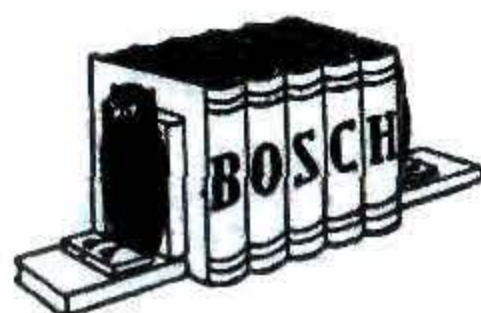


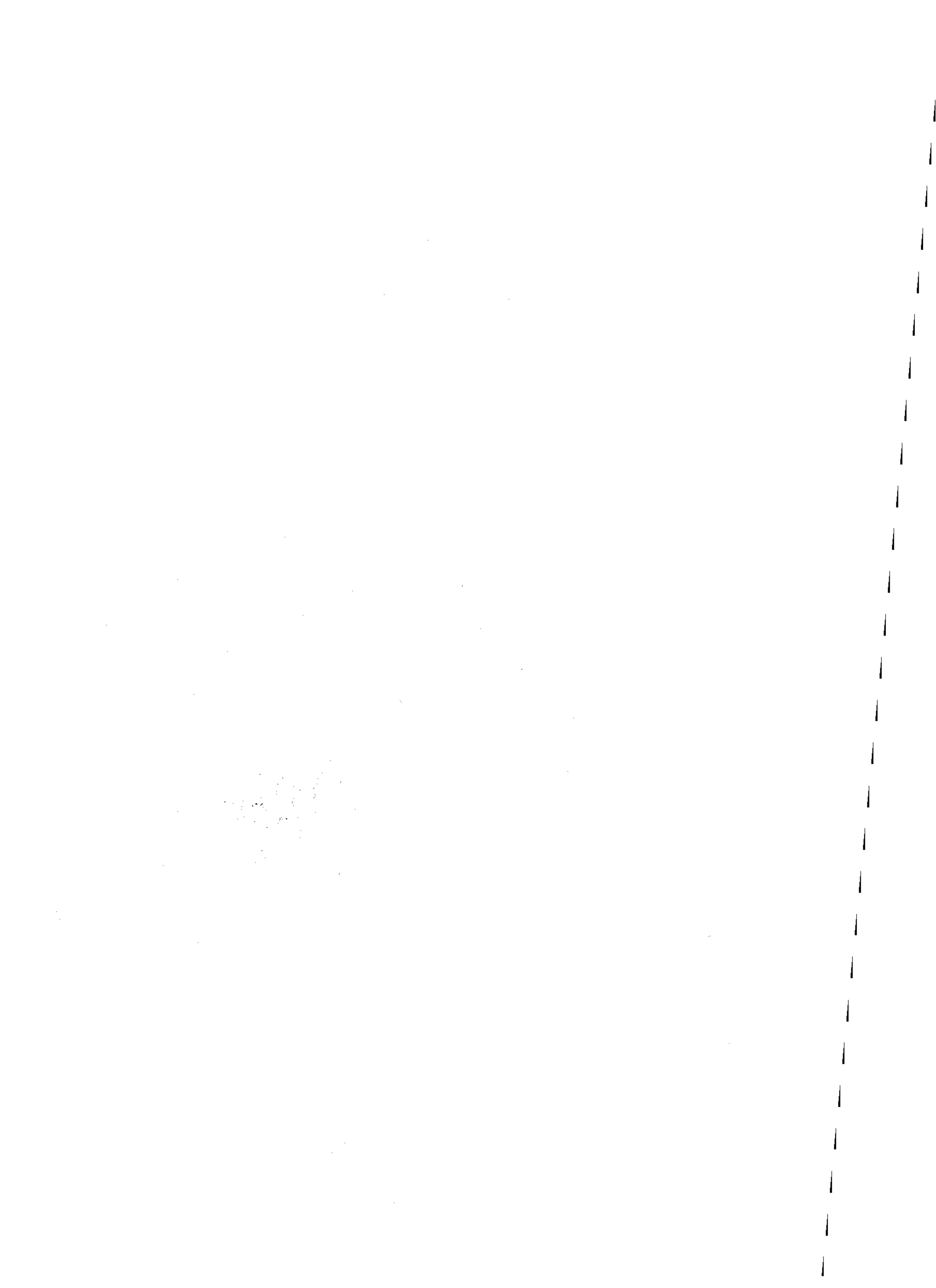
SANTIAGO MIR PUIG

**FUNCION DE LA PENA
Y TEORIA DEL DELITO
EN EL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRATICO DE DERECHO**

2.^a Edición



Casa Editorial, S. A. - Urgel, 51 bis - BARCELONA



SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal

FUNCION DE LA PENA
Y TEORIA DEL DELITO
EN EL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRATICO DE DERECHO

2.^a Edición revisada



BOSCH, Casa Editorial, S. A. — Urgel, 51 bis — BARCELONA

© BOSCH, Casa Editorial, S. A.
Barcelona, 1982
ISBN: 84-7162-881-3
Depósito Legal: B. 36.506 - 1982

IMPRESO EN ESPAÑA

PRINTED IN SPAIN

Imprenta Clarasó, S. A. - Villarroel. 15 - Barcelona - 11

*A Francesca
y Oriol*

ÍNDICE

Caps.	Págs.
PRÓLOGO A LA 2. ^a EDICIÓN	11
I. INTRODUCCIÓN	15
II. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	19
III. FUNDAMENTO POLÍTICO DEL DERECHO PENAL Y FUNCIÓN DE LA PENA	25
1. <i>La función de la pena en el Derecho penal liberal</i>	25
2. <i>La función de la pena en el Derecho penal intervencionista</i>	27
3. <i>Derecho penal totalitario y Derecho penal democrático: La función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho</i>	29
IV. FUNDAMENTO POLÍTICO-CONSTITUCIONAL DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO	41
1. <i>La función de la pena como base de la teoría del delito</i>	41
2. <i>Función preventiva de la pena y concepción directiva de la norma</i>	42
V. LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO PENAL DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	49
1. <i>La exigencia de comportamiento humano</i>	49
2. <i>Comportamiento y tipicidad como requisitos de la antijuridicidad</i>	57
3. <i>Problemática general de la antijuridicidad</i>	58
4. <i>Cuestiones particulares</i>	65
A) <i>El papel del resultado</i>	65
B) <i>El dolo y la imprudencia en la concepción mantenida del injusto</i>	74
C) <i>El problema de los conocimientos y facultades excepcionales del autor en la imprudencia</i>	78
D) <i>El error de prohibición</i>	80

<u>Caps.</u>	<u>Págs.</u>
5. <i>La exclusión de la antijuridicidad</i>	85
A) <i>Exclusión de la antijuridicidad y tipicidad</i>	85
B) <i>Causas de justificación</i>	88
VI. LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	91
1. <i>La doctrina de la libertad de voluntad</i>	93
2. <i>La idea de la necesidad de pena</i>	95
3. <i>La normalidad de la motivación como fundamento de la culpabilidad</i>	96
4. <i>Antijuridicidad y culpabilidad</i>	102

PRÓLOGO A LA 2.^a EDICIÓN

No hace aún tres años que apareció la 1.^a edición de este libro y la amable acogida que ha encontrado obliga a su reedición. El carácter originario de la obra puede mantenerse. Se trata de esbozar un programa básico a seguir por el Derecho penal que ha de venir exigido por el nuevo modelo de Estado que acogió la Constitución española de 1978. Entretanto, ese Derecho penal del "Estado social y democrático de Derecho" no ha llegado aún. El proceso de reforma del Código penal que condujo al Proyecto de 1980 se halla detenido. Pero, aunque efectivamente fuera aprobado dicho Proyecto, no habría que considerar definitivamente alcanzada la meta del Derecho penal futuro hacia el que hay que tender. Vivimos momentos de tránsito, con la conciencia de que no es posible conseguir ahora mismo resultados estables: no es el tiempo de las firmes convicciones que dieron lugar a la codificación napoleónica, sino el tiempo de la conciencia crítica, que obliga a revisar lo existente y a llevarlo hacia delante, pero que todavía no ha hecho posible un consenso suficiente sobre la dirección precisa que hay que seguir y el punto en que hay que detenerse. Conviene, pues, mantener el carácter programático del presente libro. Ello no significa, sin embargo, que renuncie a influir sobre el Derecho vigente, ya sea el actual, ya sea otro que le sustituya. Al contrario, quiere señalar caminos a los que acercar el Derecho vigente en la medida de lo que permita su integración. Se trata tanto de un programa legislativo como de reinterpretación de las leyes vigentes.

En el corto espacio de tiempo transcurrido desde la publicación de la 1.^a edición, la doctrina ha enriquecido algunos puntos

de la problemática aquí contemplada. Aparte de aparecer distintos comentarios generales de la Constitución de 1978, la ciencia penal ha profundizado en el análisis de los conceptos de prevención general — piénsese en su aspecto “positivo” o “de integración” — y de resocialización — que ha entrado en crisis precisamente en el momento en que el art. 25 de la Constitución obliga a orientar a ella las penas y las medidas de seguridad —. Por otra parte, se han manifestado algunas opiniones adhiriéndose, coincidiendo o discrepando acerca de tesis sostenidas en la anterior edición de este libro. Todo ello había de ser tenido en cuenta en esta nueva edición, siquiera fuera de forma breve y dentro de los límites que permite su carácter. También era inevitable que la revisión sosegada del texto llevase a precisar o corregir algunos pasajes.

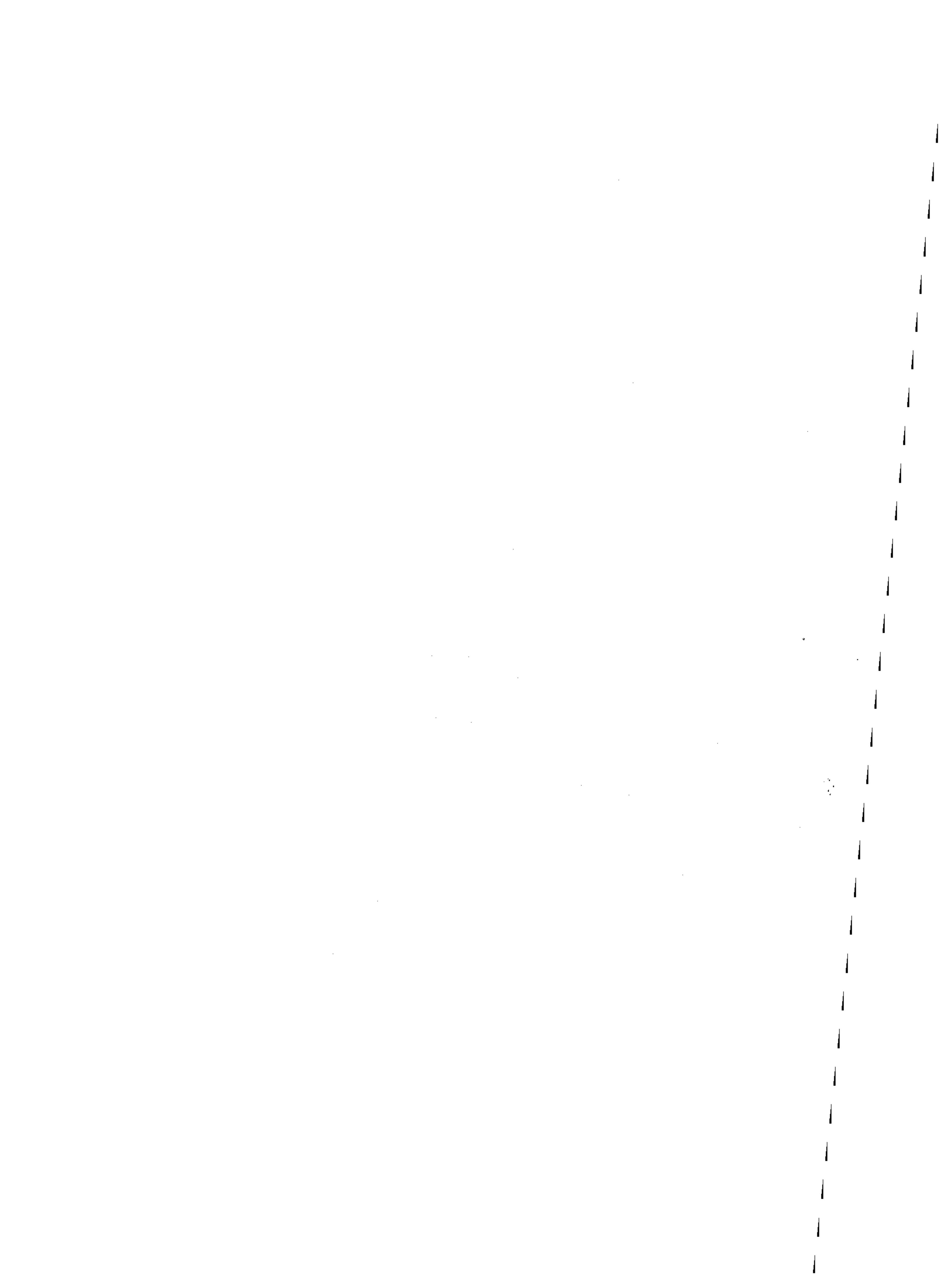
Como consecuencia de las modificaciones efectuadas se han matizado varios extremos: desde la prevención general y la resocialización hasta la distinción de injusto y culpabilidad, pasando por la teoría de la norma y algunos puntos centrales de la teoría del delito, como el papel del resultado y el error de prohibición. Si tuviera que destacar alguna innovación, señalaría tal vez la acentuación de la importancia del papel del resultado en la teoría del delito. Se comprenden los recelos manifestados en la doctrina ante una posible relegación de la función limitadora que supone la exigencia del resultado. Ello no supone que ahora abandone la tesis de que el resultado no puede integrar el injusto, la prohibición, pero sí un nuevo esfuerzo por probar que la función de garantía limitadora del resultado puede mantener su significación político-criminal como límite de la punibilidad.

No querría concluir esta presentación sin revelar mi visión de la obra tras el paso del tiempo, cuando éste me va permitiendo algún distanciamiento respecto del texto: por encima de las concretas opiniones que en él se sustentan, lo fundamental me parece la *relativización* de la teoría de la pena y de la teoría del delito, al sustraerles su pretensión de validez objetiva y condi-

cionarlas a la premisa valorativa de un modelo de Estado determinado. Ello no significa que la ciencia jurídica pueda exigir la *aceptación* de ningún modelo político, pero sí la *coherencia* valorativa de sus construcciones con el punto de partida político de que se parta. Y en un régimen constitucional este punto de arranque lo suministra al jurista la norma básica del ordenamiento jurídico.

SANTIAGO MIR PUIG

Barcelona, julio de 1982



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 aprehendida 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 que depende.

Éste fue el punto de partida metodológico de mi monografía sobre las bases del Derecho penal, en que fundé expresamente ciertos límites del *ius puniendi* en la trilogía del “Estado social y democrático de Derecho”.¹ Ello aclaraba y confería racional-

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

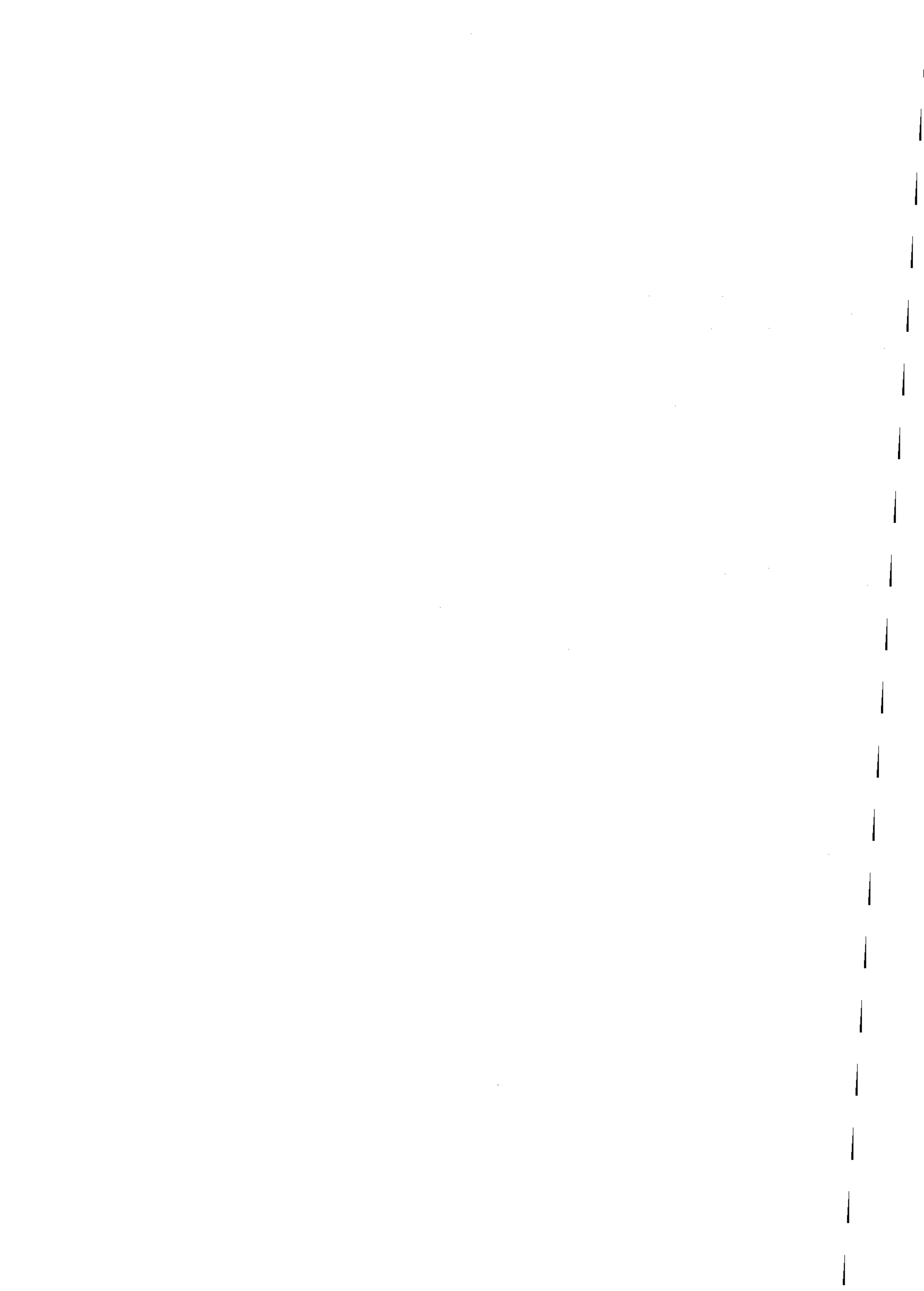
dad interna a mi discurso: pero, aunque yo acogía así la concepción del Estado que me parecía más susceptible de consenso en nuestro tiempo y en nuestro ámbito de cultura, no dejaba de *elegir* una opción *discutible*, que no impedía el ordenamiento jurídico-positivo, pero que, como es obvio, en absoluto se derivaba inequívocamente de él. El planteamiento constituía solamente una *propuesta* de interpretación alternativa de un sistema jurídico en buena parte anclado en perspectivas muy 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).² 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

2 Cfr. W. ABENDROTH, Zum Begriff vom demokratischen und sozialen Rechtsstaats..., en *Festschrift f. L. Bergsträsser*, Düsseldorf, 1954, p. 279, y en el libro del mismo autor *Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie*, Neuwied-Berlín, 1967 (traducción española de M. SACRISTÁN bajo el título *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, 1972, pp. 265 y ss.).

toda elaboración dogmática del Derecho penal.³ 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 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.

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*, Frankfurt, 1974.



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.⁴ 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.

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 ss.

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.¹² 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,¹³ pero para

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. EL MISMO, *El Estado democrático de Derecho en la Constitución española*, en “Sistema”, núm. 41, marzo 1981, pp. 57 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 art. 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.”

garantizar el control por el mismo ciudadano de tales condiciones deberá 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.

Del Estado *liberal* adopta, sin duda, la idea de Estado de Derecho,⁵ es decir, de Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresada por los representantes del pueblo, en el cual radica la soberanía nacional (art. 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.⁶ 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*,⁷ en cambio, supone el intento de derrum-

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

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 TREMPES, *El régimen constitucional español*, I, Madrid, 1980, pp. 55, 113 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*

bar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad.⁸ 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.⁹ 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*¹⁰ que deviene *Welfare State*.

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.¹¹ 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

Diktatur?, Tübingen, 1930, pp. 9 y ss. y 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*, Tübingen, 1933, pp. 3 y ss.

8 Cfr. E. FORTSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Allg. Teil, München, 1951, p. 3.

9 Cfr. ABENDROTH, *Zum Begriff*, cit., pp. 276 y s.; FORTSTHOFF, *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 s., 313 ss.

10 F. MUÑOZ CONDE, *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de la Ley Orgánica de Código Penal*, en “Cuadernos de Política criminal”, núm. 16, 1982, p. 115.

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

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 al 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,¹⁴ 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*, condu-

14 Vid. S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 119 y s.

cía a asignar 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”.¹⁵ Éste fue el planteamiento de la ilustración que sirvió de base a la obra que inicia el Derecho penal contemporáneo¹⁶ y originó una importante línea de pensamiento a lo largo del Derecho penal clásico.¹⁷ 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.¹⁸ Aunque sus formulaciones difieren tanto como sus sistemas filosóficos, ambos pensadores limitan la función de la pena a la 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 inadmisibile del individuo, concebido como “fin en sí mismo”;¹⁹ y que según HEGEL sólo la pena justa trata al hombre como a un ser “racional” y no como el palo

15 Cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 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 y 30 y ss.

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*, 1832¹¹, §§ 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*, Göttingen, 1965³, pp. 229 y ss., y 294 y ss.

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

al animal, hasta el punto de que aquella pena se convierte en un “derecho” para el delincuente.²⁰

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.

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

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

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,²¹ 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.²² Es sabido que la Escuela positiva, que surgió en la última tercera parte 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.²³ 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*.^{24, 25}

21 Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 176 y ss., 217; E. SCHMIDT, *Einführung*, cit., p. 354.

22 Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlín, 1978³, 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", en *ZStW*, 1883, pp. 1 y ss., y *Strafrechtliche Ausfälle 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. v. 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.)

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 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.^{25 bis} 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 con-

25 bis 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.”

ducirla por y para los ciudadanos. Ello podría concretarse del modo siguiente:

1.º 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),^{25 bis} 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 sociales²⁶ 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*.²⁷

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 prevención especial a que más abajo me referiré —. Quiero subrayar que un Estado democrá-

26 Así CALLIESS, *Theorie der Strafe*, cit., pp. 143 y ss.; MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 137 y ss.

27 Vid. ampliamente, en este sentido, MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 128 y ss., 151 y ss. Sobre el sentido en que en 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 Derecho, 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: cfr. así CALLIES, *Theorie der Strafe*, cit., p. 146.

tico 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*²⁸ (también llamada prevención general *especial* o *negativa*),²⁹ debe concurrir el aspecto de una prevención *general estabilizadora* o *integradora*³⁰ (también denominada prevención *general* o *positiva*).³¹

No se trata, con esto, de restar importancia al papel de la in-

28 Sobre estos conceptos cfr. C. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, trad., introducción y notas, pp. 101, 103 ss., 183; EL MISMO, *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; EL MISMO, *Prevención general, sociedad y psicoanálisis*, en "CPC", núm. 16, 1982, p. 97.

29 Cfr. W. HASSEMER, *Generalprävention und Strafzumessung*, en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (ed.), *Hauptprobleme der Generalprävention*, 1979, pp. 29 ss., 38, 51 ss.; EL MISMO, *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 1981, en prensa.

30 Vid. nota 28.

31 Vid. nota 29.

timidación. 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 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 *adhesión interna* de los ciudadanos a los valores jurídicos, y ello sería absolutamente impropio de un Derecho penal de garantía del individuo.³² 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.³³ 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.³⁴

32 En esta línea cabe dirigir las críticas que hace a la prevención general integradora LUZÓN PEÑA, *Prevención general*, cit., p. 99.

33 *En este marco político* tiene razón D.-M. LUZÓN PEÑA, *Medición*, cit., p. 35, y *Prevención*, cit., p. 97.

34 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*

2.º 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 pueden establecer delitos y penas, disposiciones dotadas de rango de *ley* (que ahora debe ser orgánica) anteriores al hecho enjuiciado —,³⁵ como en su realización material — “exigencia de determinación” de las proposiciones jurídico-penales.³⁶

3.º 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

medición de la pena, en “Rev. Fac. Derecho Univ. Complutense”, número monográfico 3, 1980, pp. 143 s.

35 El art. 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 (arts. 1.º y 23) —. En este sentido, M. COBO y T. S. VIVES, *Derecho penal, Parte General*, I, Valencia, 1980, pp. 72 s.; en contra J. CEREZO, *Curso de Derecho penal español, Parte General*, I, Madrid, 1981, p. 179. Pero el art. 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 Cap. 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/VIVES, *Derecho penal*, cit., pp. 75 ss; en contra, CEREZO, *Curso*, cit., p. 181.

36 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*, Barcelona, 1975, páginas 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, *Generalklausen und Garantiefunktion der Strafgesetze*, en “NJW”, 1963, p. 273; LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, *passim*.

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... (art. 15 de la Constitución española). Lo segundo obliga a *ofrecer* al condenado *posibilidades* para su resocialización y reinserción social (art. 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.³⁷ 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.³⁸ 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 art. 25 de la

37 Tiene razón al observar que el art. 25 de la Constitución no se refiere sólo a la ejecución de la pena E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, cit., pp. 280 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.

38 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 ss.; D. M. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979, pp. 53 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 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.

Constitución, sino que parece vulnerar claramente el art. 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.”³⁹

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 art. 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.⁴⁰ 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.⁴¹

La Ley General Penitenciaria de 1979 y su Reglamento de 8 mayo 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 en realidad como almacenes de personas, a veces hacinadas de forma inadmisibile — lo que resulta especialmente agra-

39 Sobre esta importante problemática ver M. GROSSO GALVÁN, *Los antecedentes penales*, tesis doctoral inédita, Sevilla, 1982.

40 Cfr. S. MIR PUIG, *El sistema de sanciones*, en *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, pp. 22 y 27 ss. (“Revista Jurídica de Cataluña”, 1980, número extra, pp. 22 y 27 ss.); EL MISMO, *Das Rechtsfolgensystem im spanischen Entwurf eines Strafgesetzbuchs*, en “ZStW”, 93, 1981, 1.295 s., 1.302 ss.

41 El Proyecto de Reforma Parcial del Código Penal de 28 de febrero de 1982 propone únicamente reformar el art. 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.

vado por el aumento alarmante de la prisión provisional —.⁴² Esta situación es evidentemente *anticonstitucional* y podría dar lugar a la interposición de recursos de amparo (art. 53, 2, Constitución) por parte de los reclusos que ven desconocido el derecho fundamental que les atribuye el art. 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,⁴³ y ello plantea arduos problemas cuando, sin embargo, la prevención general exige el cumplimiento de una pena privativa de libertad. El tenor del art. 25 es seguramente demasiado tajante. Tal vez quepa entender que dicho precepto debe limitarse por la necesidad de protección 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 (art. 10 Constitución). En cuanto tales límites no impidan la resocialización, deberá entenderse que *al menos* el art. 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 más arriba 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

42 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-MORENO CATERNA, *La prisión provisional en el Derecho español*, en FERNÁNDEZ ALBOR (ed.), *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 339 ss. y 426 ss.; MUÑOZ CONDE, *La desocialización del delincuente. Análisis y crítica de una realidad*, en “1.ª Instancia”, núm. 3, 1980, pp. 8 s.

43 Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 70 s.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, cit., p. 215; MUÑOZ CONDE, *La resocialización*, cit., pp. 66 ss.; CÓRDOBA RODA, *La pena y sus fines*, cit., pp. 153 ss.

considerar que las penas privativas de libertad se hallan *orientadas* a tal meta, y que como mínimo no favorecen la *desocialización* de interno.⁴⁴ 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 esta 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*,⁴⁵ 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 pueden 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.⁴⁶

Ello permite fundar político-constitucionalmente — y ésta es

44 Cfr. sobre esta idea de evitar la desocialización MUÑOZ CONDE, *La desocialización del delincuente*, en "1.ª Instancia", núm. 3, 1980, pp. 4 ss.

45 Vid. notas 27, 36 y 38.

46 Destaco este aspecto de límite de la necesidad de prevención en S. MIR PUIG, *Problemática de la pena y seguridad ciudadana*, en "Sistema", 43-44, 1981, p. 78.

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 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.⁴⁷ 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 art. 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 puedan 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

47 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.

función de *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 más arriba defendido, en la imagen del Estado social y democrático de Derecho que establece el art. 1.º, 1, de la Constitución, y en su concreción en otros preceptos constitucionales, como el artículo 9.º, 2 (ver nota 25 bis). El art. 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.⁴⁸

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

48 En este sentido correctamente la doctrina vertida sobre el artículo 25 Const.: D.-M. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutos penales*, Madrid, 1979, pp. 47 s.; J. CÓRDOBA RODA, *La pena y sus fines*, cit., pp. 158 s.; J. BOIX REIG, *Significación jurídico-penal del art. 25, 2, de la Constitución*, en el libro colectivo *Escritos penales*, Valencia, 1979, pp. 117 ss., 131 ss.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto*, cit., p. 266; C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Madrid, 1980, p. 32.

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),⁴⁹ pueden encontrar ahora su fundamentación política en el artículo 1, 1.º, de la Constitución.⁵⁰

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 legitimado 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.

49 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.

50 Acoge expresamente esta propuesta E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 316 ss.

IV

1) 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 sitúe 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”⁵¹ 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.⁵²

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 reciba 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.⁵³⁻⁵⁴ La

51 Así, siguiendo a Radbruch, SCHMIDHÄUSER, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Gedächtnisschrift f. G. Radbruch*, Göttingen, 1968, pp. 276 y ss., y *Strafrecht*, Allg. Teil, Lehrbuch, 2.^a edición, Tübingen, 1975, pp. 140 y ss.; ROXIN, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff...*, en *Radbruch-Gedächtnisschrift*, cit., pp. 260 ss., 267; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en su libro *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p. 32.

52 En esta línea cfr. K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., páginas 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.

53 En la doctrina española la función motivadora de la norma penal ha sido especialmente defendida y analizada por E. GIMBERNAT

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 le obliga a castigar al delincuente (lo que un sector de la doctrina llama “norma secundaria”),⁵⁵ 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 me-

ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en “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*, Köln, 1974, pp. 312 y ss.; S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 56 y ss., 106 y s.

54 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.

55 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.

ramente sancionadora y de realización de la justicia.⁵⁶ En cualquier caso, cuando se encarga a la pena la misión activa de 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 crea 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 prevención⁵⁷ 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.⁵⁸ 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

56 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.

57 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*, en “Cuadernos de Política Criminal”, núm. 5, 1978, pp. 7 y ss.

58 Cfr. para esta problemática G. H. VON WRIGHT, *Handlung Norm und Intention*, Berlín, 1977, pp. 135 y ss. Vid. también *supra*, nota 34.

por sus destinatarios. La eficacia de la prevención depende, pues, de ambos factores: de una amenaza de la pena (a) capaz por su fuerza de convicción, de determinar su aceptación por parte de sus destinatarios. (b) Junto a la prevención *intimidativa* debe destacarse, pues, la prevención *positiva* que tiende a afirmar el Derecho en la conciencia jurídica de sus destinatarios (pero ver *supra*, III, 3).

Ahora bien, desde esta perspectiva preventiva las conductas a las que la ley señala una pena no son sino comportamientos que la misma desea *evitar* de la sociedad. 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 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 este 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 este 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 primaria 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-penal negativa de un comportamiento, distinta a, 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 preventivista como el nuestro ello 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.⁵⁹

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 presu-

59 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).

pone que esta protección sea posible.⁶⁰ 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 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.*

60 Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., p. 115.

V

LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DERECHO PENAL DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

I. 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 requisito⁶¹ 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.⁶² Mas, por de pronto, una cosa es que la acción constituya un concepto prejurídico de la vida y otra que su exigencia no dependa de, sino que se imponga al Derecho. Sin duda, el comportamiento a enjuiciar no lo crea el

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

62 Así, como es notorio, H. WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 202; EL MISMO autor, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, Barcelona, 1964, p. 14.

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.⁶³ Y tanto la *necesidad* de que concorra un comportamiento preexistente, como el *sentido* en que debe concurrir para la presencia de un delito no pueden derivar *necesariamente* 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 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).⁶⁴ Nótese, en

63 No comparto la tesis finalista, ahora expresada por HIRSCH, *Der Streit um Handlungs-und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der ZStW*, en "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.

64 En este sentido no basta, pues, que el hecho delictivo respon-

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 los mismos 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 de 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 penal⁶⁵ — en este sentido, “prejurídico” — pero también a la de que, 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.⁶⁶ Ahora bien, que la exigencia de un

da 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”.

65 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*, Köln, 1966, pp. 32 y s.

66 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

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 los límites que ésta impone al injusto —, pero sí procedería 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.⁶⁷ Me parece, sin embargo, decisiva la objeción que

esta dirección ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en su libro *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., pp. 106 y ss.

67 Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., 1972², pp. 168 y s., y 1978³, página 485.

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 actuar impuesto *por la ley penal*.⁶⁸ ¿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.⁶⁹ Así, por

68 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*? (*ibídem*). Por último, aunque el *querer* no hacer, cuando concurra, 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.

69 De esta observación parte la doctrina del *aliud agere*, cuyo origen se atribuye a LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*, II, Göttingen, 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

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 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 perma-

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*, en “CPC”, núm. 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*, en “ZStW”, 93, 1981, pp. 1.063 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.

necer 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.⁷⁰ 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*.⁷¹

Al mismo tiempo ello permite mantener el presupuesto ge-

70 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 (adviértase 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 ver J. MOSTERÍN, *Racionalidad y acción humana*, Madrid, 1978, pp. 141y ss.

71 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*, en “ZStW”, 87, 1975, pp. 44 y ss.

neral 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 omisión, viene a ofrecer una importante “reducción de la complejidad”, función a la que debe servir todo sistema⁷² 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,⁷³ ya que desde la Revolución francesa se

72 En este sentido la “Systemtheorie” de N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, Berlín, 1969, pp. 41 y s.; El mismo autor, *Moderne Systemtheorien als Form gesamtgesellschaftlicher Analyse*, en HABERMAS-LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?*, Frankfurt, 1971, p. 71; EL MISMO, *Rechtssoziologie*, Reimbeck, 1972, pp. 132 y ss.

73 Cfr. H. VON WEBER, *Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff*, en *Festschrift f. Engisch*, Frankfurt, 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, op. cit., pp. 51 y ss. no logra explicar este carácter externo de la omisión *pura*). Sobre estas dificultades, cfr. MAIWALD, *Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?*, en “ZStW”, 86, 1974, pp. 626, 651 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 50.

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).⁷⁴

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 primera componente de ésta. La antijuridicidad no puede considerarse la segunda o tercera nota — según se englobe o no en ella la tipicidad — de la definición de delito, siguiente a la de comportamiento humano,⁷⁵ sino la primera característica, que junto a la de culpabilidad constituye uno de los dos únicos pilares sobre los que se apoya fundamentalmente⁷⁶ la noción de delito.⁷⁷ La concurrencia de un comportamiento humano cons-

74 Por todos cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 17.

75 Sin embargo, cfr. así WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlín, 1969, pp. 31 y c.; MAURACH ZIPF, *Strafrecht*, Allg. Teil, 5.ª ed., Karlsruhe, 1977, p. 196; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 173; STRATENWERTH, *Strafrecht*, Allg. Teil, 2.ª ed., Köln, 1976, núm. 132.

76 Prescindimos aquí de la categoría de la “punibilidad”.

77 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; BOC-

tituye 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* —,⁷⁸ no constituye, a diferencia del comportamiento, una exigencia general de todo tipo, sino sólo de los tipos de resultado.

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 con-

KELMANN, *Strafrecht*, Allg. Teil, 2.^a ed., München, 1975, pp. 50 y s.; OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenbau?*, 1973, p. 199.

78 Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 209.

ceptos. 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*.⁷⁹ 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*.⁸⁰ El concepto causalista del injusto queda contrapuesto al de finalismo,

79 Cfr. KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, en "ZStW", 76, 1964, pp. 19 y ss.; STRATENWERTH, *Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht*, en "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.

80 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. *ibídem*, § 18.

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.

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.⁸¹ 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 conduc-

81 Así ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, cit., p. 393; OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, en "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*, Frankfurt, 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 "Estudios penales y criminología", ed. por FERNÁNDEZ ALBOR, Santiago de Compostela, 1982, p. 35.

tas 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.⁸²

Ante la alternativa de desvalor de la acción o desvalor del resultado,⁸³ un Derecho penal al servicio de la función de prevención debe inclinarse, pues, por el desvalor de la acción.⁸⁴ Pero

82 Es preciso, pues, desde el prisma de un Derecho penal preventivo-social, invertir la expresiva formulación de MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, en "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.

83 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.

84 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

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

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. 399 y ss., 403 y 411; SCHAFFSTEIN, *Handlungswert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en “Welzel-Festschrift”, cit., pp. 561 y s. (para la imprudencia). También HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 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.

planteamiento originario del injusto personal del finalismo.⁸⁵

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 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 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.⁸⁶ 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 neokantismo), sino en sentido *social*, en cuanto condiciona las posibilidades de participación en los sistemas sociales por parte de cada individuo.⁸⁷ Ni el

85 Por supuesto que también el finalismo requiere la exteriorización de la actitud interna, pero ello no obsta a que *parta* 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 actitud interna” (*Gesinnungswerte*), que equipara a 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.

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

87 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...*, en “Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid”, núm. 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 s.

delito ni el injusto poseen, pues, un contenido de significado meramente individual, sino social.⁸⁸ 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 a que ahora aludo consiste en la capacidad propia de una determinada conducta para producir un resultado lesivo — en sentido paralelo al en que se utiliza el concepto de peligrosidad de la acción en los delitos de peligro.⁸⁹

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 momento en que el sujeto va a actuar, no importando en cambio la peligrosidad *resultante ex post*.⁹⁰ El Derecho sólo puede pretender que los ciudadanos omi-

88 Cfr. BUSTOS, *Significación social*, cit., pp. 22 ss.: “El bien jurídico constituye una síntesis concreta de una relación social dinámica”, p. 22.

89 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; SCHMIDHAUSER, *Lehrbuch*, cit., pp. 207 y s.; HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, pp. 143 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, I, Madrid, 1981, pp. 399 y ss. y nota 33.

90 Así J. FISCHER, *Die straflose Notwehrüberschreitung*, München, 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.

tan 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.⁹¹ 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

91 Así GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, Madrid, 1966, pp. 103, 151 y ss.

peligrosa, hace necesario preguntar si pueden tener cabida en lo injusto el resultado,⁹² por una parte, y el dolo y la imprudencia, por otra. Por lo que se refiere al *resultado*, 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 pueden 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 que 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 peligrosi-

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

dad *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 puede 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 im procedentes 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, p. ej., 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 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 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 y sería peligroso permitir disparar sobre lo que parece un hombre, ya que luego puede resultar serlo.⁹³ Por otra parte, si el resultado producido no constituye

93 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 JESCHECH, *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 inidó-

realización del peligro que ostentaba la conducta, tampoco podrá dicho resultado desplegar función indiciaria alguna respecto a la peligrosidad de la acción ni a lo injusto.⁹⁴

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

nea le falta todo peligro *ex ante*, y si sólo queda en ella la voluntad de consumar el delito, ¿cómo puede distinguir 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 consumar 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.

94 Encuentran así adecuada fundamentación los principios de 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.

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 acción, 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*.⁹⁵ 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

95 Cfr. en este sentido la línea doctrinal analizada por GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, pp. 154 ss.

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 sería demasiado tarde: hasta que la acción, ya acabada, no podría 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*.⁹⁶ La encomiable finalidad política que guía esta propuesta, de escapar a la subjetividad del finalismo,⁹⁷ 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, etcétera, como las más arriba 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*.⁹⁸

96 Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit., p. 157.

97 Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, op. cit., p. 161.

98 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

B) EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA EN LA CONCEPCIÓN MANTENIDA DEL INJUSTO

¿Tienen cabida el dolo y la imprudencia en una concepción de la antijuridicidad 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 conduzca a acciones que puedan vulnerar aquellos bienes. Por ello se dijo más arriba 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

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*.

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 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,⁹⁹ 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*)¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ Pero esto no modifica la afirmación, más arriba efectuada, de que la razón 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:

99 “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.

100 Contra lo que sirve de base al planteamiento de WELZEL, *Lehrbuch*, cit., p. 4.

101 En este sentido puede aceptarse la observación de CEREZO, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, Madrid, 1981, p. 448.

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,¹⁰² 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),¹⁰³ que

102 Cfr., por ejemplo, STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, versión española de BACIGALUPO y ZUGALDÍA, Madrid, 1980, p. 119.

103 En la concepción del injusto defendida aquí, en la cual el

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 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 consciencia del sujeto, sólo pueden prohibírsele las conductas peligrosas partiendo del conocimiento de la situación peligrosa de que disponga, es decir, el conocimiento pleno del

contenido de éste no es el resultado, sino las conductas que pueden conducir a él, el dolo sólo tiene que abarcar a *éestas* 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, *Acercas del dolo eventual*, en “Estudios”, cit., p. 139 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allg. Teil, cit., pp. 433 y ss.

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?¹⁰⁴ 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 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.¹⁰⁵ 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

104 Vid. en sentido favorable a su contemplación en el injusto: STRATENWERTH, *Strafrecht*, All. 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*, Göttingen, 1975, pp. 161 y ss.; K. H. GÖSSEL, *Norm und fahrlässiges Verhalten*, en *Bruns-Festschrift*, Köln, 1978, p. 49; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., páginas 457 y s.

105 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.

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 sujeto 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?¹⁰⁶ Sin perjuicio de remitirme a lo que más abajo 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*

106 Creen que tal compatibilización no es posible: SCHÜNEMANN, *Neue Horizonte*, cit., p. 164; SCHMIDHÄUSER, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en *Schaffstein-Festschrift*, cit., páginas 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 esta la meta de este trabajo. Pero como se verá más abajo, 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.

como algo que el Derecho puede desear evitar, sino sólo las que condicionan su *capacidad de ser motivado normalmente* por la conminación penal.

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.¹⁰⁷ 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 contri-

107 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., p. 18 y ss. También en este sentido, aunque con un tratamiento diferenciado del restante desconocimiento del injusto, OTTO, *ZStW* 87, 1975, cit., p. 595.

buido 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 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 prescinde 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 de-

pendencia 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 contradicción 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 concurriera el error — es decir, si pudiera motivar —. En este sentido podría seguir utilizándose la terminología usual de “error de prohibi-

ción” aun situando éste en el ámbito de la antijuridicidad, entendiéndose dicha expresión 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 concreta. 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 deber 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 justificante, el hecho infringiría otro deber. No obstante, y aunque en el caso concreto 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 antijuridicidad 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 —.¹⁰⁸ 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 así mismo ha de saber el autor que dicha conducta lesiona un bien jurídicamente tutelado. Faltando tal conciencia de que la acción vulnera un bien *jurídico*,

108 En un sentido materialmente coincidente, aunque con otra terminología (“Sozialchädlichkeit” 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.

esta acción deja de poseer el carácter de infracción consciente de la prohibición que es propio del tipo doloso, por lo que estructuralmente sólo puede realizar un tipo *culposo* o un hecho *fortuito*, según sea vencible o invencible el error — atendiendo al mismo criterio manejado para decidir si concurre o no infracción de la norma de cuidado en relación con la lesión del objeto de la acción (*vid. supra*).

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,¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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 de ambos conceptos, ni debe resolverse como consecuencia 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.

109 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*, Univ. 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.

110 Por todos cfr. SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, cit., pp. 413 y ss.

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*.¹¹¹ Es perfectamente comprensible la motivación profunda que inspira ese 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 es indudable, porque mientras que 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.¹¹² 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

111 Así claramente JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 200.

112 Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 200.

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”,¹¹³ 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 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

113 Como sostiene GOSSEL, *Brunns-Festschrift*, cit., pp. 46 y s.

114 Acoge la tesis del texto y afirma que “la teoría de los elementos negativos del tipo (...) debe admitirse si se parte de un De-

de los elementos negativos del tipo,¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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).¹¹⁶

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

recho penal preventivo”, BERDUGO, *El delito de lesiones*, cit., p. 31, nota 48.

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

116 Cfr. GALLAS, *Beiträge*, cit., pp. 32 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 196.

“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”.¹¹⁷ 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”.

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*.¹¹⁸ 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 *vencible*, 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

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

118 Así, ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, cit., p. 401; LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa*, cit., p. 253; J. FISCHER, *Notwehrüber-schreitung*, cit., pp. 5 y s.

de la causa de justificación — pero sin perjuicio de que *políticocriminalmente* 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, ¿cuando puede entenderse que una determinada causa de exclusión de la responsabilidad penal *justifica* la conducta, y no sólo excluye la “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).¹¹⁹ En cambio, un comporta-

119 La imprudencia, y por tanto, su cara negativa, el caso for-

miento *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.¹²⁰

tuito, 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.

120 GIMBERNAT ORDEIG, *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en *Welzel-Festschrift*, cit., pp. 490 y s. (*Estudios*, cit., página 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 vera *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.

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 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

(art. 8.º, 1.º, C.P.) y la minoría de edad penal (fijada por debajo de los 16 años) (art. 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 art. 8.º, 10, C.P. En una zona media entre lo individual y lo situacional debería tal vez situarse el trastorno mental transitorio previsto en el art. 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 esta *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*”.¹²¹ 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 causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa.¹²² Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista,¹²³ es razonable pensar que sí

121 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.

122 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. ENGLISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, cit., *passim* y pp. 24 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?*, en *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.

123 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.

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 disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y 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 *irrepetibles*) 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”¹²⁴ y como actualmente se advierte incluso en relación con los *límites* de la inimputabilidad.¹²⁵ 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,

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” (*ibídem*, p. 767); cfr. DANNER, *op. cit.*, p. 104.

124 Cfr. así WELZEL, *Lehrbuch*, cit., pp. 178 y s.; JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pp. 385 y s.

125 Cfr. ROXIN, *Die jüngste Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit*, en *Bockelman-Festschrift*, p. 291.

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.¹²⁶

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 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.¹²⁷ 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

126 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Über den materiellen Schuldbegriff*, en GA, 1973, p. 68.

127 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 (*ibídem*, p. 304).

apropiadas que la pena (así el tratamiento psiquiátrico para los enajenados o medidas educativas para el menor).¹²⁸

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*.¹²⁹ 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,¹³⁰ lo que puede considerarse prueba de que sí hacen mella en ellos las normas jurídicas a través de su *interiorización* — aunque no sea mediante el conoci-

128 Así GIMBERNAT ORDEIG, *Henkel-Festschrift*, cit., p. 162 (*Estudios*, cit., p. 100).

129 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.

130 Cfr. en este sentido JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 189.

miento 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.¹³¹ 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.¹³² 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 conscientemente¹³³ 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.¹³⁴ Ésta es la razón por la que sigue teniendo sentido la posi-

131 Así B. BURCKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, en GA, 1976, p. 336.

132 Cfr. ROXIN, *Bockelmann-Festschrift*, cit., pp. 283 y s.

133 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 entrañar, 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.

134 Ya advirtió LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, cit., pp. 43 que el inimputable reacciona ante los motivos de forma distinta al hombre medio, lo cual supone — añadido — que tiene acceso a los motivos, siquiera sea de forma anormal. Recientemente acepta enjuici-

bilidad 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 corre 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.¹³⁵

mente este planteamiento E. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, Madrid, 1981, p. 137.

135 Acoge esta concepción OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, cit., pp. 138, 141 s.

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,¹³⁶ 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, sea por razones personales (enfermedad mental), situaciones (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 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 nor-

136 Vid. nota 103.

mal 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.¹³⁷ 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.¹³⁸

Es cierto que también existe una importante parte 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

137 Se adhiere a esta fundamentación OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, cit., pp. 137 ss.

138 Escribe KRÜMPELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit...*, en “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.”

de la exigencia de igualdad material y efectiva que impone el Estado democrático.¹³⁹

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 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.¹⁴⁰ 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,¹⁴¹ 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 del 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

139 Cfr. S. MIR PUIG, *Introducción*, cit., pp. 161 y ss.

140 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.

141 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.

la pena, sino que ya puede afrontarse, y mejor, por medio de una medida de seguridad.¹⁴² 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.¹⁴³ También es verdad, no obstante, que la existencia de medidas de seguridad que atajan ya la posible peligrosidad de los inimputables ha permitido históricamente ampliar las fronteras de la exclusión de culpabilidad más allá de lo que de otro modo toleraría la sociedad.¹⁴⁴ 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.

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 moti-

142 Cfr. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, cit., páginas 57 y s.

143 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.

144 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.

vabilidad normal.¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶

Así, tanto la exigencia fundamental de un comportamiento voluntario (final), como la consideración de esta voluntariedad

145 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.; SCHMID-HÄUSER, *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, página 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, página 220.

146 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.

como límite de lo injusto se fundamentaron más arriba 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.¹⁴⁷ Ello puede 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

147 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.

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 en 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,¹⁴⁸ 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 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 par 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,

148 Cfr. H. WELZEL, *Lehrbuch*, cit., p. 138.

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. Esta 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 más arriba. Todo esto indica que el tipo de injusto examina, ya desde un principio, el hecho *concreto*, atendida la capacidad del sujeto concreto.¹⁴⁹

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

149 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.

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* 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.¹⁵⁰ 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

150 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”).

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.

