absurdo, como señaló Armin Kaufmann en la conferencia que pronunció en el marco de las «Jornadas Hispano-alemanas sobre la reforma del Derecho penal», celebradas en la Universidad Autónoma de Barcelona los días 24 y 25 de marzo de 1980, sobre el tema «La misión del Derecho penal» (en prensa).

3. Cfr. S. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1979, p. 23 y s., y «Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito», en *La reforma del Derecho penal* (ed. presentada y coordinada por Mir Puig), Barcelona 1980, p. 117. También Roxin, *op. cit.*, p. 224.

El postulado de la igualdad de todos los hombres tropieza ante la evidencia de la desigualdad real que caracteriza nuestra existencia. La inmensa mayoría de los delincuentes pertenecen a clases sociales desfavorecidas. ¿Puede pretenderse que el delito producto de esta desigualdad deba castigarse porque así lo reclama la Justicia?

La concepción retributiva de la pena encierra, sin embargo, una parte que hoy se estima positiva incluso por quienes no comparten aquel punto de partida. Me refiero a la *limitación* que dicha teoría impone a la pena: La retribución se opone a que se castigue más allá de la gravedad del hecho cometido. Este límite constituye un progreso que no puede abandonarse. Por otra parte, también tiene sentido requerir *en principio* que los hechos más graves se castiguen con mayor pena que los menos graves, de suerte que se mantenga una cierta *proporcionalidad* entre el delito y la pena, sin perjuicio de que en el caso concreto pueda resultar aconsejable la rebaja o la renuncia a la pena. Pero estos principios deben concebirse como límites exigidos no por una discutible necesidad de Justicia, sino precisamente por la concepción opuesta de la pena: la teoría de la prevención.<sup>4</sup> Veámosla.

### III

1. La alternativa a la retribución es la *prevención*. La pena no responde a una exigencia de Justicia, sino que se halla legitimada sólo como medio de prevención de delitos. No se castiga para restablecer un orden de valores, sino para evitar la realización de conductas que se estiman indeseables. Si la retribución mira al pasado y se agota en castigo de lo hecho, la prevención mira al futuro y persigue inhibir, mediante la conminación punitiva, la comisión de delitos. Importa subrayar, no obstante, desde un principio, que la diferencia existente entre retribucionismo y prevención no se refiere al *concepto* de pena, sino a su *función y legitimación de ésta*, no mira a lo que es la pena, sino a lo que sirve y que justifica su ejercicio. El concepto de pena está por encima de esta polémica doctrinal. Nadie puede negar que la pena *es un mal*<sup>5</sup> que se impone *como consecuencia de un delito*. La pena es, sin duda, *un castigo*.<sup>6</sup> Aquí no valen

4. Cfr. E. Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 70 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 178 y ss.; D. M. Luzón Peña, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 24 y ss., 38.

5. Luzón Peña, *op. cit.*, p. 25.

6. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 91 y ss.

eufemismos, y también la teoría preventiva debe empezar por reconocer el carácter de castigo de la pena. Ahora bien, una cosa es lo que sea la pena y otra distinta cuál sea su función y lo que legitima su ejercicio. En lo segundo, se contraponen las concepciones retributiva y preventiva. Los retribucionistas creen que la pena sirve a la realización de la Justicia y que se legitima suficientemente como exigencia de pagar el mal con otro mal. Los prevencionistas estiman, en cambio, que el castigo de la pena se impone para evitar la delincuencia en la medida de lo posible y que sólo está justificado el castigo cuando resulta necesario para combatir el delito.

Retribución y prevención suponen, pues, dos formas distintas de legitimación de la pena. Antes rechacé la legitimación que ofrece la retribución. Me inclino por la prevención. El Estado social y democrático de Derecho que proclama el artículo 1 de la Constitución, sólo puede privar al ciudadano de sus derechos más fundamentales a través de una pena cuando ello resulte absolutamente necesario para proteger a la sociedad —a los demás ciudadanos—. En nuestro actual sistema social, fundamentalmente desigual, la pena no podrá presentarse como «justa» en el sentido de la retribución, pero podrá pese a todo resultar necesaria para frenar la comisión de hechos socialmente dañinos. Ciertamente que la prevención penal puede también ponerse al servicio de unos intereses minoritarios y hasta convertirse en mecanismo de terror penal. Las dictaduras acuden siempre a la pena como instrumento de prevención de las conductas que las ponen en peligro. Esto significa que la prevención no legitima por sí sola. Todo depende de cuáles son los hechos que son objeto de la prevención y de los límites de la misma. Pero una cosa sigue en pie: mientras que la retribución *nunca* puede ofrecer una legitimación válida de la pena, la prevención legitimará la pena cuando se ejerza en la forma adecuada.

Pondré unos ejemplos evidentes. Durante la Dictadura franquista se utilizaba la pena para prevenir la actuación de los partidos políticos, en contra de todos los postulados de la democracia. Tal clase de prevención no legitimaba el ejercicio de la pena desde el prisma de un Estado democrático. En la actualidad, la izquierda propugna el castigo de la gran delincuencia económica, con objeto de combatirla en cuanto factor de enriquecimiento de unos cuantos a costa de la gran mayoría del pueblo. Esta clase de prevención penal sí legitimaría el empleo de la pena a los ojos de un Estado democrático. Esto mismo habría que decir de la prevención dirigida a evitar delitos contra la vida, etc. Más adelante concretaremos más los límites que debe respetar la prevención, que como se ve es un arma de dos filos, o si se prefiere, un arma sin más, que como toda arma puede usarse bien

o mal, y que en su efectividad encuentra tanto su virtud como su peligrosidad.

2. Pero antes de seguir por este camino es preciso abordar una problemática previa: *¿Cómo opera la prevención?* De dos modos distintos que la ciencia penal distingue con las expresiones «prevención general» y «prevención especial». La *prevención general* se dirige a la colectividad en general y por medio de ella se intenta impedir que surjan delincuentes de la sociedad. La *prevención especial*, en cambio, incide sobre quien ya ha delinquido, con objeto de que él en especial no vuelva a hacerlo. Tanto la prevención general como la especial pueden tener lugar en distintas formas.

A) Por una parte, la *prevención general* puede manifestarse por la vía de la *intimidación* de los posibles delincuentes, o también como *prevalecimiento* o *afirmación del Derecho* a los ojos de la colectividad.<sup>7</sup> En el primer sentido, la amenaza de la pena persigue imbuir un temor que sirva de freno a la posible tentación de delinquir. Se dirige sólo a los eventuales delincuentes. En el segundo sentido, como afirmación del Derecho, la prevención general persigue más que la finalidad negativa de inhibición, la *internalización positiva* en la conciencia colectiva de la reprobación jurídica de los delitos y, por otro lado, la satisfacción del sentimiento jurídico de la comunidad. Se dirige a toda la sociedad, no sólo a los eventuales delincuentes. El distinto significado de ambos aspectos de la prevención general se advierte ante ejemplos como el siguiente: La sustracción de vehículos de motor con ánimo de uso constituye un hecho que en determinados momentos resulta excesivamente frecuente. La prevención general de esta clase de hechos podría llevar a la imposición de las más graves penas en orden a *intimidar* a los posibles delincuentes. Sin embargo, a ello se opondría el otro aspecto de la prevención general, el que atiende a la satisfacción del sentimiento jurídico de la sociedad, puesto que el uso indebido de un vehículo de motor no constituye un hecho que sea sentido como de enorme gravedad y merecedor de penas previstas, por ejemplo, para delitos como el homicidio. La imposición de penas tan graves tal vez cumpliría la primera función indicada de la prevención general, la intimidación, pero

7. Sobre el concepto y la relación entre estos dos aspectos de la prevención general cfr. Roxin, «Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en *Festschrift f. P. Bockelmann*, Munich, 1979, p. 306; «Prävention und Strafzumessung», en *Festschrift f. H. Bruns*, Bonn, 1978, p. 196; «Prevención y Determinación de la pena», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 9, 1979 (trad. F. Muñoz Conde, p. 67); «El desarrollo de la Política criminal desde el Proyecto Alternativo», en *La Reforma del Derecho penal*, cit., p. 92.

tendría un efecto contraproducente, de sublevación de las conciencias en contra del Derecho, negativo en definitiva en orden a la segunda función que debe cumplir también la prevención general: la afirmación del orden jurídico en la conciencia colectiva.<sup>8</sup>

De ahí, pues, un primer límite que la prevención general encuentra en sí misma: la gravedad de las penas tendentes a evitar delitos no puede llegar hasta el máximo de lo que aconsejaría la pura intimidación de los eventuales delincuentes, sino que debe respetar el límite de *una cierta proporcionalidad* con la gravedad social del hecho. Dicho límite impediría también, viceversa, dejar de castigar o señalar penas ínfimas a delitos gravísimos cuando precisamente por su alta reprobación social se cometen muy poco y no requieren ya una intimidación penal adecuada a su gravedad. Piénsese por ejemplo en el parricidio. La conciencia colectiva no admitiría que el parricidio no se castigase, o se castigase con una pena de multa por el argumento de que se comete poco. Por otra parte, la exigencia de proporcionalidad se desprende también de la conveniencia de resaltar lo más grave respecto de lo menos grave en orden a frenar en mayor grado lo más grave. Entre dos medios delictivos de distinta gravedad, el delincuente tendrá así motivos para evitar la forma más gravemente penada de alcanzar su propósito (así, por ejemplo, procurará no matar a la víctima del robo, cosa que no tendría por qué no hacer si las penas fueran igualmente graves con muerte que sin ella). Vemos, en todo caso, que el único aspecto positivo de la retribución, la exigencia de proporcionalidad, se mantiene en pie aun prescindiendo de la retribución y todos sus inconvenientes, por la propia lógica de la prevención general. En cambio, esta forma de fundamentar la proporcionalidad ofrece la ventaja de relativizar y racionalizar su necesidad, de modo que será posible, llegado el caso, prescindir de la proporcionalidad si excepcionalmente lo permiten todos los aspectos de la prevención. Sólo así podrá aceptarse la renuncia a la pena, o su sustitución o rebaja considerable cuando sea posible o necesario; éste es uno de los más importantes problemas del Derecho penal del presente y del futuro. Más adelante veremos otros límites a que debe sujetarse la prevención general para que sea admisible en un Estado social y democrático de Derecho.

B) También la *prevención especial* (la dirigida al condenado) se persigue en distintos sentidos, según la forma en que incida en el delincuente. Desde que Von Liszt propusiera en 1833 su célebre «Programa de Mar-

8. En contra, en cambio, de que el aspecto de la intimidación de la prevención general pueda llevar más lejos el castigo que el aspecto de afirmación del orden jurídico, Luzón Peña, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

burgo» se distinguen los tres aspectos siguientes: la advertencia, la resocialización y la innocuización. Frente al delincuente ocasional, la prevención especial exigiría sólo la *advertencia* que implica la imposición de la pena. Para el delincuente no ocasional corregible, sería precisa la *resocialización* mediante la aplicación de un tratamiento destinado a obtener su corrección. Por último, para el delincuente incorregible la única forma de alcanzar la prevención especial sería *innocuirarlo*, evitando así el peligro mediante su internamiento asegurativo.<sup>9</sup> El efecto de advertencia se designa a veces como «intimidación especial», para expresar que se dirige sólo al delincuente y no a la colectividad, como la intimidación que persigue la prevención general.<sup>10</sup> La resocialización adopta a veces modalidades especiales: así, como tratamiento educativo o como tratamiento terapéutico para sujetos con anomalías mentales.

3. Éstas son las formas que según la doctrina actual pueden adoptar la prevención general y la prevención especial. Ahora estamos en condiciones de abordar la cuestión más discutida: ¿en qué relación se encuentran la prevención general y la especial, y cuál es su papel respectivo en la teoría general de la prevención?, ¿puede y debe atenderse a ambas formas de prevención a la vez y en qué medida?

El liberalismo clásico se inclinó por la prevención general, de la mano de la fe en la eficacia de la ley y de la amenaza psicológica que supone la previsión legal de la pena a los ojos de la sociedad. En ello jugaba también un papel fundamental el postulado de la igualdad abstracta ante la ley, que se consideraba incompatible con la necesaria individualización de la pena según las características de cada delincuente, que es lo que exige la prevención especial, en particular cuando ha de consistir en un tratamiento resocializador. Parecía contrario al principio de igualdad y, en este sentido, injusto, que habiendo cometido el mismo delito, el delincuente más peligroso por razón de su modo de ser resultase más severamente tratado que el menos peligroso.

El paso al Estado social permitió un cambio de perspectiva. Se advirtió que en la realidad social no todos somos iguales y que el Estado está llamado a compensar en cierto modo las desigualdades sociales. Esto abrió la

9. Cfr. F. von Liszt, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1883, pp. 1 y ss. (*Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905, reimpr. Berlín, 1970), pp. 126 y ss.

10. Así Luzón Peña, *Medición*, cit., p. 56. Anteriormente yo había utilizado la expresión «intimidación concreta»: *Introducción*, cit., p. 103.

puerta a la posibilidad de intervención activa del Estado en el juego social.<sup>11</sup> En la concepción de la pena, pudo abrirse paso la corriente positivista que proclamó la necesidad de lucha contra la delincuencia, a través de la remoción de los factores criminógenos que inciden en cada clase de delincuente. Por esta vía se llegaba a atribuir al Derecho penal la función de prevención especial. El Derecho penal debía dirigirse a cada delincuente del mismo modo que la Medicina trata de forma distinta a cada enfermo.<sup>12</sup>

Voy a prescindir de matices ulteriores. Sólo quiero señalar que en la actualidad parece necesario conciliar la prevención general y la especial en un modelo integrado. El problema es cómo resolver las contradicciones que se plantean entre la prevención general y la especial. Pondré sólo un ejemplo. El asesino de su único enemigo puede no encerrar peligrosidad en el futuro. Para la prevención especial lo indicado puede resultar dejarle en libertad, pues la vida carcelaria y, en especial, el contacto con otros delincuentes podría crear en él una disposición a reincidir ahora inexistente. Sin embargo, la prevención general se opone a que un asesino quede impune, entre otras razones porque cualquiera podría confiar en la impunidad si se limitase a matar una sola vez y no quisiera volver a delinquir.<sup>13</sup>

La fórmula que me parece preferible es la de *prevención especial dentro del marco que permita la prevención general*.<sup>14</sup> Este marco corresponde, *en principio*, al margen que existe entre el mínimo y el máximo de la pena señalada por la *ley*. Es discutible si dentro de ese margen la prevención general puede volver *en el caso concreto* a recortar las posibilidades de atenuación que aconseje la prevención especial en el momento de determinación judicial de la pena.<sup>15</sup> Es seguro, en cambio, en nuestro país, que el cumplimiento de las penas de prisión debe orientarse primordialmente a la resocialización —esto es, a la prevención especial— (artículo 1, Ley Penitenciaria). Pero esto no puede afectar a la duración, sino sólo a la forma de cumplimiento de la condena —si bien es cierto que tal forma

11. Cfr. R. P. Calliess, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Strafrecht*, Francfort, 1974, pp. 209 y ss.

12. Sobre los fundamentos científicos y políticos del positivismo naturalista en el contexto de la última parte del siglo XIX, cfr. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 179 y ss., 216 y ss.

13. De esta problemática de las «antinomias de los fines de la pena» parte el libro de Luzón Peña, *Medición*, cit., p. 9. Cfr. también al respecto W. Hassemmer, «Strafzumessung, Strafvollzug und die gesamte Strafrechtswissenschaft», en *Seminar: Abweichendes Verhalten (III), Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität*, t. 2 (ed. por Lüderssen y Sack), 1977, p. 244.

14. Cfr. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 104 y s. Acoge y desarrolla este planteamiento Luzón Peña, *Medición*, cit., pp. 61 y ss.

15. En sentido negativo Roxin, *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, pp. 66 y en *Bockelmann-Festschrift*, pp. 306 y s. En contra la doctrina dominante, en especial Luzón Peña, *op. cit.*, pp. 60 y s.

puede beneficiar notablemente al condenado, pues puede suponer un pronto acceso al régimen abierto—.

#### IV

Si la pena se concibe como medio de la prevención general y especial, en los términos y posibilidades acabadas de exponer, parece que ha de constituir un instrumento a emplear en orden a garantizar la seguridad ciudadana. Pero entonces habrá que preguntar si dicho instrumento —la pena— es el adecuado para afrontar con éxito dicho cometido. Para una concepción retributiva de la pena tal interrogante no tendría sentido, puesto que no vería el fundamento de la pena en su posible utilidad, sino en una exigencia incondicionada de Justicia. En cambio, para una concepción preventcionista, de la respuesta a la cuestión planteada depende la legitimidad del uso de la pena.

Pues bien: la pena aparecerá como un mecanismo adecuado para garantizar la seguridad ciudadana en la medida en que, 1.º) no resulte ineficaz y 2.º) no existan otros medios tanto o más eficaces que aparezcan como preferibles.

1. Lo primero es comprobar *si la pena es eficaz*. Es difícil hacerlo mediante un estudio empírico científico, puesto que no estamos dispuestos a prescindir por completo de la pena —cualquiera que sea su nombre— para ver si así aumenta, o no, el número de delitos. Podemos, no obstante, observar ciertos hechos significativos. En contra de la eficacia de la pena se alega el elevado porcentaje de condenados que vuelven a delinquir. Una gran mayoría de los delincuentes que ingresan en prisión<sup>16</sup> son habituales, constituyendo una masa de sujetos de carácter relativamente estable y al parecer muy poco sensible a las penas reiteradas que sobre ellos van recayendo. Estos datos serían probablemente decisivos si la pena se justificase sólo por su finalidad de prevención especial. Ante la gran mayoría de delincuentes la pena resultaría un *mal inútil* y, por tanto, no legitimable por su necesidad. Desde el punto de vista de una teoría exclusivamente anclada en la prevención especial, habría que dejar impunes a la gran masa de de-

16. Cfr. Mir Puig, *La reincidencia en el CP español*, Barcelona, 1974, pp. 11 y ss., donde constato la cifra de alrededor de un 60 % de reincidentes entre los reclusos, a los que deben sumarse aquellos habituales a quienes no se apliquen las agravantes de reincidencia en sentido estricto.

lincuentes habituales. Pero ¿es también inútil la pena en orden a la prevención general?

Creo que no. La prevención general persigue contener dentro de ciertos límites la cuota de delincuentes que surge de la sociedad. Si se prueba que sin la amenaza de la pena la delincuencia aumentaría, porque ciudadanos que ahora no delinquen lo harían, es que la pena es eficaz. Aunque la pena sea incapaz de apartar del delito a los habituales, no dejará de ser eficaz si con ella se consigue que *otros* sujetos no vengan a añadirse a quienes ahora delinquen. Pues bien, esto me parece difícilmente discutible. En mi libro *Introducción a las bases del Derecho penal*, he citado varios hechos que creo inequívocos al respecto.<sup>17</sup> Cuando el Estado pierde el control del orden público, y las penas se convierten en papel mojado porque lo más probable es que no puedan imponerse, la delincuencia aumenta. Piénsese en los saqueos de pisos forzosamente desocupados por temor a los bombardeos, o en los homicidios «legales» cometidos durante nuestra guerra civil y en tantas otras. En Montreal durante una huelga de la Policía de 1969, que duró sólo un día y medio, se registraron los más graves disturbios de toda su historia. Lo mismo sucede cuando el Estado viene a garantizar la impunidad de ciertos delitos, lo que ocurrió en la Alemania nazi y allí donde funcionan «Policías paralelas». A veces se objeta que en todos estos casos lo que se prueba es la necesidad de la Policía y de la persecución de los delitos más que la eficacia de la pena. Pero se olvida que, sin penas que aplicar, la Policía carecería de sentido: ¿Cómo podría detener a los delincuentes si éstos no cometieran ya «delitos», esto es, hechos penados por la ley? La detención sólo tiene objeto en función de una pena o como pena en sí misma. Por supuesto que la Policía de hecho podría, aun sin penas *formalmente* previstas, actuar por su cuenta, deteniendo, torturando, etc.; pero también así estaría imponiendo verdaderos castigos. Por otra parte, no es probable que ningún Estado mínimamente democrático prefiera conceder a la Policía imponer tales penas de hecho en lugar de las previstas por la ley.

2. Con esto llegamos a la segunda cuestión planteada. La pena me parece eficaz en orden a la prevención general, pero ello no supone que sea *el medio más eficaz*. La tortura policial, el linchamiento inmediato en la plaza pública, la ejecución de sospechosos aun sin pruebas, el lavado de cerebro y la lobotomía son algunos métodos que probablemente serían en sí mismos más eficaces que la pena en su sentido jurídico actual. Esto no significa, sin embargo, que tales procedimientos de lucha contra el delito pue-

17. Cfr. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 115 y s.

dan ser preferidos desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho como el que proclama la Constitución. Para un tal Estado sólo serán preferibles a la pena jurídica los medios que, sin ser menos eficaces que la misma, sean menos gravosos para el afectado. Cabría, pues, sostener las siguientes tesis:

- 1.<sup>a</sup> La pena es eficaz en orden a la prevención general.
- 2.<sup>a</sup> La pena no es tan eficaz como otros medios de combatir la delincuencia.
- 3.<sup>a</sup> Ello no significa necesariamente que deban preferirse tales medios más eficaces.
- 4.<sup>a</sup> Sólo serán preferibles los medios no menos eficaces que la pena si resultan más favorables para el afectado.

Ciertamente, existen medios tanto o más eficaces que la pena que resultan más favorables que la pena para el ciudadano. En primerísimo lugar: una *Política social*<sup>18</sup> dirigida a disminuir las diferencias sociales existentes, y que vaya modificando el sistema social en términos que aumenten su poder de convicción y haga más atractiva la participación en él en lugar de dar motivos con su mal ejemplo para la desviación. En la nueva Criminología anglosajona, como puso de manifiesto Jason Ditton en una reciente conferencia, se afirma que en su inmensa mayoría la población penal procede históricamente del proletariado y representa la parte del mismo que no ha podido ser integrada en forma de proletariado industrial.<sup>19</sup> Quien no desee tener que castigar la pobreza ha de esforzarse, pues, en eliminarla progresivamente mediante una Política social igualitaria, es decir, auténticamente democrática. Ésta es la única respuesta democrática al delito, y no la de quienes piden que la democracia venga a apretar los resortes de la represión penal para devolver la seguridad ciudadana que la Dictadura garantizaba.

La nueva Criminología también ha puesto de relieve que la pena no es más que *una* entre las variadas «instancias de control social».<sup>20</sup> El futuro de la Política Criminal pasará también, seguramente, por la búsqueda de for-

18. Cfr. Mir Puig, *Introducción*, cit., pp. 125 y s.

19. Conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de Barcelona el 14 de mayo de 1980 bajo el título «Historia de la desviación».

20. Cfr. Hassemer, en *Hassemer, Steinert y Truber*, «Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber», en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts* (Jus-Didaktik, Heft 5), Munich, 1978, pp. 45 y ss.

mas de control social distintas a la pena. Es importante, sin embargo, subrayar el peligro de que esta búsqueda se oriente más hacia un aumento de eficacia que hacia una ingerencia más soportable en la vida de las personas sujetas a control y, sobre todo, de que la persecución de una mayor eficacia redunde incluso en intromisiones más intolerables en los derechos de los afectados.

No debe olvidarse, en efecto, que la pena se halla sometida, en mayor o menor medida, a una serie de *límites normativos* que sirven de garantía al individuo. Enumeraré sólo los más importantes. El Estado de Derecho impone el primer límite fundamental: el *principio de legalidad*, según el cual sólo pueden castigarse aquellos hechos que se hallan previstos previamente por la ley como delitos, y únicamente con las penas que también señale de antemano la ley. Tal principio encierra tanto el sentido de ofrecer *seguridad* al ciudadano acerca de cuándo puede o no ser sometido a una pena, como un *significado político liberal*, de exigir que sean sólo los representantes del pueblo en el Parlamento quienes puedan decidir cuándo puede imponerse una pena. Este principio de legalidad es precisamente lo que distingue a la pena jurídica de otros medios de reacción social frente al delito, que por ello ofrecen menos garantías al individuo. Pero un Estado de Derecho *democrático* está llamado a respetar, además, otros límites en el uso de la pena que afectan a su contenido. Así: el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*, según el cual no pueden castigarse hechos meramente inmorales; el *principio de culpabilidad por el hecho*, que prohíbe castigar más que en la medida en que al sujeto le sea atribuible una conducta antijurídica; el *principio de proporcionalidad*, que exige una cierta proporción entre la gravedad del hecho realizado y la pena a imponer, y el principio de *resocialización*, hoy muy debatido, pero sancionado por la Constitución (artículo 25) y por la ley Penitenciaria (artículo 1), que obliga al Estado a orientar las penas, a facilitar (¡no imponer!) al delincuente alternativas al comportamiento criminal o al menos, cuando no sea posible, a esforzarse en evitar que la pena ejerza efectos desocializadores innecesarios.

## V

Todo lo anterior conduce a la *conclusión* que quería alcanzar y con la que quería cerrar mi intervención: la pena es un instrumento hoy por hoy fundamental en la lucha contra el delito y en pro de la seguridad ciudadana,

pero lo es no tanto porque sea el medio más eficaz de control social imaginable, sino, en cierto modo, al revés, porque constituye una forma *limitada* de prevención, sometida a garantías ya irrenunciables en un Estado social y democrático de Derecho.<sup>21</sup> Andan equivocados quienes piensan que el futuro Código penal que ha de aprobar el Parlamento ha de justificarse como un Código más eficaz que acabe de una vez con la inseguridad en nuestras ciudades. El nuevo Código que necesita la joven y todavía débil Democracia española no debe encontrar tanto su diferencia específica respecto del actual Código de la Dictadura en una mayor eficacia, cuanto en una más acabada sujeción a los *límites* que las exigencias democráticas imponen a la mera eficacia represiva. El aumento de la seguridad ciudadana ha de buscarse por otra vía previa, la de una Política social adecuada. Este camino es, como todo camino democrático, más difícil, pero también el único que conduce a soluciones a largo plazo. No se trata de ponerle un parche doloroso al presente, sino de que el mal de hoy sirva de acicate para construir un futuro mejor.

21. En esta línea Hassemer, «Prävention und Strafgesetzgebung», en *Prävention und Strafrecht*, Kriminologische Schriftenreihe der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft, t. 67, Heidelberg/Hamburg, 1977, pp. 45 y s.

## CAPÍTULO 2

# FUNCIÓN FUNDAMENTADORA Y FUNCIÓN LIMITADORA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA\*

### I

El problema de la función de la pena jurídica se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva sociológica importa cuál es la función que efectivamente cumple la pena jurídica en un determinado sistema social. Desde el prisma de la Dogmática jurídica se trata de averiguar qué función se atribuye a la pena en el Derecho vigente. Ninguno de estos aspectos constituirá el objeto de las reflexiones que a continuación efectuaremos. Vamos a adoptar el punto de vista *filosófico-jurídico* que corresponde a esta primera parte del presente Seminario. El análisis de la teoría de la prevención general positiva que realizaremos no partirá de la comprobación de cuál *es* la función social o atribuida por el Derecho vigente a la pena, sino de cuál *debe ser* dicha función.

### II

1. Las respuestas que se han dado a esta cuestión han pasado por distintas fases, bien conocidas, desde los orígenes del Derecho penal contemporáneo. A principios del siglo XIX predominaban concepciones preventivo-generales, como las de Feuerbach, Filangieri y Bentham, junto a posiciones retribucionistas como la de Kant. Los hegelianos insistieron, más avanzado el siglo, en la retribución. Apareció luego la nueva dirección del

\* Publicado en *ADPCP*, 1986, pp. 49 y ss. Versión alemana en *ZStW*, 102, 1990, pp. 914 y ss.

positivismo naturalista en favor de la prevención especial. La «lucha de Escuelas» que ello motivó entre los partidarios de la pena retributiva y los prevencionistas se resolvió mediante un compromiso por las teorías eclécticas, que combinaron con distintos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Pero el compromiso suponía la renuncia al punto de partida que servía de fundamento a una verdadera concepción retributiva: suponía dejar de considerar a la pena como una *exigencia ética de Justicia*, pues ciertamente la Justicia no admite componendas derivadas de la utilidad social. Era fácil dar el paso siguiente y trasladar el centro de gravedad a la prevención, de la que la retribución sería sólo un *límite* máximo y/o mínimo. Se llega, así, al modelo de un Derecho penal entendido al servicio de la función de prevención, aunque limitada ésta por las ideas de proporcionalidad y/o culpabilidad. La fórmula, sintética como la de Estado social y democrático de Derecho y coherente con ésta, pretende conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico-penal, por una parte, y la conveniencia de someter dicha intervención preventiva a ciertos límites, derivados en parte de la consideración del individuo y no sólo de la colectividad.

Ahora bien, este planteamiento entraña la admisión de una relación de tensión entre principios que se acepta que puedan resultar contradictorios. Se reconoce la posibilidad de las llamadas «*antinomias de los fines de la pena*». Según ello, lo que puede resultar aconsejable para la prevención general, puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, y ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial. Ello supone conflictos tanto en el momento de la conminación penal por parte de la ley, como en las fases de determinación judicial y determinación penitenciaria de la pena. Para evitar o limitar estas antinomias y conflictos, en los últimos años se viene proponiendo, por distintos caminos, la doctrina de la «*prevención general positiva*». A ella dedicaremos nuestra atención.

Antes de analizarla, añadiremos que también ha contribuido a su difusión la llamada «*crisis de la resocialización*». Últimamente ha ido desvaneciéndose el optimismo que se extendió durante los años cincuenta y sesenta ante las posibilidades de un tratamiento penitenciario individualizado. Es cuestionable la eficacia del tratamiento en condiciones de privación de libertad, como lo prueban los altos índices de reincidencia; pero también se advierten los peligros que supondría para las garantías individuales una ideología del tratamiento llevada al extremo. Aunque en general ello no ha determinado a renunciar por completo a la función de prevención especial, sí

que ha puesto en entredicho su capacidad para ofrecer una fundamentación general del Derecho penal. Como, entre tanto, la concepción retributiva ha ido retrocediendo frente al cometido de protección social que hoy se atribuye al Estado, es comprensible que se vuelva la vista a la prevención general.<sup>1</sup>

2. La concepción clásica de la prevención general veía en la pena la amenaza de un mal destinada a *intimidar* a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad. Si en el Antiguo Régimen ello se esperaba conseguir principalmente a través de la ejemplaridad de la ejecución del castigo, Feuerbach vinculó a la ley la función de intimidación de la pena mediante su famosa «teoría de la coacción psicológica». Frente a ello, la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la «conciencia social de la norma»,<sup>2</sup> confirmar la vigencia de la norma.<sup>3</sup> Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma.

Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales.

La teoría de la prevención general positiva ha sido objeto de apreciaciones críticas contrapuestas. Mientras que un sector doctrinal la ha recibido favorablemente como teoría que limita de forma racional la tendencia de la intimidación penal al terror penal,<sup>4</sup> otros autores ven en ella el intento de legitimar tendencias irracionales que permitirían ampliar la prevención penal<sup>5</sup> o, en cualquier caso, eliminar límites liberales materiales de la intervención penal.<sup>6</sup> Esta diferencia de interpretaciones responde, a mi juicio,

1. Cfr. sobre esta evolución, Hassemer, «Generalprävention und Strafzumessung», en Hassemer-Lüderssen-Naucke (eds.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, Francfort, 1979, pp. 34 y s.; Zipf, *Kriminalpolitik*, 2.ª ed., Karlsruhe, 1980, pp. 84 y s.

2. Cfr. Hassemer, «Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social», en Mir Puig (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, Bellaterra, 1982, p. 137.

3. Cfr. Jakobs, *Strafrecht*, Allg. Teil, Berlín, 1983, p. 7.

4. Cfr. Gómez Benítez, «Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico, 3 (1980), pp. 124 y ss.

5. Cfr. Luzón Peña, «Prevención general y Psicoanálisis», en Mir Puig (ed.), *Derecho penal y Ciencias sociales*, cit., pp. 149 y ss.

6. Cfr. Baratta, «Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, n.º 24, 1984, pp. 541 y s., 549 y ss.

a la existencia de distintas orientaciones y formulaciones de la teoría de la prevención general positiva. Antes de tomar posición ante esta doctrina conviene exponer sucintamente algunos ejemplos de ello.

### III

Los partidarios de la prevención general positiva pueden ser agrupados en dos direcciones. Por una parte, quienes defienden aquella forma de prevención como *fundamentadora*, y en su caso *ampliatoria*, de la intervención del Derecho penal. Por otra parte, los que con aquella concepción pretenden *poner freno* a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial.

1. A) La primera tendencia enlaza con una tradición que confiere al Derecho penal la misión de conformación de valores morales en la colectividad.<sup>7</sup> Pero el antecedente más inmediato se encuentra en Welzel y en su concepción de la función ético-social del Derecho penal: «Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares —escribía Welzel— es la tarea de asegurar la vigencia real [...] de los valores de acción de la actitud jurídica [...] La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo una finalidad de prevención *negativa* [...] La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social *positiva*: Al proscibir y castigar el apartamiento realmente actualizado de los valores fundamentales de la actitud jurídica, el Derecho penal expresa, de la manera más impresionante de que dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores positivos de acción, conforma el juicio ético-social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho.»<sup>8</sup> Según esto, el Derecho penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético-social del ciudadano, en su actitud interna frente al Derecho. Ello supone una misión que *amplía* el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el Derecho penal.

7. Ver referencias en este sentido a H. Mayer, Grünwald y Nowakowski, en Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1969, p. 242. Combate esta dirección frente a sus representantes de la Escuela de Uppsala (especialmente frente a Lundstedt), Geiger, *Moral y Derecho* (trad. de Garzón Valdés, Barcelona, 1982, pp. 156, 170 y ss.).

8. Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 3.

Welzel no consideró esta función ético-social del Derecho penal como integrante de la prevención general, sino como vinculada a la «retribución justa».<sup>9</sup> Sin embargo, es evidente el carácter preventivo con que aquel autor defiende la mencionada función ético-social. Por de pronto, dicha función persigue prevenir la destrucción o puesta en peligro de la conciencia ético-social y la actitud jurídica de los ciudadanos; además, la protección de estos valores se considera por Welzel la mejor forma de prevenir a largo plazo la lesión de los bienes jurídicos.<sup>10</sup> De ahí que este planteamiento pueda y deba verse como una concepción preventivo-general. En este sentido se manifiestan Armin Kaufmann y Hassemer.

El primero —cuya reciente muerte aún nos conmueve— entiende la función ético-social que Welzel atribuía al Derecho penal como «aspecto positivo de la prevención general», y la caracteriza como «socialización dirigida a una actitud fiel al Derecho». Destaca en ella tres componentes: una *informativa* de lo que está prohibido, otra de mantenimiento de la «*confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse*», y una tercera de creación y fortalecimiento de una permanente *actitud interna de fidelidad al Derecho*.<sup>11</sup> Ahora bien, Armin Kaufmann no trata de sustituir la retribución justa por esta prevención general positiva, sino que cree que aquélla es presupuesto de ésta.<sup>12</sup>

También Hassemer entiende que la concepción welzeliana de la misión ético-social del Derecho penal supone «una descripción precisa de lo que se puede denominar prevención “general” o “positiva”».<sup>13</sup> Sin embargo, este autor atribuye a este concepto de prevención una función limitadora de la intervención penal que distingue su posición de las hasta ahora contempladas. Luego analizaremos más detenidamente su concepción.

B) El *Tratado* de Jakobs ha venido a mantener una variante algo distinta de la prevención general positiva. Coincide con Welzel en perseguir el mantenimiento de la fidelidad al Derecho de la colectividad, pero rechaza que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos. La única meta que corresponde, según Jakobs, al Derecho penal es garantizar la función *orientadora* de las normas jurídicas. Parte el

9. Cfr. Welzel, *op. cit.*, pp. 241 y s. Del mismo modo, Maurach, *Deutsches Strafrecht*, 4.ª ed., Karlsruhe, 1971, p. 77, que considera que la sola retribución es la que mejor asegura el mantenimiento del orden jurídico y la impresión de inviolabilidad del Derecho.

10. Cfr. Welzel, *op. cit.*, pp. 4, 5 y s.

11. Cfr. Armin Kaufmann, «La misión del Derecho penal», en Mir Puig (ed.), *Política criminal y Reforma del Derecho penal*, Bogotá, 1982, p. 127.

12. Cfr. Armin Kaufmann, *op. cit.*, p. 128.

13. Cfr. Hassemer, *Fines*, cit., p. 126, nota 33.

tratadista alemán de la concepción del Derecho de Luhmann, como instrumento de estabilización social mediante la orientación de las acciones a través de la institucionalización de las expectativas sociales.<sup>14</sup> La vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. Cuando se produce la infracción de una norma, conviene dejar claro que ésta sigue en pie y mantiene su vigencia pese a la infracción. Lo contrario pondría en entredicho la confianza en la norma y su función orientadora. La pena sirve para destacar con seriedad, y en forma *costosa* para el infractor, que su conducta no obsta al mantenimiento de la norma. La pena no ha de verse en su aspecto naturalístico de mal, de la misma forma que el delito no importa en cuanto lesión de un bien jurídico. Así como el delito es negativo en la medida en que supone infracción de la norma y, por tanto, defraudación de expectativas y un conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva en cuanto afirma la vigencia de la norma al negar su infracción.<sup>15</sup> Se trata, como se ve, de una construcción que recuerda intensamente la de Hegel.<sup>16</sup>

En concreto, la protección de la norma y de su función orientadora tendría lugar, según Jakobs, confirmando la confianza en la norma por parte de quienes confían en las normas. Ello no tiene lugar porque el castigo haga presumible la intimidación de los posibles delincuentes y su consiguiente inhibición frente al delito. La pena no persigue impresionar al penado ni a terceros para que se abstengan de cometer delitos. Trata sólo de «*ejercitar en la confianza de la norma*» a la colectividad, para que todos *sepan* cuáles son sus expectativas, de «*ejercitar en la fidelidad al Derecho*», y de «*ejercitar en la aceptación de las consecuencias*» en caso de infracción. Estos tres efectos se resumen en el de «*ejercitar en el reconocimiento de la norma*». Ello tendría el sentido de prevención general porque busca proteger las condiciones de la interacción social, las expectativas y orientaciones estables de las cuales no cabe prescindir en la vida social.<sup>17</sup>

2. Las posiciones examinadas hasta aquí, desde Welzel hasta Jakobs, buscan en la ahora llamada prevención general positiva *fundamental* la intervención del Derecho penal. Así entendida, la prevención general positiva

14. Cfr. Baratta, *CPC*, n.º 24, 1984, p. 534.

15. Cfr. Jakobs, *op. cit.*, pp. 4 y ss., especialmente p. 7.

16. Lo reconoce expresamente Jakobs, *op. cit.*, p. 11.

17. Cfr. Jakobs, *op. cit.*, pp. 8 y s.

permite, e incluso obliga, utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general tradicional (como intimidación) ni de la prevención especial. Sucede algo parecido a lo que supone la admisión de la exigencia de retribución, aunque no resulte necesaria para la prevención general ni para la especial en sentido clásico. En Jakobs, además, como veremos, desaparecen los límites materiales que debería respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo, únicamente, como función de la norma, cualquiera que ésta sea. Existe, sin embargo, otro sector doctrinal que defiende la prevención general positiva en un sentido *limitador* de la intervención penal. Mencionaremos los ejemplos de Hassemer, Zipf y Roxin.

En su trabajo sobre prevención general y medición de la pena, publicado en 1979, Hassemer ponía de manifiesto las dificultades de comprobación empírica de la eficacia de la intimidación penal como forma clásica de prevención general. En ello veía una razón que favorecía la tendencia a preferir la prevención general positiva. Sin embargo, advertía que no cabía tampoco comprobar empíricamente si la concreta fijación de la pena sirve de efectivo apoyo a las normas sociales. Hasta tanto dicha comprobación no fuera posible, Hassemer no consideraba lícita la agravación de la pena en el caso concreto en base a hipotéticas necesidades de prevención general positiva. Pero este concepto de prevención permitía una interpretación sí admisible por no redundar en perjuicio del reo. Esta otra interpretación, la defendida por Hassemer, parte de la diferencia específica del Derecho penal frente a los demás medios de control social. El Derecho penal aparece como un medio de control social caracterizado por su *formalización*. Ésta tiene lugar mediante la vinculación a las normas y tiene por objeto *limitar* la intervención penal en atención a los derechos del individuo objeto de control. La forma específica de afirmar las normas, que corresponde al Derecho penal, ha de ser, pues, su aplicación prudente y restrictiva, respetuosa de los límites que impone su carácter formalizado. De este modo, más que a través de la agravación de las penas, podrá el Derecho penal afirmarse a largo plazo y suponer un fortalecimiento de la confianza de la población en la Administración de Justicia.<sup>18</sup>

Hassemer ha desarrollado este planteamiento en trabajos posteriores. Así, en la Ponencia que presentó al Seminario hispanoalemán sobre Derecho penal y Ciencias sociales, celebrado en Bellaterra en 1981, parte de la

18. Cfr. Hassemer, *op. cit.*, en nota 1, pp. 35 y s., 52 y s.

misma concepción del Derecho penal como medio formalizado de control social, en el cual importa tanto la función de control propia de la respuesta penal, como su juridicidad. Por ello, «la función de la pena —afirma— es la prevención general positiva», que no opera mediante la intimidación, sino que persigue la *protección efectiva de la conciencia social de la norma*. Ello supone dos cosas: por una parte, que la pena ha de estar limitada por la *proporcionalidad*, por la *retribución por el hecho*; por otra parte, que la misma ha de suponer un intento de *resocialización* del delincuente, entendida como *ayuda* que ha de prestársele en la medida de lo posible.<sup>19</sup> En su *Introducción a las bases del Derecho penal*, Hassemer admite claramente que ello ha de conducir a una «reformulación de la idea retributiva».<sup>20</sup>

También Zipf y Roxin manejan en un sentido limitador el concepto de prevención general positiva. Ambos parten de la idea de que la prevención general de la intimidación entraña el peligro de una elevación excesiva de la pena. En concreto, entienden que la nueva regulación del Código penal alemán de la determinación de la pena ha venido a evitar este peligro. Zipf opina que el legislador alemán ha reducido la operatividad de la prevención general al referirse a la «defensa del orden jurídico». Así, según el párrafo 47, *StGB*, si la prevención especial no exige la imposición de una pena privativa de libertad de menos de seis meses de duración, sólo cabrá imponerla cuando sea «imprescindible para la defensa del orden jurídico». Para Zipf, ello sólo sucederá cuando esté en juego la «fidelidad al Derecho» de los ciudadanos, es decir, la prevención general positiva. No bastaría, en cambio, la conveniencia político-criminal de aumentar la intimidación general, esto es, la prevención general negativa.<sup>21</sup> El actual Código alemán no menciona ningún otro aspecto de la prevención general como base de la determinación de la pena, que en general se basa en la culpabilidad del sujeto y en las consecuencias que pueda tener para el mismo (párrafo 46). Se seguiría, pues, que sólo sería admisible la prevención general positiva en el sentido restrictivo, de *ultima ratio*, que corresponde al concepto de «defensa del orden jurídico».

Por su parte, Roxin entiende que la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena del Código alemán, es

19. Cfr. Hassemer, *Fines*, cit., pp. 137 y s.

20. Cfr. Hassemer, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, p. 398).

21. Cfr. Zipf, *Kriminalpolitik*, cit., pp. 85 y s.; del mismo autor, «Principios fundamentales de la determinación de la pena», *CPC*, n.º 17, 1982, pp. 354 y s.

la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general negativa. Roxin llama a la prevención general positiva «prevención general compensadora» o «integradora socialmente»,<sup>22</sup> mientras que denomina «prevención general intimidatoria» a la negativa. La prevención general compensadora o integradora, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de culpabilidad. En cambio, la prevención general intimidatoria permitiría «ir más lejos», porque supone la tendencia a elevar la pena para conseguir su objetivo,<sup>23</sup> una «tendencia al error penal».<sup>24</sup> El profesor de Munich se manifiesta contrario a esta prevención intimidatoria y admite, en cambio, la prevención integradora, que es la que respeta el límite de la culpabilidad. Por otra parte, Roxin admite que en el caso concreto pueda imponerse una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad y, por tanto, a la prevención general integradora, si dicha pena pudiera resultar desocializadora y contraindicada preventivo-especialmente. Sin embargo, ello tiene un límite: el de que la pena no resulte insuficiente para la «defensa del orden jurídico». Esta defensa mínima del orden jurídico supone, para Roxin, «la última forma de prevención general, su límite último de contención».<sup>25</sup>

#### IV

La exposición anterior ha tratado de poner de manifiesto la existencia de dos direcciones distintas entre los partidarios de la prevención general positiva, una fundamentadora y la otra limitadora de la intervención penal. No es de extrañar, por lo tanto, que la crítica haya valorado de formas bien diversas, y hasta contrapuestas, el concepto de prevención general positiva. Personalmente, considero que en un Estado respetuoso de la autonomía moral del individuo la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se entiende en un sentido restrictivo. Ahora bien, así concebida, puede aparecer no sólo como una forma tolerable de prevención, sino incluso como la mejor opción para un Derecho penal democrático.

22. Cfr. Roxin, *Culpabilidad y prevención* (trad. de Muñoz Conde, Madrid, 1981, pp. 102, 104, 183).

23. *Ibidem*.

24. Cfr. Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. de Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 18).

25. Cfr. Roxin, *Culpabilidad*, cit., p. 109.

1. Digo, en primer lugar, que el respeto a la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como *fundamentadora* de la intervención jurídico-penal. La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, el incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel, y antes de él la corriente que proclamaba la «fuerza configuradora de las costumbres» (*sittenbildende Kraft*) de la pena jurídica. La «actitud interna» (*Gesinnung*) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena. Ello vale no sólo para la actitud frente a las normas morales, sino también para la actitud interna frente al Derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general positiva supondría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno.

La formulación funcionalista de Jakobs merece, en parte, estas objeciones y, en parte, otras adicionales. Baratta le ha dedicado un interesante trabajo en el que efectúa críticas desde el punto de vista interno de la teoría y desde una perspectiva externa a la misma. Entre las críticas internas cabe destacar la de que queda sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalentes.<sup>26</sup> Permítaseme abundar en esta línea crítica. Si, como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a *poner de manifiesto* que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?

Las críticas extrasistemáticas que Baratta dirige a la construcción de Jakobs culminan en la conclusión de que la misma tiene una «función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales».<sup>27</sup> Ante la alternativa entre sistema social e individuo, Jakobs opta por el primero, «dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto a las necesidades y valores de los individuos».<sup>28</sup> Al atender sólo a las necesidades

26. Cfr. Baratta, *CPC*, n.º 24, 1984, p. 545.

27. Cfr. Baratta, loc. cit., p. 549.

28. Cfr. Baratta, loc. cit., p. 550.

de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales, como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad,<sup>29</sup> la teoría sistemática de la prevención general positiva aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales.

Mención especial merecen las críticas que en nuestro país ha dirigido Luzón Peña a la teoría de la prevención general positiva. Según este autor, la sustitución de la prevención de intimidación por la prevención socialmente integradora, entendida como categoría autónoma o exclusiva y con exigencias propias, resulta regresiva por dos razones. Por una parte, porque «las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad (y aquí hay que plantearse: ¿toda, la mayoría o sólo los grupos dominantes?) para mantener su fidelidad al Derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores —y menos fundadas— que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la prevención general de intimidación». Por otra parte, porque «dicha tendencia implica sustituir un concepto —el de intimidación general— al que se acusa de irracional y que, sin embargo, es... susceptible de fundamentación, empleo y control plenamente racionales, por otro concepto —el de prevención estabilizadora o integradora— pretendidamente racional, pero que a mi juicio, si se lo maneja de modo autónomo, no es sino una “racionalización” de algo subyacente e inconsciente: impulsos, agresividad y emociones de carácter plenamente irracional».<sup>30</sup> En cuanto a esto último, Luzón considera que la prevención general positiva supone una racionalización de la teoría psicoanalítica del «chivo expiatorio», según la cual la pena vendría a satisfacer la envidia de la sociedad por quien ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, al privar a éste del fruto de su osadía. La función de estabilización de la conciencia jurídica general, de la que habla la teoría de la prevención general positiva, sería equivalente —según Luzón— a la función de «producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de la sociedad» que descubre el psicoanálisis en la pena.<sup>31</sup>

2. Las diferentes opciones mencionadas hasta aquí aconsejan rechazar las concepciones de la prevención general positiva que ofrecen una legitimación fundamentadora o ampliatoria de la intervención penal. En cambio, me parece progresiva, en un Estado social y democrático de Derecho, la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva. Un Es-

29. Cfr. Baratta, loc. cit., pp. 358 y ss., 541 y s.

30. Cfr. Luzón Peña, *op. cit.*, en nota 5, p. 149.

31. Cfr. Luzón Peña, *ibidem*, pp. 150, 152.

tado social está empeñado en la misión de proteger a la sociedad y para ello debe acudir al Derecho penal si es absolutamente necesario. El primer fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención de delitos resulta admisible en un Estado democrático de Derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre —también del delincuente—. Un tal Estado ha de restringir el Derecho penal mediante una serie de límites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros. El concepto de prevención general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos límites armonizando sus contradicciones recíprocas: si se entiende que *una razonable afirmación del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho exige el respeto de dichas limitaciones*. No se trata de autorizar la internalización del Derecho penal por el hecho de que éste proceda de un Estado social y democrático de Derecho, pues ello encerraría una grave contradicción con este modelo de Estado, que no ha de querer imponer por la fuerza una actitud interna de adhesión de sus ciudadanos. No es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea. Pero sí importa exigir que la pena, además de ser necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un Derecho social y democrático, sino precisamente su negación.

## CAPÍTULO 3

### ¿QUÉ QUEDA EN PIE DE LA RESOCIALIZACIÓN?\*

#### I

La idea de la resocialización ha pasado, en relativamente poco tiempo, de constituir la alternativa de futuro al Derecho penal clásico a entrar en una grave crisis.

Durante el último tercio del pasado siglo empezó a abrirse paso con fuerza la pretensión de superar el viejo Derecho del castigo y de la represión por un Derecho orientado al tratamiento del delincuente. Ello tuvo lugar en distintos sentidos y desde diferentes puntos de vista. Baste recordar como perspectivas radicales las de la Scuola Positiva italiana, que pretendió la sustitución de la pena por la medida de seguridad, y del correccionalismo español, que ofreció la utopía de un «Derecho protector de los criminales». Simplificando mucho, empezó a entreverse como meta a alcanzar la sustitución del castigo por el tratamiento, de la cárcel por el centro terapéutico, de las togas de los juristas por las batas blancas de los terapeutas.

Tal horizonte de futuro no se alcanzó por las legislaciones, pero marcó un camino que anduvieron en mayor o menor medida. La pena siguió en pie, pero se le atribuyeron fines relacionados con el tratamiento del delincuente. Por otra parte, se introdujeron algunas instituciones inspiradas por la consideración del reo, como el Derecho de menores, la condena condicional, la *probation* y la libertad condicional. En algunos países, como los nórdicos y los Estados Unidos de Norteamérica, se llegó especialmente lejos. En los años cincuenta y sesenta, de la mano del progreso de las nuevas ciencias sociales, la llamada «ideología del tratamiento» domina en dichos

\* Publicado en *Eguzkilore*, n.º 2 extraordinario, 1989, pp. 35 y ss.

países la determinación del contenido e incluso de la duración de las penas privativas de libertad, así como, en muchos casos, la decisión de si pueden sustituirse por otras medidas o «programas». Entre tanto, el término «resocialización» se fue extendiendo por doquier, viniendo a sustituir a otros como el de «mejora», «corrección» o «reeducación».

Cuando parecía imparable el embate del nuevo planteamiento científico-social, los años setenta abrieron una profunda crisis del pensamiento resocializador que llega a nuestros días. Aquellos países adelantados del ideario del tratamiento dieron marcha atrás y renunciaron a proseguir por la senda de la resocialización. Por todas partes, tanto desde la derecha como desde la izquierda, se alzaron voces contrarias a la resocialización. Es curioso que precisamente en pleno ambiente de crisis se proclamasen por primera vez en una Constitución española la «reeducación» y la «reinserción social» como fines a perseguir por las penas y medidas privativas de libertad (artículo 25, Constitución de 1978), y que la primera Ley Orgánica de Instituciones Penitenciarias, aprobada por aclamación —cosa única en la reciente vida parlamentaria española— en 1979, empezase igualmente por adherirse a dichos fines. La pregunta que entonces se plantea es la siguiente: la incorporación constitucional de la resocialización, así como la adopción de la filosofía del tratamiento por parte de la nueva legislación penitenciaria ¿han llegado *demasiado tarde*, como postulados ya abandonados o en trance de ser abandonados por el pensamiento político-criminal del presente? ¿No ocurrirá aquí lo que sucede en ocasiones en nuestro país, que se importa como novedad lo que ha dejado ya de serlo en su lugar de origen?

La objeción que subyace a estos interrogantes no sería, desde luego, por sí sola suficiente para invalidar la adopción del punto de vista de la resocialización. Aunque realmente se hallara abandonada en otros países, ello no sería argumento bastante para rechazarla. No es éste el caso, pues la crisis de la resocialización está limitando el optimismo de antaño en pro de dicha idea, pero en modo alguno puede decirse que la misma constituya un concepto superado. Hoy es un concepto fuertemente polémico, pero no superado. Sin embargo, no es esto lo decisivo. No está en juego una mera cuestión de modas o de actualidad. Lo decisivo es si las objeciones que se dirigen a la resocialización han de considerarse suficientes para arrinconarla definitivamente o si, por el contrario, no pueden arrumbar aquella idea. La presente exposición no puede pretender, como es obvio, fundamentar suficientemente una respuesta a tan importante dilema. Mi propósito no puede ser sino resumir y valorar brevemente las más importantes

críticas que se han opuesto a la resocialización y ofrecer una opinión más para el debate.

## II

Son muy diversas las críticas que se han dirigido al planteamiento de la resocialización. El propio concepto de resocialización empieza por ser objeto de censura, por considerarse excesivamente ambiguo y falto de concreción. En realidad, existen concepciones bien diversas de la resocialización: desde las que se han denominado «programas máximos», que pretenden una fuerte incidencia en la personalidad del sujeto, en su escala de valores y en su actitud ética, hasta las que se definen como «programas mínimos», que se limitan a perseguir que el sujeto sea capaz de respetar externamente las leyes. Pero que existan diferentes posibilidades de entendimiento de la resocialización, no es razón para considerar rechazables dichas posibilidades. La objeción de la indeterminación del concepto de resocialización puede exigir que se concrete el sentido en que se entiende, pero no afecta a la valoración intrínseca que merezca. No obstante, es cierto que algunas versiones de la resocialización, como los «programas máximos», plantean mayores dificultades de legitimación que otras.

Con esto hemos llegado al terreno en que la resocialización recibe embates más consistentes: el terreno de su *legitimación*. Tanto desde posiciones *liberales* clásicas, como desde perspectivas políticas *críticas*, se discute la legitimidad política del pensamiento resocializador. Veamos brevemente algunas claves de esta discusión.

a) La concepción liberal clásica del Derecho penal asigna a éste la función primordial de *limitar* la potestad punitiva del Estado. Entre los límites del *ius puniendi* cuenta la necesidad de respetar el llamado Derecho penal *del hecho* y la de rechazar el Derecho penal de *autor*. En otras palabras, que el Derecho penal no ha de castigar personalidades ni formas de ser, sino únicamente hechos, conductas que la ley pueda tipificar, describir de forma lo más precisa posible. Pues bien, he aquí una exigencia que parece en peligro cuando se confiere a la pena una función de resocialización. Ésta se refiere al individuo, no al hecho. Cada programa resocializador ha de adaptarse a las características de cada sujeto. La resocialización implica un tratamiento personalizado. Se comprende que ello

plantee dificultades a quienes defienden un modelo de Derecho penal liberal. Téngase en cuenta que el contenido de la condena puede variar en su gravedad de forma muy notable según las exigencias del tratamiento resocializador. Piénsese en la diferencia de rigor que supone un cumplimiento penitenciario en régimen abierto o en régimen cerrado, o en la concesión o no de condena condicional.

Aunque diferencias de tratamiento como éstas encuentren dificultades desde el prisma del principio de igualdad, creo sinceramente que pueden admitirse en cuanto no supongan elevación de la gravedad del contenido posible de la condena, sino que, al contrario, surjan de la concesión de beneficios justificables. Pero es cierto que la ideología del tratamiento entraña una tendencia a superar límites que han de reputarse infranqueables: tiende a buscar la resocialización a toda costa, propugnando las condenas de duración indeterminada, la intromisión excesiva en la personalidad del sujeto, que puede llegar al lavado de cerebro o a la lobotomía, y que puede pretender imponerse contra la voluntad del afectado. Nada de todo esto es aceptable. De las críticas liberales hay que extraer, pues, una primera conclusión: *La resocialización sólo puede admitirse si se la somete a estrictos límites que impidan su tendencia expansiva*. Más adelante desarrollaré algo más esta conclusión y trataré de precisar los límites mencionados.

b) También se cuestiona la licitud de la resocialización desde posiciones críticas como el *labeling approach* o teoría del etiquetamiento, el psicoanálisis y la criminología crítica. Por encima de sus importantes diferencias, estas corrientes coinciden en considerar que es la sociedad, y no el delincuente, lo que es preciso cambiar. Es la sociedad la que genera la delincuencia, por lo que no tiene sentido tratar de adaptar al delincuente a dicha sociedad criminógena. Es la sociedad la que ha de ser resocializada. Ello se fundamenta por distintas vías por cada una de las direcciones doctrinales citadas. Aquí baste decir lo más fundamental. La teoría del etiquetamiento, o *labeling approach*, considera que la «criminalidad» no procede de una cualidad intrínseca de la acción del delincuente, sino que es el producto de un «etiquetamiento social», una etiqueta que determinadas «instancias criminalizadoras» asignan a través de los «procesos de criminalización» a conductas en sí mismas neutras. El psicoanálisis ofrece, con su teoría del chivo expiatorio, otra vía que siguen algunos autores para afirmar que el delincuente no es más que el chivo expiatorio en el que se proyectan las culpas de la sociedad. Por último, la criminología crítica sostiene, desde una perspectiva marxista, que el Derecho penal burgués no es más

que defensa de los intereses de la clase dominante y que dicha defensa recae, de forma discriminatoria, en el proletariado. En todas las corrientes citadas se traslada, como se ve, la *culpa* o, al menos, la causa del delito a la sociedad. ¿Qué sentido puede tener, entonces, tratar de resocializar al delincuente en lugar de modificar la sociedad? ¿Qué legitimidad puede alegar y qué poder de convicción puede tener frente al delincuente una sociedad injusta, que lo ha hecho delincuente y/o que necesita de él para satisfacer sus frustraciones? Más tarde veremos en qué medida cabe contestar a este planteamiento crítico. Pero antes querría exponer brevemente otras objeciones que se dirigen a la resocialización desde el punto de vista de las posibilidades prácticas con que tropieza su realización.

Se empieza por argüir, en este sentido, que los programas de resocialización no han tenido el éxito esperado. Los intentos efectuados no han disminuido suficientemente la posterior reincidencia de los sujetos. La resocialización es difícil. Frente a ciertos delincuentes no parece posible, para otros no resulta necesaria. Pero incluso en los demás casos es problemática. En todo caso, existe el obstáculo que representa tener que intentar la resocialización en el medio carcelario. Se ha repetido hasta la saciedad: es una paradoja pretender educar para la libertad en condiciones de falta de libertad. Por otra parte, como es sabido, en las prisiones domina la llamada «subcultura carcelaria», caracterizada por ciertos valores y normas radicalmente opuestos a la actitud de colaboración imprescindible para conseguir el clima propicio para un tratamiento resocializador.

### III

El rápido repaso efectuado de las principales críticas que se dirigen a la resocialización pone de manifiesto que tropieza con importantes dificultades de legitimación y de carácter práctico. ¿Significa todo ello que debe abandonarse el ideal resocializador? Yo creo que no. Las objeciones apuntadas han de ser tenidas en cuenta, pero no para rechazar de pleno la resocialización, sino para concebirla de forma adecuada. Ello exige en parte *limitar* sus pretensiones y en parte *aumentar* sus medios. Veamos cómo contestar por esta vía a las críticas señaladas.

Ya he anticipado al exponer las objeciones liberales que es ciertamente inadmisibles una ideología del tratamiento ilimitada. Ya subrayé la tendencia expansiva de la resocialización y que hay que someterla, por tanto, a determinados límites. En primer lugar, debe empezarse por rechazar cualquier in-

tento de tratamiento impuesto contra la voluntad del afectado. Ello presupone que no va a poder imponerse una agravación de la condena por exigencias de resocialización. Por otra parte, tampoco es admisible una concepción del tratamiento como destinado a manipular la personalidad. Hay que alertar de los peligros que en este sentido entrañan los llamados «programas máximos», que no se contentan con pretender que el sujeto sea capaz de respetar externamente la ley, sino que aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales. Creo que tales programas máximos han de ser rechazados y que son preferibles los «programas mínimos» que únicamente persiguen facilitar una vida futura sin delitos. El Derecho penal no ha de invadir el terreno de la conciencia.

Pero, dentro de límites como éstos, un Estado no sólo liberal, sino también social y democrático, no puede renunciar a paliar la marginación del delincuente. La resocialización correctamente delimitada entra dentro de los cometidos de configuración social del Estado social y de fomento de la participación de todos en la vida social que corresponde al Estado democrático.

En este punto salen al paso las objeciones de la izquierda. ¿Está legitimada una sociedad injusta, criminógena, para reclamar al individuo que se adapte a ella? ¿Fomenta realmente la igualdad la integración en una sociedad desigual? Quien no vea nada admisible en nuestra sociedad, quien la considere absolutamente rechazable, difícilmente encontrará sentido a la resocialización. Pero tampoco encontrará sentido a la protección de dicha sociedad mediante cualquier otra forma de entender el Derecho penal o mediante cualquier otro medio distinto al Derecho penal. Ahora bien: ¿es todo malo en nuestra sociedad, hasta el punto de que nada en ella merezca ser protegido —ni siquiera los derechos fundamentales de sus integrantes—? Es difícil admitirlo. Aunque se aspire a una estructuración más justa de la sociedad, es difícil negar que en ella existen valores respetables, como la vida, la salud y la libertad de las personas que integran la sociedad. Ello ya bastaría para que tuviera sentido fomentar el respeto de tales bienes sociales. He aquí una base para la resocialización, entendida como consecución de una actitud de respeto a bienes sociales fundamentales. Pero cabe dar un paso más. La inmensa mayoría de ciudadanos acepta, con todas sus imperfecciones, el modelo de Estado social y democrático de Derecho acogido por la Constitución. No sólo ciertos valores fundamentales, sino también el conjunto del sistema social se considera, pues, digno de respeto. La coherencia obliga, entonces, a admitir que se procure la resocialización entendida como consecución de

una actitud de respeto por los bienes jurídicos fundamentales en un Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, ello no ha de conducir a olvidar las profundas injusticias que existen en nuestra sociedad. Que *en conjunto* sea admisible para la inmensa mayoría, no significa que carezca de graves defectos. En particular, es especialmente relevante para el problema que nos ocupa el hecho de que las desigualdades sociales gravan sobre todo a la clase a la que pertenecen la mayoría de delincuentes frente a los que se plantea la cuestión de la resocialización. No sería admisible, entonces, concebir la resocialización como aceptación plena del *statu quo*, como aprobación de las injusticias del sistema. Por esta vía se llega de nuevo a tener que exigir una concepción limitada de la resocialización, que le otorgue un contenido *mínimo* y básicamente *abierto*.

Personalmente, me inclino por hacer hincapié, más que en una labor de adoctrinamiento, en ofrecer al penado *medios* que le hagan más fácil una vida futura sin delitos. Entre tales medios habrán de contar algunos de carácter asistencial y material. Debe empezarse por ofrecer alternativas a la privación de libertad y, cuando ésta sea inevitable, una ejecución humana que respete la dignidad del recluso y dificulte la *desocialización* que suele producirse en el medio carcelario. El Estado ha de empezar por dar ejemplo de consideración de la persona, si quiere fomentar una actitud de respeto por los demás. Pero también será útil en muchos casos todo lo que pueda fortalecer y enriquecer la personalidad del sujeto. En la tensión individuo-sociedad que se plantea en la resocialización, no sólo se trata de adaptar a la sociedad, también de que ello sea posible mediante una afirmación de los valores personales. Importa huir del tratamiento del penado como mero *objeto* a adaptar, y propugnar, en cambio, que se parta de su consideración como *sujeto*. Sólo así se respeta la dignidad que debe reconocerle un Estado no sólo social, sino también democrático.

Pero quedan por considerar las dificultades prácticas con que tropieza la resocialización. Hay que empezar por reconocer dichas dificultades. Es preciso aceptar que la resocialización no será *posible* en muchos casos, y también que en otros no será *necesaria*. Dejemos aparte los casos en que la resocialización no es lícita por no aceptarla voluntariamente el sujeto, casos en los que, evidentemente, no procede. Por lo que se refiere a los supuestos de imposibilidad material, aunque en muchos casos la resocialización acabe fracasando, no por ello hay que dejar de *intentarla*. Entendida como *oferta* al sujeto, debe dirigírsele aunque *ex ante* parezca muy difícil. La resignación ante la dificultad no debe ser coartada válida. Más bien

procede la actitud contraria, la de volcar más medios de los que hasta ahora se han destinado a la resocialización. En realidad, en España se hace muy poco por conseguir la reinserción social postulada por la Constitución. Ni siquiera se intenta seriamente una mejora de los establecimientos penitenciarios suficiente para paliar los efectos desocializadores del hacinamiento.

Pero, en cualquier caso, quedan los supuestos en que el penado no necesita medios específicos de resocialización. Piénsese en delincuentes ocasionales de tráfico o de cuello blanco que no necesiten ser resocializados, o, simplemente, en delincuentes ya reinsertados socialmente en el momento en que llega su condena. En estos casos puede ser perfectamente necesaria la imposición de una pena por razones de prevención general. Es evidente, entonces, que la necesidad o no de resocialización no puede ser el único fundamento de la pena. Ello se confirma si recordamos que no puede imponerse un tratamiento resocializador a quien no lo acepte voluntariamente, y que, no obstante, eso no puede significar que deje de tener sentido la imposición de una pena.

De todo esto se deduce la necesidad de establecer un nuevo límite al planteamiento de la resocialización. Si antes hemos propugnado limitar el contenido de los programas resocializadores, ahora vemos que el fin de la resocialización no puede ofrecer una respuesta global a la justificación de la pena. Ésta no puede depender, únicamente, de que resulte necesaria o no la resocialización. La intervención del Derecho penal sigue dependiendo de su necesidad para la protección de los bienes jurídicos, esto es, para la prevención general.

#### IV

Pero, entonces, *¿qué queda en pie de la resocialización?* Al contemplar las críticas que aconsejan rechazar los llamados «programas de resocialización máximos», hemos negado que la filosofía del tratamiento permita legitimar la manipulación de la personalidad o la intromisión en la esfera moral del individuo. Ahora acabamos de comprobar la incapacidad de la resocialización para ofrecer una respuesta global al problema de la criminalidad. Y, sin embargo, sigo creyendo en la necesidad de facilitar, en la medida de lo lícito, lo necesario y lo posible, y con todos los límites señalados, la reincorporación del delincuente a la sociedad. Creo, para concluir, en una versión estrictamente *limitada* de la resocialización. Limitada, en

primer lugar, porque no ha de pretender ocultar el carácter aflictivo y negativo de la pena para el penado. Ha de empezarse por evitar el *eufemismo* y reconocer que no es el bien del delincuente, sino la necesidad de protección social, lo que justifica la intervención penal. La resocialización no puede pretender justificar la pena como un bien necesario para el delincuente. Lo único que puede justificar la resocialización es la ayuda que el penado admita voluntariamente para su ulterior reinserción social.



## CAPÍTULO 4

### SOBRE EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL EN LA REFORMA PENAL\*

#### I

Existe acuerdo en la doctrina actual en proclamar el principio de intervención mínima del Derecho penal. La Exposición de Motivos del Proyecto de Código penal de 1980, que ha servido de base a la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, acogía dicho principio. Todo parece indicar que la tendencia que se considera deseable para el Derecho penal del presente y del futuro es la de su progresiva *restricción*. Ello enlazaría con la tradición liberal que arranca de Beccaria y que postula la *humanización* del Derecho penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria —inevitable— para la protección del mismo ciudadano. Tras ello se halla la convicción de que es preciso defender al ciudadano del poder coactivo del Estado.

Es evidente la coherencia del principio de intervención mínima del Derecho penal con un planteamiento liberal o neoliberal. *¿Es igualmente compatible dicho principio con la concepción actualmente dominante del Estado social intervencionista?* Al tiempo que, en mayor o menor medida, hoy suele considerarse positiva una intervención asistencial, tuitiva y de fomento por parte del Estado, se siente rechazo ante la actividad *represiva* del mismo. No hay en ello contradicción alguna: la admisión de un Estado social, que interviene para procurar *bienestar* a los ciudadanos, no obliga a

\* Publicado en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 12, 1987, pp. 243 y ss.

postular como deseable un intervencionismo penal que *restrinja* la libertad del ciudadano más allá de lo imprescindible para su propia protección. Al contrario, en un Estado social al servicio del individuo, la intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos.<sup>1</sup>

## II

Aunque el principio de intervención mínima del Derecho penal es perfectamente congruente con un Estado social correctamente entendido, la dinámica propia del intervencionismo que le caracteriza entraña el peligro de comprometer la realización efectiva de aquel principio.

El peligro es doble. Por una parte, un Estado intervencionista puede caer en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tiende a la maximalización de la eficacia del poder público. Por otra parte, el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, *difundidos* entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica, *sin más*, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.

La *legislación antiterrorista* y la de *delitos monetarios* constituyen dos ejemplos, de bien distinta significación, de utilización de la intervención penal al servicio de unas políticas coyunturales determinadas. Por otra parte, la Reforma de 1983 amplió la intervención penal en el ámbito de intereses colectivos como la *seguridad en el trabajo*, la *salud pública*, el *medio ambiente*, la *libertad sindical* y el *derecho de huelga*. Con posterioridad se han introducido los *delitos contra la Hacienda Pública*.

No se trata de discutir la importancia social de los intereses referidos ni tampoco la necesidad de una protección jurídica eficaz de los mismos. Pero importa destacar que por esta vía se está produciendo una tendencia a la ampliación del Derecho penal que se contrapone al programa de despenalización progresiva que en otras materias se propugna en nombre del principio de intervención mínima del Derecho penal. Podría suceder que al mismo tiempo que se postula un Derecho penal *mínimo* y se aboga por una

1. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 29 y ss.; del mismo autor, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1985, pp. 54, 72 y ss.

progresiva abolición y sustitución de la pena, se esté abonando una importante tendencia de sentido inverso. Conviene llamar la atención del fenómeno y reflexionar sobre los criterios que han de orientar al legislador en la decisión de si determinada materia *nueva* exige la —en principio indeseable— intervención penal.

El problema se ha manifestado con particular gravedad en Italia, cuya doctrina penal ha podido comprobar los riesgos de una *inflación penal* producto de un planteamiento que ha visto en la intervención penal un arma tentadora para salir al paso de situaciones de *emergencia* y de la aparición de *nuevos problemas*. En este segundo apartado puede incluirse la protección penal de intereses colectivos como los mencionados anteriormente, que Galgano considera inscribibles en un «Derecho penal de la economía» manifestado en los tres apartados siguientes:

- a) un Derecho penal de la producción de la riqueza, destinado a la tutela del medio ambiente y de la salud;
- b) un Derecho penal de la circulación de la riqueza, que se manifiesta en el ámbito de la creación de delitos monetarios;
- c) un Derecho penal financiero, relativo a la evasión fiscal.

Galgano no discute la relevancia de los intereses protegidos, reconducibles casi todos, a su juicio, al artículo 41 de la Constitución italiana. Se pregunta, en cambio, «si la técnica de tutela penal adoptada es adecuada al objetivo: si de veras se ha dado vida a un Derecho penal de la economía o, mejor —y ésta será la respuesta—, a un Derecho administrativo de la economía penalmente sancionado».<sup>2</sup> A la problemática que plantea una tal concepción meramente *sancionadora* del Derecho penal dedicaremos el apartado siguiente. Antes de abordarlo, importa insistir en algo que debiera ser evidente: el intento de regular la economía mediante la intervención penal seguramente se halla destinado al fracaso. Sin modificaciones profundas del sistema económico, la ley penal, que raramente se aplicará en este ámbito, puede acabar convirtiéndose en coartada ideológica,<sup>3</sup> o en arma po-

2. Cfr. Galgano, «Civile e penale nella produzione di giustizia», en la obra colectiva *Funzioni e limiti del diritto penale*, 1984, p. 87.

3. Cfr., en relación con los delitos contra el orden socioeconómico propuestos por el Proyecto de Código penal español en 1980, Muñoz Conde, «La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal», *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1982, pp. 170-172. En la nota 50 escribe este autor: «[...] “la huida al Derecho penal” sirve sólo como pretexto para aplacar “malas conciencias” o para que la sociedad se evada de sus tareas de configuración político-social.»

líticamente utilizable en determinadas coyunturas. Volviendo a Galgano, este autor pone el ejemplo de la evasión fiscal. A su juicio, la amenaza penal puede influir en pequeños evasores, como artesanos, pequeños profesionales y pequeños comerciantes, pero sin una reforma profunda de la compleja organización económica, que empiece por la reforma de las sociedades de capitales, se perpetuará la evasión fiscal de las medias y grandes fortunas.<sup>4</sup>

Debe evitarse caer en la tentación de extender al Derecho penal el papel *promocional* que corresponde a otros sectores del Derecho en un Estado social. Como señala Bricola, se opone a la aspiración de una intervención mínima del Derecho penal la tendencia a considerarlo el instrumento más idóneo para resolver los principales problemas de una sociedad en crisis.<sup>5</sup>

### III

El principio de intervención mínima del Derecho penal choca, por otra parte, con la tendencia que se advierte en la actualidad a una utilización del Derecho penal como instrumento meramente *sancionador*, de apoyo de normas no penales: «Hoy en día el Derecho penal tiende a insinuarse por doquier, a convertirse cada vez con más frecuencia en simple sancionador de la violación de normas de otra naturaleza: civil, mercantil, administrativa. Esta tendencia se traduce en la proliferación del Derecho penal —algunos dicen que en su prostitución», escribe Bolle en un libro dedicado al «papel sancionador del Derecho penal».<sup>6</sup> El aumento de los cometidos del Estado intervencionista se traduce, como es notorio, en un incremento consiguiente de su actividad legislativa, y éste, a su vez, en la tentación de sancionar la infracción de las nuevas normativas con penas criminales cada vez que se pretende el mayor grado de *eficacia* posible. Ello va engrosando el llamado «Derecho penal accesorio o complementario» (el *Nebenstrafrecht*), cada vez más parecido al Derecho administrativo sancionador y cada vez más alejado de los principios del núcleo histórico del Derecho penal.

Conviene tomar partido ante lo que podría constituir el futuro próximo del Derecho penal. ¿Ha de irse convirtiendo el Derecho penal en un

4. Cfr. Galgano, *op. cit.*, p. 88.

5. Cfr. Bricola, «Techniche di tutela penale e techniche alternative di tutela», en el libro cit., *Funzioni e limite del diritto penal*, 1984, p. 5.

6. Cfr. Bolle, «Le rôle sanctionnateur du droit penal: bilan des travaux du Conseil de l'Europe», en *Le rôle sanctionnateur du droit penal*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1985, p. 47.

instrumento *sancionador* de una legislación no penal en continua expansión? O, por el contrario, ¿debe postularse la autonomía del Derecho penal en la creación de las normas cuya infracción ha de tener carácter delictivo? Binding, con su teoría de las normas, ofreció un modelo teórico favorable a la primera opción, la de una concepción meramente sancionadora del Derecho penal. En la misma línea podría moverse una concepción pragmática de las relaciones entre el Derecho penal y las demás ramas del Derecho, que decidiese el uso de la sanción penal en función únicamente de su posible mayor eficacia. Ni la construcción retribucionista de Binding ni un prevenciónismo puramente pragmático como el expuesto son adecuados para suministrar un contenido material al Derecho penal que evite su subordinación al resto de un ordenamiento jurídico que no deja de crecer.

Hay que partir del reconocimiento de que el Derecho penal no se limita a imponer sus sanciones específicas, sino que también, y previamente, dirige sus propias normas de conducta prohibiendo y ordenando determinados comportamientos a los ciudadanos. El Derecho penal no se compone sólo de «normas secundarias» dirigidas al juez, sino también de las «normas primarias» dirigidas al ciudadano.<sup>7</sup> Tampoco la función del Derecho penal depende solamente de la función de sus consecuencias (de la pena y de las medidas de seguridad), sino también de la función de sus «normas primarias». La función del Derecho penal se distingue, así, de la de otros sectores del Derecho no sólo por la *mayor gravedad* de sus sanciones, sino también por la *mayor desvalorización* de los hechos que infringen sus normas. Para que el Derecho penal cumpla adecuadamente su cometido, ambos extremos han de guardar una necesaria correspondencia. El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción. El Derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de cualquier norma jurídica, sino sólo la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal.

Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales para la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de «delitos». Las normas penales más indiscutibles, las que integran el núcleo del Derecho penal, cuentan con una tradición inmemorial y han conseguido un profundo arraigo en la conciencia social. La consideración social de lo que es un «delito» y un «delin-

7. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 21 y ss.

cuenta» supone un juicio de desvalor correspondiente a aquel arraigo y cualitativamente diferenciado del que se atribuye a la infracción de cualquier otra clase de normas.<sup>8</sup> Por muy grave que pueda ser una sanción administrativa —piénsese en multas administrativas incomparablemente superiores a otras penales—, el infractor sobre el que recaiga recibe una valoración social absolutamente distinta a la de quien es considerado como un verdadero delincuente.

Es cierto que no todas las normas penales despliegan el mismo efecto social, pero ello tal vez debería tomarse como base para revisar su carácter penal. La *criminalización* de un hecho sólo es correcta cuando éste es sentido por la colectividad como contrario a algún principio o norma fundamental para el funcionamiento de los sistemas sociales. No es correcto acudir a la intervención penal con el objeto de conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social.

Todo esto enlaza con la función de *prevención general positiva* del Derecho penal, en el sentido limitador de la prevención en que creo que debe entenderse.<sup>9</sup> Sólo cuando la amenaza penal apoye una norma penal primaria convincente podrá desplegar una función de prevención general *positiva*, de confirmación y afirmación de una convicción social. De lo contrario, puede llegar a *devaluar* la vía penal, e incluso a generar una reacción social de repulsa hacia la misma y hasta de apoyo al delincuente. En cualquier caso, el efecto más evidente es la dificultad de aplicación práctica efectiva de las conminaciones penales que, paradójicamente, sólo responden a la pretensión de dotar de mayor eficacia a normas ajenas al núcleo de lo penal.

El principio de intervención mínima del Derecho penal sólo podrá realizarse coherentemente si empieza por reconocerse una *específica autonomía* al Derecho penal, tanto en sus consecuencias jurídicas como en la definición de las normas primarias a cuya infracción aquéllas deben aso-

8. También Arthur Kaufmann postula limitar el Derecho penal a lo «inequívocamente criminal», que reduce al ámbito de las «exigencias éticas imprescindibles de la convivencia humana», pero porque considera presupuesto necesario de la intervención penal la concurrencia de *culpabilidad*, y «sólo en este ámbito es posible un juicio judicial de culpabilidad» —por ello rechaza que en la mayoría de los casos merezca verdadero carácter *criminal* el *Derecho penal accesorio*—: cfr. Arthur Kaufmann, «Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht», *Jura*, 1986, pp. 232 y ss. En el texto defendemos la especificidad de la infracción penal, pero no la basamos en la idea de culpabilidad, sino en la clase de injusto que merece la consideración de penal —y cuya determinación es previa a la cuestión de si cabe culpar del mismo al sujeto—.

9. Cfr. Mir Puig, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, p. 58.

ciarse. Debe reclamarse una diferencia *cualitativa* para la regulación penal primaria y secundaria que impida la tendencia a una *administrativización* del Derecho penal. Sería peligrosa esta tendencia en un Estado intervencionista que aumenta día a día el volumen de su legislación administrativa. El Derecho penal no ha de convertirse en un arma más del intervencionismo estatal que sólo se distinga por su posible mayor eficacia y contundencia. Un Estado intervencionista que busca la máxima eficacia difícilmente restringiría al *mínimo* un Derecho penal cuya única característica fuera una mayor eficacia.



## CAPÍTULO 5

### BIEN JURÍDICO Y BIEN JURÍDICO-PENAL COMO LÍMITES DEL *IUS PUNIENDI*\*

#### I

Entre los límites que hoy suelen imponerse al *Ius puniendi* del Estado, ocupa un lugar destacado el expresado por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho penal como un *mal menor* que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo *necesario*. Pero ¿cuándo ha de reputarse *necesaria* la intervención del Derecho penal? Aquí aparece el concepto de bien jurídico: el Derecho penal es necesario cuando lo exige la protección de los bienes jurídicos. Soy de los que han subrayado en nuestro país la función limitadora que ello atribuye al concepto de bien jurídico, pero también estoy convencido de que dicho concepto no basta para decidir cuándo es necesaria su protección por el Derecho penal. No todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo *bien jurídico* ha de convertirse en un *bien jurídico-penal*. La doctrina no ha contemplado normalmente este último concepto, sino que se ha limitado a referirse al de bien jurídico. Aquí quisiera llamar la atención sobre la conveniencia de distinguir claramente el concepto de bien jurídico-penal. Querría reflexionar sobre las

\* Publicado en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991 (Universidad de Santiago de Compostela), pp. 205 y ss.

condiciones que han de concurrir para que un bien jurídico merezca ser un bien jurídico-penal.

## II

Son conocidas las dificultades que a lo largo de su historia ha encontrado el concepto de bien jurídico para ofrecer un límite al *Ius puniendi*. La insistencia con que se enarbola la bandera político-criminal del bien jurídico no puede obviar dichas dificultades. No es éste el lugar para recordar la evolución histórica del concepto de bien jurídico. Sí procede un brevísimo balance de las posibilidades limitadoras que hoy cabe reconocer al bien jurídico a la vista de sus más importantes concepciones históricas.

Es evidente, por de pronto, que la menor capacidad limitadora corresponde al concepto dogmático de bien jurídico, según el cual importan los bienes efectivamente protegidos por el Derecho. Así formulado, dicho concepto ni siquiera podría servir para exigir que la protección penal se redujera a la de aquellos bienes reconocidos por alguna norma jurídica previa al Derecho penal, a la de los bienes jurídicos que el Derecho penal *se encuentra* procedentes de otras ramas del Derecho. Pues, si el Derecho penal *también* es Derecho, bastaría que reconociese *ex novo* cualquier objeto no anteriormente protegido, para que dogmáticamente debiera considerarse un bien jurídico. Tal vez no fuera ésta la intención última de la concepción de Binding del bien jurídico. Al referir la protección penal a los bienes jurídicos, quizás buscaba Binding una coherencia con su atribución al Derecho penal de una naturaleza meramente sancionatoria de normas preexistentes a la ley penal. Como estas normas, los bienes jurídicos serían, entonces, previos al Derecho penal. Asignar a éste la función de tutela de bienes jurídicos equivaldría a limitar el Derecho penal a sancionar los ataques a bienes reconocidos en otros sectores del Derecho. Ahora bien, una tal concepción del bien jurídico sería tan discutible como el entendimiento meramente sancionatorio del Derecho penal. No es éste el momento de insistir en ello, pero sí conviene resaltar que una Política criminal restrictiva de la intervención penal exige subordinar ésta a valoraciones específicamente jurídico-penales, que permitan seleccionar con criterios propios, especialmente estrictos, los objetos que merecen amparo jurídico-penal y no sólo jurídico *in genere*. Como experiencias recientes hacen plausible, concebir el Derecho penal como apén-

dice sancionador del ordenamiento jurídico puede conducir, por el contrario, a la tendencia a buscar continuamente el apoyo sancionador del Derecho penal. Sobre esto me extendí en una Ponencia que presenté en esta misma Universidad el año pasado.

Del concepto dogmático de bien jurídico no cabe esperar, pues, la esperable función limitadora del *Ius puniendi*. Pero tampoco es suficiente la capacidad de limitar al legislador que puede tener un concepto *político-criminal* de bien jurídico. Aunque tal concepto pretende decidir qué es lo que *merece* ser considerado como bien jurídico —y no sólo describir lo que el legislador de hecho reconoce como tal—, no sirve por sí solo para resolver la cuestión de cuándo lo que merezca dicha consideración de bien jurídico exige, además, la protección jurídico-penal. Ello no significa que sea inútil la aproximación político-criminal al bien jurídico, sino sólo que no es suficiente si no va acompañada de un concepto político-criminal de *bien jurídico-penal*.

Desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho, no es inútil reclamar un concepto político-criminal de bien jurídico que lo distinga de los valores puramente *morales* y facilite la delimitación de los ámbitos propios de la Moral y el Derecho; no es ocioso situar los bienes merecedores de tutela jurídica en el terreno de lo social, exigiendo que constituyan condiciones de funcionamiento de los sistemas sociales, y no sólo valores culturales como pretendió el neokantismo; y, finalmente, es ciertamente conveniente postular que el bien jurídico no sólo importe al sistema social, sino que se traduzca además en concretas posibilidades para el individuo. Todo ello sirve para determinar la materia de lo jurídicamente tutelable, y siendo el Derecho penal también Derecho, también ofrece la sustancia básica de lo protegible jurídico-penalmente. Pero no todo cuanto posea dicha materia —de interés social relevante para el individuo— podrá, obviamente, elevarse a la categoría de bien merecedor de tutela jurídico-penal, de bien jurídico-penal.

La señalada necesidad de acompañar la teoría del bien jurídico, de la concreción ulterior de lo que merece considerarse bien jurídico-penal, se advierte claramente cuando se pretende utilizar la concepción político-criminal del bien jurídico para determinar hasta dónde debe llegar la intervención del Derecho penal para proteger nuevos intereses colectivos o sociales, también llamados «difusos» porque se caracterizan por hallarse difundidos entre amplias capas de la población. La Reforma del Código penal de 1983 amplió la tutela penal en el ámbito de intereses de este tipo, como la seguridad en el trabajo, la salud pública, el medio ambiente, la li-

bertad sindical y el derecho de huelga. En un Estado social no cabe discutir la importancia de esta clase de intereses, y por supuesto se trata de bienes que merecen protección jurídica. Pero ello, suficiente para afirmar que reúnen los requisitos de un concepto político-criminal de bien jurídico como el que creemos defendible, no basta para decidir el importante debate actual acerca de los criterios que han de decidir qué límites deben presidir la intervención del Derecho penal en este ámbito.

### III

En lo que sigue trataré de esbozar algunos criterios que pueden utilizarse para hallar la diferencia específica del concepto que postulo de bien jurídico-penal. Como es obvio, con ello sólo pretendo introducir de forma muy esquemática en una problemática que aquí únicamente cabe insinuar.

Para que un bien jurídico (en sentido político-criminal) pueda considerarse, además, un bien jurídico-penal (también en sentido político-criminal), cabe exigir de él dos condiciones: suficiente *importancia social* y *necesidad de protección por el Derecho penal*. En lo que sigue me ocuparé especialmente de analizar el alcance que ha de corresponder a la primera de estas dos condiciones y concluiré con una breve referencia a la segunda.

1. La importancia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal. Permítaseme que reproduzca aquí unas líneas de la Ponencia que presenté en esta misma Universidad sobre el principio de intervención mínima: «El uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave. Al carácter penal de la sanción ha de corresponder un carácter también penal de la infracción. El Derecho penal no puede usarse para sancionar la infracción de una norma primaria merecedora de naturaleza penal. Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales de la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de “delitos”.» Reclamar una particular «importancia social» para los bienes jurídico-penales significa, pues, por de pronto, postular la autonomía de la valoración jurídico-penal de aquellos bienes. Y significa erigir en criterio básico de dicha valoración específica el que tales bienes puedan considerarse *fundamentales para la vida so-*

*cial*. Lo primero —la autonomía valorativa del Derecho penal— supone el rechazo de una concepción de éste como instrumento meramente *sancionador* de valores y normas no penales. Lo segundo —la exigencia de que los bienes jurídico-penales sean fundamentales para la vida social— obliga a precisar de algún modo el sentido de esta exigencia.

En realidad, las divergencias ante la cuestión de si hay que *criminalizar*, o no, determinado interés empezarán en este punto. Será fácil el acuerdo hasta aquí, pero será mucho más difícil coincidir en la apreciación de cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuándo no lo es. Hasta cierto punto ello es inevitable, pues se trata de una cuestión valorativa, pero es bueno tratar de hallar criterios que puedan auxiliar en la discusión *racional* (intersubjetiva) del problema. Personalmente intentaré alguna reflexión al respecto.

a) Es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el *solo* recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen. Ello se debe a diversas razones.

En primer lugar, aunque según el artículo 9 de la Constitución ésta obliga a los ciudadanos y a los poderes públicos, no cabe olvidar que la función *primordial* de la Constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político. El reconocimiento de bienes y derechos que se efectúa en la Constitución tiene *ante todo* por objeto fijarlos como límites que deben respetar los poderes públicos. Aunque, además, también se imponga el respeto de tales derechos a los ciudadanos, el criterio primario de selección de los mismos sigue siendo el de orden político mencionado. Sólo en algún caso parece predominar la voluntad de dirigirse a los ciudadanos: así en el artículo 18, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen —y aun aquí habrá movido seguramente al legislador la voluntad de proteger estos derechos frente a medios de comunicación que de hecho ostentan una dimensión pública—.

En segundo lugar, no puede entenderse que la Constitución imponga al Estado no sólo el deber de respetar los derechos fundamentales, sino también el de sancionar penalmente su vulneración. No cabe olvidar que la in-

tervención penal supone también lesión de derechos del condenado. Ello exige una ponderación de intereses no resuelta expresamente por la Constitución.

Por último, aunque la Constitución reconozca un determinado bien, sería evidentemente contrario al principio de proporcionalidad protegerlo penalmente de todo ataque, incluso ínfimo, sin requerir un mínimo de afectación del bien. Precisamente, en la práctica, el problema suele ser qué grado de afectación de un determinado interés es suficiente para hacerlo objeto de tutela jurídico-penal. Luego pondré un ejemplo relativo a los límites de la protección penal de la salud.

Ahora bien, insisto en que ello no significa que el reconocimiento constitucional de un derecho o bien no deba tomarse muy en consideración para valorar su grado de importancia en orden a su posible tutela jurídico-penal. Pero tal dato no basta por sí solo, sino que ha de acompañarse de otras consideraciones específicamente orientadas a la finalidad político-criminal aquí perseguida. A continuación esbozaré alguna.

b) Para decidir la cuestión de si ha de ampararse penalmente un determinado interés social que hasta ahora no lo es, o la de si debe o no despenalizarse un bien hasta ahora penal, puede ser útil partir de la comparación con los bienes jurídico-penales que integran el núcleo del Derecho penal. Se advierte, entonces, fácilmente que los bienes jurídico-penales más indiscutidos, los que han calado más hondo en la conciencia social y han perdurado a lo largo de los siglos, son aquellos que afectan en mayor medida y más directamente a los individuos. Es cierto que en épocas anteriores el poder político otorgó la máxima protección penal a valores estatales y religiosos, pero también es evidente que ello responde a concepciones superadas en nuestro ámbito de cultura, concepciones que no decidían el contenido del Derecho penal con arreglo al criterio de los intereses fundamentales de la sociedad. En el Estado social actual vuelve a plantearse la cuestión de si el conjunto social merece tanta o mayor protección jurídica que los individuos. Es en este contexto en el que hoy se debate la tutela penal de nuevos intereses colectivos.

Hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El Estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos *en la medida* en que condicionen la vida de los individuos. La razón es ob-

via: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema.

Desde este punto de vista, la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración. El problema que se plantea en este punto es el de si la extensión del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convertirse en objeto del Derecho penal. Puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve. El Estado social no puede desconocer la significación que por sí misma implica la extensión social de un determinado interés, pero tampoco ha de prescindir de exigir como mínimo una determinada gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo.

Creo que ésta es una vía de razonamiento que debe atenderse si se quiere evitar la peligrosa tendencia que posee todo Estado social a hipertrofiar el Derecho penal a través de una *administrativización* de su contenido de tutela, que se produce cuando se prima en exceso el punto de vista del *orden* colectivo.

Sólo pondré un ejemplo. No cabe negar que la salud pública es un interés colectivo que afecta a cada individuo, pero habrá que exigir un determinado grado de lesividad individual para que importe al Derecho penal, y, por otra parte, la protección penal que merece depende también de esa lesividad individual. Hasta ahora no se ha creído que el alcohol o el tabaco afecten suficientemente a la salud como para criminalizar su venta o su consumo. Respecto al tabaco, el punto de vista del orden colectivo va conduciendo a incrementar la prohibición de su consumo en lugares públicos. Ello es admisible —yo lo admito— en la medida en que se trate de prohibiciones meramente administrativas. La indudable extensión social del problema no ha de bastar, en cambio, para legitimar la intervención del Derecho penal. Esta misma línea de argumentación afecta a una problemática mucho más seria: la de los límites de la punición en materia de drogas. Es preciso insistir en la diferenciación de las drogas según su distinto efecto lesivo para el individuo. También hay que tener en cuenta que la lesividad individual viene en este caso acompañada del consentimiento de la víctima. No debe atenderse únicamente al aspecto de orden general que, sin duda, predomina en la actitud del Derecho penal frente a las drogas.

c) En este ejemplo de la salud que hemos propuesto se advierte no sólo la mencionada tensión entre lo colectivo y lo individual, sino también que no basta constatar la importancia abstracta del bien, sino que es exigi-

ble una importancia del concreto *grado de afectación* de dicho bien. No basta que la salud sea en abstracto un bien social fundamental para proteger penalmente cualquier pequeña merma de la salud. He aquí un peligro que encierra la concepción abstracta de los bienes jurídicos que es usual. Según la misma, se clasifican los bienes por la clase genérica de interés a que afectan, sin atención al diferente *grado* de implicación de tal interés. Se incluyen así dentro del bien jurídico *salud* desde sus más importantes manifestaciones, hasta sus más insignificantes. Lo mismo sucede con otros muchos bienes *graduables*, como el de la propiedad. Ahora bien, si se prescinde de sus diferentes manifestaciones cuantitativas, de poco puede servir para la delimitación de lo penalmente protegible la sola alusión a géneros tan amplios como la salud o la propiedad. Habría que concretar más, en función de los diferentes grados de afectación del interés. Que una gran cantidad de dinero deba constituir un bien jurídico-penal no significa que una pequeña suma deba considerarse necesariamente un bien merecedor de tutela penal. Si para una teoría del bien jurídico general no es tan necesario el grado de concreción que estoy propugnando, el mismo resulta imprescindible para una teoría del bien jurídico-penal que pretenda ofrecer criterios útiles para la delimitación de los objetos de protección del Derecho penal. Es evidente que en buena parte de los casos los problemas de decisión de si procede, o no, la intervención penal dependen de que se estime suficiente o no la *concreta entidad* del bien afectado.

2. Esta exigencia afecta al requisito de importancia social del bien, pero conecta ya con el segundo requisito de *necesidad de protección penal* del mismo. Sobre este otro elemento que debe concurrir en el concepto político-criminal del bien jurídico-penal, no puedo extenderme aquí. Me limitaré a dejar planteado el tema.

No basta que un bien posea suficiente importancia social para que deba protegerse penalmente. Es preciso que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos: si basta la intervención administrativa, o la civil, no habrá que elevar el bien al rango de bien jurídico-penal. Lo que sucede es que con frecuencia será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas formas de ataque especialmente *peligrosas* y no frente a otras. Aquí hay que referirse, también, al problema de en qué medida es necesario que los ataques penalmente sancionables produzcan un resultado efectivamente lesivo o en qué medida basta que pongan en peligro los bienes jurídico-penales. Ahora bien, en cuanto la falta de necesidad de protección frente a ciertas formas de ataque no dependa de la importancia abstracta del bien ni de su concreto grado de afectación, no podrá deci-

dirse con el solo criterio de la entidad del bien. Ello pone de manifiesto algo con lo que llegamos a los límites de la función político-criminal del bien jurídico-penal, y con ello también el objeto de mi intervención, a saber: que el principio de exclusiva protección de bienes jurídico-penales es sólo uno de entre los distintos principios que deben limitar el *Ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho.



TERCERA PARTE

PROBLEMAS BÁSICOS  
DE LA TEORÍA DEL DELITO



## CAPÍTULO 1

### SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD COMO LÍMITE DE LA PENA\*

#### I

El principio de culpabilidad cuenta entre los postulados fundamentales de la doctrina jurídico-penal tradicional. Sin embargo, el concepto de culpabilidad ha sufrido una evolución que no ha logrado aclarar en forma mínimamente satisfactoria su significado. *Por una parte*, el desarrollo de la teoría del delito ha ido separando y diferenciando del concepto originario de culpabilidad una serie de categorías que van vaciando aquella noción y relegándola a una función residual. Sin embargo, el lenguaje ordinario y también el legal siguen usando el término *culpabilidad* y sus variantes en su sentido originario. La propia doctrina emplea aquella palabra en un sentido amplio, más próximo al inicial que al de la teoría del delito, cuando se quiere fundar o limitar la medida de la pena o su propia legitimidad. Se sigue de todo esto una diversidad de sentidos de la palabra «culpabilidad» que oscurece su significado. *Por otra parte*, el concepto de culpabilidad se ha cargado, en su interpretación jurídico-penal, de fuertes connotaciones metafísicas y moralizantes. Esto dificulta el manejo de aquel término por parte de una teoría del Derecho penal que quiera asentarse sobre bases verificables o controlables.<sup>1</sup> También diluye la capacidad del principio de cul-

\* Publicado en Bergalli y Bustos (comp.), *El poder penal del Estado*, homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires (De Palma), 1985, pp. 368 y ss.

1. Cfr.: M. Baumann, «Shuldlose Dogmatik», en Lüderssen y Sack (eds.), en *Seminar: Abweichendes Verhalten (IV)*, Francfort, 1980, pp. 204 y s. Ya antes, E. Gimbernat Ordeig, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en sus *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1980, pp. 107 y ss.

pabilidad de fijar un límite racional al poder punitivo del Estado. Y, pese a todo, correctamente entendido tal límite, es necesario en un Estado social y democrático de derecho como el acogido en Constituciones como la española y la alemana. Querría en estas páginas contribuir en alguna medida a delimitar y concretar el contenido limitador que puede y debe encontrarse en el principio de culpabilidad.

## II

1. Empecemos por desarrollar los motivos indicados de la ambigüedad e incontrolabilidad del término *culpabilidad* que suelen manejarse en la doctrina del Derecho penal.

A) Decimos, en primer lugar, que el tratamiento doctrinal de la idea de culpabilidad ha conducido a una *diversidad de significados* de esta palabra. En la doctrina jurídico-penal actual se utiliza en un sentido amplio y en un sentido estricto.

*En sentido amplio*, la culpabilidad llega a identificarse con la total gravedad del delito imputable a su autor.<sup>2</sup> De ahí que este sentido se emplee cuando se acude a la culpabilidad como baremo de la determinación de la pena según la gravedad del hecho. Así, cuando el § 46 del Código Penal alemán establece que «la culpabilidad del autor es el fundamento de la determinación de la pena».<sup>3</sup> También se utiliza este sentido cuando se pretende o se niega que la pena haya de retribuir o compensar la culpabilidad del sujeto. La expresión «principio de culpabilidad», que persigue fijar un límite general al Derecho penal, se emplea a menudo en sentido amplio.<sup>4</sup>

En cambio, en el contexto de la teoría del delito el término «culpabilidad» se usa *en otro sentido, más estricto*: se contrapone entonces a la antiju-

2. Cfr. así Stratenwerth, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Karlsruhe, 1977, p. 12: Sería, en este sentido amplio, un principio rector de «toda dogmática de la Parte general», puesto que toda la teoría del delito persigue en todas sus categorías determinar los presupuestos bajo los cuales puede hacerse a alguien responsable de un determinado suceso (*op. cit.*, p. 40). Cfr. también Baurmann, *op. cit.*, pp. 216 y s.

3. Señala la diferencia entre este sentido de la culpabilidad como base de la determinación de la pena y la culpabilidad como categoría del delito, Roxin, *Culpabilidad y prevención* (trad. de F. Muñoz Conde, Madrid, 1981, pp. 180 y ss.). Cfr. también, sobre el concepto de culpabilidad del § 46 del *StGB* alemán, H. Zipf, «Principios fundamentales de la determinación de la pena», *Cuadernos de Política Criminal*, 17, 1982, p. 354.

4. Cfr., por ejemplo, H.-H. Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Derecho español de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 30 y ss.).

ridicidad. Así es desde que se impuso la distinción de antijuridicidad y culpabilidad en el concepto clásico de delito de von Liszt y Beling. La introducción de la categoría de antijuridicidad dejó reducida la culpabilidad al conjunto de presupuestos del delito que no condicionaran aquélla. Como la antijuridicidad nació referida sólo a la parte objetiva del delito, la culpabilidad pasó a comprender su parte subjetiva. El dolo y la culpa integraban el centro de la culpabilidad, que se concibió como una relación psicológica cuasi causal entre el hecho objetivo y la mente del autor. La incapacidad de esta «concepción psicológica de la culpabilidad» para cobijar la culpa inconsciente y explicar la existencia de causas que excluyen la culpabilidad pese a la subsistencia del dolo, motivó una nueva doctrina de la culpabilidad: la «concepción normativa», que le confirió otro significado. De relación psicológica pasó a «reprochabilidad». Se abrió así la vía para una nueva reducción del contenido de la culpabilidad, vía que sería seguida por el finalismo. Al extraer de la culpabilidad, y pasar al tipo de injusto, el dolo y la base de la imprudencia, todo el hecho, tanto en su parte objetiva como subjetiva, pasó a ser objeto de la antijuridicidad. La culpabilidad dejó de ser la parte subjetiva del delito y se consolidó como juicio de reproche por haber actuado el sujeto antijurídicamente, cuando *podía haber obrado de otro modo*. Los presupuestos de la culpabilidad se redujeron a la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento del injusto y la ausencia de causas de exculpación.

Por esta vía se produce una progresiva restricción del sentido en que se usa el término «culpabilidad» en la teoría del delito, a la vez que va adoptando un significado moralizante. Ello distancia este uso de otros más amplios, como el que es corriente en el lenguaje ordinario y en otros contextos jurídicos: así, cuando se contrapone culpabilidad a inocencia (véase artículo 4, LECr) y se afirma que la presunción de inocencia junto al derecho a no confesarse «culpable» (artículo 24, 2, Constitución española), o cuando se utiliza el término «culpable» por el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal como equivalente a reo (véase, por ejemplo, artículos 9, 10, 467, IV, CP, y artículo 108, LECr, entre otros muchos). Y, sin embargo, sigue siendo útil mantener este sentido originario y amplio del término «culpabilidad», en la medida en que reúne entonces todo un conjunto de límites del poder penal que quedarían fuera del sentido estricto utilizado en la teoría del delito.

B) La doctrina jurídico-penal ha ido, por otra parte, cargando de contenido metafísico y moralizante el concepto de culpabilidad. Hoy es frecuente entender que ésta supone un juicio de reproche dirigido al sujeto de un hecho antijurídico, por haberlo cometido cuando *podía haber obrado de*

*otro modo*. La culpabilidad supone, así concebida, la *libertad de voluntad* o *libre albedrío*.<sup>5</sup> Ello implicaría que la ley de la causalidad encuentra una excepción en la decisión del hombre. Como veremos más adelante, esta suposición carece de base empírica y constituye sólo un postulado metafísico indemostrable. Sobre esto volveremos luego. Ahora baste señalar que, interpretada metafísicamente, la culpabilidad pierde su capacidad de limitar efectivamente el derecho penal: siendo indemostrable la existencia del libre albedrío, no es posible exigir que el derecho penal se limite a castigar cuando el sujeto «hubiera podido actuar de otro modo».

Mas esta interpretación metafísica del concepto de culpabilidad, que hunde sus raíces en la tradición religiosa y en la creencia en la existencia de un alma inmaterial no sujeta a las leyes causales de la materia, no es la única posible. En el lenguaje ordinario y en el sentido amplio en que se utiliza como contrario a *inocente*, *culpable* de algo es simplemente aquel a quien puede *imputarse*. Ello ve en la culpabilidad sólo una *relación de atribución*. Tampoco el concepto psicológico de culpabilidad de la teoría positivista del delito implicaba más que la posibilidad de una conexión psicológica del sujeto con el hecho.

2. Para que el «principio de culpabilidad» pueda cumplir la función, que suele encomendársele, de trazar una frontera al poder punitivo, conviene replantear su contenido. Hay que preguntar si bajo dicho principio cabe unificar una serie de límites del derecho penal que hoy parecen inexcusables en un Estado social y democrático de Derecho. Tal unificación no puede buscarse por medio de supuestos indemostrables como el de libre albedrío, pero tal vez pueda conseguirse si se recupera el sentido originario del término «culpabilidad», como posibilidad de imputar un suceso negativo a determinado sujeto. Así entendido, el principio de culpabilidad reuniría, en su sentido más amplio, todas las exigencias que se desprenden de la necesidad de limitar la pena a los hechos atribuibles a un sujeto en un Estado social y democrático de Derecho. En el sentido estricto en que se emplea en la teoría del delito, la culpabilidad se referirá a una de dichas exigencias que permiten la atribuibilidad del hecho, sin necesidad de acudir a la idea de la libertad de voluntad.

5. Cfr. K. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., pp. 7 y ss., Berlín, 1965; H. Wenzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Bonn, 1969, pp. 142 y ss., y Maurach y Zipf, *Deutsches Strafrecht*, 5.ª ed., vol. 1, Allg. Teil, Karlsruhe, 1977, pp. 505 y ss.

## III

Un Estado democrático de Derecho debe partir del respeto de una serie de *garantías del individuo*. La acción del Estado encuentra entonces su límite en determinada *imagen del hombre*, como reducto que no cabe invadir. Para expresar esta idea cabe acudir al concepto de «*dignidad humana*», tal como se concibe en nuestro momento histórico-cultural. Sólo cuando la pena se impone a alguien por algo que puede considerarse *obra suya en cuanto ser racional*, se respeta la dignidad humana. Atentaría a ella castigar a alguien por un hecho ajeno a su hacer racional. El Estado democrático de Derecho tiene que ofrecer al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el derecho, y ello no sucedería si, por ejemplo, cupiese castigar a alguien por hechos no realizados por él o que no pudiera prever o controlar con determinada racionalidad. Enlaza esto con la exigencia de cierta *seguridad jurídica*: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas conforme a una normal racionalidad, no va a poder ser castigado. Todo ello sirve de fundamento a diversas exigencias ampliamente aceptadas hoy y que pueden considerarse presupuestas de la posibilidad de considerar a alguien como *culpable*. Tales exigencias son:

a) El *principio de personalidad de la pena*. Impide castigar a alguien por un hecho ajeno. Hoy nadie admite la *responsabilidad colectiva* que en otro tiempo llevaba a castigar a todos los miembros de una familia por el hecho de alguno de ellos. Sin embargo, en la actualidad se plantea la cuestión de si deben responder penalmente las *personas jurídicas* —lo que afectaría a todos los socios con independencia de su intervención— o, alternativamente, los gestores de ellas por los hechos formalmente realizados por aquéllas.

b) El *principio de responsabilidad por el hecho*. Exige un «derecho penal del hecho» y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser —directa o indirectamente—. Aunque el hombre contribuye a la formación de su personalidad, ésta escapa en buena parte a su control. Debe rechazarse la teoría de la «culpabilidad por la conducta de la vida» o la «culpabilidad por el carácter». Este principio entronca con el de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el «mandato» de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. Ello se negó por el «derecho penal de autor» y por la teoría de los «tipos de autor» que propusieron los penalistas nacionalsocialistas, lo que manifiesta su significado político.

c) *La exigencia de imputación objetiva* del resultado lesivo a una conducta del sujeto. En los delitos de conducta positiva, ello requiere la relación de causalidad entre el resultado y la acción del sujeto, pero además son precisas otras condiciones que exige la moderna teoría de la imputación objetiva y que giran en torno de la necesidad de *creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado*. En los delitos de comisión por omisión son precisos requisitos distintos, como la posibilidad de evitar el resultado y la posición de garante.

d) *La exigencia de dolo o culpa (imputación subjetiva)*. Considerada tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad, hace insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal. Superada la concepción de la «responsabilidad objetiva», hoy se admite, generalmente, que la pena del delito doloso debe ser mayor que la del delito imprudente, y si ni siquiera concurre imprudencia, porque el sujeto no pudo prever el hecho, no cabe imponer pena alguna.

e) *La necesidad de culpabilidad en sentido estricto*, que exige la imputabilidad del sujeto y la ausencia de causas de exculpación —también de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, si éste no se incluye en el dolo—. Las exigencias enumeradas en los apartados *a* a *d* son fácilmente fundamentables recurriendo a la idea ya expresada de imputación del hecho al sujeto como *obra suya*, no sólo objetiva, sino también subjetivamente. A su vez, esta idea encuentra cómodo engarce con la dignidad humana que debe respetar un Estado democrático de Derecho. Mayor dificultad entraña la fundamentación de la exigencia de culpabilidad en sentido estricto, puesto que no es posible decir que el hecho voluntariamente cometido por un inimputable no sea obra suya —piénsese en un menor— y, sin embargo, existe acuerdo en que tampoco puede *imputársele*. ¿Por qué no? Puede contestarse que ello se debe a la necesidad de que el hecho aparezca no sólo como obra objetiva y subjetiva del autor, sino también como *obra de él en cuanto sujeto dotado de un determinado nivel de racionalidad*. Queda entonces, desde luego, la cuestión de por qué no basta que el hecho sea obra del autor, sino que éste debe tener determinado nivel de racionalidad. Y más concretamente: ¿por qué no basta aquello para la imposición de una pena y sí, en cambio, para las medidas de seguridad? Se trata de un problema complejo sobre el cual nos extenderemos de forma especial más adelante. Mas, antes conviene desarrollar algunos extremos previos.

## IV

1. *¿En qué relación se hallan la antijuridicidad y la culpabilidad en sentido amplio?* Es evidente que los presupuestos de la antijuridicidad se distinguen de los propios de la culpabilidad en sentido estricto. En cambio, en este trabajo consideramos exigencias del principio de culpabilidad en sentido amplio una serie de presupuestos que condicionan la antijuridicidad. Así, la conducta humana es la base del injusto, pero también condiciona la posibilidad de considerar a alguien como «culpable» en sentido amplio de la lesión o puesta en peligro que motiva la pena. Lo mismo sucede con la exigencia de imputación objetiva, que condiciona la tipicidad penal, y asimismo la posibilidad de «culpar» al sujeto de la lesión o puesta en peligro. Finalmente, también la imputación subjetiva (dolo o culpa) afecta a la vez al tipo y a la culpabilidad.

En efecto. Por una parte, el dolo y la imprudencia dan lugar a hechos típicos distintos y de diferente gravedad de injusto. El hecho doloso es *más peligroso* en general que el imprudente, porque es más fácil, en principio, que consiga lesionar un determinado bien jurídico quien interpone los medios para conseguirlo que quien no quiere hacerlo.<sup>6</sup> Por otra parte, el hecho doloso supone un abierto desprecio y *negación* del bien jurídico lesionado, mientras que el hecho imprudente sólo encierra una falta de cuidado para con dicho bien —así, a menudo nos ofende más el carácter doloso de un maltrato de obra que el daño material que supone—. Todo esto afecta a la gravedad del injusto.<sup>7</sup> Y, sin embargo, el dolo y la culpa también condicionan la posibilidad de «culpar» a alguien de un determinado hecho objetivo, puesto que si no es posible la imputación subjetiva de éste, no puede considerarse «obra» del sujeto.

Cuando decimos que un elemento del injusto puede condicionar también la culpabilidad en sentido amplio, estamos pensando en la posibilidad de culpar al sujeto *por la lesión o puesta en peligro material*. En cambio, cuando hablamos de culpabilidad en sentido estricto, pensamos en la posibilidad de culpar al sujeto *por el hecho antijurídico*. Así, podemos decir que el dolo y la culpa condicionan la posibilidad de culpar al sujeto por la lesión o puesta en peligro; no podríamos decir que condicionan la posibilidad de culpar al sujeto por el hecho antijurídico, puesto que sin dolo o im-

6. Sobre la fundamentación de esto, cfr. S. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, pp. 74 y ss. Viene a coincidir en parte Baurmann, *op. cit.*, pp. 223 y s.

7. Cfr.: W. Hassemer, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», *Doctrina penal*, 18, 1982, pp. 238 y ss.

prudencia no existe ningún hecho injusto por el que culpar. La lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico no constituye en sí misma un hecho antijurídico por el cual se pueda culpar al sujeto, pero sí un estado nocivo por el cual se puede culpar al sujeto que lo produce dolosa o culposamente.

*Todo depende, pues, de aquello de lo que se culpa al sujeto:* para culparle de una lesión o puesta en peligro son precisos ciertos elementos que condicionan ya la antijuridicidad de la conducta —como la imputación objetiva y la subjetiva—; para culparle, en cambio, del hecho antijurídico ya constituido, no es preciso exigir los elementos requeridos por la antijuridicidad, ya concurrente, sino sólo otros adicionales —como la imputabilidad personal del sujeto—. En el primer caso hablamos de «culpar» en el sentido amplio, mientras que en el segundo lo hacemos en su sentido estricto.

2. En un sentido o en otro, la culpabilidad no se entiende aquí como *demérito a retribuir* mediante la pena, sino como posibilidad de *atribuir* (imputar) la lesión o puesta en peligro (sentido amplio), o el hecho antijurídico (sentido estricto) a un sujeto. Se trata de establecer una mera *relación* entre un hecho y un sujeto. La razón última de la pena no es esta relación, sino la voluntad de evitar lesiones de bienes jurídicos y, en consecuencia, aquellas conductas antijurídicas que las propician: *no se castiga la culpabilidad, sino el ataque antijurídico a un bien jurídico*. Lo que ocurre es que sólo puede castigarse al autor de este ataque si le es atribuible en ciertas condiciones que permiten afirmar su culpabilidad.<sup>8</sup>

La concepción aquí mantenida no persigue, pues, fundamentar la posibilidad de «retribuir la culpabilidad». Se pretende, al contrario, distanciar la culpabilidad de sus resonancias moralizantes y retribucionistas. Quiere verse como límite de la función de prevención mediante la pena, un límite que impida buscar la protección de bienes jurídicos cuando ello suponga castigar lesiones que no quepa imputar al sujeto.

3. El principio de culpabilidad en sentido amplio, aquí manejado, no debe confundirse con la exigencia de cierta *proporción* entre la pena y la gravedad del delito. No debe aceptarse el uso que en este último sentido hace el § 46 del *StGB* alemán, según su interpretación doctrinal, al basar la determinación de la pena en la culpabilidad del sujeto.<sup>9</sup> Entendida como

8. Cfr.: Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, 1969, p. 139, nota 104, con quien se manifiesta de acuerdo Gimbernat, *Estudios*, cit., p. 148.

9. Sobre el concepto de culpabilidad en el § 46, *StGB*, cfr., por todos: Jescheck, *Tratado*, cit., I, pp. 30 y ss.; Zipf, «C.P.C.», cit., p. 354; Roxin, *Culpabilidad y prevención*, cit., pp. 180 y ss. De acuerdo en diferenciar culpabilidad y proporcionalidad, Baurmann, *op. cit.*, pp. 217 y ss. En contra, W. Hassemer, *Doctrina penal*, cit., pp. 230 y ss.

posibilidad de *relacionar* un hecho con un sujeto, y *no* como posibilidad de convertir en *demérito subjetivo* el hecho realizado, la culpabilidad no indica la *cuantía de la gravedad del mal* que debe servir de base para la graduación de la pena. Dicha cuantía viene determinada por la *gravedad del hecho antijurídico* del cual se culpa al sujeto. La concepción contraria sólo puede ser admitida por quien acepte que la pena no se impone para prevenir hechos lesivos, sino como retribución de la *actitud interna* que el hecho *refleja* en el sujeto. Claro está que entonces sí podría mantenerse que la gravedad del injusto sólo importa en cuanto se traduce en determinada gravedad de la actitud interna, esto es, de la culpabilidad. En nuestra concepción, en cambio, la medida de la pena no puede basarse en la culpabilidad, pura atribuibilidad, sino en otro principio: el de *proporcionalidad* de la pena con el delito.

4. Pero, *¿es necesario* el límite del principio de culpabilidad tal como lo entendemos?<sup>10</sup> Los presupuestos de la culpabilidad en sentido amplio que son exigibles también para lo injusto (como el dolo y la culpa) se derivarían ya de la antijuridicidad. Sin embargo, no sucedería lo mismo con otros aspectos del principio de culpabilidad, como el no por evidente menos fundamental del carácter personal de la pena, que impide castigar a un inocente por el hecho de otro. No basta que este hecho sea antijurídico, sino que es preciso que pueda atribuirse al sujeto. Por supuesto, el injusto tampoco bastaría para fundamentar la exigencia de culpabilidad en sentido estricto. Todo esto ya justificaría el mantenimiento del principio de culpabilidad, como exigencia de atribuibilidad del hecho al sujeto como obra suya racional. Parece conveniente, por otra parte, reforzar desde este prisma la exigencia de los demás presupuestos que, aun siendo ya requeridos por el injusto, condicionan *también* la pertenencia objetiva y subjetiva del hecho.

10. Lo niegan autores como Gimbernat, *Estudios*, cit., pp. 118 y ss., y Baurmann, *op. cit.*, pp. 217 y ss.



## CAPÍTULO 2

# SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN EL INJUSTO\*

### I

El debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito se ha centrado en el papel de lo objetivo y de lo subjetivo de dicha teoría. Frente a la concepción objetiva del injusto del causalismo naturalista y a su contraposición a una culpabilidad entendida como ámbito de lo subjetivo, el neokantismo advirtió de la necesidad de tener en cuenta ciertos elementos subjetivos en el injusto y determinados momentos objetivo-normativos en la culpabilidad. El finalismo que inició Welzel prosiguió esta evolución y culminó con el abandono de la oposición de un injusto correspondiente a la *parte objetiva* del hecho, frente a una culpabilidad concebida como la *parte subjetiva* del mismo. Sin embargo, esta distinción de parte objetiva y parte subjetiva del hecho no desapareció sino que volvió a reproducirse en el seno del injusto, tanto en su parte positiva, que distinguía entre tipo objetivo y tipo subjetivo, como en su parte negativa, que diferenciaba los presupuestos objetivos de los elementos subjetivos de la justificación. Un sector de discípulos de Welzel, encabezado por Armin Kaufmann<sup>1</sup> y representado en su forma más extrema por Zielinski,<sup>2</sup> proponen reducir el injusto al desvalor subjetivo de la acción. Por otra parte, la teoría de la adecuación, primero, y

\* Publicado en *ADPCP*, 1988, pp. 661 y ss. Versión alemana en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 253 y ss.

1. Cfr. Armin Kaufmann, *Festschrift f. Welzel*, 1974, pp. 399 y ss., 403 y 411.

2. Cfr. Zielinski, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 6, 128 y ss., 200 y ss.

la moderna teoría de la imputación objetiva, después, han puesto de manifiesto la necesidad de contemplar los conocimientos especiales del sujeto para decidir si concurre el propio tipo objetivo.

Por mi parte, he tratado de mediar en la polémica inclinándome a favor de una *perspectiva ex ante* que contemple el hecho «desde el momento de emprender la acción y no *ex post*, a partir de la constatación de que se ha producido un resultado».<sup>3</sup> Si la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho ha de ser la prevención (limitada) de delitos, la norma penal ha de tratar de motivar la evitación de *conductas* delictivas. La evitación de *resultados* lesivos para la sociedad sólo puede ser intentada por las normas penales motivando la evitación de conductas que puedan producir aquellos resultados. El *resultado* «no puede constituir en sí mismo objeto de prohibición por una norma preventiva, por lo que no puede tampoco integrar el contenido de lo antijurídico».<sup>4</sup> «Ante la alternativa de desvalor de la acción o desvalor del resultado, un Derecho penal al servicio de la función de prevención debe inclinarse, pues, por el desvalor de la acción.»<sup>5</sup> Pero ello no significa que entienda el injusto en sentido subjetivo. Al contrario, pongo el acento en lo objetivo en un doble sentido. Por una parte, afirmando que «un Derecho penal que quiera respetar el límite liberal del fuero interno [esto es, para el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho] [...] sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger [...]. El núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la *voluntad* de realizar una acción prohibida, sino en la *realización voluntaria* de la conducta social que el Derecho pretende prevenir».<sup>6</sup> Por otra parte, sostengo que «también es objetiva la razón que fundamenta la prohibición de una determinada conducta. Desde el planteamiento preventivo que resulta forzoso en un Estado social al servicio de la sociedad, la selección de los comportamientos que han de prevenirse y prohibirse bajo pena debe tener lugar en función del *peligro objetivo* que cada conducta supone para bienes jurídicos —y no por la gravedad de la *actitud interna* demostrada en la decisión delictiva».<sup>7</sup>

Es evidente que esta construcción pretende distanciarse tanto de una concepción causalista del injusto como de la teoría finalista del injusto per-

3. Cfr. Mir Puig, *Función*, 2.<sup>a</sup> ed., 1982, p. 60.

4. *Ibid.* p. 66.

5. *Ibid.* p. 61.

6. Cfr. Mir Puig, «La perspectiva *ex ante* en Derecho penal», *ADPCP*, 1983, p. 12.

7. Mir Puig, *Función*, p. 63.

sonal, huyendo de la contraposición de lo objetivo y lo subjetivo para situarse en una perspectiva *ex ante* opuesta a la clásica consideración *ex post* del delito. Pero también es obvio que mi planteamiento da entrada tanto a elementos objetivos como subjetivos en el injusto, y al mismo tiempo quiere poner el acento en lo objetivo. En este trabajo querría profundizar en el papel que, a mi juicio, ha de corresponder a lo objetivo y a lo subjetivo en la teoría del delito.

## II

1. Lo primero que importa es aludir a la ambigüedad de los términos *objetivo* y *subjetivo*.

Por de pronto, una cosa es que se incluyan en el injusto solamente elementos objetivos, en el sentido de externos y en contraposición a los elementos psíquico-internos, y otra cosa es que el juicio de antijuridicidad se considere objetivo por hacerse depender de una norma objetiva de valoración. Así, Welzel considera que su concepto de antijuridicidad sigue siendo objetivo, aunque incluya el dolo en el injusto de los delitos dolosos.<sup>8</sup> Pero, del mismo modo, puede afirmarse que también la culpabilidad (jurídica) es un juicio objetivo y que su objeto se compone igualmente de elementos objetivo-externos y subjetivo-psíquicos. En todo ello habría acuerdo desde el neokantismo. Ni el sentido de la objetividad propia del juicio de antijuridicidad, ni el carácter externo o psíquico de los elementos de su objeto pueden servir de base suficiente para contraponer las distintas concepciones «subjetivas», «objetivas» o «dualistas» del injusto.<sup>9</sup>

Cuando me distancio del punto de vista subjetivista del finalismo y propugno una concepción objetiva del injusto, lo hago en dos sentidos distintos a los expresados. Por una parte, en el sentido de considerar que la razón *primera* que fundamenta la prohibición de una determinada conducta —es decir, lo que mueve al legislador a querer prohibirla— es una característica externa de la misma, su peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico. De ahí que, aunque sólo puedan prohibirse conductas voluntarias, y en la medida de su voluntariedad, lo que ha de decidir a prohibirlas no es su contenido psíquico negativo, sino su peligrosidad externa. Por otra parte, esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no

8. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 51.

9. Cfr., no obstante, Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, pp. 25 ss.

depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un espectador objetivo situado *ex ante*. Aquí *objetividad* significa «intersubjetividad». En todo caso, ha de quedar claro que la concepción objetiva del injusto que defiende no pretende ignorar la necesidad de exigir para éste tanto elementos externos como psíquicos.

2. A continuación querría profundizar en el significado que corresponde a la parte subjetiva del hecho, en la concepción del injusto que considero más adecuada al Estado social y democrático de Derecho. En este modelo de Estado constituye una conquista irrenunciable el principio según el cual el Derecho no puede castigar los *pensamientos*. Pero ¿significa esto —como a veces se cree— que el Derecho, a diferencia de la Moral, no puede dirigir sus prohibiciones a la *voluntad* del sujeto? Ya he dicho que un Derecho que asuma como función la protección de bienes jurídicos ha de tratar de impedir aquellos hechos que *ex ante* parecen capaces de lesionarlos. Ello supone que no es un contenido psíquico, sino la peligrosidad externa de la conducta lo que ha de decidir su prohibición. Sin embargo, también es cierto que la única vía de que dispone el legislador para prohibir al ciudadano que realice tales comportamientos es la de dirigirse a su mente. La norma no puede dirigirse directamente al cuerpo ni a sus movimientos externos. De ahí que sólo puedan prohibirse conductas *voluntarias*. El imperativo normativo ha de dirigirse a la voluntad —aunque, como veremos, ésta sólo sea una parte de la conducta prohibible—. Pero ¿cómo puede hacerse compatible esto con el firme principio de que no es lícito castigar los pensamientos? *Es preciso distinguir entre los pensamientos y la voluntad que integra la conducta voluntaria.*

Habrà que superar la contraposición de todos los procesos psíquicos *internos*, como si constituyeran una unidad, frente a los hechos del mundo *exterior*. Para la cuestión que aquí importa, respecto a la determinación de la frontera de lo prohibible, lo decisivo no ha de ser la distinción entre lo externo, como lo prohibible, y lo interno, como lo no prohibible. La frontera ha de situarse entre los pensamientos y la conducta voluntaria, teniendo en cuenta que también ésta posee, junto a su manifestación externa, una parte interna constituida por la conducción voluntaria y consciente de aquella parte externa. A la unión de ambas partes debe referirse la prohibición. Por sí sola (separada de su control voluntario) la parte externa de la conducta es tan poco susceptible de prohibición como sus efectos posteriores (su resultado).

Pero importa, para evitar malentendidos, precisar la distinción propuesta entre pensamientos y voluntad que integra la conducta. El término

*voluntad* es equívoco. Es frecuente utilizarlo para expresar el *deseo* de realizar un comportamiento. Se dice, así, que el que desea matar a otro *quiere* hacerlo. No es éste, evidentemente, el sentido que doy a la voluntad que integra la conducta, pues el solo deseo no produce conducta alguna. Tampoco coincide la voluntad que integra la conducta con la *decisión intelectual* de llevar a cabo la conducta en un momento posterior (aunque sea inmediatamente posterior). La voluntad que aquí importa es la orden mediante la cual el cerebro activa los músculos dando lugar a una determinada conducta, consciente de su significado. No da comienzo hasta que actúa sobre los músculos a través del sistema nervioso, aunque presupone el conocimiento de las consecuencias que implica dicha actuación. Por poner un ejemplo simple y paradigmático: la voluntad correspondiente a la conducta típica del homicidio doloso se produce en el momento en que el sujeto que tiene en sus manos una pistola da la orden a su mano de disparar sobre una persona, sabiendo que con ello posiblemente la mate. Esta voluntad consciente no es la antesala de la conducta homicida, sino que *forma parte* de ella. No puede contraponerse a la conducta, porque es un elemento que la integra: la conducta es una *unidad interno-externa*. Prohibir una conducta implica necesariamente prohibir una actuación de la voluntad. Ello no supone prohibir los *pensamientos*. Si éstos no pueden pensarse —ni prohibirse— no es porque sean internos, sino porque no forman parte de una conducta que trascienda al mundo exterior.

A) En los delitos *dolosos*, la voluntad que integra la conducta se produce a conciencia de sus consecuencias lesivas típicas. Tal voluntad consciente basta para ser calificada de *dolo*. Si se produce *para* ocasionar la lesión o puesta en peligro típica, constituye el dolo de primer grado. La *finalidad* (en sentido estricto) que entonces guía a la voluntad de inervación muscular posee una naturaleza similar a la de los elementos subjetivos del injusto que suponen finalidades especiales a cuya persecución se orienta la conducta voluntaria típica. Podría plantearse la cuestión de si todas estas finalidades (incluida la que caracteriza al dolo directo de primer grado) no constituyen en realidad *deseos* del sujeto como los que más arriba hemos considerado que deben sustraerse al Derecho penal. Así sería si no influyesen en la conducta y en su significado social. Pero, en muchas ocasiones, la finalidad de la conducta afecta al sentido social de ésta y, con ello, a su gravedad. Una finalidad *positiva* tiende a disminuir la reprobación social de una conducta voluntaria en sí misma nociva, en tanto que una *finalidad negativa* tiende a agravarla.

¿No será, sin embargo, que la valoración social de la finalidad no es más que expresión de la tendencia, de base moralizante, a valorar la *actitud interna* de los demás? Ciertamente, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho no debe tomar en cuenta la actitud interna del sujeto, ni siquiera cuando se *manifiesta* en un comportamiento externo —aunque propugne lo contrario un importante sector doctrinal—. <sup>10</sup> Pero la finalidad que guía una conducta lesiva no sólo manifiesta una determinada actitud interna del sujeto, sino que es *causa* de aquella conducta, tiende a influir en su forma de realización y contribuye a conferir a la misma conducta un significado de mayor o menor oposición al bien jurídico al que afecta. Quien deja su coche aparcado en doble fila para efectuar unas compras realiza una conducta que puede dificultar la libertad de movimiento del vehículo o vehículos a los que impide la salida, pero que recibe una valoración social mucho menos negativa que la misma conducta llevada a cabo *para* impedir la salida del otro coche. No es razonable pensar que en el primer caso pudiera apreciarse delito o falta de coacciones, mientras que sí es posible que dicha calificación sea apropiada en el segundo supuesto. Piénsese también en el distinto significado que posee el propinar a otro un golpe con *animus jocandi* y el hacerlo con el único objeto de causarle dolor. Tampoco suele considerarse tan grave la eutanasia indirecta —consecuencia necesaria de un tratamiento no dirigido a causar la muerte sino a calmar el dolor del moribundo—, como la eutanasia directa —cuyo objetivo es precisamente acelerar la muerte del enfermo—. En todos estos casos la finalidad negativa no sólo manifiesta una actitud interna en el sujeto, sino que confiere a la propia conducta un significado simbólico de mayor *oposición al bien jurídico afectado*. La conducta de eutanasia indirecta no es tan *contraria* al bien jurídico de la vida del enfermo como la eutanasia directa. Cuando se trata de conductas (voluntarias) cuya nocividad material es elevada, la falta de una finalidad negativa no puede impedir su prohibición penal, sino sólo disminuir su gravedad. Pero cuando el daño material de la conducta es escaso, puede resultar correcto condicionar su criminalización a que concurra en ella una determinada finalidad.

B) En los hechos *imprudentes*, la conducta prohibida también ha de tener una parte interna, una voluntad que active los movimientos corpora-

10. Así, la corriente que arranca de Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 56 (en español puede verse la traducción de Córdoba Roda, bajo el título *La teoría del delito en su momento actual*, 1959, p. 62) y llega a autores como Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, p. 587), y Schmidhäuser, *Strafrecht*, Allg. Teil, 2.ª ed., 1975, pp. 148 y ss. y 366 y ss., entre otros.

les necesarios. Pero esta voluntad no tiene lugar con conciencia de que de ella se seguirán consecuencias típicas. También la infracción de la norma de cuidado exige un determinado conocimiento como base de la voluntad: el conocimiento de la situación cuya concurrencia obliga al cuidado de que se trate. Así, es preciso que el conductor conozca las condiciones del vehículo que le obligarían a reducir su velocidad —o, por lo menos, los indicios que debieran llevarle a averiguar las condiciones del vehículo—. Pero, o bien desconoce el peligro que supone actuar en tales condiciones (culpa inconsciente), o bien cree que su actuación peligrosa no tendrá consecuencias típicas (culpa consciente). La conducta que infringe la norma de cuidado posee, pues, una parte interna distinta a la de un delito doloso, por lo que puede afirmarse que ambas conductas son distintas. Entendida la conducta, como aquí se hace, como unidad interno-externa, y no sólo como el movimiento exterior del cuerpo, ello confirma la tesis, que sostuve en otro lugar, según la cual la conducta dolosa infringe una norma distinta que la conducta imprudente.<sup>11</sup>

La conducta prohibida en los delitos dolosos no sólo es distinta a la prohibida en los delitos imprudentes, sino también más grave que ésta. Hay que rechazar el planteamiento del causalismo que, al reducir la conducta a la manifestación externa de la voluntad, no veía diferencia en la conducta de homicidio doloso y en la de homicidio culposo, sino sólo en la mayor o menor posibilidad de *culpar* al sujeto por su participación subjetiva en ellas. Si la norma no puede dirigirse al cuerpo, sino a la mente del sujeto, si no puede prohibir movimientos externos sino en cuanto activados por una voluntad consciente, el objeto de la prohibición no puede comprender las consecuencias típicas no abarcadas por la voluntad consciente. En el delito imprudente sólo se puede prohibir una conducta descuidada, menos grave que la conducta voluntariamente lesiva.

No voy a insistir en la fundamentación de lo anterior, ni en la de que el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta, pues a ambos argumentos —aunque sin aludir a la unidad interno-externa de la conducta— ya me referí suficientemente en otro lugar.<sup>12</sup> Sí añadiré, en cambio, que también contribuye a explicar la mayor gravedad de la conducta dolosa el significado simbólico de oposición al bien jurídico que ésta encierra, a diferencia de la conducta imprudente. De la misma forma que, como más arriba señalábamos, la finalidad de lesión de un bien jurídico (dolo directo

11. Cfr. Mir Puig, *Función*, pp. 74 y s.

12. Cfr. Mir Puig, *Función*, pp. 74 y ss.

de primer grado) aumenta el sentido de la conducta de oposición a dicho bien jurídico, en comparación con lo que ocurre con el dolo directo de segundo grado o el eventual, de la misma forma, digo, toda forma de dolo otorga a la conducta un significado de *negación* o abierto *desprecio* del bien jurídico atacado, del que carece la conducta imprudente. Ésta sólo encierra una falta de cuidado para con el bien jurídico afectado.<sup>13</sup>

3. Si, según el planteamiento propuesto, la norma se dirige a la mente, prohibiendo la activación voluntaria y consciente del movimiento corporal, ¿qué papel corresponde a la *parte externa* de la conducta? Cuando la conducta es voluntaria y consciente, su parte externa forma una unidad con su parte interna, en el sentido en que aquí la entendemos. Todo movimiento corporal dura un tiempo —y especialmente los de cierta complejidad como los que importan al Derecho penal— durante el cual ha de persistir, *controlándolo*, la inervación motora voluntaria. Ésta inicia, pero también acompaña, la ejecución del movimiento. Existe aquí una coincidencia temporal que no se produce entre la conducta y los resultados separados de ella. Éstos son posteriores a la conducta. Son posteriores al control voluntario. Son posteriores al momento en que ha de actuar la motivación de la norma, la prohibición. En cambio, la parte externa de la conducta se va produciendo al mismo tiempo que va siendo conducida por la voluntad. Una vez acaecido, el movimiento corporal constituye un resultado de la voluntad, pero, mientras se está efectuando, se presenta como un irse realizando de la voluntad, como una *actuación de la voluntad*.

Es cierto, sin embargo, que esta coincidencia temporal del control voluntario y su realización no excluye la posibilidad de que ésta resulte *errónea*, es decir, distinta a la que creía efectuar el sujeto, o *fallida*, esto es, distinta a la que perseguía. En el primer caso (error) la activación voluntaria se basa en una representación intelectual errónea de la realidad. Así sucede, por ejemplo, cuando en el ascensor inadvertidamente apretamos el botón correspondiente al quinto piso cuando en realidad creíamos presionar el del

13. Cfr. Mir Puig, «Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena», en Bergalli/Bustos (ed.), *El Poder penal del Estado. Homenaje a Hilde Kaufmann*, 1985, p. 372. En la misma línea, W. Hassemmer, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», *Doctrina Penal*, 18, (1982, pp. 238 y s., quien observa que en los delitos con víctima, y «sobre todo en los delitos que necesariamente se consuman en presencia del autor y de la víctima, el autor doloso realiza un acto de vejación social y personal de la víctima, del cual quien actúa imprudentemente está muy lejos» (p. 238); más adelante añade que, tanto en los delitos con víctima como en los sin víctima, «quien actúa dolosamente amenaza en mayor modo la vigencia de la norma y, al mismo tiempo, el orden jurídico, que quien actúa imprudentemente»; este aspecto se exacerbaría en alguna clase de delitos, como los de terrorismo, en cuanto se dirigen a la destrucción del orden estatal y jurídico (p. 239).

cuarto piso. Existe activación voluntaria, pero no conocimiento de lo que supone. En los casos de ejecución fallida, el movimiento corporal resulta ejecutado de forma distinta a como se pretendía. Mediante un movimiento rápido se pretendía dar con la mano en un determinado punto, pero por la velocidad del movimiento se da en otro. En ninguno de estos casos coincide totalmente el movimiento efectuado con el que se creía o pretendía realizar. Pues bien, como las normas jurídico-penales no pueden prohibir más que conductas voluntarias y conscientes, para el Derecho penal en los casos expuestos sólo puede constituir objeto de prohibición el aspecto de realización externa a que alcanza la voluntad consciente: la activación voluntaria de un movimiento (o movimientos) sin prestar la debida atención o sin las condiciones de preparación, habilidad, etc., necesarias (conducta imprudente), o la realización voluntaria de un movimiento (o movimientos) dirigido a realizar un tipo consumado (tentativa o frustración).<sup>14</sup>

¿Qué diferencia hay, entonces, entre el resultado separado de la conducta y la parte exterior de ésta? ¿No pueden escapar ambas al control consciente del sujeto? Aunque esto último es cierto, sigue siendo esencial la diferencia que antes señalábamos: mientras que el resultado separado es posterior a la actuación voluntaria, los movimientos voluntarios se producen en el momento en que actúa la voluntad, que ha de sostenerlos y guiarlos; y es en ese momento en el que la norma jurídico-penal puede dirigirse al sujeto y prohibirle *lo que está haciendo de forma voluntaria y consciente*. Cuando la actuación externa diverge de la pretendida, no puede considerarse infractora de una norma jurídico-penal; pero en cuanto la actuación externa sea la querida conscientemente, en cuanto pueda verse como realización de la voluntad consciente, integrará una conducta prohibible mientras se está efectuando. Ya hemos visto que incluso en los casos de divergencia puede subsistir una parte o aspecto del movimiento corporal atribuible a una voluntad consciente, que podrá integrar una conducta prohibida (por imprudente o por constituir tentativa o frustración). En cambio, el resultado separado de la conducta no puede constituir *nunca* objeto de prohibición de la norma, porque se produce en un momento posterior a aquel en que la norma puede dirigir su imperativo al sujeto.

En la medida, por tanto, en que los movimientos corporales están siendo controlados por una voluntad consciente, está teniendo lugar una

14. Cfr. Gimbernat, *ADPCP*, 1988, pp. 587 y s., considera que en los actos fallidos no hay en absoluto ninguna voluntariedad, pero me parece difícil negar que en ellos, por lo menos, se quiere *mover* el cuerpo de algún modo.

conducta prohibible, porque aún puede ser interrumpida. Pero, *¿en qué momento da comienzo dicha conducta prohibible?* ¿Es preciso que llegue a iniciarse algún movimiento externo, o basta con que el cerebro dé la orden a través del sistema nervioso? La pregunta no sería necesaria, si no fuera por la posibilidad, remota pero no descartable, de que una orden de inervación de un músculo no logre su objetivo ni siquiera mínimamente; por ejemplo, por producirse una parálisis en dicho momento —si la parálisis es antecedente y el sujeto es consciente de ella, cualquier intento de movimiento constituiría una tentativa irreal—. No me refiero a los casos en que un obstáculo exterior, como el excesivo peso de un objeto, impide el movimiento pretendido, porque en ellos existe por lo menos una cierta inervación muscular, una aplicación de fuerza externa que hace indudable el comienzo de una conducta externa. Pienso en supuestos como el de quien, en el momento de ir a apretar un botón que debería activar un explosivo, se siente paralizado y no puede llegar a comenzar ningún movimiento (suponiendo que antes no ha comenzado ya la tentativa).

Es evidente que en el Derecho español en tal caso extremo no habría tentativa, pues el artículo 3 CP exige para ésta que el culpable dé principio a la ejecución «directamente *por actos exteriores*». Más difícil es decidir si ello se debe a la falta de una conducta *prohibible* o a razones político-criminales que aconsejen la *no punibilidad* de un comportamiento en sí mismo injusto. Me inclino a pensar que es preferible la primera fundamentación. Aunque para el comienzo de la tentativa baste la realización de una parte de la conducta típica, para que dicha parte inicie la infracción de la norma ha de estar constituida, a su vez, por algún acto o actos que en sí mismos posean todas las notas propias del comportamiento humano. Si éste constituye una unidad interno-externa, sólo podrá considerarse iniciado el injusto de la tentativa cuando el sujeto logre realizar algún acto que posea la doble dimensión indicada, interna y externa. Para que exista un comienzo de tentativa prohibido en un Derecho penal que únicamente quiere prohibir comportamientos, es preciso que tenga lugar una verdadera conducta objetivo-subjetiva. Que para la tentativa baste con la ejecución parcial de un determinado hecho, no significa que pueda faltar en ella una parte de los elementos estructurales del concepto de comportamiento. No hay que confundir un intento fallido de injusto con lo que es el injusto de la tentativa. En el ejemplo más arriba propuesto únicamente existe lo segundo: un intento completamente fracasado de infringir la norma.

De lo anterior se desprende que la posibilidad de prohibir una conducta no empieza hasta que ésta completa su estructura adquiriendo, siquiera mí-

nimamente, su dimensión externa. Pero ¿no llega entonces demasiado tarde la prohibición? ¿No debería prohibirse ya la emisión de la orden por el cerebro? Creo que no. Como decíamos más arriba, los actos humanos que importan al Derecho penal tienen siempre, por breves que sean, una duración externa durante la cual ha de mantenerse su conducción voluntaria. Para evitar que se lleven a término basta con dirigir la prohibición a partir del momento en que empieza su manifestación externa voluntaria. Anticipar la prohibición a un momento anterior —cosa que en sí misma sería posible— supondría una extensión innecesaria del alcance de las normas jurídico-penales. No hay, pues, razón para abandonar el principio según el cual sólo lo que el hombre *hace* voluntariamente en el mundo exterior puede ser objeto de la prohibición de una norma jurídico-penal.

4. Una vez analizados el contenido y la función de la parte interna y de la parte externa de la conducta, estamos en condiciones de plantear la cuestión de si el *desvalor de la acción* ha de referirse a la parte interna, a la externa o a ambas.

El punto probablemente más oscuro de la distinción del *desvalor de la acción* y el *desvalor del resultado* tal vez sea a cuál de ambos conceptos corresponde el desvalor de la parte externa de la conducta. Nadie discute que el desvalor de la parte interna de la conducta es desvalor de la acción, ni que el desvalor correspondiente al resultado separado de la conducta es desvalor del resultado.<sup>15</sup> Menos decidida está la calificación del desvalor correspondiente a la parte externa de la conducta, que puede verse como integrante de la conducta voluntaria,<sup>16</sup> pero también como un producto de la voluntad que únicamente adquiere relevancia jurídico-penal cuando *resulta* típica. Téngase en cuenta que los delitos de mera actividad lesionan o ponen en peligro algún bien jurídico mediante la sola realización de la parte externa de una conducta.

A mi juicio, la particular dificultad del problema planteado estriba en el hecho de que la parte externa de la conducta puede ser contemplada

15. Otra cosa es el apartado de la teoría del delito en que han de situarse ambas clases de desvalor. Así, en mi opinión, el desvalor del resultado no puede integrar el injusto, sino su *punibilidad*, por lo que no hablaré del *injusto del resultado*, como a veces se hace. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, 2.ª ed., 1985, p. 110.

16. Welzel incluyó en el desvalor de la acción no sólo el desvalor de la intención, sino también elementos externos de la acción como las características personales de los delitos especiales y el carácter descuidado de la conducta imprudente. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 62 y § 18. Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981), se inclina claramente por referir la *forma de comisión* del hecho al desvalor de la acción. También en este sentido Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal*, 3.ª ed., 1985, p. 363.

tanto desde un punto de vista *ex ante* como desde un punto de vista *ex post*. Puede valorarse *ex ante*, en función de la peligrosidad que parece entrañar al iniciarse y durante su ejecución, y *ex post*, una vez comprobado el efectivo carácter lesivo de la misma o si realmente «ha puesto en peligro» un bien jurídico.<sup>17</sup> Es precisa, pues, una solución diferenciadora, que decida la cuestión planteada según cuál sea la perspectiva, *ex ante* o *ex post*, que se adopte. La valoración de la peligrosidad *ex ante* ha de contribuir a decidir el desvalor de la acción, mientras que la efectiva lesividad o virtualidad lesiva comprobada *ex post* ha de integrar el desvalor del resultado.<sup>18</sup>

Si se acepta la tesis de que el desvalor del resultado no puede condicionar lo injusto del hecho, sino sólo su relevancia jurídico-penal, el desvalor resultante de la parte externa de la conducta, tampoco puede integrar lo injusto.<sup>19</sup> Pero ello no obsta, según lo dicho, a que la peligrosidad *ex ante* de la parte externa de la conducta no sólo condicione lo injusto del hecho, sino que constituya la base primera de la prohibición. Aunque la norma deba dirigirse a la mente del sujeto y sólo puedan prohibirse conductas voluntarias y conscientes, tampoco tiene sentido, en un Derecho penal preventivo y protector de bienes jurídicos, prohibir conductas que no aparezcan como externamente peligrosas en el momento de ir a realizarse y durante su realización.

En este punto podría plantearse la pregunta de si no sería posible efectuar un razonamiento paralelo respecto al resultado separado de la conducta. ¿No cabría igualmente distinguir entre la efectiva producción del resultado (*ex post*) y el posible resultado (*ex ante*)? Si la efectiva producción del resultado no puede prohibirse porque es posterior al momento de incidencia del imperativo normativo, ¿no será posible integrar en el injusto el resultado que aparece como posible en el momento de la acción? La respuesta ha de ser negativa. La norma sólo puede prohibir lo que sus destinatarios pueden *hacer*, y lo que los ciudadanos pueden hacer son sólo con-

17. Pongo entre comillas la expresión «puesta en peligro», porque, aunque es usual, me parece incorrecto hablar de un peligro *ex post*, pues todo juicio de peligrosidad supone un pronóstico *ex ante*. *Ex post* debería hablarse al respecto de una mayor o menor *proximidad* de la lesión. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., p. 171.

18. Tal vez la distinción propuesta contribuya a deshacer el equívoco que haya podido inducir a algún autor a considerar que el desvalor propio de la peligrosidad *ex ante* para un bien jurídico que yo sitúo en el injusto, en realidad constituye parte del desvalor del resultado, porque proviene del peligro para dicho resultado. Cfr., en este sentido, Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, 1984, p. 260. Vid. también en esta línea, Huerta Tocildo, *Sobre el contenido*, cit., p. 69.

19. Como ya sostuve en Mir Puig, *Función*, p. 66, nota 92, y *Derecho penal*, p. 107, nota 15.

ductas. El resultado separado de la conducta no es el hacer ni forma parte de él, sino que constituye un *efecto* del hacer. Es cierto que la lesión del bien jurídico es lo que en realidad ha de querer evitar un Derecho penal protector de bienes jurídicos, pero para conseguir tal objetivo las normas sólo pueden prohibir aquello a través de lo cual sus destinatarios pueden lesionar el bien jurídico: la conducta peligrosa sometida al control voluntario y consciente del sujeto. La evitación del posible resultado (*ex ante*) es el *objetivo* de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir el *objeto* de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse *lo prohibido*, lo injusto. El desvalor del resultado es la *razón* primera de la prohibición, *presupuesto* de la misma, pero ello no supone que integre su *objeto*.<sup>20</sup> En cuanto a la efectiva producción del resultado (*ex post*), no puede verse ni como objetivo de la prohibición (los objetivos no pueden ser *pasados*, han de ser *futuros*), ni como objeto de la misma.

No quiero acabar este apartado sin tratar de evitar un equívoco. Que el resultado no pueda integrar el injusto no significa que haya de perder un solo ápice de su *importancia* político-criminal. Con frecuencia parece suponerse que la posición sistemática del resultado dentro del injusto es la única que le reconoce suficientemente su importancia. Parece partirse de la idea de que no todas las categorías del delito tienen la misma relevancia. Se da a entender que la *punibilidad* es un requisito de rango inferior al de la antijuridicidad. Ni siquiera parece suficiente afirmar —como yo hago— que la punibilidad condiciona la propia *tipicidad penal* del hecho. Todo ello carece de justificación. La relevancia *jurídico-penal* de un hecho depende tanto de que infrinja una prohibición como de que realice un tipo penal. Sin el resultado típico, el posible injusto carecerá del primer presupuesto de la infracción *penal*: la *tipicidad penal*.<sup>21</sup> Personalmente, estoy convencido de la capital importancia político-criminal que corresponde al resultado como condición de la intervención penal (en los delitos imprudentes) o de su gravedad (en los delitos dolosos). De ahí que me haya esforzado en otros lugares en aportar argumentos político-criminales, vinculados a la seguridad jurídica y a la necesidad de pena desde un punto de vista preventivo, en fa-

20. Se sale así al paso de la línea argumental que pretende derivar la pertenencia del resultado al injusto del hecho de que la prohibición persiga evitar la lesión de un bien jurídico. Cfr., así, Huerta Tocildo, *Sobre el contenido*, cit., pp. 69 y 71; Cerezo Mir, *Curso*, cit., pp. 364 y s. Aunque pueda decirse que él «es, pues, el (probable) resultado lo que determina el injusto», como afirman Cobo y Vives, *Derecho penal* cit., p. 260, en el sentido de que la voluntad de evitar el probable resultado es motivo de la prohibición, ello no supone que el futuro resultado sea *lo prohibido*, lo injusto. Que algo determine o sea causa de otra cosa no significa que forme parte de ésta.

21. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., p. 110.

vor de la consideración del resultado como criterio fundamental de la relevancia jurídico-penal de un hecho.<sup>22</sup> Un planteamiento como el que suscribo no tiene, pues, por qué suponer un «adelantamiento de la línea de defensa» ni vulneración del principio de intervención mínima del Derecho penal.<sup>23</sup> Por el contrario, subraya la función de «límite de responsabilidad» (*Haftungsgrenze*) del resultado, aconsejable desde el prisma del «carácter fragmentario» del Derecho penal.<sup>24</sup>

### III

La *delimitación de la parte objetiva y la parte subjetiva del tipo* resulta dificultada por la necesidad de tomar en consideración conocimientos y poderes especiales del sujeto. Hace ya tiempo que se halla extendida en la doctrina la opinión según la cual la imputación del resultado sólo es posible cuando la acción que lo causó era *adecuada* para producirlo a los ojos del espectador imparcial situado en el momento de la acción (*ex ante*) y dotado de los conocimientos especiales del sujeto, además de los que tendría una persona inteligente.<sup>25</sup> Por otra parte, según un sector doctrinal que comparto, en el tipo omisivo y en el imprudente hay que tener en cuenta también las facultades individuales del sujeto.<sup>26</sup>

También dificulta la separación de parte objetiva y parte subjetiva del tipo el hecho de que la valoración del *error* como vencible o invencible dependa de datos objetivos y subjetivos. Una vez admitido que el error, como el dolo, afecta al tipo de injusto, se advierte que no sólo encierra un significado subjetivo, como da por supuesto la teoría psicológica de la culpabilidad cuando lo contempla como mera causa de exclusión psíquica dolosa. Es evidente que el error excluye esta conexión psíquica, pero su valoración como vencible o invencible depende de algo normativo y en primer lugar

22. Cfr. Mir Puig, *Función*, pp. 66 y ss., y *Derecho penal*, pp. 109 y s.

23. La frase entrecomillada, con la que se me atribuye una consecuencia político-críminal que rechazo, es de Cobo y Vives, *Derecho penal*, cit., p. 260. Alerta de los peligros de erradicar del injusto el resultado, Huerta Tocildo, *Sobre el contenido*, cit., pp. 67 y ss.

24. Asigna esta función limitadora al resultado, pero considerándolo elemento del injusto, Krümpelmann, *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 315 y s.

25. Cfr., por ejemplo, Maurach, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas de Derecho español de Córdoba Roda, 1962, pp. 236 y s.).

26. En la doctrina española, con referencias a la alemana, cfr., en relación con el tipo omisivo, Silva Sánchez, *El delito de omisión*, 1986, pp. 298 y s.; para el tipo imprudente, Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 233 y ss.; Zugaldía Espinar, «La infracción del deber de cuidado en el sistema del delito culposo», *ADPCP*, 1984, pp. 321 y ss.; Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 215; Quintero Olivares, *Derecho penal*, Parte general, 1986, p. 357.

objetivo: de si el error es o no atribuible a la infracción de una norma de cuidado.

Por último, la inclusión del dolo en el injusto puede tener como consecuencia no sólo la diferenciación de la parte subjetiva del tipo doloso y del imprudente, sino también de la propia parte objetiva de ambas clases de tipos.

Todo ello puede conducir a poner en cuestión una separación tajante de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de injusto. Se proseguiría, así, la evolución que inició el neokantismo y continuó el finalismo al relativizar y abandonar la contraposición de parte objetiva y parte subjetiva del delito.

Veamos por separado las distintas cuestiones enunciadas.

1. Consideremos en primer lugar la posición sistemática que corresponde a los *conocimientos y facultades individuales del sujeto* que afectan al tipo de injusto. Dado el carácter personal de estos elementos, pudiera pensarse que corresponden a la parte subjetiva del tipo. Sin embargo, me parece difícil negar que deban condicionar el tipo objetivo. Piénsese en el clásico ejemplo del sobrino que hace subir a su tío rico en un avión con la esperanza de que en él encuentre la muerte. ¿Cómo negar que la respuesta a la cuestión de si con ello realiza una acción adecuada *ex ante* para matar, depende de si el sobrino conoce o no la presencia de una bomba en el avión? No se trata sólo de que tal conocimiento condicione el sentido subjetivo de la acción, sino de que *ex ante* cualquiera considerará que hacer subir a un avión sabiendo que en él hay una bomba es una acción objetivamente adecuada para matar, mientras que no le parecerá una vía objetivamente idónea para tal fin si se desconoce la existencia de la bomba.

Claro está que si la adecuación se enjuiciase *ex post* el planteamiento podría ser otro: podría afirmarse dicha idoneidad siempre que se descubriese *a posteriori* la bomba, y considerarse que su desconocimiento sólo da lugar a un error excluyente del dolo. Pero, por una parte, ello supondría condicionar la concurrencia de la base objetiva del injusto a la situación resultante con posterioridad al momento de la prohibición, que ya sabemos que es el de la conducta. Ello se opondría a la concepción que aquí se defiende. Y, por otra parte, trasladar al ámbito del error el problema que examinamos no impediría que volviera a plantearse en términos objetivos. Aunque el error tenga naturaleza subjetiva, su valoración como vencible o invencible depende del juicio objetivo del hombre medio situado *ex ante*. Sobre esto último volveremos más abajo.

Si se descarta —como estimo obligado— el punto de vista *ex post* para decidir la parte objetiva del injusto, me parece obligado tomar en consideración en dicha parte los conocimientos y facultades especiales del sujeto.

Dejarlos, por el contrario, para la parte subjetiva del tipo, plantearía la misma dificultad insalvable con que tropiezan quienes reservan los poderes especiales del sujeto para la culpabilidad: de la misma forma que, una vez negada la concurrencia del injusto, no cabe castigar por el hecho de que exista culpabilidad,<sup>27</sup> tampoco cabe afirmar el injusto, aunque concurra su parte subjetiva, si ha empezado por negarse su parte objetiva. Así, si en el ejemplo propuesto no se tuviese en cuenta en la parte objetiva del injusto el conocimiento especial de la existencia de una bomba, habría que negar la parte objetiva del injusto, y luego no podría ya afirmarse el tipo de injusto solamente basándose en su parte subjetiva. Si el injusto requiere una parte objetiva y otra subjetiva, faltará en cuanto deje de concurrir una de ambas partes. Lo mismo sucedería si no se incluyesen en la parte subjetiva del tipo de injusto las facultades individuales especiales que pueden condicionar el nivel de exigencia de la norma. Considérese el conocido ejemplo del cirujano superior a la media, capaz de usar una técnica operatoria que sólo pocos pueden utilizar. Si deja de emplearla voluntariamente y aplica otra técnica más simple pero mucho más peligrosa, actúa antinormativamente. Si la capacidad especial del cirujano no se tomase en cuenta en la parte objetiva del tipo, habría que negar ésta —suponiendo que la técnica más simple fuera correcta para el cirujano medio—. Aunque a continuación se afirmase la parte subjetiva del tipo, no sería posible, pues, considerar concurrente el tipo.<sup>28</sup>

En realidad, es habitual incluir en la parte objetiva del tipo elementos personales como las condiciones que requiere la ley en los autores de los delitos especiales, que sin duda condicionan la gravedad objetiva de la conducta.<sup>29</sup> También el plan de ejecución del sujeto constituye un dato decisivo para decidir en qué momento da comienzo la tentativa, y ello afecta a la parte objetiva del tipo.<sup>30</sup> La explicación de todo ello ha de verse en que una cosa es que determinados elementos psíquicos o personales condicionen la prohibición de una conducta o su mayor o menor gravedad, y otra cosa es que dichos elementos integren la parte subjetiva de la conducta prohibida. De hecho, si la conducta se concibe en el sentido aquí mantenido, con una parte interna que no da comienzo hasta que el sujeto dirige a su cuerpo una orden de movimiento, la mayoría de tales elementos no integran la

27. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., p. 465.

28. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 234 y s.; Silva Sánchez, *El delito de omisión*, cit., pp. 214 y s.

29. Cfr., por ejemplo, Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pp. 63 y s.

30. Cfr., por todos, Farré Trepat, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 169 y ss.

conducta prohibida. Los poderes especiales del sujeto, como sus características personales y su plan de ejecución, condicionan la valoración de la conducta, pero no integran la voluntad consciente ni su realización externa.

2. Es evidente que el *error* afecta a la parte subjetiva del hecho, y en la sistemática aquí acogida, que sitúa el dolo en el tipo de injusto, excluye la parte subjetiva del tipo doloso. Sin embargo, la problemática del error no acaba ahí, sino que afecta también a la parte objetiva del tipo. No en el sentido, por supuesto, de que modifique la parte objetiva del tipo doloso, que seguirá concurriendo aunque falte el dolo, sino en el sentido de que, en caso de error, será preciso algo más que el tipo objetivo para que siga en pie la tipicidad del hecho, a saber: que el error se deba a imprudencia, que es lo que sucede cuando el error es *vencible*. Intentaré justificar estas afirmaciones.

Si sólo se contempla el error en su significado subjetivo de ausencia de dolo, no es posible comprobar si, pese al error, subsiste un hecho típico. No basta para ello que concurra la parte objetiva del tipo doloso, que sin su parte subjetiva —el dolo— no sólo no da lugar al tipo doloso, sino, por sí solo, tampoco a ningún tipo imprudente. Si esto es evidente, no lo es tanto la otra afirmación que he efectuado, la de que el carácter vencible del error, necesario para que concurra un tipo imprudente, ha de considerarse un elemento de la parte *objetiva* de dicho tipo imprudente. Es fácil admitir que la infracción del deber *objetivo* de cuidado, necesaria para que el error dé lugar a un tipo imprudente, integre la parte objetiva del mismo. Más discutible puede parecer que la vencibilidad subjetiva del error se incluya entre los elementos de la parte objetiva del tipo imprudente basado en dicho error. Pues bien, esto es lo que sostengo cuando afirmo que el carácter vencible del error es condición de la parte objetiva del tipo imprudente correspondiente, pues la vencibilidad ha de ser no sólo objetiva, sino también subjetiva.<sup>31</sup> En favor de este planteamiento recordaré lo dicho en el número anterior respecto a las condiciones personales que afectan al tipo: su carácter subjetivo no impide que deban contemplarse en la parte objetiva del tipo. Si, como veíamos, las facultades personales del cirujano excepcional habían de elevar el deber de cuidado necesario para el tipo objetivo del hecho imprudente, las condiciones individuales de que depende la evitabilidad del error también condicionarán la parte objetiva del tipo. Me remito a los ar-

31. La componente subjetiva de la vencibilidad del error se requiere expresamente por el nuevo artículo 6 bis a del Código penal, que para decidir el carácter vencible del error obliga a atender a «las circunstancias del hecho y las personales del autor».

gumentos que, desde mi punto de vista, hacen necesario este planteamiento. Sólo reiteraré aquí algo que impide considerar que esta construcción pueda reputarse contradictoria con el principio de que la parte subjetiva del hecho corresponde a la parte subjetiva del tipo: las condiciones personales de las que depende la vencibilidad del error no forman parte de la conducta típica, ni, por tanto, tampoco de su parte subjetiva, sino que constituyen elementos externos a la conducta que condicionan su sentido objetivo.

Suele admitirse que el tipo objetivo no sólo ha de comprender los elementos materiales de la parte externa de la conducta, sino también las condiciones personales, psíquicas o normativas de las que depende la concurrencia de los elementos objetivos de la conducta.<sup>32</sup> Las consideraciones aquí efectuadas vienen a confirmarlo y a abundar en la imposibilidad de una separación tajante de lo objetivo y lo subjetivo del tipo.

3. La parte objetiva del tipo doloso puede también verse influida por la concurrencia del dolo, centro indiscutible de su parte subjetiva. No voy a referirme aquí al hecho de que el significado objetivo-externo de la conducta típica depende muchas veces de la presencia de dolo, lo que hace que en tales casos sea imaginable la realización imprudente del hecho —piénsese, por ejemplo, en el *engaño* típico de la estafa, o en la actuación violenta que exige el delito de coacciones—.<sup>33</sup> Esto bastaría por sí solo para relativizar la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo. Pero existe otra dificultad con que tropieza tal distinción y que querría considerar en este lugar. Se trata de la conveniencia de diferenciar la parte objetiva del tipo doloso y la parte objetiva del tipo imprudente, diferenciación que, evidentemente, supone que la presencia o ausencia de dolo no sólo condiciona el tipo subjetivo, sino también un distinto tipo objetivo.

El problema podría plantearse ya a partir del tema del error contemplado en el punto anterior. Si el error puede dejar en pie la parte objetiva del tipo doloso no obstante ser invencible y excluir, por tanto, la parte objetiva del tipo imprudente, es que la parte objetiva del tipo doloso no coincide con la del imprudente, sino que requiere *menos* que éste: no requiere la infracción de la norma de cuidado.

32. Cfr., por ejemplo, Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, pp. 373 y s.). También Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 63.

33. Cfr. Welzel, *op. cit.*, p. 63; Mir Puig, «El delito de coacciones en el Código penal», *ADPCP*, 1977, pp. 290 y ss.

Pero existe otro aspecto del tipo objetivo que probablemente también deba plantearse de forma distinta en el tipo doloso y en el imprudente. Me refiero a la propia *imputación objetiva*. Me parece sostenible que para la imputación objetiva del hecho se exija un grado de peligro menor en ciertos casos de *intención*. Así, en el ejemplo del tirador no experto que apunta con un fusil desde una gran distancia a otra persona con ánimo de matarla, aunque el riesgo de que se produzca este resultado sea mínimo, hay que considerarlo suficiente para fundamentar la imputación de la muerte en caso de que se produzca.<sup>34</sup> A mi juicio, ello ha de basarse *no sólo* en la concurrencia de intención, sino también en que ésta se revela externamente a través de una conducta objetivamente expresiva de una dirección final homicida. Pero esto presupone que concurre la intención y, por tanto, que ésta contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva.

Más discutible sería la cuestión de si la diferencia entre el tipo objetivo de los delitos dolosos y el de los culposos ha de llegar hasta el punto de resultar innecesaria, en los primeros, la comprobación de la imputación objetiva del hecho.<sup>35</sup> Me inclino a dar respuesta negativa a esta cuestión. Por una parte, incluso en los casos de intención exteriorizada como el expuesto, debe seguir exigiéndose un determinado grado, siquiera mínimo, de riesgo típicamente relevante que se realice en el hecho. Por otra parte, si en lugar de intención concurre dolo directo de segundo grado o dolo eventual, no será posible rebajar del mismo modo el nivel de riesgo exigible para la imputación del hecho.

#### IV

No es posible aquí examinar con detalle la función que corresponde a lo subjetivo en el ámbito de las *causas de justificación*, pero sí querría esbozar alguna reflexión al respecto. Por una parte, importa aludir al papel que debe jugar lo objetivo y lo subjetivo en el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Por otra parte, desearía replantear la cuestión del elemento subjetivo de justificación.

1. La teoría estricta de la culpabilidad no concede ninguna eficacia excluyente o atenuante del injusto al aspecto subjetivo representado por la

34. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, p. 191.

35. Cfr. en esta línea Armin Kaufmann, «“Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt?», en *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 251 y ss.

creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Basta, según esta teoría, con la ausencia de los elementos objetivos de la justificación para que el hecho típico pueda considerarse antijurídico —y, en su caso, como constitutivo incluso de un injusto *doloso*—. Ello no deja de resultar sorprendente, si se tiene en cuenta que la teoría de la culpabilidad, formulada por Welzel, constituye una de las tesis fundamentales del finalismo. No parece muy coherente sostener, por una parte, que el injusto depende esencialmente de la finalidad del sujeto, de modo que no basta con la nocividad externa del hecho para fundamentar la antijuridicidad del hecho doloso, y afirmar, por otra parte, que no es precisa para el injusto doloso la voluntad de realizar un hecho no justificado, sino que basta con que no concurren los requisitos objetivos de su justificación.

Una vez admitida la necesidad del dolo para el injusto doloso, lo coherente es extender dicha necesidad a *todo* el hecho antijurídico. Si el supuesto de hecho injusto requiere tanto la concurrencia del supuesto de hecho típico como la ausencia del supuesto de hecho de una causa de justificación, para que pueda considerarse doloso será preciso que la voluntad consciente del sujeto se extienda a ambas componentes del supuesto de hecho. Es cierto que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, al no afectar al conocimiento del tipo (positivo), no puede excluir el carácter doloso de éste. Pero si el hecho injusto no requiere sólo la realización de un tipo, sino también que la misma no se halle justificada, tampoco la presencia de un tipo doloso bastará para que pueda afirmarse la presencia de un hecho injusto doloso. Además del dolo típico, será preciso admitir la necesidad de un concepto de dolo más amplio que abarque también la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación: el injusto doloso requerirá no sólo el dolo típico, sino la ausencia de la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación.<sup>36</sup>

El finalismo no ha visto la posibilidad de este planteamiento porque ha partido de la consideración errónea de que la presencia o ausencia de una causa de justificación no supone la concurrencia o ausencia de elementos integrantes del *supuesto de hecho* prohibido, sino que solamente afecta a la *valoración* de dicho supuesto de hecho. Éste estaría *totalmente* descrito en el tipo. Tal planteamiento es incorrecto. Pasa por alto que el *hecho* realizado sin causas de justificación no sólo merece una valoración distinta que el realizado, por ejemplo, en legítima defensa, sino que requiere la ausen-

36. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 198 y s.

cia de los presupuestos *situacionales* que integran el supuesto de hecho o tipo de la legítima defensa. Si el homicidio necesario del injusto agresor no merece el juicio de antijuridicidad es, precisamente, porque constituye un *hecho distinto* en su propia existencia fáctica al del homicidio de quien no agrede ilegítimamente. Pues bien, si la ausencia de los presupuestos del tipo de las causas de justificación integran el supuesto de hecho prohibido, será coherente con la contemplación de la parte subjetiva de la conducta en el injusto el considerar que el desconocimiento de la ausencia de los elementos objetivos de una causa de justificación impide que pueda considerarse *completa* la parte subjetiva del hecho injusto doloso —aunque se admita, como he dicho más arriba, que ello no impide la subsistencia del carácter doloso del tipo—.

2. Tampoco es coherente el planteamiento finalista que, al tiempo que sostiene la teoría estricta de la culpabilidad, exige para la justificación la presencia del *elemento subjetivo de justificación*. Si la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación se considera —como aquella teoría— un error de prohibición, el error inverso, consistente en desconocer la efectiva concurrencia de aquellos presupuestos, debería considerarse constitutivo de un delito putativo impune.<sup>37</sup> No sólo no hace esto el finalismo ortodoxo, sino que supone suficiente la intención antijurídica para considerar concurrente el pleno injusto del delito consumado. Mientras que no atribuye *ningún* papel a la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el finalismo ortodoxo considera *suficiente* la creencia de realizar un hecho no justificado para sostener su plena antijuridicidad.

Más defendible puede resultar el planteamiento contrario: mantener la necesidad del conocimiento de la ausencia de los presupuestos de una causa de justificación para el injusto doloso y discutir, en cambio, la exigencia del elemento subjetivo de justificación. Mientras que no es posible admitir un hecho doloso sin que éste sea conocido (en todos sus elementos esenciales) por el sujeto, se acepta generalmente que la concurrencia de voluntad criminal no impide la impunidad de la tentativa irreal. Aquí quiero sugerir la hipótesis de que la actuación con desconocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación se produzca en las condiciones propias de una tentativa irreal: supóngase que ante la situación que conoce el sujeto, todo el mundo hubiera advertido la concurrencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación.

37. Véase Elena Farré, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 445 y s., y 447.

Pero antes de entrar en el análisis de este supuesto, conviene remontarse a las bases del problema. Si, como suele admitirse, se consideran relevantes tanto el desvalor de acción como el de resultado, es coherente entender que si resulta excluido éste —lo que sucede cuando, pese a faltar el elemento subjetivo de justificación, concurren los presupuestos objetivos de ésta— no concurre *completo* el hecho pretendido. La opinión contraria del finalismo, que desconoce la ausencia del desvalor del resultado apreciando un hecho consumado completo, sólo podría mantenerse si se reputase innecesario para tal hecho dicho desvalor del resultado. Aunque creo que el desvalor del resultado no puede afectar al injusto, sí pienso que debe condicionar la punibilidad del hecho y, por tanto, su relevancia jurídico-penal. Así interpreto la exigencia del desvalor de resultado por parte del Derecho positivo para el delito consumado. De la misma forma que el resultado típico es necesario para la consumación del tipo penal, la valoración positiva del resultado que tiene lugar cuando concurren los elementos objetivos de una causa de justificación, impide que el tipo penal dé lugar a un pleno injusto penal correspondiente. Comparto, pues, la opinión dominante que considera necesario rebajar la pena aplicable cuando, pese a concurrir desvalor de la acción, falta el desvalor del resultado por la presencia de los elementos objetivos de justificación. En Derecho español es posible, para ello, apreciar en estos casos una eximente incompleta (artículo 9, 1.º CP).<sup>38</sup> Al mismo resultado llega la doctrina alemana mayoritaria estimando que la falta de desvalor de resultado da lugar a una situación materialmente coincidente con la que se produce cuando el tipo no llega a consumarse y que procede, por tanto (siquiera por analogía) la atenuación propia de la tentativa.<sup>39</sup> Pero todo ello presupone que subsista el necesario desvalor de la acción. La cuestión que deseo plantear aquí es, precisamente, si la falta del

38. Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, p. 360. En contra de mi propuesta, Maqueda Abreu, «Los elementos subjetivos de justificación», *La Ley*, 11 de mayo de 1984, pp. 7 y s., subestimando la importancia que en mi concepción del delito corresponde al desvalor del resultado, que si no afecta al injusto, sí condiciona su relevancia penal, decisiva tanto como el injusto para el Derecho penal; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, 3.ª ed., 1985, pp. 413 y s.

39. Cfr., por todos, Jescheck, *Tratado*, p. 449; Farré Trepal, *La tentativa*, cit., p. 449. En España acoge este tratamiento un sector doctrinal representado, por ejemplo, por autores como Gimbernat, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, 1979, p. 51, y Huerta Tocildo, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, 1984, pp. 121 y ss. En el mismo sentido, pero sólo para los casos en que el Derecho vigente exige expresamente un elemento subjetivo de justificación (pues cree que en los demás bastará para la plena justificación la concurrencia de elementos objetivos), Rodríguez Mourullo, *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, 1976, pp. 51 y ss., y «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, pp. 517 y ss.

elemento subjetivo de justificación *basta por sí sola* para la subsistencia del desvalor de la acción necesario para el injusto.

La respuesta deberá ser, evidentemente, afirmativa para quien considere que el desvalor de la acción necesario para el injusto es desvalor de la parte subjetiva de la conducta. No es éste mi punto de vista. Lo injusto de la acción procede de la peligrosidad *ex ante* de su completa realización objetivo-subjetiva. No basta para la prohibición de una conducta que se deba a una voluntad dirigida a lo que cree constituir una lesión del Derecho. Es preciso que la voluntad persiga una realización externa que *ex ante*, efectivamente, desea evitar el Derecho —lo que es independiente de que ello se consiga o no *ex post*—. De ahí que no deba considerarse antijurídica la tentativa irreal, a pesar de que supone una voluntad que en sí misma podría considerarse contraria al Derecho. Esta voluntad también concurre en la tentativa inidónea punible, pero ésta ha de diferenciarse precisamente de la tentativa irreal por el hecho de que en ella ha de existir peligrosidad *ex ante*, peligrosidad que ha de faltar en la tentativa irreal.<sup>40</sup>

Ahora bien, el juicio de pronóstico *ex ante* que permite decidir la presencia o ausencia de peligrosidad en el momento de acometer el intento, ha de efectuarse atendiendo al conocimiento de la situación de que dispone el sujeto. Así, por ejemplo, quien por el nerviosismo propio de la situación toma equivocadamente un frasco de una sustancia inocua en lugar del contiguo que contiene veneno, realiza una tentativa inidónea punible si trata de envenenar a otro, porque en este caso es peligroso *ex ante* administrar una sustancia que, si efectivamente fuese la que se cree, sería mortal. Es evidente, en cambio, que si el sujeto conoce la verdadera naturaleza de la sustancia, no habrá peligro alguno, y sólo una tentativa irreal impune, si intenta absurdamente envenenar con tal sustancia. Del mismo modo, cometerá tentativa inidónea punible quien aprieta el gatillo de una pistola que cree cargada, mientras que el intento será impune si el sujeto sabe que el arma está descargada pero espera, sin base racional alguna, que, pese a todo, su acción causará la muerte de otra persona. El conocimiento de la situación que tiene el sujeto es relevante, pues, para decidir la peligrosidad *ex ante* de una acción.

Aplicando esta observación al caso de desconocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, se advertirá que dicho desconocimiento permitirá *casi siempre* afirmar la peligrosidad *ex ante* necesaria para la subsistencia del desvalor de la acción. Normal-

40. Cfr. Mir Puig, *Función*, p. 69.

mente podrá decirse que cualquier persona racional que desconociese, por ejemplo, la concurrencia de una de las indicaciones justificantes de la interrupción del embarazo, efectúa una conducta que *ex ante* corre un peligro serio de realizar el tipo negativo del delito de aborto. Pero ello *no siempre* ha de ser así. Hay que admitir la posibilidad —siquiera sea excepcional, como todas las de tentativa irreal—, de que el desconocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no baste para afirmar la necesaria peligrosidad *ex ante*. Así, por ejemplo, cuando el sujeto no toma en serio en absoluto una amenaza de agresión actual que, por su contexto, cualquier persona racional consideraría que exige una defensa urgente, y, pese a ello, el sujeto amenazado efectúa lo que cree una agresión cuando en realidad constituía una defensa absolutamente necesaria. Hay aquí, como en los casos usuales de tentativa irreal, un *pronóstico* que ha de considerarse irracional a la vista de los datos de que disponía el sujeto. Hay que rechazar una posible interpretación de casos como éste en el sentido de que en realidad no faltase en ellos el conocimiento de los elementos objetivos de la justificación, sino que se diese únicamente una *valoración* equivocada, dando lugar a una forma de error de subsunción al revés irrelevante. Esta interpretación conduciría por otra vía a la misma conclusión de justificación del hecho, pues supondría que existen tanto los elementos objetivos como los subjetivos de justificación que suelen requerirse. Sin embargo, en el caso examinado el sujeto interpreta de tal forma la situación que conoce, que no sólo la valora de forma equivocada, sino que cree que dará lugar a unos *hechos* futuros distintos a los que cabe racionalmente imaginar. Se trata de un juicio de predicción de hechos,<sup>41</sup> no sólo de una calificación errónea como la que caracteriza a los casos de error de subsunción. Ahora bien, evidentemente, no cabe descartar que en casos distintos el error se limite a la valoración jurídica y deba tratarse como error de subsunción al revés.

Pero, aun cuando no sea así y no pueda estimarse irrelevante el error por implicar un pronóstico fáctico que excluya el conocimiento de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, deberá admitirse la misma conclusión de impunidad si, ante los datos que conoce el sujeto, nadie mínimamente racional dudaría de la presencia de la situación objetiva

41. Como el pronóstico subjetivo, del que depende que pueda afirmarse dolo eventual o culpa consciente ante una misma situación conocida por el sujeto, y que permite hablar de error que descarta el dolo eventual y da lugar a culpa consciente cuando supone que el sujeto *descarta* que vaya a producirse en su caso la realización del hecho. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, p. 206; Kindhäuser, *ZStW*, 96 (1984), p. 26; Corcoy Bidasolo, *ADPCP*, 1985, p. 971.

de justificación. No podrá formularse entonces el juicio de peligrosidad *ex ante* que es imprescindible para que sea necesaria la prohibición del hecho, y faltarán, por tanto, el injusto.

Ello supone admitir que no es preciso *siempre* el conocimiento completo de los presupuestos objetivos de la justificación para que ésta tenga lugar. Pero eso no significa que no sea preciso ningún elemento subjetivo para la justificación. Serán necesarios aquellos conocimientos de los que depende que pueda formularse por un espectador objetivo el necesario juicio de peligrosidad *ex ante*. Normalmente, será preciso para ello el conocimiento completo de la situación, pero incluso en casos como el expuesto, en que ello no es necesario, sí deberá seguir exigiéndose que el sujeto cuente con el conocimiento, siquiera parcial, que permitiría al espectador imaginario considerar existente el peligro *ex ante*.



## CAPÍTULO 3

# EL ERROR COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL INJUSTO Y/O DE LA CULPABILIDAD EN DERECHO ESPAÑOL\*

### I

1. En Derecho penal español el error se halla regulado en el artículo 6 bis *a* del Código Penal (CP), introducido en 1983. Este precepto ofrece un tratamiento diferenciado del *error de tipo* y del *error de prohibición*.

En cuanto al *error de tipo*, distingue el artículo 6 bis *a* entre el error sobre un «elemento esencial integrante de la infracción penal» y el error sobre un elemento «que agrave la pena». El tratamiento que prevé para el error sobre un elemento esencial del tipo es el que unánimemente se mantenía por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo precepto: si el error es *invencible* procede la impunidad (artículo 6 bis *a* I), y si es *vencible*, el hecho será punible como imprudente, siempre que la imprudencia se halle conminada con pena (artículo 6 bis *a* II). El error sobre un elemento que agrave la pena impedirá la agravación (artículo 6 bis *a* I).

El *error de prohibición* se regula separadamente, en el tercer párrafo del mismo artículo 6 bis *a*. Si es *invencible* determina, como el error de tipo, la impunidad. Pero si es *vencible* no remite a los tipos imprudentes, sino a la atenuación de la pena que el artículo 66 CP prevé para las eximentes incompletas.

\* Publicado en *La Ley*, 6 de febrero de 1991, pp. 1 y ss. Versión alemana en Eser y Perron (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung*, III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechts-kolloquium, 1990, pp. 291 y ss.

2. De la regulación expuesta del artículo 6 bis *a* no se *deduce* la posición sistemática que corresponde a las distintas clases de error en la teoría del delito: no se deducen si afectan al injusto o a la culpabilidad. Tampoco decide la ley si el error sobre los presupuestos de una causa de justificación debe considerarse una forma de «error sobre un elemento esencial de la infracción penal» de los párrafos primero y segundo, y tratarse, por tanto, como el error de tipo, o si ha de reputarse una especie de error de prohibición del párrafo tercero. Por último, el artículo 6 bis *a* puede explicarse tanto desde la teoría de la culpabilidad como desde la teoría del dolo.

Todas estas cuestiones siguen siendo polémicas en España. La jurisprudencia y un sector de la doctrina se mantienen anclados en el planteamiento causalista según el cual tanto el error de tipo como el de prohibición excluyen el dolo y afectan a la culpabilidad. No obstante, puede ya considerarse mayoritaria la consideración del error de tipo como problema injusto. El error de prohibición sigue considerándose por la opinión dominante, con una u otra fundamentación, causa de exclusión o de disminución de la culpabilidad. Sin embargo, personalmente defendiendo la tesis de que no sólo el error de tipo, sino también el de prohibición afectan al injusto. Por lo que respecta al error sobre los presupuestos de una causa de justificación, la doctrina española también se halla escindida entre quienes lo tratan como un error de tipo, y quienes lo tratan como error de prohibición. Finalmente, mientras que un sector doctrinal ve reflejada la teoría de la culpabilidad en el tratamiento diferenciado del error de tipo y del error de prohibición que contiene el artículo 6 bis *a*, otros autores, entre los que me cuento, creen posible interpretar dicho precepto desde la óptica de la teoría del dolo.

Aquí vamos a ocuparnos de estas cuestiones polémicas.

## II

Refirámonos en primer lugar a la *posición sistemática del error de tipo* dentro de la teoría del delito. En este punto podemos ser relativamente breves. La posición sistemática del error de tipo es una mera consecuencia del lugar que se asigne al dolo natural, pues nadie niega que esta clase de error no es más que la cara negativa de dicho dolo: la ausencia del mismo. Quienes sitúen el dolo en la culpabilidad considerarán que el error de tipo afectará a esta categoría de la teoría del delito, mientras que los que incluyan el dolo en el injusto habrán de entender que el error de tipo excluye o disminuye el injusto. En la doctrina jurídico-penal española, una y otra pos-

tura suelen basarse en planteamientos sistemáticos, como el causalismo y el finalismo, recibidos de la doctrina alemana. No es preciso, pues, ahondar aquí en tales fundamentos. No obstante, debe señalarse que, por una parte, la sistemática causalista, en franco retroceso en nuestro país, ha sido formulada por Cobo y Vives,<sup>1</sup> y que, por otra parte, la inclusión del dolo y, por tanto, del error de tipo en el injusto no sólo se fundamenta desde el prisma del finalismo, sino también por caminos propios que arrancan de la teoría de la norma.

Detengámonos un momento en esta vía de fundamentación, que personalmente comparto. No parte, a diferencia del finalismo, de un concepto ontológico de acción final de que se deduzca la necesidad de considerar al dolo como integrante del hecho prohibido, antijurídico, sino, en cierto modo, por el contrario, de la atribución a la norma de una *función de motivación* dirigida a la mente del destinatario, que sólo puede pretender determinar actos voluntarios en la medida de su voluntariedad. No es de la esencia de la acción humana de donde se deduce el contenido de lo prohibible por la norma, sino de la función motivadora de la norma de donde se infiere que sólo son prohibibles por ella conductas voluntarias en cuanto tales.

El punto de partida de la función motivadora de la norma ha sido desarrollado de diversas formas y ha dado lugar a formulaciones distintas.<sup>2</sup> Por mi parte, me he esforzado en basar dicha concepción de la norma en el modelo de Estado social y democrático de Derecho que acoge la Constitución española de 1978 (artículo 1, 1) y en la función que en el mismo cabe atribuir al Derecho penal: una función de *prevención limitada*, como vía de protección social sometida a una serie de límites que deben restringir el uso del *Ius puniendi* en aquella clase de Estado, al servicio de la Sociedad (Estado social), sometido al Derecho (Estado de Derecho) y orientado a la dignidad de la persona (Estado democrático).<sup>3</sup> Sólo las conductas voluntarias (finales) pueden ser *prevenidas* mediante las normas penales, que tratan de *motivar* al ciudadano a que omita la realización de conductas voluntarias peligrosas para los bienes jurídico-penales.<sup>4</sup> Siendo distinta la conducta vo-

1. Cfr. Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, 2.ª ed., 1987, pp. 186 y ss.

2. Cfr. Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 112 y ss., 142; Muñoz Conde, «Funktionen der Strafnorm und Strafrechtsreform», en Madlener, Papenfuß y Schöne (Hrg.), *Strafrecht und Strafrechtsreform*, 1974, pp. 312 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976 (reimpr. 1982), pp. 56 y ss., 106 y ss.

3. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 42 y ss.; del mismo autor, *ZStW*, 95, 1983, pp. 420 y ss., 422 y ss.; y también, *Derecho penal*, Parte general, 2.ª ed., 1985, pp. 53 y ss., 60 y ss., 89 y ss.

4. Cfr. Mir Puig, «Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 256.

luntaria que puede prohibirse en el delito doloso y en el imprudente (aquella dirigida a la lesión típica y ésta meramente descuidada respecto a su posibilidad), serán distintos los tipos y las normas correspondientes al delito doloso y al imprudente.<sup>5</sup>

Las consecuencias de este planteamiento en orden al tratamiento sistemático del error de tipo son evidentes: si este error excluye el dolo, y sin éste la conducta voluntaria (final) que el sujeto realiza no es la prevista en el tipo doloso, sino otra menos grave (imprudente) o atípica (fortuita), el error de tipo excluirá el tipo doloso y podrá dar lugar a un tipo imprudente, si es vencible, o a un hecho atípico, si es invencible.

Más polémicas son las consecuencias que, a mi juicio, deben deducirse de este planteamiento respecto al error de prohibición. Antes de contemplarlas y de comprobar su compatibilidad con el artículo 6 bis *a*, conviene analizar dos cuestiones ya enunciadas: la del tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación en dicho precepto, y la de si el mismo obliga, o no, a tomar partido por la teoría de la culpabilidad o por la del dolo. De la primera cuestión depende la delimitación del alcance del error de prohibición; de la segunda, el espacio teórico que permite el artículo 6 bis *a* del CP.

### III

No se desprende de la letra de la ley si el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación ha de tratarse como error de tipo (artículo 6 bis *a* I y II) o como error de prohibición (artículo 6 bis *a* III). La decisión de esta cuestión depende de consideraciones dogmáticas y político-criminales.

a) Se recordará que el párrafo primero del artículo 6 bis *a*, en el que existe acuerdo de incluir el error de tipo invencible, se refiere literalmente al error sobre un «elemento esencial integrante de la infracción penal». Si el término «infracción» se entiende en su sentido literal de «infracción de una norma», la cuestión planteada dependerá de si se admite o no que la realización del tipo (en sentido clásico, como tipo positivo) supone ya la infracción de la norma jurídico-penal, y que, por tanto, no existen «elementos de la infracción» posteriores al tipo. Si ello se admite —como hace el

5. Cfr. Mir Puig, ZSrw, 95, 1983, p. 439.

finalismo ortodoxo—,<sup>6</sup> puede interpretarse que «el error sobre un elemento de la infracción penal» sólo puede recaer sobre un elemento del tipo (positivo). El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación quedaría, entonces, relegado al ámbito de «la creencia errónea de obrar lícitamente» del párrafo tercero del artículo 6 bis *a*. Se trataría, pues, como error de prohibición, según propone la teoría estricta de la culpabilidad.

*b)* Mas esta conclusión no es necesaria, ni siquiera desde el punto de vista de quien admita que la realización del tipo (positivo) supone ya una «infracción». Este postulado no se opone al reconocimiento de que para la concurrencia del *deber concreto* de evitar el hecho típico es precisa la ausencia de causas de justificación —así lo entiende Welzel—. <sup>7</sup> Cabría, siendo así, interpretar que el «error sobre un elemento de la infracción penal» del párrafo primero que analizamos se refiere a un elemento de la *concreta infracción* que supone la realización del tipo sin causas de justificación. Así podría proceder quien defendiese una teoría limitada de la culpabilidad, sin base en la teoría de los elementos negativos del tipo.<sup>8</sup>

*c)* La misma conclusión es, sin embargo, *necesaria* desde la lógica de la teoría de los elementos negativos del tipo y para quien, como esta teoría, admita que la realización del tipo positivo es necesaria pero no suficiente para que exista una infracción de la norma jurídico-penal: para todo aquel, por tanto, que sostenga que las causas de justificación impiden la presencia del hecho prohibido, de la infracción. Quien cree erróneamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación yerra, desde este prisma, acerca de presupuestos necesarios para la existencia de la infracción. Tal error cabrá, entonces, en el «error sobre un elemento esencialmente integrante de la infracción penal» del párrafo primero del artículo 6 bis *a* CP.

Esta conclusión, como la obtenida en el apartado *b*, da por supuesto que los presupuestos objetivos de las causas de justificación se refieren a «elementos de la infracción» situacionales, distintos a la valoración jurídica del hecho como no justificado. El error sobre esta valoración es, sin duda, error de prohibición. Pero la ausencia de causas de justificación no supone sólo la *valoración* del hecho típico como antijurídico, sino que exige la ausencia de determinados elementos *situacionales* que constituyen un *tipo de*

6. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 50.

7. Cfr. nota 6.

8. También quien acoja la «teoría de la culpabilidad que remite a la consecuencia jurídica», como Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, I, 1981, pp. 633 y s. 635 y s.).

*justificación*. Es equivocado pensar que el hecho a enjuiciar como antijurídico viene delimitado completamente en el tipo y que la antijuridicidad es un puro juicio de valor sobre el tipo. La cuestión de si concurre una causa de justificación no es sólo de naturaleza *jurídica*, sino que depende también de si concurren ciertos elementos situacionales (como el hecho de la agresión en la legítima defensa). El hecho antijurídico no sólo ha de realizar la situación prevista en el tipo positivo, sino también no realizar la situación propia de un tipo de justificación (tipo negativo). Esta situación es la integrada por los presupuestos objetivos de una causa de justificación. El error sobre éstos es, pues, un error sobre la situación típica de la justificación, sobre el tipo negativo. Esta clase de error no es un error sobre el tipo positivo, pero tampoco afecta sólo a la prohibición, a la valoración del hecho como prohibido, sino al tipo negativo, tan situacional como el tipo positivo. Terminológicamente, lo más preciso es designarlo como «error de tipo negativo». No puede desplazar el dolo típico, elemento de tipo positivo, pero sí el carácter doloso del hecho antijurídico completo, que no sólo requiere un tipo doloso, sino también que el sujeto sepa que no concurre un tipo de justificación.<sup>9</sup>

Todo ello muestra que desde el punto de vista dogmático es perfectamente *posible* considerar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es, como el error de tipo (positivo), un error sobre «elementos de la infracción» (artículo 6 bis *a* I y II). Es cierto que dicho error también supone error sobre la prohibición del hecho, pero lo mismo sucede en el error de tipo (positivo): quien desconoce que está matando a un hombre, sino a un animal al que puede cazar, cree estar actuando lícitamente. Cabe, pues, sostener que sólo ha de considerarse error de prohibición (artículo 6 bis *a* párrafo III) el error que no se refiere a un elemento de la infracción (ya incluíble en los párrafos I y II del mismo artículo), sino sólo a la infracción misma.

Pero que esta construcción sea admisible no significa que no sea *posible también* sostener que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no afecta a elementos de la infracción. Ya se ha visto en el punto *a* que la concepción welzeliana del tipo como sede exclusiva de la materia de prohibición puede servir de base para entender que todos los elementos de la infracción se encuentran en el tipo y ninguno fuera de él. La decisión entre una u otra concepción dogmática del sentido de la «infracción» ha de tener en cuenta, entonces, consideraciones *político-criminales*.

9. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, Parte general, pp. 198 y s.

Desde este punto de vista, se ha argüido en contra de la asimilación del tratamiento del error sobre los presupuestos de una causa de justificación al tratamiento del error de tipo (positivo) que sería inoportuno dejar impune el error vencible sobre aquellos presupuestos en la mayoría de delitos, como sucedería en España si prosperase el sistema de *numerus clausus* previsto para la incriminación de la imprudencia por el Proyecto de 1980 y por la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Así podría entenderlo quien crea que la sola realización del tipo (positivo), que generalmente supondrá la lesión consciente de un bien jurídico, exige un mayor rigor en el trato del error sobre aquellas situaciones en que está justificada la conducta típica.<sup>10</sup> Mayor fundamento político-criminal tiene, sin embargo, la tesis contraria, dominante en la doctrina,<sup>11</sup> que parte de que el error sobre la *situación* descrita en el tipo de una causa de justificación merece, por su analogía de significado con el error sobre la *situación* descrita en el tipo (positivo), el mismo tratamiento jurídico-penal. Es cierto, en efecto, que el error sobre el tipo negativo no supone desatención del deber de conocimiento del Derecho y que no hace preciso, por tanto, la mayor severidad con que se trata el desconocimiento del Derecho, mayor severidad que sólo está justificada —si es que lo está—<sup>12</sup> como estímulo para conocer el Derecho y para evitar que resulte beneficiado quien no se preocupa de conocer lo prohibido, en comparación con quien sí se ha tomado la molestia de tomar conocimiento de ello. Adviértase que quien incurre en un error sobre los presupuestos de una causa de justificación no desconoce ninguna norma jurídico-penal ni su alcance, sino que sólo yerra —como en el error de tipo (positivo)— en cuanto a la situación frente a la que se encuentra.

10. Con relación al Proyecto de 1980, se inclinaron por la teoría estricta de la culpabilidad alegando razones político-criminales: Huerta Tocildo, *RFUDC*, monográf. 8, 1980, p. 93; Zugaldía, *CPC*, 15, 1980, pp. 519 y ss.; Romeo Casabona, *ADPCP*, 1981, pp. 766 y ss.; Cerezo Mir, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 201 y ss. Este autor mantiene la misma posición respecto al artículo 6 bis a, en *ADPCP*, 1985, pp. 279 y ss. Respecto a dicho artículo, en el mismo sentido: Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, 1984, p. 486; Octavio de Toledo y Huerta Tocildo, *Derecho penal*, I, 1985, pp. 176 y ss., y II, 1986, pp. 62 y ss.; Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 260 y ss. Incluye también el error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el párrafo 3.º del artículo 6 bis a, Muñoz Conde, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, pp. 308 y ss. Propugna la aplicación del tratamiento del error de prohibición por analogía Bacigalupo, *La Ley*, 1981-1, pp. 922 y ss. En favor, en cambio, de la equiparación del tratamiento de esta clase de error al de tipo, desde la teoría del dolo, Torío, en Fernández Albor (ed.), *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 262 y ss.; Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, p. 463.

11. Cfr., por todos, Jescheck, *Tratado*, I, p. 635, con referencias bibliográficas.

12. Cfr. Torío, *op. cit.*, pp. 262 y ss.; Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, p. 461. También lo cuestiona, desde otro planteamiento, Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 300.

La *conclusión* a que conduce todo lo anterior es la siguiente: quien admita —como personalmente estimo correcto— que la ausencia de causas de justificación es necesaria para que pueda hablarse de una verdadera «infracción penal», podrá incluir el error sobre los presupuestos de una causa de justificación en el «error sobre un elemento integrante de la infracción penal» de los párrafos I y II del artículo 6 bis *a*, con la consiguiente aplicación del tratamiento del error de tipo y sus ventajas político-criminales. Pero también podrá acoger la misma solución, si la cree político-criminalmente preferible, quien, pese a admitir que la realización del tipo supone ya una «infracción» abstracta de la norma, reconozca que además es precisa la ausencia de causas de justificación para que pueda hablarse de una «infracción» *concreta*.

d) ¿Cuál es la posición adoptada por el Tribunal Supremo ante la cuestión planteada? Aunque denomina «error de prohibición» al que versa sobre los presupuestos de una causa de justificación, lo considera incluíble en los párrafos I y II del artículo 6 bis *a*. Así, cuando el mencionado error es vencible el TS considera desplazado el dolo y aplicable lo que dispone el párrafo II de dicho precepto: la punición con arreglo a los tipos imprudentes. En este sentido pueden citarse las sentencias de 26 de enero de 1984, 20 de junio de 1984, 14 de diciembre de 1985 y 26 de octubre de 1986.<sup>13</sup> Si bien es incoherente hablar entonces de «error de prohibición», este tratamiento jurisprudencial es el que me parece preferible por las razones antes indicadas.

#### IV

La mayoría de los autores que se han ocupado del artículo 6 bis *a* o de su antecedente, el artículo 20 del Proyecto del CP de 1980, ven en ellos una consagración de la *teoría de la culpabilidad*.<sup>14</sup> Sin embargo, una consideración detenida de la nueva regulación pone de manifiesto que no obliga a aceptar ni dicha teoría ni la del dolo, sino que es susceptible de ser interpretada tanto desde una como desde otra teoría.

13. Cfr. Joshi, *ADPCP*, 1987, pp. 715 y ss.

14. Cfr. Zugaldía, *op. cit.*, p. 511; Torío, *op. cit.*, pp. 249 y ss. (en contra); Romeo Casabona, *op. cit.*, pp. 740 y ss.; Rodríguez Ramos, *La Ley*, 1980, p. 1073; Bacigalupo, *op. cit.*, p. 919; Huerta Tocildo, *op. cit.*, pp. 35 y ss.; Cerezo Mir, *ADPCP*, 1985, pp. 279 y ss.; Octavio de Toledo y Huerta, *Derecho penal*, II, 1986, pp. 59 y ss.; Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, p. 486; Maqueda Abreu, *CPC*, 1987, pp. 258 y ss. (aunque admite que el artículo 6 bis *a* también es compatible con la teoría del dolo).

Es evidente que ni el artículo 6 bis *a* ni su antecedente, el artículo 20 del Proyecto de 1980, contienen ninguna declaración expresa en el sentido de que acojan la teoría de la culpabilidad ni ninguna otra. Se limitan a distinguir varias clases de error y asignarles diferentes consecuencias jurídicas. Es lo que debe hacer un legislador, que debe guardarse de terciar en cuestiones doctrinales. ¿Por qué entonces la suposición de que la nueva regulación del error acoge la teoría de la culpabilidad? Tal suposición se basa en el hecho de que la nueva fórmula distingue el tratamiento del error de tipo y del de prohibición vencibles: mientras que respecto al error de tipo vencible el párrafo segundo remite a la pena de la imprudencia, el párrafo tercero prescribe para el error de prohibición vencible la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito doloso. Se interpreta, sobre esta base, que ello supone admitir que el error de prohibición vencible deja en pie el delito doloso y se limita a atenuar la pena que le corresponde, cosa que a su vez se cree que sólo puede fundarse en una disminución de la culpabilidad —como precisamente sostiene la teoría de la culpabilidad—. Pero esta interpretación no es obligada en absoluto por el texto del artículo 6 bis *a*, que, por el contrario, se aparta en un punto fundamental de la teoría de la culpabilidad.

Que se remita a la *pena inferior* en grado a la señalada al delito doloso no equivale, desde luego, a afirmar que exista un delito doloso. El artículo 6 bis *a* nada dice de la naturaleza del hecho realizado con error de prohibición vencible, sino que se limita a ofrecer una *regla de determinación de la pena*. Y esta pena no es tampoco la del delito doloso, sino otra inferior. Que ésta se calcule tomando como base comparativa la del delito doloso, no significa que subsista el dolo. También el artículo 565, CP, penúltimo párrafo, se obliga a imponer al delito imprudente siempre una pena inferior a la del hecho doloso; y también la atenuación de la pena prevista para los casos de exención parcial —pena a la que se remite el artículo 6 bis *a*— se prevé igualmente con relación a eximentes del todo diversas, tanto justificantes como excluyentes de la culpabilidad. En esta línea, la atenuación prevista por el § 17 StGB alemán para el error de prohibición es la misma que se señala a la tentativa (§ 23): en ambos casos se remite al § 49, y es evidente que nadie podría sostener que ello significa que la tentativa supone la presencia del delito doloso consumado que sirve de base para atenuar la pena. Sólo se trata, obviamente, de una regla de determinación de la pena coincidente, que nada dice de la razón de la atenuación.

En el caso del artículo 6 bis *a*, III, CP nada impide entender que la pena que se señala para el error de prohibición vencible se debe a la concurren-

cia de *culpa iuris*. La diferencia de tratamiento que ello supone respecto del error de tipo vencible podría explicarse por la conveniencia político-criminal de tratar con mayor rigor esta forma de imprudencia, al objeto de estimular el conocimiento del Derecho. El último párrafo del artículo 6 bis *a* no es, pues, obstáculo alguno al mantenimiento de la teoría del dolo, sino que puede entenderse como expresión de una cláusula general de *culpa iuris* como la propuesta desde las premisas de la teoría del dolo con objeto de evitar la inconveniente impunidad del error de prohibición vencible en todos los casos en que no sea punible la *culpa facti*.<sup>15</sup>

En efecto, la redacción del tercer párrafo del artículo 6 bis *a* contiene un elemento que hace pensar que no respondió a la lógica de la teoría de la culpabilidad y que en cambio ofrece un argumento para interpretarlo desde la teoría del dolo: la atenuación de la pena tiene lugar *siempre* que falte el conocimiento *actual* de la antijuridicidad. Es sabido —pero es importante recordarlo— que uno de los puntos centrales de la teoría de la culpabilidad es el abandono de la exigencia del conocimiento actual de la antijuridicidad y su sustitución por la *posibilidad* de dicho conocimiento (conocimiento *potencial*), y su valoración no ya como dato psicológico, sino en cuanto influya en el juicio de reproche de la culpabilidad. El conocimiento actual sólo se requiere para el dolo. Al separarse de éste el conocimiento de la antijuridicidad, ya sólo se exige que el sujeto pudiera contar con él, puesto que ello basta para que pudiera motivarse conforme a la norma y, por tanto, para el poder-actuar-de-otro-modo que Welzel viene a erigir en fundamento del reproche de culpabilidad. Recuérdese que el finalismo pretende haber conseguido eliminar todo contenido psicológico de la culpabilidad y haber logrado una concepción «puramente» normativa de la misma.<sup>16</sup> Para decirlo en términos de *Graf zu Dohna*: en la culpabilidad no habría de quedar nada del *objeto* de la valoración, trasladado íntegramente al injusto, sino sólo la valoración del objeto. En la culpabilidad no se preguntaría ya si el sujeto *quiso o no quiso* el hecho injusto, sino sólo si pudo o no pudo evitarlo. De ahí que cuando el error de prohibición es *burdo* (*grob*), la teoría de la culpabilidad sostiene que no debe ni siquiera atenuar la pena, porque no responde en absoluto a *ninguna disminución de la posibilidad de motivación conforme a la norma*. No se olvide tampoco que

15. Sobre esta construcción, propuesta en Alemania por Schröder, y sobre el modo de hacerla viable en España —coincidiendo, por cierto, con la imposición de una pena inferior a la señalada al delito doloso que prevé el artículo 6 bis *a*—, cfr. Torío, *op. cit.*, pp. 263 y ss.

16. Cfr. Jescheck, *Tratado*, I, 1981, p. 579; Maurach, *Tratado de derecho penal* (trad. y notas de derecho español de Córdoba Roda, II, 1962, pp. 24 ss.).

ésta fue una de las razones que hicieron que la teoría de la culpabilidad fuera aceptada por la sentencia del BGH de 18 de marzo de 1952: con ello se cerraba la puerta al peligro de que el reconocimiento de relevancia al error de prohibición supusiera una forma de premiar el desconocimiento inexcusable de valores fundamentales. Con todo esto choca la fórmula del párrafo III del artículo 6 bis *a*, que *sigue anclada en la alternativa clásica de conocimiento/desconocimiento, como datos psicológicos actuales*.<sup>17</sup>

La regulación española del error de prohibición no sólo no se manifiesta en favor de la teoría de la culpabilidad, sino que contiene algún elemento que permite mejor explicación desde la teoría del dolo. No es de extrañar, pues, que un sector de la doctrina prefiera interpretar el artículo 6 bis *a*, III desde la teoría del dolo.<sup>18</sup> Ello no significa, evidentemente, que no pueda mantenerse la teoría de la culpabilidad. Pero sí significa que la elección entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad no puede considerarse decidida por el Derecho vigente, sino que ha de seguir dependiendo de las premisas dogmáticas y político-criminales que se acojan.<sup>19</sup> A continuación expondré algunas consideraciones relativas a una de estas premisas: la posición sistemática del error de prohibición en la teoría del delito.

## V

La *posición sistemática* del error de prohibición en la estructura de la teoría del delito no constituye una cuestión meramente formal de ordenación de un sistema, sino vinculada a la naturaleza material del conocimiento de la antijuridicidad y a su significado valorativo. Posee la máxima trascendencia teórica, pues entronca con el sentido profundo de la distin-

17. Señala la discrepancia entre el tratamiento propugnado por el finalismo y el acogido por el Proyecto de 1980 el Ponente General de la comisión redactora del Anteproyecto de 1979, que dio lugar a aquél, Rodríguez Mourullo, en Fernández Albor (ed.), *La reforma penal*, cit., p. 25.

18. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, Parte general, 1985, pp. 548 y ss.; Cobo y Vives, *Derecho penal*, Parte general, 1987, p. 463; Rodríguez Devesa, *RFDUC*, monográf. 6, 1983, p. 594.

19. Coinciden en entender que el artículo 6 bis *a* no decide la cuestión en favor de la teoría de la culpabilidad; Quintero, en Quintero y Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, 1983, pp. 53 y ss.; Muñoz Conde, en Fernández Albor (ed.), *Estudios penales y criminológicos*, X, 1987, p. 290, creyendo que permite combinar, según una perspectiva político-criminal orientada a las consecuencias, elementos de la teoría de la culpabilidad y de la teoría del dolo. También, aunque parece favorable a la teoría de la culpabilidad, Cuello Contreras, *CPC*, 32, 1987, pp. 283, 285; Rodríguez Devesa, *RFDUC*, monográf. 6, 1983, p. 598. Para Bustos, *ADPCP*, 1985, pp. 711 y ss., 719, ni la teoría del dolo ni la de la culpabilidad explican adecuadamente el artículo 6 bis *a*, sino que cree necesario un planteamiento distinto, que no entienda la «creencia errónea» como forma de error, sino de «conciencia diferente» que supone una valoración del hecho distinta de la del Derecho positivo.

ción de injusto y culpabilidad, y afecta, por tanto, a las bases de la teoría del delito. Pero puede tener también consecuencias prácticas, puesto que de estas cuestiones materiales puede depender el tratamiento jurídico-penal que ha de merecer el error de prohibición. Todo ello se halla en juego, en efecto, cuando se discute si el error de prohibición afecta a la culpabilidad —como sostiene la doctrina dominante— o, por el contrario, al injusto —como he propuesto en otros lugares—. Que el error de prohibición invencible no excluya la antijuridicidad, sino sólo la culpabilidad, supone una decisión valorativa, en el sentido de que el hecho realizado en tales condiciones continúa siendo desvalorado como contrario al Derecho, como jurídicamente incorrecto y prohibido, cosa que no sucede si se admite que no tiene sentido ni siquiera prohibir el hecho a quien no podría recibir tal prohibición. La decisión de esta alternativa puede afectar, por otra parte, a la adopción de la teoría del dolo o la de la culpabilidad.

1. El texto del artículo 6 bis *a*, III utiliza una expresión que podría alegarse en favor de la tesis dominante que sostiene la antijuridicidad del hecho realizado con error invencible de prohibición. Se refiere a «la creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente». Si la creencia en la licitud del hecho es *errónea*, es que, en realidad, el hecho sigue siendo ilícito. Y si lo «ilícito» se entendiera como «antijurídico», resultaría que la fórmula citada vendría a afirmar que el error de prohibición invencible deja en pie la antijuridicidad del hecho. Cabe, ciertamente, considerar impropio de la misión del legislador decidir cuestiones doctrinales como la relativa al contenido del concepto dogmático de antijuridicidad. En este sentido, en su momento, un grupo parlamentario aceptó mi propuesta de enmendar el artículo 20 del Proyecto del CP de 1980 (antecedente del actual artículo 6 bis *a*, en particular solicitando que se suprimiera el adjetivo *errónea* y se admitiera la siguiente redacción: «La creencia invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad penal.»<sup>20</sup> Mas lo cierto es que el texto actualmente vigente mantiene la expresión originaria «creencia *errónea*». Ahora caben frente a esta expresión dos actitudes distintas.

Una primera postura sería la de negar que la ciencia jurídico-penal deba sentirse vinculada en sus conceptos teóricos por el uso que de ellos pueda hacer el legislador. En favor de esta postura puede alegarse que la misión de la ley es la de regular la vida social vinculando consecuencias jurídicas

20. Cfr. Mir Puig y Muñoz Conde, «Propuesta alternativa de la parte general del Código penal», *CPC*, 18, 1982, p. 621.

a determinados hechos, nada de lo cual le autoriza a imponer un determinado análisis teórico de la realidad, ni afirmar que las cosas son de otro modo a cómo realmente son. Admito esta limitación, pero importa no confundir con un mero análisis teórico la toma de posición respecto a una valoración que puede tener consecuencias normativas. Esto último entra dentro de las facultades reguladoras del legislador, aunque pueda ser prudente que se abstenga de tomar partido cuando se trate de una valoración discutida o discutible entre los autores.

La segunda actitud a que me refería, frente a la fórmula del artículo 6 bis *a*, III, parte, en efecto, del reconocimiento de que el concepto de ilicitud que maneja este precepto no puede ser desconocido por la Dogmática jurídico-penal en cuanto expresa una valoración del Derecho positivo: la valoración de lo que es lícito o ilícito. Ahora bien, hay distintas formas de tener en cuenta esta valoración manifestada mediante la alusión a la ilicitud.

Cabe, en primer lugar, entender qué equivale a la antijuridicidad en sentido dogmático. Desde mi punto de vista, ello obligaría a entender la antijuridicidad no como infracción de la prohibición del hecho concreto (antijuridicidad del hecho concreto o antijuridicidad concreta), sino como infracción de la prohibición del hecho en general, en abstracto (antijuridicidad abstracta). Sobre esta distinción me he extendido especialmente en la segunda edición de mi libro sobre *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*.<sup>21</sup> La antijuridicidad abstracta requeriría sólo que el hecho se halle generalmente prohibido, es decir, que resulte prohibido si se prescinde, si se hace abstracción de ciertas circunstancias. La antijuridicidad concreta exige más: exige que el hecho resulte prohibido, atendidas todas sus circunstancias. Pues bien, el hecho realizado con un error de prohibición invencible sólo se puede considerar antijurídico en abstracto, puesto que en concreto, teniendo en cuenta la invencibilidad del error, carece de sentido prohibir al sujeto que realice el hecho. Una tal prohibición estaría destinada al fracaso, si se admite que la función de las normas penales es intentar motivar la evitación de conductas lesivas o peligrosas, lo cual me parece necesario en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, como el que impone el modelo de Estado social y democrático de Derecho, acogido por el artículo 1.º, 1, de la Constitución española. Ninguna prohibición podría, en efecto, intentar motivar a evitar un hecho si el destinatario no pudiera conocer la prohibición, que es lo que sucede en

21. Cfr. pp. 81 y ss., 104 y ss.

el caso del error invencible. ¿Qué sentido tendría, entonces, prohibir el hecho al sujeto cuando éste no podría advertirlo?

A la misma conclusión —de que el error invencible de prohibición ha de impedir la antijuridicidad de la concreta acción— se llega también por otra vía que puede resultar, si cabe, aún más expresiva. Cuando en esta clase de error, como en el de error de tipo invencible, decimos que el Derecho no puede motivar a la evitación del hecho, estamos dando por supuesto que ello es así en atención al grado de riesgo permitido. Quiere decirse que, si se mantiene el margen de riesgo que el Derecho permite, no es posible que el sujeto pueda encontrar motivos para considerar que en su caso existe un riesgo mayor. Pero esto significa que, en realidad, el Derecho podría tratar de motivar a la evitación del hecho si prohibiera previamente aquellos riesgos que pudiesen determinar caer en un error invencible. Así, por ejemplo, si se impidiese la entrada al país a todo extranjero que no probase conocer la legislación penal española, se podrían evitar posibles errores que ahora consideraríamos invencibles. Si el Derecho no lo hace es porque considera mayores los inconvenientes que las ventajas de una tal política jurídica, que llevada al extremo podría conducir a la paralización de la vida social, a la cual es inherente siempre un cierto grado de riesgo. Pero esto supone que la impunidad del hecho realizado en error invencible, ya sea de tipo, ya de prohibición, puede verse en última instancia como el producto de una decisión político-criminal del Derecho, que considera preferible permitir actuar en tales situaciones, aun a costa de las lesiones correspondientes, que reducir el ámbito de riesgos permitidos en la vida social. Se trata, como se ve, de la lógica de toda causa que excluye la antijuridicidad (concreta) de un hecho: la lógica de principio de interés preponderante. No se trata de un problema de culpabilidad.

Ello no obsta a que el hecho realizado en error de prohibición invencible siga hallándose prohibido en general, es decir, siempre que no concurra el error invencible. Se comprenderá que, desde este planteamiento, la referencia a la «ilicitud» del hecho que contiene el artículo 6 bis *a*, III, sólo puede equipararse a la antijuridicidad si ésta se entiende en el sentido expuesto de «antijuridicidad abstracta».

Es ésta una concepción de la antijuridicidad frecuente en la doctrina.<sup>22</sup> Sin embargo, creo que choca con la necesidad, que nadie niega, de tener en cuenta todas las circunstancias concretas en que se encuentra el autor del hecho en la omisión para decidir si efectivamente infringe el deber de ac-

22. Cfr., por ejemplo, Welzel, *Lehrbuch*, cit., p. 138.

tuar y actúa antijurídicamente. Así, nadie sostendrá que realice el tipo de injusto de la omisión de socorro, el sujeto que no se lanza al agua para auxiliar a quien se ahoga, si aquél no sabe nadar. Del mismo modo, también se halla generalmente admitido que los conocimientos especiales que posea el autor deben tenerse en cuenta para afirmar la adecuación causal de la conducta y, por lo tanto, la imputación objetiva del resultado. Éstos y otros ejemplos ponen de manifiesto que la evolución de la teoría del delito ha llevado a reconocer en una serie de puntos la necesidad de una contemplación concreta del hecho a la hora de valorar su antijuridicidad. Resultaría, entonces, incoherente mantener un concepto de antijuridicidad abstracta que prescinda de circunstancias concretas como las que hacen invencible el error de prohibición.

Se sigue de lo anterior que me inclino por un concepto de antijuridicidad referido al hecho concreto. Si, según he dicho antes, la «ilicitud» a que se refiere el artículo 6 bis *a* sólo puede entenderse en el sentido de antijuridicidad general o abstracta, la consecuencia habrá de ser que aquel concepto dogmático de antijuridicidad no se mueve en el mismo nivel de abstracción que el de licitud que maneja el Código. El hecho realizado en error de prohibición invencible será «ilícito» en abstracto, pero no podrá ser prohibido en concreto a su autor, por lo que no podrá considerarse antijurídico en concreto. Esto no ha de significar desconocer la valoración jurídica expresada por el concepto de ilicitud del artículo 6 bis *a*. Al contrario, debe reconocerse que constituye un presupuesto necesario para que sea aplicable el tratamiento jurídico del error invencible de prohibición: éste procederá únicamente respecto a los hechos generalmente *ilícitos*, esto es, prohibidos en general —aunque haya que negar que su prohibición pueda dirigirse al autor del concreto hecho realizado en error invencible—.

La interpretación propuesta del concepto de ilicitud que introduce el artículo 6 bis *a*, su distinción del concepto dogmático de antijuridicidad concreta y la relación entre ambos pueden alegar como precedente la necesidad de interpretar en un sentido paralelo la expresión «infringe un deber» que prevé el artículo 8, 7.º, CP. También esta expresión ha de interpretarse en un sentido abstracto distinto al de una concreta infracción del deber sacrificado. En efecto, tratándose de una colisión de deberes justificante, es evidente que el sujeto debe cumplir sólo el deber más importante. El Derecho no puede en tal caso seguir obligándole a cumplir el otro deber. Ello no puede sino significar que el Derecho sólo deja en pie el deber más importante y que desaparece, así, el otro deber en conflicto. No puede entenderse, por ello, que en el caso concreto el sujeto «infringe un deber». Esta

expresión ha de entenderse en el sentido abstracto de que en general, en abstracto, si se hiciera abstracción de la concurrencia de otro deber más importante, el sujeto infringiría un deber. En el mismo sentido abstracto hay que entender la terminología al uso de «colisión de deberes», que sólo puede admitirse si se tiene presente que en el caso concreto sólo subsiste un deber.<sup>23</sup> Algo parecido ocurre también con la terminología de «concurso de leyes». Se trata en todos estos casos —como en el concepto de ilicitud que emplea el Código para el error— de expresiones cuyo uso en el sentido abstracto indicado resulta muy difícil de evitar a efectos lingüísticos, pues de otro modo habría que acudir a giros más engorrosos y menos gráficos.

2. Según el razonamiento seguido, la nueva fórmula del error de prohibición no impide sostener una concepción dogmática de la antijuridicidad como oposición a una concreta prohibición dirigida al autor ni, por tanto, a considerar que el error de prohibición invencible impide en este sentido la presencia de antijuridicidad, porque no tiene sentido tratar de motivar al autor, que se encuentra en una tal situación, dirigiéndole una prohibición que no puede recibir. Pero ¿qué ocurre con el *error vencible* de prohibición? Esta clase de error no obsta a la utilidad de dirigir la prohibición al autor, por lo que es evidente que no puede excluir el injusto. De ahí que el artículo 6 bis *a* castigue en este caso, siquiera sea con una pena atenuada. La cuestión que conviene abordar aquí es la de si esta atenuación responde a una disminución de la gravedad del injusto o de la culpabilidad, y en cualquier caso en qué se funda esta disminución.

La decisión de esta alternativa depende de que se admita, o no, que la *gravedad del injusto* depende de que constituya una infracción consciente de la norma o una falta de atención a la misma. Si se admite, habrá que aceptar que la conciencia de la norma eleva lo injusto del hecho.

Consideremos esta primera alternativa. Según ella, la gravedad del injusto depende no sólo de la importancia que el Derecho conceda al bien jurídico afectado y a la forma de su ataque, sino también del conocimiento y desconocimiento de su protección jurídico-penal. La conducta prohibida sólo será desvalorada por el Derecho en cuanto acción voluntaria relacionada negativamente con la norma, sea porque constituye una acción de infracción consciente, sea porque suponga una acción de infracción consciente, sea porque suponga una actuación negligente de desatención a la norma. Si el desvalor del hecho depende (en parte) de estas relaciones ne-

23. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., p. 83.

gativas con la norma, será lógico que se considere más grave en el primer caso de relación de oposición consciente que en el segundo de falta de atención. Este planteamiento queda reflejado en la teoría del dolo, si se la entiende con referencia al dolo situado en el injusto: esta teoría desvalora la conducta lesiva voluntaria (con dolo natural) en función de si se realiza con conciencia de la norma (*dolus malus*) o por falta de atención a la llamada de dicha norma (*imprudencia iuris*).

El otro planteamiento posible desvalora el hecho en base exclusivamente al ataque, voluntario o no, al bien jurídico de que se trate. Considera este ataque en función sólo de su gravedad intrínseca independiente de la relación psíquica de su autor con la norma que lo prohíbe. Es la óptica de la teoría de la culpabilidad. Admite que la norma sólo puede prohibir acciones finales, y que es más grave la acción dirigida voluntariamente a la lesión típica que la simplemente imprudente respecto a ella, pero no valora estas acciones en cuanto a su relación final con la prohibición. El desvalor del injusto se ve en el desvalor de la acción final prohibida, pero no en el desvalor de tal conducta en cuanto acción final de infracción consciente o de desatención imprudente de la prohibición. Así, la gravedad de lo injusto de un hecho doloso (con dolo natural) sería la misma tanto si el sujeto conoce su prohibición, como si la desconoce. Sólo en la culpabilidad podría valorarse si el sujeto pudo o no ser motivado adecuadamente por la norma.

Ambas alternativas podrían adaptarse al planteamiento aquí defendido. Puesto que parto de la inclusión del dolo en el injusto, aceptar la teoría del dolo supondría incluir el *dolus malus* en el injusto. Por lo que se refiere a la teoría de la culpabilidad, si se admite que el error invencible de prohibición impide ya dirigir ésta, habría que entenderla con referencia sólo al error vencible: siendo posible la prohibición, ésta se infringiría pero podría atenuarse la culpabilidad —en el error invencible faltaría ya el injusto—.

Como antes he señalado, la nueva regulación del error no obliga a inclinarse por ninguna de ambas teorías. Ha de partirse, entonces, del concepto de antijuridicidad que se maneje y de cómo se resuelva, en consecuencia, la alternativa dogmática propuesta: la de si hay que valorar el hecho según su carácter de infracción consciente de la norma o desatención a la misma, o, por el contrario, atendiendo solamente a la gravedad intrínseca del ataque al bien jurídico correspondiente. En otro lugar me he manifestado favorable a la teoría del dolo situado en el injusto. Ello, coherente con la primera alternativa señalada, puede apoyarse en la siguiente considera-

ción: si sólo cabe desvalorar como antijurídicas acciones voluntarias —tesis de la que parte el finalismo—<sup>24</sup> y en su relación con una prohibición jurídica —no existe una antijuridicidad *en sí* de una conducta, meramente *quia malum*—, una conducta sólo podrá desvalorarse jurídicamente en cuanto vulneración voluntaria de la prohibición o en cuanto acción voluntaria realizada sin atender a la llamada de dicha prohibición. La infracción consciente sería más grave en cuanto acción final negadora de la norma, mientras que la falta de atención a dicha norma no la niega conscientemente, sino que responde a imprudencia. Ya he dicho, finalmente, que la exigencia de conocimiento actual y no sólo potencial de la prohibición que establece el artículo 6 bis *a*, III, CP favorece este planteamiento.

No querría terminar, sin embargo, sin insinuar otra línea de argumentación favorable a la teoría del dolo, tal como la entiendo, y a la fundamentación que he esbozado: todo ello es más coherente con la concepción del Derecho, adecuada a la idea de Estado democrático, como diálogo entre el Estado y el ciudadano. Concebir, en efecto, el injusto desde la relación entre el destinatario de la norma y esta norma, valorando su posibilidad y gravedad en función de la posibilidad e intensidad de la oposición al mensaje normativo, supone reconocer al destinatario de la norma como interlocutor con el que hay que contactar para decidir si hay infracción y de cuya actitud subjetiva frente a la norma se hace depender la gravedad de dicha infracción. No sucede lo mismo en el otro modelo que valora la antijuridicidad, prescindiendo de la relación entre la conciencia del sujeto y la norma. Pero es éste un planteamiento que aquí no puedo desarrollar, sino únicamente sugerir.

24. Escribe Fernández Carrasquilla, «Hacia una dogmática penal sin culpabilidad», *Nuevo Foro Penal*, 16, 1982, p. 956: «Si, según los finalistas, los clásicos y neoclásicos rompían la unidad ontológico de la acción al estudiar en la acción la voluntariedad y en la culpabilidad el contenido de la voluntad (dolo, culpa), parece claro que los finalistas hacen algo idéntico, aunque en escala menor, al atribuir a la acción típica la conciencia de lo fáctico y al reproche de culpabilidad la conciencia de lo jurídico o antijurídico del acto.»

## CAPÍTULO 4

# ANTI JURIDICIDAD OBJETIVA Y ANTINORMATIVIDAD EN DERECHO PENAL

### I

1. Cuando Von Liszt impuso en la teoría del delito la distinción de antijuridicidad y culpabilidad, entendió aquélla de forma «estrictamente objetiva»,<sup>1</sup> como «lesión o puesta en peligro de un bien jurídico» («antijuridicidad material»), pero, al mismo tiempo, como «infracción de una norma estatal, de un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico» («antijuridicidad formal»),<sup>2</sup> esto es, como antinormatividad. Ya Binding había advertido de que, entendida objetivamente la antijuridicidad,<sup>3</sup> no podía suponer una plena antinormatividad, para la que exigía la «culpabilidad» del sujeto. El propio Von Liszt reconoció que el *Unrecht*, el injusto, exigía no sólo la «antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeit*), sino también la «culpabilidad» (el dolo o la culpa).<sup>4</sup> La evolución posterior de la teoría del delito ha confirmado la imposibilidad del intento de Von Liszt de entender objetivamente la infracción de una norma que no sea sólo de valoración, sino un verdadero «mandato o prohibición».

1. Cfr. Von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18.ª ed., 1911, § 32, III, 4, p. 146. Como es sabido, en esto, como en otras de sus ideas fundamentales (la idea de *fin*, la de *interés*, la de *lucha o conflicto de intereses*, etc.), Von Liszt siguió a su maestro, el gran civilista Ihering. Sobre los orígenes del concepto de antijuridicidad, que tiene otros antecedentes, cfr., por todos, Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, p. 273).

2. Cfr. Von Liszt, *Lehrbuch*, cit., § 32, I, 1, p. 143 y § 26, I, 1 b, p. 120.

3. El mismo Binding utilizó el término «antijuridicidad» (*Rechtswidrigkeit*) en el sentido objetivo de lesión de un derecho subjetivo o «insoportabilidad jurídica» (*Rechtsunerträglichkeit*), que en sí mismo no implica la voluntad consciente del sujeto. Cfr. Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 24 y s., 30.

4. Cfr. Von Liszt, *Lehrbuch*, cit., § 26, I, 1 c y 2, p. 121, y § 32, I, p. 143.

Ello se puso ya de manifiesto cuando el neokantismo profundizó en el significado normativo-valorativo del delito y de la antijuridicidad. Aunque este otro planteamiento no llevó a abandonar el entendimiento básicamente objetivo del injusto,<sup>5</sup> sí condujo a renunciar a la identificación de la antijuridicidad con la infracción de la «norma de determinación». Así, Mezger reconoció que la infracción de esta norma exigía la imputación subjetiva y personal (que este contexto se denominaba «culpabilidad» y comprendió el dolo o la culpa). La antijuridicidad, entendida como juicio de desvalor objetivo, sólo podía ser infracción de la «norma de valoración».<sup>6</sup>

Pero esta construcción tropieza con la siguiente aporía: si se concibe la norma de valoración como distinta de la norma de determinación (como parecía hacer Mezger), se está afirmando que una norma jurídica pueda consistir en una pura valoración desprovista de carácter *prescriptivo*, lo que se aparta del sentido usual de la palabra *norma* y desconoce la función reguladora de conductas de las normas jurídicas; pero si las expresiones *norma de valoración* y *norma de determinación* se entienden en el sentido de dos aspectos o funciones de una sola norma, la sola oposición a la valoración no es infracción de toda la norma. Entendida como oposición a la valoración de la norma prohibitiva, la antijuridicidad no significa, pues, infracción completa de la norma. El entendimiento normativo de la antijuridicidad por parte del neokantismo no permitió explicar aquélla como antinormatividad, en el sentido de infracción de la norma prohibitiva (norma primaria, norma de conducta).

Welzel y Armin Kaufmann refirieron el término *antijuridicidad* a la infracción completa de la norma, en el sentido de Binding.<sup>7</sup> Del mismo modo que trataron de completar el proceso iniciado por el neokantismo de consideración de todo el sentido del hecho, que depende tanto de su parte objetiva como de su parte subjetiva, como base del juicio de antijuridicidad, se propusieron también superar la escisión de la antinormatividad en los dos aspectos de contrariedad a la norma de valoración y de infracción de la norma de determinación. Todo el hecho, objetivo y subjetivo, debía ser ob-

5. Si bien hubo de reconocer la imposibilidad de formular el juicio de desvalor objetivo de antijuridicidad sin tener en cuenta los «elementos subjetivos del injusto», lo que abrió una vía que había de desembocar en la aceptación de que también el dolo condiciona el significado valorativo objetivo del hecho y, por tanto, su valoración objetiva como injusto (sobre esto *vid. infra*, II, 4).

6. Cfr. Mezger, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Rodríguez Muñoz, t. I, 1935, pp. 279 y ss., 284 y ss.).

7. Cfr. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 50 y, sobre todo, Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, cit., *passim*. También Kant identificó el injusto (*Unrecht, factum illicitum*) con el hecho contrario a deber (*pflichtwidrig*), que también denominó transgresión (*Übertretung*); para que la transgresión fuera dolosa exigió «la conciencia de que es una transgresión»: «Die Metaphysik der Sitten», en Kant, *Werke* (Darmstadt), 1983, vol. 7, p. 330.

jeto de valoración, unitaria, en la antijuridicidad, y ésta había de cobijar toda la antinormatividad del hecho. Y como lo específico de la norma de conducta (norma primaria) infringida es regular, el comportamiento del ciudadano mediante un imperativo (¡no matarás!), la infracción de dicha norma presupone no sólo un comportamiento objetivamente desvalorado como indeseable, sino también una voluntad consciente del sujeto a la que pueda dirigirse el mandato normativo.

Pero Welzel no extrajo todas las consecuencias de este cambio de planteamiento. Sólo puede infringir una norma quien puede cumplirla. *Ad impossibilia nemo tenetur*: Nadie está obligado a lo imposible. Kant lo formuló diciendo: el *deber* implica el *poder*.<sup>8</sup> Binding expresó lo mismo afirmando que «El Derecho no puede, puesto que es racional, exigir lo imposible».<sup>9</sup> Sólo puede infringir la prohibición de la norma de realizar un determinado comportamiento quien es consciente de que realiza dicho comportamiento. La infracción de la prohibición del homicidio voluntario presupone el dolo natural de matar. Esta consecuencia es central en el finalismo. Pero existen otros condicionamientos personales de la posibilidad de cumplimiento e infracción de la norma que Welzel mantuvo en la culpabilidad. Piénsese en el poder individual de cumplimiento de la norma de cuidado inferior o superior al del hombre medio, o en el error de prohibición. Es lógico que en la sistemática neokantiana todos estos componentes individuales y subjetivos quedasen fuera del injusto, como condición de infracción de la norma de determinación situada en la culpabilidad. Pero si toda la infracción de la norma pasa a estar en la antijuridicidad, todo lo que condiciona la posibilidad de cumplimiento de la norma, y por tanto también de su infracción, por parte de su destinatario, habrá de contemplarse en la antijuridicidad.

Estas consideraciones han de llevar, según creo, a incluir en el injusto no sólo el dolo natural y la infracción del deber objetivo de cuidado, sino también el conocimiento de la prohibición y las condiciones personales de la imprudencia, incluidas las que se refieren a la vencibilidad del error de tipo, de tipo negativo y de prohibición.<sup>10</sup>

8. Cfr., por ejemplo, Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, loc. cit., p. 509 (trad. de Adela Cortina y Jesús Conill, Tecnos, 1989, p. 229).

9. Cfr. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, II, 1, 2.ª ed., 1914, p. 145.

10. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., 1982, pp. 74 y ss., 78 y ss., 80 y ss.; del mismo autor, «Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand», en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 255 y ss.; también, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho penal español», *La Ley*, 6 de febrero de 1991, pp. 1 y ss.; Kant ya exigió el conocimiento de la ley para la imputación de la acción: *Die Metaphysik der Sitten*, cit., p. 329 (trad. cit., p. 30).

Por otra parte, la norma primaria, como norma determinadora de conductas, no puede prohibir la *efectiva producción de un resultado* (*ex post*) de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo las *conductas capaces, ex ante*, de ocasionar aquel resultado.<sup>11</sup> Esta consecuencia hace aún más insatisfactoria la identificación de la antijuridicidad objetiva y antinormatividad. No se trata sólo de que a la antijuridicidad objetiva *le falte* algo para su plena antinormatividad, sino de que además *le sobra* precisamente su punto de partida fundamental: el desvalor del resultado.

2. Esto pone de manifiesto que los conceptos de «antijuridicidad objetiva» y «antinormatividad» son *radicalmente divergentes*. Pero si no es posible mantener su identificación, sí es conveniente diferenciarlos claramente.<sup>12</sup> Ambos conceptos son útiles y convenientes, a condición de que se adviertan su distinto significado y sus diversas funciones. El juicio de antinormatividad *no puede* recaer directamente sobre lo que el legislador *quiere* evitar (el resultado de lesión o de puesta en peligro no justificado), sino solamente en aquello sobre lo que la norma puede influir: una conducta objetivo-subjetiva que el sujeto pueda evitar y saber prohibida. Lo antijurídico en el sentido de antinormativo es lo *imputable* como infracción *personal* de la norma. En cambio, la antijuridicidad objetiva sólo puede admitirse si no se entiende como infracción de la norma primaria, sino como juicio de desvalor únicamente expresivo de la *nocividad* de un determinado hecho para un bien jurídico, no justificada por otro interés superior.

Lo objetivamente antijurídico es, en este sentido, ante todo un *resultado*, de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Si, entendida como antinormatividad, la antijuridicidad sólo puede predicarse de una conducta (*ex ante*), entendida como lesión de los intereses del Derecho, arranca del desvalor del resultado (*ex post*).

Ello no significa que ambos conceptos —el de antijuridicidad objetiva como lesividad y el de antijuridicidad como antinormatividad— no se ha-

11. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito*, cit., pp. 57 y ss.; también, *Derecho penal*, 3.ª ed., 1990, pp. 142 y ss.

12. Aparte de lo que a continuación diré respecto al Derecho penal, no puede tampoco desconocerse que en otras ramas del Derecho se maneja un concepto de antijuridicidad, ilicitud o contrariedad a Derecho de carácter objetivo (aunque no necesariamente coincidente con el que propondré para el Derecho penal): así, por ejemplo, no sólo en Derecho civil, en orden a la responsabilidad por daño y a otros efectos, sino también en el Derecho procesal, que se refiere en este sentido a los recursos de casación por «infracción de ley» (así, artículo 849 LECr) y obliga a estimar el recurso contencioso-administrativo cuando exista «infracción del ordenamiento jurídico» (artículo 83 LJCA). En todos estos casos puede bastar un concepto objetivo de antijuridicidad porque en ninguno de ellos se trata de *imputar a un sujeto* una infracción (ni siquiera en la responsabilidad civil por daño, que se basa en la imputación de un daño y no de una infracción en cuanto tal (cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 15 y s.), aunque la antijuridicidad del daño sea un criterio importante de imputación del mismo).

llen íntimamente relacionados. En primer lugar, las conductas antinormativas se hallan prohibidas en la medida en que pueden producir una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico indeseable. Ello no presupone la efectiva producción de dicho resultado, pero sí una previa valoración jurídica negativa de la *posible* lesión o puesta en peligro, esto es: un juicio de antijuridicidad objetiva referido al resultado que la norma pretende evitar. La antijuridicidad objetiva del resultado a evitar es *presupuesto de la prohibición* por parte de la norma de la conducta que *ex ante* lo puede producir y, por tanto, de su antinormatividad.

En segundo lugar, como más abajo fundamentaré, en Derecho penal la lesión o puesta en peligro sólo puede desvalorarse en cuanto constituya el *resultado* objetivamente imputable de una conducta peligrosa *ex ante*. Pues bien, la peligrosidad objetiva *ex ante* de la conducta es el presupuesto objetivo de la antinormatividad de dicha conducta. Para que ésta concorra completa sólo le falta la imputación personal de la «infracción objetiva» representada por la conducta objetivamente peligrosa.

Por último, los tipos penales parten de la exigencia de producción de una lesión o puesta en peligro. Este resultado no es necesario para la infracción de la norma, pero sí condiciona su tipicidad penal y, por tanto, el carácter *penal* de la antinormatividad.

Todo ello —la prioridad lógica de la antijuridicidad objetiva del posible resultado respecto de la antinormatividad de la conducta, el hecho de que la antijuridicidad objetiva ya aporte el presupuesto objetivo de la antinormatividad, y la necesidad de que se produzca un resultado objetivamente antijurídico para que la infracción de la norma sea penalmente típica— hace conveniente partir de la antijuridicidad penal objetiva (no entendida como antinormatividad) como base de la antijuridicidad penal completa (entendida como antinormatividad). Existen también importantes razones político-criminales que abonan este planteamiento. En la tercera edición de mi *Derecho penal* he reconocido: «El hecho antijurídico ha de verse ante todo como un *hecho que compromete la existencia de bienes jurídicos: el principio de dañosidad o lesividad (nullum crimen sine iniuria)*, vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos [...], ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal.»<sup>13</sup> Es evidente la vinculación político-criminal de este punto de partida con la función de protección de bienes jurídicos que ha de caracterizar al Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho. Dogmáticamente también es conveniente poder dis-

13. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, cit., pp. 122 y s.

tinguir entre el hecho objetivamente indeseable para el Derecho penal (esto es, indeseable para el Derecho penal con independencia de si puede prohibirse en concreto a su autor) y el hecho que además infringe subjetivamente la norma. En este trabajo trataré de delimitar el concepto de antijuridicidad penal objetiva del de antijuridicidad penal completa, y esbozaré una estructuración de la teoría del delito que arranque de esta distinción.

## II

1. El juicio de antijuridicidad objetiva procede de la valoración positiva<sup>14</sup> de ciertos bienes por parte del Derecho y se refiere a hechos negativos para dichos bienes jurídicos. Una primera posibilidad de entendimiento de este concepto sería, pues, la de identificarlo con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ahora bien, aunque este aspecto ha de constituir el punto de partida de la teoría del delito en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, nunca ha sido considerado suficiente para afirmar el *desvalor* jurídico del hecho. Por lo menos se exige siempre que el ataque al bien jurídico no se halle amparado por una *causa de justificación*. Aquí entiendo por tal no toda causa de exclusión de la antinormatividad, sino sólo aquella situación en que deja de ser objetivamente indeseable para el Derecho la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. No incluyo en el concepto de «causa de justificación», en este sentido estricto, los casos en que sólo se excluye el desvalor *personal* de la conducta del autor (cfr. *infra*, III 2).

Por otra parte, la lesión de un bien jurídico sólo se desvalor por el Derecho cuando es imputable a una conducta objetivamente desvalorada por su peligrosidad para aquel bien jurídico. La lesión del bien jurídico sólo aparece como desvalor de *resultado* cuando puede considerarse *resultado de una conducta* así desvalorada. A este respecto me referiré más abajo.

Por último, el Derecho vigente castiga tanto delitos de acción como delitos de omisión, que cuando son de comisión por omisión no suponen la realización activa de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino su no evitación en ciertas condiciones.

Según esto, la antijuridicidad objetiva, como juicio de desvalor jurídico, requerirá, pues, por de pronto: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) imputable a una conducta peligrosa (3) o a su no evitación, y (4) no justificada.

14. Adviértase, sin embargo, que no hablo aquí de «norma de valoración», por las razones indicadas.

Para que el injusto objetivo tenga carácter jurídico-penal es necesario, además, que el ataque al bien jurídico se halle previsto en un tipo penal y que no concurra alguna causa de exclusión de la relevancia penal del injusto.<sup>15</sup> El tipo penal cumple la función de selección de los ataques a bienes jurídicos que en general importan al Derecho penal. Los hechos penalmente típicos pueden estar plenamente justificados, pero también pueden producirse en situaciones particulares que, aun sin justificar completamente la conducta, la hagan insuficientemente grave como para mantener su relevancia jurídico-penal.<sup>16</sup> No podrá decirse que el hecho típico está objetivamente desvalorado por el Derecho penal ni cuando esté justificado plenamente, ni cuando su gravedad sea penalmente insuficiente. Por otra parte, la ausencia de justificación de la conducta es compatible con la disminución de su relevancia jurídico-penal, lo que sucede cuando falta el conocimiento de que concurren los presupuestos objetivos de la justificación: éstos no bastan para justificar el hecho, pero sí disminuyen su relevancia jurídico-penal.<sup>17</sup>

La antijuridicidad penal objetiva requerirá, pues: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) penalmente típica (3) imputable a una conducta peligrosa (4) o a su no evitación, (5) y objetivamente desvalorada por el derecho penal.

2. La antijuridicidad objetiva empieza por exigir la comprobación *ex post* de la realización del tipo penal (o tipicidad penal *ex post*).<sup>18</sup> Los tipos penales, tanto si son de resultado como de mera actividad, describen siempre hechos efectivamente acaecidos (sea la producción de un resultado separado, sea la propia conducta prevista en los tipos de mera actividad, sean los actos de ejecución necesarios para la tentativa, la frustración y la tentativa inidónea). En la medida en que también la conducta ha de «resultar» efectivamente, puede decirse que todos los tipos describen resultados (separados o no de la conducta). La antijuridicidad objetiva parte del desvalor de tales resultados: parte del *desvalor de resultado*.

El contenido material de este desvalor es distinto en los delitos en que el resultado (separado o no) es una *lesión* de un bien jurídico, que en

15. Cfr. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983, *passim*; del mismo autor, «Klassifikation der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht», en *Festschrift für Spendel*, 1992, pp. 189 y ss.

16. Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, cit., pp. 132, 133, 158, 455 y s.

17. Cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, cit., pp. 450 y ss.

18. Cfr. esta terminología en Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 406 y s., en que acertadamente señala que es ésta «la tipicidad en sentido estricto, pues no hay que olvidar que los tipos legales están configurados sobre la base de verbos resultativos, de modo que contemplan el proceso *ex post*».

aquellos cuyo resultado (separado, como en los delitos de peligro concreto, o no, como en los delitos de peligro abstracto) es una *puesta en peligro*. En los primeros la afectación del bien jurídico es mayor que en los segundos. A su vez, y por esta misma razón, los delitos de peligro concreto contienen un desvalor de resultado mayor que los delitos de peligro abstracto.

3. a) Ahora bien, en los delitos de resultado separado, el desvalor de resultado presupone que aquél pueda imputarse a una conducta peligrosa como *resultado* de la misma. Esto hace necesaria la utilización de un punto de vista *ex ante* para decidir la peligrosidad de la conducta causante de la lesión. Desde un punto de vista exclusivamente *ex post*, habría que desvalorar toda acción efectivamente causal de la lesión, aunque *ex ante* apareciese como absolutamente inadecuada para producir la lesión. Ello llevaría a los conocidos inconvenientes que trató de superar la teoría de la adecuación, primero, y la moderna teoría de la imputación objetiva, después.

El desvalor de resultado (a valorar *ex post*) presupone, pues, también el *desvalor objetivo de la conducta* (a valorar *ex ante*). Ambos aspectos proceden de una relación negativa del hecho con el bien jurídico. Ello es evidente en el desvalor del resultado. Pero también el desvalor objetivo de la conducta que aquí importa se funda en su peligrosidad para el bien jurídico. Ahora bien, mientras que el desvalor del resultado ha de enjuiciarse *ex post*, el desvalor objetivo de la conducta ha de enjuiciarse *ex ante*. El desvalor del resultado es desvalor de la lesión producida. El desvalor objetivo de la conducta se debe a la peligrosidad para el bien jurídico que un espectador objetivo (el hombre medio) puede advertir en la conducta en el momento de realizarse, *ex ante*. El desvalor objetivo de la conducta es, en realidad, desvalor *intersubjetivo ex ante*. Mientras que el desvalor del resultado expresa el estado de cosas último que el Derecho penal quiere evitar (la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico), el desvalor objetivo de la conducta exige que aquella situación indeseable se deba a una conducta suficientemente peligrosa (riesgo no permitido) para un espectador ideal situado *ex ante* en la posición del autor. Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado objetivamente imputable.

b) Mientras que en los delitos de resultado separado, el desvalor de resultado presupone una conducta peligrosa anterior (aunque pueda ser in-

mediatamente anterior), en los delitos de mera actividad el desvalor de resultado sólo exige la conducta típica, lesiva o peligrosa. Así sucede en la tentativa y frustración (idóneas e inidóneas) y en los delitos de peligro abstracto. Pero ello no significa que en estos casos la antijuridicidad objetiva pueda decidirse desde una perspectiva exclusivamente<sup>19</sup> *ex post* (esto es, en función de la comprobación *ex post* de la efectiva capacidad lesiva del hecho). Si sólo valorásemos el hecho *ex post*, con todos los datos que tenemos en el momento del enjuiciamiento posterior, no sólo no podríamos desvalorar la tentativa inidónea, sino tampoco la tentativa ni la frustración idóneas, pues desde un punto de vista absolutamente *ex post* es evidente que siempre se han demostrado incapaces de producir la lesión. Tampoco podríamos desvalorar los delitos de peligro, por la misma razón. Sólo podemos desvalorar todos estos hechos desde una perspectiva *ex ante*, aunque objetiva, o mejor, intersubjetiva. La antijuridicidad objetiva no es, pues, necesariamente un juicio sólo *ex post*.

c) Finalmente, desde un punto de vista *ex post* tampoco sería posible una *justificación* objetiva de la conducta distinta a la justificación del resultado. Detengámonos brevemente en este último punto. Según la opinión dominante, la legítima defensa no requiere que la lesión ocasionada al agresor ilegítimo resulte absolutamente necesaria *ex post*. También se considera justificada la defensa que *ex ante* cualquiera hubiera considerado necesaria, aunque por la urgencia y demás características de la situación acabe produciendo un resultado en sí mismo no necesario *ex post*. Es el caso del disparo defensivo no dirigido a una parte vital del cuerpo del agresor, que el hombre medio hubiera considerado necesario *ex ante* para impedir la agresión, pero que acaba por ocasionar la muerte del agresor. No era necesario matar al agresor, pero el disparo era, en la situación concreta, medio necesario para la defensa. A esto parece referirse el Código penal español cuando considera bastante la «necesidad racional del medio empleado».<sup>20</sup>

4. El juicio de desvalor objetivo (intersubjetivo) que permite la antijuridicidad penal objetiva, pese a recaer sobre la objetiva lesión o puesta en

19. Digo «exclusivamente», porque incluso cuando no es precisa la lesión del bien jurídico, como ocurre en la tentativa, en la frustración y en los delitos de peligro, la antijuridicidad objetiva exige la comprobación *ex post* de que se ha realizado efectivamente la conducta típica: los actos de ejecución o la conducta peligrosa. Por otra parte, la diferencia de significado de la tentativa inidónea y de la idónea sólo puede proceder de la comprobación *ex post* de la idoneidad que en un primer momento (aunque sólo en éste) manifiesta la tentativa idónea y no la inidónea; cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, pp. 69 y s.

20. Cfr., por ejemplo, Mir Puig, *Derecho penal*, cit., p. 469.

peligro del bien jurídico, no es posible sin tener en cuenta el *aspecto subjetivo* del hecho.<sup>21</sup> No es posible si se admite el punto de partida de la teoría de la adecuación, que hoy maneja la moderna teoría de la imputación objetiva: que no puede decirse, por ejemplo, que «mata» el que interpone cualquier condición causal de una muerte, aunque fuera imprevisible para el hombre medio, o *prudente*, situado *ex ante* con los *conocimientos* que dicho hombre ideal tendría en la situación ante la que se encuentra el autor, *además* de los *conocimientos especiales* de que pudiera disponer el autor.<sup>22</sup> Este planteamiento sólo puede rechazarse a cambio de tener que afirmar que el que hace subir a otro en un avión le «mata» si éste encuentra la muerte en un accidente, tanto si el que aconseja el vuelo conocía o no de antemano la circunstancia, no cognoscible para un usuario prudente, que determinó el accidente. Si se afirmase la imputación objetiva del resultado siempre que éste fuera cognoscible para *cualquier* hombre, habría que admitir la imputación en este caso, aunque el autor no estuviera dotado del conocimiento excepcional de que en el avión había instalada una bomba o, incluso, de que en el avión había un fallo técnico no apreciable para el usuario. Y si se tuviese en cuenta únicamente lo cognoscible para un usuario medio y no el conocimiento especial de la existencia de la bomba que tuviera el autor, habría que negar la imputación de la muerte aunque concurriera este conocimiento. Ninguna de ambas soluciones es admitida por la opinión dominante, y, desde luego, encontraría rechazo en el uso del verbo *matar* en el lenguaje ordinario. Esto último pone de manifiesto que la valoración social (objetiva) de una conducta como, por ejemplo, de *matar*, tiene en cuenta los conocimientos del hombre medio y del autor en los términos de la opinión dominante.

Se sigue de lo anterior que el desvalor intersubjetivo de la conducta, presupuesto del desvalor de resultado y, por tanto, de la antijuridicidad ob-

21. Que la antijuridicidad puede ser calificada de «objetiva» pese a condicionarse a elementos subjetivos es algo que se admite desde la introducción de los elementos subjetivos del injusto en el neokantismo y que se mantiene incluso desde la sistemática finalista: cfr., por ejemplo, Welzel, *Lb*, p. 51: «La antijuridicidad sólo es objetiva en el sentido de juicio de valor *general*; su objeto, la acción, es, por el contrario, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos.» Cfr. también Jescheck, *Tratado de Derecho penal* (trad. y adiciones de Derecho español de Mir Puig y Muñoz Conde, 1981, p. 327): «El carácter objetivo de la antijuridicidad no implica, sin embargo, que el injusto abarque sólo elementos del mundo exterior. Por el contrario, el concepto de *objetivo* debe entenderse en el sentido de «válido en general».»

22. Cfr., por todos, Roxin, *Strafrecht*, AT, I, 1992, § 11/32 y 46. El término generalmente usado en alemán para caracterizar a lo que en España se suele denominar hombre «medio» es el de *einsichtig*, que puede traducirse por «prudente» o «inteligente». Pero no debe pensarse, entonces, en un hombre dotado sólo de *mediana* prudencia o inteligencia, sino de *toda* la prudencia o inteligencia que cabe imaginar en el buen ciudadano.

jetiva, no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho. Ello, que manifiesta la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho,<sup>23</sup> plantea la cuestión de qué elementos subjetivos han de ser tenidos en cuenta para el juicio de antijuridicidad objetiva. En particular, debe examinarse si dicho juicio ha de tomar en consideración la concurrencia de *dolo natural o error* en el sujeto.

El criterio utilizado por la teoría de la adecuación y por la moderna teoría de la imputación objetiva trata de separar los conocimientos que se imaginan en el hombre medio prudente y los que realmente posea el sujeto. No puede hacerlo respecto a los conocimientos especiales superiores que pueda poseer el sujeto, que se tienen en cuenta, pero sí respecto al conocimiento inferior del autor. Esto es: en caso de *error* en el sujeto, este error no se traslada al hombre prudente imaginado que no hubiera caído en dicho error. En otras palabras, el error *vencible* (objetivamente) no se considera obstáculo a la imputación objetiva del resultado. Por tanto, la presencia o ausencia de dolo natural en el sujeto no se toma en consideración, por sí misma, para decidir la imputación objetiva. Sólo la *invencibilidad objetiva* del error —y no el error mismo—, habría de conducir a la negación de la previsibilidad para el hombre prudente y para la imputación objetiva.

Este planteamiento me parece razonable si se trata de decidir la *concur-rencia o ausencia* de la antijuridicidad objetiva, pero no permite advertir la necesidad de *diferenciar y graduar* el desvalor propio de la antijuridicidad objetiva del hecho doloso y el que corresponde al hecho imprudente. Me parece correcto afirmar que el error *no excluye* la antijuridicidad objetiva del hecho, pero creo necesario añadir que *sí disminuye* la gravedad del contenido material de dicho juicio.

*La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa.*<sup>24</sup> Su valoración social objetiva depende de ambos aspectos. La sociedad valora de forma completamente distinta, como dos clases muy diferentes de hechos, los homicidios dolosos y las muertes ocasionadas por imprudencia. También la valoración jurídico-penal objetiva de un hecho, como más o menos indeseable, depende de si se realiza voluntariamente y a conciencia de los elementos del mismo que lo hacen típico o, por el contrario, se efectúa sin voluntad o sin dicho conocimiento. El Derecho penal distingue los tipos dolosos de los culposos y señala mayor pena a los primeros.

23. Cfr. Mir Puig, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, pp. 265 y ss.

24. Cfr. Mir Puig, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, p. 257.

A mi juicio, ello se debe no sólo a la imposibilidad de imputar un hecho a quien no es consciente de que lo realiza, sino también a la *mayor peligrosidad* que en principio supone el hecho de que la conducta se dirija intencionalmente a lesionar un bien jurídico-penal (dolo directo de primer grado), de que se realice pese a saber seguro que producirá el resultado (dolo directo de segundo grado) o de que se acepte como capaz de producir la lesión sin intentar ni esperar poder hacer nada por evitarlo (dolo eventual). En cambio, ha de considerarse como factor que disminuye la peligrosidad de la conducta, el hecho de que el sujeto no quiera la lesión y trate de evitarla o pueda confiar en hacer algo para evitarla, como sucede en las conductas imprudentes. Por otra parte, la lesión dolosa manifiesta una *actuación opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, bien distinto al del hecho imprudente.<sup>25</sup> Todo ello explica que la sociedad y el Derecho valoren objetivamente de forma completamente distinta una lesión voluntaria y consciente que una lesión no querida, aunque sea imprudente.<sup>26</sup>

Una prueba de que el juicio de antijuridicidad objetiva no puede efectuarse sin tomar en consideración la voluntad consciente manifestada en el hecho, es que de otro modo no sería posible decidir correctamente la concurrencia de las *causas de justificación*. Para decidir, por ejemplo, si la muerte del agresor producida por el agredido era necesaria para impedir la agresión, puede ser necesario saber si el agredido disparó directamente a matar o si se limitó a disparar como pudo sin querer matar. Es más fácil admitir la legítima defensa en el segundo caso que en el primero, y no sólo por razones morales o subjetivas, sino porque puede que fuera objetivamente necesario disparar con rapidez, con la consiguiente posibilidad de producir la muerte, pero que no fuera necesario tirar a matar. No hay legítima defensa si el agredido, tirador de mediana puntería, mató intencionalmente al agredido cuando era más probable que no hubiera producido la muerte si hubiera apuntado, como podía haber hecho, a una parte no vital de su cuerpo. En cambio, ante la misma agresión, la muerte puede estar

25. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., pp. 66 y ss.; también, *Gedächtnisschrift f. Armin Kaufmann*, p. 259.

26. Con frecuencia esta diferencia de valoración objetiva se refleja en la distinta denominación, en el lenguaje social y en el jurídico, de los hechos dolosos y culposos que producen un mismo resultado. Por poner sólo un ejemplo, «La convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas inhumanas o degradantes de 10 diciembre 1984» (BOE, n.º 268, de 9 de noviembre de 1987), define la *tortura* como «todo acto por el cual se inflija *intencionadamente* a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales». Los mismos sufrimientos causados por imprudencia no se valoran como constitutivos del *hecho* llamado *tortura*.

justificada si de todos modos se produjo pese a apuntar el agredido a una parte no vital. Es evidente que hay más peligro estadístico de muerte para el agresor si el agredido apunta a una parte vital del cuerpo de aquél, que si apunta a una parte no vital, aunque acabe ocasionando la muerte. Y adviértase que la diferencia no puede apreciarse teniendo en cuenta sólo la objetiva dirección del disparo defensivo, pues el disparo no doloso puede, por la urgencia de la situación, acabar siguiendo el mismo curso que el doloso —lo que no obsta a que tenía menos posibilidades de acabar siguiendo este curso que el disparo intencional.

No sería correcto, por tanto, decidir la concurrencia de las causas de justificación y, en consecuencia, la antijuridicidad objetiva, sobre la única base de la parte externa del hecho.<sup>27</sup>

5. Las consideraciones efectuadas conducen a afirmar que el desvalor objetivo de la conducta dirigida voluntariamente a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, o consciente de su significado de lesión o puesta en peligro, es distinto y mayor que el desvalor objetivo que corresponde a la conducta imprudente. En el primer caso, se desvalora la conducta en cuanto unidad interno-externa tendente a la realización del tipo. En el segundo caso se desvalora una conducta que en cuanto unidad interno-externa sólo tiene el significado de creación imprudente del riesgo de producción de la lesión o puesta en peligro típica. Pero ¿qué elementos objetivos y subjetivos condicionan este desvalor objetivo de la conducta imprudente?

Desde el punto de vista que ahora adoptamos, el de la relación negativa de la conducta con el bien jurídico, importa la *peligrosidad objetiva* de la conducta para dicho bien, en la medida en que desborde el marco del *riesgo objetivamente permitido*. Ello exige utilizar el criterio intersubjetivo del hombre prudente (no sólo *medianamente* prudente, sino *todo* lo prudente que debe ser el buen ciudadano) situado *ex ante* en la posición del autor con los conocimientos que en dicha situación poseería el primero, además de los conocimientos especiales superiores de que pudiera disponer el autor. El *desconocimiento evitable* (error evitable, culpa inconsciente) por parte del autor impide afirmar el desvalor objetivo del hecho doloso, pero no impide la presencia de imprudencia objetiva. La *incapacidad personal* del sujeto para observar el cuidado objetivamente necesario tampoco excluye la imprudencia objetiva. La antijuridicidad objetiva del hecho im-

27. No puede admitirse, por ello, la interesante propuesta de Kindhäuser..., de examinar las causas de justificación tras la sola comprobación del desvalor de resultado. Comparto, en cambio, su propuesta de empezar el análisis del delito por este desvalor del resultado.

prudente no puede decidirse desde el punto de vista del sujeto, sino desde un prisma intersubjetivo —aunque se refiera a los elementos internos y externos de la conducta—. Importa aquí el llamado *deber objetivo de cuidado*. No impide su infracción la incapacidad personal del autor de observar dicho deber objetivo.<sup>28</sup>

Ello no ha de ser óbice, sin embargo, para determinar el nivel de riesgo permitido teniendo en cuenta las *facultades especiales* (sobresalientes) que pueda tener el autor. Así lo exige la coherencia con el planteamiento generalmente aceptado en cuanto a los conocimientos especiales del autor. Si no se excluye la imputación objetiva del resultado por el error (conocimiento *inferior*) que no se daría en el hombre prudente,<sup>29</sup> tampoco ha de excluir la imprudencia objetiva una capacidad del sujeto inferior a la de dicho hombre medio. Pero si, en cambio, los conocimientos especiales *superiores* del sujeto han de ser tenidos en cuenta para afirmar la imputación objetiva del resultado, también deberán ser tomados en consideración, para afirmar la imprudencia objetiva, las facultades especiales superiores del sujeto.

Pero no estará de más indagar acerca del fundamento de este trato diferenciador de los conocimientos o facultades inferiores y de los superiores. Hay por de pronto una razón derivada del orden en que hay que analizar los elementos objetivos y subjetivos del delito: la negación de la antijuridicidad objetiva implica necesariamente la imposibilidad de imputarla al sujeto, por lo que, si se negase aquélla desconociendo los conocimientos o facultades superiores del sujeto, ya no podría afirmarse la presencia de delito. Y, sin embargo, esta conclusión no parece razonable cuando el sujeto dispone de conocimientos especiales que le permiten saber que producirá la lesión típica —como en el ejemplo del que conoce la presencia de la bomba en el avión—, o posee facultades sobresalientes mediante las cuales puede hacer menos peligrosa su actuación —como en el caso del cirujano excepcional capaz de utilizar una técnica que la mayoría de médicos no pueden usar—. El problema no se plantea cuando los conocimientos o facultades del sujeto son inferiores. Aunque se empiece por afirmar la imputación objetiva o la imprudencia objetiva, la inferioridad de conocimientos o facultades se podrá tener en cuenta más adelante,

28. Manejamos aquí los términos *deber* e *infracción* por ser usuales, pero, según la concepción aquí defendida de la antijuridicidad objetiva, como distinta de la antinormatividad, ésta no supone en sí misma ningún deber ni infracción en sentido estricto.

29. Aunque, como se ha visto, a mi juicio dicho error sí impide apreciar la antijuridicidad objetiva propia del hecho doloso.

al examinar la imputación subjetiva. Pero, aparte de esta razón sistemática, ¿hay alguna otra de fondo relacionada con la naturaleza de la antijuridicidad objetiva que justifique que la misma se condicione a conocimientos o facultades superiores y no a conocimientos o facultades inferiores?

La antijuridicidad objetiva requiere una conducta desvalorable desde el punto de vista de un hombre dotado de toda la inteligencia, prudencia y capacidad que el derecho espera de un buen ciudadano, situado en la posición del autor. Pues bien, si el autor posee conocimientos especiales, ese hombre ideal puede y debe imaginarse en posesión de tales conocimientos, pues sin duda los tendría presentes para valorar la peligrosidad de su acción. En cambio, no cabe suponer que un hombre inteligente y prudente caiga en un error invencible (en uno vencible sí, y por eso éste debe tenerse en cuenta en la valoración objetiva de la conducta). El mismo planteamiento diferenciador debe hacerse respecto a las facultades individuales: el ciudadano ideal referido utilizaría una capacidad superior de la que pudiera disponer voluntariamente, mientras que no puede imaginarse sin la necesaria capacidad de observancia del cuidado exigible al mismo.

6. Las consideraciones anteriores permiten completar la caracterización de la antijuridicidad objetiva exigiendo los siguientes elementos: (1) una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (2) penalmente típica (3) imputable a una conducta peligrosa para un hombre prudente situado *ex ante* en la posición del autor (4) o a su no evitación (5) realizada con dolo natural o imprudencia objetiva y (6) objetivamente desvalorada por el Derecho penal.

Por otra parte, cabe afirmar que la antijuridicidad objetiva parte del *desvalor del resultado*, a valorar *ex post*, pero exige, además, el *desvalor intersubjetivo de la conducta*, a decidir *ex ante*. Éste se halla condicionado, en su sentido y gravedad, por la presencia de dolo natural o imprudencia objetiva en la conducta, y ésta a su vez por los conocimientos especiales y facultades sobresalientes del autor. El desvalor del resultado indica la realización del estado de cosas típico que el Derecho penal *desea* evitar. El desvalor intersubjetivo de la conducta expresa que dicho resultado indeseable es imputable a una conducta que *puede* desvalorarse desde el punto de vista de un ciudadano ideal.<sup>30</sup>

30. Parte de la distinción de *querer* y *poder*, pero como ámbitos respectivos del injusto y de la culpabilidad y en un sentido distinto, Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho penal*, 3.<sup>a</sup> ed., 1990, pp. 224 y s.

## III

1. El concepto de antijuridicidad objetiva, que he delimitado comprende básicamente los mismos elementos que el concepto de antijuridicidad, sin más, que suele utilizarse desde que se impuso la sistemática finalista. Sin embargo, ello se suele fundamentar por una vía diversa. Al no ser posible desde esta sistemática distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad como referidas, respectivamente, a la parte objetiva y parte subjetiva del hecho, se ha optado, por muchos autores, por distinguir ambas notas del delito como expresivas de la prohibición *general* y la imputación *individual*, respectivamente.<sup>31</sup> Lo que aquí he caracterizado como antijuridicidad objetiva aparecería como la antijuridicidad completa, entendida como antinormatividad general. Sin embargo, desde mi punto de vista, la antijuridicidad completa ha de ser verdadera antinormatividad del *hecho del autor*, y ésta exige que la antijuridicidad objetiva pueda imputarse individualmente al mismo, como antijuridicidad objetiva y subjetiva. Sólo entonces podrá considerarse completamente antinormativo el *hecho concreto del autor*. Permítaseme reproducir la argumentación que en su momento esgrimí en defensa de esta posición:

«Si la antijuridicidad se concibe, como hacemos aquí, como infracción de una norma motivadora, supondrá [...] que esta norma puede ser recibida de algún modo por su destinatario. La capacidad del sujeto de ser motivado por la norma constituye, pues, una condición del injusto y, por tanto, debe incluirse entre los elementos del *hecho* antijurídico. Ahora bien, si por destinatario de la norma se entendiera la colectividad *en general*, cabría considerar suficiente para su infracción (para el injusto) que el hombre medio pudiera ser motivado por dicha norma, dejándose para la culpabilidad la cuestión de si además era o no motivable el concreto autor. Este planteamiento contemplaría en el injusto el hecho en abstracto, prescindiendo de las concretas condiciones en que tiene lugar por parte de su autor. Mas una tal construcción no resulta coherente con el punto de partida ni con el desarrollo de la teoría del delito. Ésta parte de la comprobación de si el autor *concreto* actuó o no en una situación de ausencia de comportamiento humano. No cabe responder a esto diciendo que en ese primer momento se trata de examinar situaciones en las que *cualquiera* se encontraría en las mismas condiciones, porque lo mismo podría decirse de las causas que ex-

31. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., pp. 104 y ss., donde me refiero, en este sentido, a las posiciones de Welzel, Roxin y Gimbernat.

cluyen la culpabilidad: también *cualquiera* que actuase bajo alguna de estas causas se hallaría en la misma situación.»<sup>32</sup>

Ahora añadiré: aunque se considerase destinatario de la norma primaria a la colectividad en general, o al ciudadano prudente ideal, es evidente que éste no es el autor del hecho ni por tanto puede haber infringido la norma; el único que puede infringir la norma es el autor del hecho; pero para ello hay que entender que la norma se dirige a él, que él es su destinatario. La antijuridicidad objetiva no ha de verse, pues, como infracción de una prohibición sin destinatario concreto, ni, por tanto, como antinormatividad, sino sólo como juicio de desvalor (referido a la relación negativa de un hecho, *ex ante* y *ex post*, con un bien jurídico-penal) insuficiente para afirmar la infracción de una norma por su destinatario. Para que el injusto objetivo se convierta en verdadera (concreta) antinormatividad es preciso que pueda *imputarse personalmente a su autor*. Ello no es posible: (1) si concurre una incapacidad personal de observar el cuidado objetivamente exigible, que determina un error individualmente invencible u otra clase de imprudencia objetiva; (2) si concurre un error de prohibición invencible.

Por otra parte, la antijuridicidad objetiva se compone de dos momentos: el desvalor del resultado y el desvalor intersubjetivo de la conducta, de los cuales sólo el segundo puede considerarse presupuesto necesario de la antinormatividad del hecho —puesto que una norma motivadora no puede prohibir resultados, sino sólo conductas—. El desvalor intersubjetivo de la conducta no integra la antijuridicidad objetiva en cuanto desvalor de infracción —que sólo puede predicarse de una conducta prohibida *al autor* concreto—, sino como presupuesto del desvalor de resultado y como desvalor de peligro para el bien jurídico. Sin embargo, es cierto que el *desvalor intersubjetivo de la conducta ofrece la base objetiva necesaria para la antinormatividad personal*. En un Derecho protector de bienes jurídicos, la norma sólo puede prohibir al sujeto las conductas que, pudiéndosele imputar al mismo, antes son objetivamente peligrosas para tales bienes jurídicos. El desvalor intersubjetivo de la conducta tiene, pues, un doble sentido: como presupuesto del desvalor objetivo del hecho y, por tanto, de la antijuridicidad objetiva, y como base objetiva de la antijuridicidad completa entendida como antinormatividad.

De lo anterior cabe extraer las conclusiones siguientes en cuanto a la relación existente entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad: (1) Los dos momentos de la antijuridicidad objetiva —desvalor de resultado y

32. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., pp. 105 y s.

desvalor intersubjetivo de la conducta— se encuentran en una distinta relación con la antinormatividad; (2) el desvalor de resultado no es presupuesto de la antinormatividad, pero sí de su tipicidad penal y, por consiguiente, de su relevancia penal; (3) el desvalor intersubjetivo de la conducta es el puente o elemento de enlace entre la antijuridicidad objetiva y la antinormatividad como antijuridicidad completa.

2. El juicio de desvalor objetivo de la conducta necesario para la antijuridicidad objetiva se efectúa desde el prisma de un hombre ideal situado en la posición del autor. Se trata de un juicio intersubjetivo que se efectúa desde la posición del autor, pero sin tener en cuenta posibles anomalías personales del mismo que no cabe imaginar en el hombre ideal utilizado como baremo de la intersubjetividad. En consecuencia, si el autor actúa en un error, éste se considerará *vencible* siempre que se considere que el hombre prudente imaginado en su lugar no habría caído en él o lo habría superado. ¿Qué ocurre, entonces, si el autor, por sus características personales, tal vez patológicas, no puede considerarse capaz de evitar un error que el hombre prudente hubiera podido vencer? La vencibilidad objetiva del error permite afirmar la antijuridicidad objetiva de la conducta, pero su invencibilidad personal impide imputar a su autor dicha antijuridicidad: impide que la antijuridicidad objetiva dé paso a la antijuridicidad completa como infracción objetiva y subjetiva (personal) de una norma (antinormatividad).

El ejemplo siguiente<sup>33</sup> me sugirió la conveniencia de distinguir ambos aspectos: un soldado cae en enajenación mientras se encuentra haciendo guardia y, a consecuencia de ello, cree erróneamente que unos pacíficos transeúntes asaltan el cuartel, por lo que dispara sobre ellos para defenderlo. Se trata de un caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, que a mi juicio constituye un error de tipo negativo, que si es invencible excluye el injusto doloso e imprudente. Quien no comparta esta concepción, sino la de la teoría estricta de la culpabilidad u otra que le lleve a rechazar que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación afecte al injusto, puede variar el ejemplo y suponer otro en que la enajenación provoque un error de tipo positivo. En todo caso —y esto es lo único que aquí importa— es evidente la invencibilidad personal del error (sobre los presupuestos de una causa de justificación), pero parece difícil afirmar que el hecho sea objetivamente correcto. La distinción que propongo de antijuridicidad objetiva y antinormatividad permite atender a am-

33. Se basa en un caso referido por el psiquiatra Leopoldo Ortega-Monasterio en un curso de doctorado en cuya organización e impartición participé.

bos aspectos. Permite sostener la objetiva incorrección del hecho junto a la imposibilidad de imputarla a su autor como infracción objetiva y subjetiva (personal) de la norma. La conducta es objetivamente antijurídica porque el hombre prudente que utilizamos como baremo ha de imaginarse siempre en pleno uso de sus facultades mentales y, por tanto, no hubiera caído en el error. Pero ello no basta para afirmar una infracción personal de la norma por parte del sujeto.

Es importante señalar que la concurrencia de enajenación no siempre incide sólo en la *culpabilidad* del autor. Es evidente que la enfermedad mental no sólo puede excluir la imputabilidad, sino también el propio comportamiento humano (por ejemplo, en un acceso epiléptico con movimientos no controlados por la voluntad), sin el cual no puede existir injusto, o el dolo natural, sin el que no puede afirmarse el injusto propio del tipo doloso. Desde una concepción de la antinormatividad como infracción objetiva y subjetiva de la norma, también los casos en que la enfermedad mental da lugar a un error personalmente invencible han de considerarse de falta de una completa antijuridicidad. Una norma motivadora dirigida al sujeto no puede tratar de prohibirle que actúe cuando se encuentra en un error personalmente invencible. El hecho sólo podrá considerarse prohibido al enfermo mental cuando éste realice un comportamiento humano sin error personalmente invencible, esto es: cuando su enfermedad mental no le prive de toda posibilidad de ser motivado por la norma, sino sólo de la posibilidad de ser motivado *normalmente*.<sup>34</sup>

Este planteamiento ha de llevar a resolver del mismo modo otros casos de error personalmente invencible no basados en enajenación, sino en otras insuficiencias individuales inimaginables en el hombre ideal, así como los casos de imprudencia objetiva inevitable a consecuencia de una incapacidad personal de observar el objetivo deber de cuidado. Éste puede seguir utilizándose como base de la antijuridicidad objetiva, pero es insuficiente para afirmar la infracción personal de la norma por parte del sujeto.

3. La distinción de antijuridicidad objetiva y antijuridicidad personalmente imputable como antinormatividad permite situar satisfactoriamente el *error de prohibición*. Por una parte, es evidente que el error de prohibición, aunque sea invencible, no puede excluir el carácter objetivamente indeseable del hecho; pero, por otra parte, también me parece innegable que una norma destinada a motivar a su destinatario, no puede tratar de hacerlo frente a alguien que en modo alguno puede llegar a entrar en contacto con

34. Cfr. ya Mir Puig, *Función de la pena*, cit., p. 97, nota 133.

ella, aparte de que también en materia de error de prohibición el Derecho admite un cierto grado de *riesgo permitido*.<sup>35</sup> El error de prohibición invencible, sea por imposibilidad absoluta de conocimiento del Derecho en la situación concreta, sea como consecuencia de la actuación dentro del riesgo permitido, no puede excluir la antijuridicidad objetiva del hecho, pero impide la imputación personal de la antijuridicidad y, por tanto, considerar concretamente antinormativa la conducta del autor. Dicho error no impide la antijuridicidad objetiva, porque no excluye el significado negativo del hecho para el bien jurídico: ni excluye el desvalor del resultado, ni hace necesariamente menos peligrosa *ex ante* la conducta para el bien jurídico. Esto es así aunque el error de prohibición sea invencible *para cualquiera*, puesto que la invencibilidad se refiere aquí al error *sobre la norma* y no presupone desconocimiento de la peligrosidad *para el bien jurídico*.<sup>36</sup> Pero, si el error de prohibición invencible no excluye por sí mismo la antijuridicidad objetiva, sí impide, en cambio, imputar dicha antijuridicidad al sujeto como infracción consciente o imprudente de la norma. La distinción de estos dos niveles permite, por lo demás, el uso de las expresiones «conocimiento de la antijuridicidad» y «error de prohibición» como referidas al conocimiento o error acerca de la antijuridicidad objetiva, perfectamente compatible con la afirmación de que no implican la concurrencia de plena antinormatividad.

Este planteamiento hace posible, por otra parte, reflejar correctamente el distinto significado específico del hecho realizado con conocimiento de la antijuridicidad objetiva y del efectuado en error vencible de prohibición. Entre ambos hechos no existe únicamente una diferencia de culpabilidad, sino una distinta relación con la norma. El que conoce la antijuridicidad objetiva de su conducta y pese a ello la realiza, añade el significado de oposición del hecho al bien jurídico-penal, el significado de oposición a la norma: el injusto objetivo se convierte, además, en infracción consciente del Derecho. Concorre entonces una antinormatividad consciente. La realización del injusto objetivo en error vencible también es imputable a su autor como antinormatividad, pero no por una oposición consciente a la norma, sino por una falta de cuidado, de atención por el Derecho.

Así, mientras que el conocimiento de la antijuridicidad objetiva permite la imputación de la infracción de la norma a título de *dolo*, el error venci-

35. Cfr. Mir Puig, «El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español», *La Ley*, 6 de febrero de 1991, p. 4; también, *Derecho penal*, p. 669.

36. Mantengo, pues, mis tesis de que el resultado no es lo prohibido por la norma primaria, y su ausencia no impide la infracción de esta norma, pero integra el tipo *penal*: cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, pp. 142 y ss., 145. Aquí intento, sin embargo, subrayar la importancia del desvalor de resultado proponiendo que su examen constituya el *primer* momento del análisis de los elementos del delito.

ble de prohibición conduce a la imputación de la infracción de la norma a título de *imprudentia iuris*. Tanto el dolo como la imprudencia alcanzan entonces su tercer y último nivel, que permite afirmar no sólo el *tipo del delito* doloso o imprudente y el *tipo negativo* doloso o imprudente, sino también el *injusto* doloso o imprudente. Como se había venido entendiendo tradicionalmente, el dolo completo, como representación del total significado del hecho antinormativo, puede verse, entonces, como *dolus malus*, que requiere no sólo el conocimiento de los elementos del tipo y de la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, sino también la conciencia de la antijuridicidad objetiva del hecho. Sólo entonces puede imputarse como dolosa la *infracción* de la norma, el *injusto*, y no sólo el *tipo* o el *hecho* sin causas de justificación.

No obstante, la distinción de los dos niveles del hecho doloso o imprudente, por una parte, y la infracción dolosa o imprudente, por otra, aclara las distintas posibilidades de relación entre los mismos. Así, el hecho doloso puede convertirse en una infracción imprudente (imprudencia de Derecho) si concurre error vencible de prohibición, pero también el hecho imprudente (imprudencia de hecho) puede cometerse con conocimiento de su antijuridicidad objetiva, esto es, como infracción consciente de la norma.

Finalmente, ni que decir tiene que la vencibilidad o invencibilidad del error de prohibición ha de decidirse teniendo en cuenta las posibilidades individuales del sujeto, pues de ello depende la imputación personal de la antijuridicidad, nivel en que hemos situado el problema.

#### IV

Estamos ya en condiciones de recapitular sobre el significado de la antijuridicidad objetiva y su relación con la antijuridicidad entendida como antinormatividad. También debemos referirnos a la distinción de antijuridicidad y culpabilidad.

1. a) La antijuridicidad objetiva no es antinormatividad plena. La norma primaria tiene un sentido prescriptivo, directivo, imperativo, y se dirige a motivar al ciudadano en contra de la realización de determinadas conductas capaces de producir hechos negativos para los bienes jurídico-penales. Al menos así es en un Derecho penal llamado a proteger a la sociedad como es el propio de un Estado social y democrático de Derecho. La norma primaria se dirige, pues, a la mente del ciudadano y presupone la posibilidad de ser recibida y cumplida por su destinatario. Sólo tiene sen-

tido prohibir *al sujeto* algo que *él* pueda evitar y advertir que se le prohíbe. La antijuridicidad como infracción de la norma primaria supone la capacidad personal de evitación y de conocimiento de la norma.

b) Pero si la norma trata de evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales objetivamente indeseables, antes de decidir si el sujeto puede evitar dichos hechos y advertir su carácter prohibido conviene partir de la determinación de cuáles son tales hechos objetivamente desvalorados por el Derecho penal. Éste es el nivel de la antijuridicidad penal objetiva. En él hay que distinguir dos momentos: el desvalor del resultado y el desvalor intersubjetivo de la conducta. Estos dos momentos de la antijuridicidad objetiva se encuentran en una distinta relación con la antijuridicidad completa o antinormatividad. Mientras que el desvalor de resultado condiciona la tipicidad penal de la antinormatividad, pero no la propia antinormatividad (porque lo que prohíbe la norma no es el resultado, sino una conducta *ex ante*, con independencia de que *ex post* produzca o no el resultado), el desvalor intersubjetivo de la conducta es la base necesaria de la antijuridicidad completa o antinormatividad en un Derecho penal protector de bienes jurídicos.

Pues bien, si el desvalor de resultado es presupuesto de la tipicidad penal del injusto completo y el desvalor intersubjetivo de la conducta es la base objetiva de este injusto completo, podrá concluirse que *la antijuridicidad penal objetiva en su conjunto condiciona la antinormatividad penalmente relevante*. La antijuridicidad penal objetiva es, pues, la base objetiva de la antijuridicidad penal completa. Ésta ha de ser antijuridicidad penal objetiva y subjetiva: requiere la imputación personal de la antijuridicidad penal objetiva; es antijuridicidad penal personalmente imputable al sujeto.

Del mismo modo que la antijuridicidad objetiva de una lesión o puesta en peligro indeseable (desvalor del resultado) requiere que éste pueda *imputarse* a una conducta dolosa o imprudente desvalorable *a un hombre ideal* (desvalor intersubjetivo de la conducta), la antijuridicidad completa exige que la antijuridicidad objetiva pueda *imputarse personalmente* al sujeto *como infracción* dolosa o imprudente de la norma.

c) Este planteamiento sitúa el *desvalor de resultado* en la base de la antijuridicidad penal objetiva y, por tanto, en la base de la antinormatividad penal, pero permite, adecuadamente, considerarlo previo y distinto tanto a lo que es desvalorable a un hombre ideal (una conducta peligrosa *ex ante*) como a lo que se prohíbe al sujeto (una conducta calificable de infracción objetivo-subjetiva).

¿Qué ocurre si falta el desvalor de resultado típico? (esto es: en los delitos dolosos consumados, si falta la lesión o puesta en peligro típica, en los delitos dolosos no consumados, si faltan los actos ejecutivos necesarios para

la tentativa y la frustración, y, en los delitos imprudentes, si falta el resultado). Sin dicho desvalor de resultado, el hecho nunca podrá realizar el *tipo penal* ni, por tanto, dar lugar a la antinormatividad *penalmente típica*. Pero la ausencia de desvalor de resultado, que se comprueba *ex post*, no impide necesariamente la presencia de antinormatividad, pues ésta debe decidirse *ex ante*, esto es, antes de que pueda saberse si la conducta producirá o no el resultado. Si la norma se dirige al sujeto en el momento de actuar, ya en ese momento debe saberse si la conducta infringe o no la norma, sin que quepa esperar, para saber si la conducta está prohibida, a la comprobación posterior de si se produce o no el resultado. Ello resulta especialmente evidente en la imprudencia: la conducta descuidada no dejará de serlo y de infringir, por tanto, la norma de cuidado, por el hecho de que por suerte no produzca un resultado típico. Ahora bien, sin este resultado la infracción de la norma no realizará un tipo penal, no será plenamente relevante. La falta de desvalor de resultado típico no excluye la posibilidad de una conducta infractora de la norma, pero sí impide que dicha infracción sea penalmente típica. Resulta oportuno, pues, *empezar* preguntando si concurre o no el desvalor de resultado típico, porque si la respuesta es negativa no será ya necesario, desde el punto de vista del Derecho penal, continuar indagando sobre la presencia (aún posible) de una conducta que infrinja la norma primaria. Este orden de análisis resulta conveniente en un Derecho penal protector de bienes jurídicos y respetuoso del principio de lesividad (*nullum crimen sine iniuria*).

2. Pero, si la antinormatividad penal requiere no sólo la antijuridicidad penal objetiva, sino también la capacidad personal de advertir y cumplir la norma primaria, ¿qué queda entonces para la *culpabilidad*? A mi juicio, lo mismo que en trabajos anteriores he venido situando en este apartado de la teoría del delito: no la *posibilidad* personal de ser motivado por la norma, que entiendo presupuesto de la antinormatividad, sino la *motivabilidad normal*.<sup>37</sup> La inimputabilidad y la inexigibilidad deben acoger los casos en que, sin faltar en el sujeto alguna posibilidad de entrar en contacto con la norma y de ser influido por ella, dicha posibilidad no alcanza el *grado de normalidad* necesario para que sea lícito reaccionar con una pena frente a la infracción de la norma. Respecto a los casos en que la enfermedad mental excluye el propio comportamiento humano, el dolo o la imprudencia personal, me remito a lo dicho más arriba. Aquí querría señalar que esta concepción logra explicar de forma unitaria las causas de exclusión de la imputabilidad y las causas de exculpación. Ello no es posible cuando,

37. Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, pp. 96 y ss.; también, *Derecho penal*, pp. 586 y ss., 644 y ss.

por una parte, se requiere para la inimputabilidad una falta total de libertad de voluntad o la imposibilidad absoluta de ser motivado por la norma y, por otra parte, se incluyen también en la culpabilidad las causas de exculpación, pues nadie pretende que éstas produzcan aquellos efectos.<sup>38</sup>

Lo que acaso convenga cuestionar es la procedencia de reservar el término *culpabilidad* para este ámbito. Es innegable que este término puede usarse en un sentido más amplio que alcanza desde lo opuesto a la inocencia, requiriendo la propia realización del hecho, hasta la exigencia de dolo o culpa, pasando por la exclusión de la responsabilidad colectiva o por el carácter.<sup>39</sup> Todo depende del aspecto del hecho respecto al cual se afirme la culpabilidad. El sujeto sólo es *culpable* (y no inocente) *de la comisión* del hecho, si lo ha realizado él y no otra persona; sólo es *culpable del resultado* si lo ha producido mediante una conducta dolosa o culposa; sólo es *culpable del injusto objetivo* si le es personalmente imputable; y sólo es *culpable de la infracción de la norma* si la ha cometido en condiciones de motivabilidad normal. El término *culpabilidad* puede usarse siempre que se quiere expresar la posibilidad de imputar algún aspecto del hecho a su autor. Probablemente convenga, pues, no reservar dicho término para designar el último apartado de la teoría del delito, aunque en él se contengan los últimos requisitos que permiten considerar al sujeto culpable del hecho globalmente considerado. Tal vez sería preferible una palabra que expresase de forma más precisa el específico sentido de esa última categoría. Podría ser la de *responsabilidad penal*. En efecto, tras la comprobación de un injusto verdaderamente personal, esto es, imputable personalmente como infracción del autor, sólo queda por comprobar si éste ha actuado en condiciones que hacen plausible que *responda* de su infracción *con una pena*.<sup>40</sup>

38. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, pp. 647 y s.

39. Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, p. 107.

40. Creo, pues, acertada la terminología («responsabilidad») propuesta por Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. de Luzón Peña, 1976, pp. 210 y ss.); del mismo autor, *Strafrecht*, AT, § 19/1 y ss. Pero este autor no consigue una explicación unitaria de la «responsabilidad» en la medida en que sigue incluyendo en ella, la «culpabilidad» entendida al estilo de Welzel, como poder actuar de otro modo. Ello no sucede si, como se propone en el texto, la capacidad de ser motivado por la norma y la posibilidad de conocimiento del injusto objetivo se consideran presupuestos de la antijuridicidad completa (antinormatividad). Por otra parte, la expresión «responsabilidad penal» tiene la ventaja de evitar las resonancias metafísicas del término *culpabilidad*, razón por la que sugerí sustituir éste por aquélla en el «Proyecto CP 1980» (Mir Puig, *RFDUC*, monográfico 3, 1980), p. 41; esta sugerencia que se acogió por la «Propuesta Alternativa de Parte General del Grupo Parlamentario PC-PSUC» (Mir Puig y Muñoz Conde, *CPC*, n.º 18, 1982, p. 616).

# ÍNDICE



<i>Introducción</i> .....	7
---------------------------	---

PRIMERA PARTE

PLANTEAMIENTO GENERAL

1. Dogmática creadora y política criminal .....	11
2. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho .....	29
I. Introducción .....	29
II. El Estado social y democrático de Derecho .....	31
III. Fundamento político del Derecho penal y función de la pena .....	34
1. La función de la pena en el Derecho penal liberal .	34
2. La función de la pena en el Derecho penal intervencionista .....	36
3. Derecho penal totalitario y Derecho penal democrático: La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho .....	36
IV. Fundamento político-constitucional de la pena y teoría del delito .....	45
1. La función de la pena como base de la teoría del delito	45
2. Función preventiva de la pena y concepción directiva de la norma .....	45
V. La antijuridicidad en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho .....	50
1. La exigencia de comportamiento humano .....	50
2. Comportamiento y tipicidad como requisitos de la antijuridicidad .....	55

3.	Problemática general de la antijuridicidad .....	57
4.	Cuestiones particulares .....	61
	A) El papel del resultado .....	61
	B) El dolo y la imprudencia en la concepción mantenida del injusto .....	67
	C) El problema de los conocimientos y facultades excepcionales del autor en la imprudencia .....	70
	D) El error de prohibición .....	72
5.	La exclusión de la antijuridicidad .....	75
	A) Exclusión de la antijuridicidad y tipicidad .....	75
	B) Causas de justificación .....	78
VI.	La culpabilidad en el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho .....	79
	1. La doctrina de la libertad de voluntad .....	81
	2. La idea de la necesidad de pena .....	82
	3. La normalidad de la motivación como fundamento de la culpabilidad .....	83
	4. Antijuridicidad y culpabilidad .....	88
3.	La perspectiva <i>ex ante</i> en Derecho penal .....	93
	I. Temporalidad y relatividad .....	93
	II. Perspectiva <i>ex ante</i> y concepción preventiva de la pena .....	95
	III. Perspectiva <i>ex ante</i> y antijuridicidad .....	98
	IV. Perspectiva <i>ex ante</i> y «poder actuar de otro modo» .....	103

## SEGUNDA PARTE

### FUNCIÓN Y LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN PENAL

1.	Problemática de la pena y seguridad ciudadana .....	115
2.	Función fundamentadora y función limitadora de la preven- ción general positiva .....	129
3.	¿Qué queda en pie de la resocialización? .....	141
4.	Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal en la reforma penal .....	151
5.	Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del <i>Ius pu- niendi</i> .....	159

## TERCERA PARTE

PROBLEMAS BÁSICOS  
DE LA TEORÍA DEL DELITO

1. Sobre el principio de culpabilidad como límite de la pena ....	171
2. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto .....	181
3. El error como causa de exclusión del injusto y/o de la culpabilidad en Derecho español .....	207
4. Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal .....	225



Impreso en el mes de junio de 1994  
en Talleres Gráficos HUROPE, S. A.  
Recaredo, 2  
08005 Barcelona