

ESTRUCTURA Y CATEGORÍAS DEL DELITO

MANUAL BÁSICO PARA EL ALUMNO

**DRA. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ, ESPAÑA
JEREZ DE LA FRONTERA, 2005**

I. LA CONSTRUCCIÓN LÓGICA MEDIANTE LA SUBDIVISIÓN DE CATEGORÍAS

El sistema tradicional de la teoría del delito es “un sistema categorial, clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito”¹. El método sistemático, al reunir y estructurar todos los elementos del delito en un sistema dogmático permite seguir, en la interpretación y aplicación del Derecho penal, un orden previamente marcado por la estructura del delito; es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuricidad, culpabilidad y demás presupuestos de la punibilidad².

Frente al clásico sistema tripartito en el que se diferencian los niveles sistemáticos de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, se han realizado propuestas en el sentido de sustituir esta tripartición por una bipartición que resalte el papel central de los conceptos básicos antijuricidad y culpabilidad, y contemple el papel de otras categorías, como

¹ MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, cit., pág.

² ROXIN, C.: *Política criminal*, cit, pág. 35.

la tipicidad, en un segundo nivel, subordinado³. La opción por uno u otro sistema va a depender en gran medida de cómo se entiendan las relaciones entre tipicidad y antijuricidad.

En efecto, cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal realiza una labor de selección, por lo que, como dijese MAYER, las conductas descritas en los tipos son las que en principio han recibido una valoración negativa previa del legislador. Al tipo le corresponde, pues, seleccionar los comportamientos constitutivos de un injusto penal específico. Desde esta perspectiva, tipicidad y antijuricidad no pueden seguir siendo entendidas como compartimentos estancos, sino como aspectos parciales del juicio sobre oposición a norma⁴.

Los tipos penales, o tipos de injusto, describen así conductas que superan la primera fase del juicio de antijuricidad –conductas acreedoras de un juicio negativo por parte del legislador-⁵. Y es la segunda fase de ese juicio –

³ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 374.

⁴ Véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Teoría Jurídica del delito”, en Larrauri Pijoán/Terradillos Basoco/Gómez López, *Ciencias Penales. Monografías*, El Salvador, 2000, pág. 91.

⁵ En este sentido MORALES PRATS (en QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 302) “como esas conductas han sido incluidas en la ley penal en función de una valoración negativa previa (desvalor) se las puede llamar *conductas injustas* (que transgreden las

ausencia de causas de justificación-, la que permite afirmar o negar la antijuricidad. Como afirma MORALES PRATS, “los tipos penales, pues, no describen conductas neutras que llegan a injustas porque no hay causas de justificación que las neutralice, sino *conductas injustas que en algunos casos podrán estar excepcionalmente disculpadas o justificadas*”⁶.

Reconocer el importante papel que desempeña la tipicidad en el definitivo juicio de antijuricidad no significa, sin embargo, concebir la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuricidad, tal y como pretenden los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo. Admitir que el juicio sobre oposición a la norma es un juicio integrado por dos elementos, el de la tipicidad y el de la antijuricidad, no implica ni justifica la pretendida fusión entre la tipicidad y la antijuricidad⁷.

Pero también desde posturas que rechazan la teoría de los elementos negativos del tipo se viene reclamando una clasificación bipartita. Ejemplo de ello es la propuesta de normas), y los tipos que las expresan pueden llamarse *tipos de injusto*.

⁶ MORALES PRATS, F.: en QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 303 (subrayado en el original).

⁷ Para una exposición de los principales argumentos esgrimidos en contra de la teoría de los elementos negativos del tipo véanse ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pág. 70, y MORALES PRATS, F.: en QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 307-310.

SILVA SÁNCHEZ, quien desde una perspectiva exclusivamente teleológica, propone sustituir la clásica tripartición “por una bipartición que resalte el papel central de los conceptos básicos “antijuricidad penal” y “culpabilidad” y contemple el papel de otras categorías, como la tipicidad, en un segundo nivel, subordinado”⁸. El hecho de que la tipicidad no tenga significado jurídico autónomo ni genere por sí sola consecuencias jurídicas directas, justifica, a juicio del citado autor, sustentar la estructura del delito en dos únicas categorías.

No obstante, y frente a estas posturas, existen razones tanto dogmáticas como de política criminal que aconsejan el tradicional esquema tripartito. Desde una perspectiva estrictamente dogmática se impone cierta secuencia en la elaboración del juicio total de antijuricidad: en primer lugar procede analizar la tipicidad del hecho y, una vez confirmado ese indicio, habrá que determinar si concurren o no causas de justificación. Operar de otro modo supondría, como subraya TERRADILLOS BASOCO, llegar “al *totum revolutum* de identificar tipo e injusto, y, lógicamente, causas de exclusión de la tipicidad, causas de destipificación y causas de exclusión de la antijuricidad, olvidando que la dogmática es un largo camino de disección (análisis) de los elementos del delito”⁹.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 374.

⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Teoría jurídica del delito”, cit., pág. 91.

Pero también -y en contra de la opinión de destacados autores¹⁰-, la clasificación tripartita encuentra debido respaldo en razones de política criminal: mediante la tipicidad se consagran valores que en todo caso son valiosos, aunque excepcionalmente puedan ceder ante otros o ser lesionados sin que ello acarree responsabilidad penal. Pero siguen siendo valores.

¹⁰ Claro exponente de estos es SILVA SÁNCHEZ (*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 394) cuando a la pregunta de si cabe atribuir algún sentido político criminal – trascendente a lo meramente analítico – al hecho de que un hecho reúna los caracteres de injusto de una clase de delito, contesta negativamente, por la sencilla razón de que la tipicidad, en su opinión, carece de todo sentido político-criminal autónomo.

II. LA ACCIÓN. EL COMPORTAMIENTO HUMANO, BASE DE LA TEORÍA DEL DELITO.

El artículo 10 CP dice que son delitos o faltas “las acciones u omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. Nuestro Código hace así explícito el principio de materialidad en cuya virtud el presupuesto de la pena debe ser en todo caso una acción externa, esto es, empíricamente observable y en consecuencia, describible por la ley penal.

Superadas, al menos en sus extremos, las corrientes históricas en las que se negó el principio de responsabilidad por el hecho¹¹, la dogmática actual asiste de la mano de planteamientos normativistas y funcionalistas a la disolución del concepto ontológico de acción; esto es, a su concepción como realidad prejurídica, previa a la selección que realiza el tipo penal.

Desde perspectivas de marcado cariz normativista se viene cuestionando la oportunidad de mantener la acción como primer elemento del delito, así como su idoneidad para constituir un punto de apoyo sustantivo de un sistema que añade a la acción los calificativos de típica, antijurídica,

¹¹ Véanse al respecto FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, cit., págs. 484 y 487; y TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Acción. Nuevos planteamientos en la teoría del delito”, *Cuestiones fundamentales del Derecho penal*, Monografías universitarias de san Roque, Cádiz, 1998, pág. 14.

culpable, –y en su caso- punible. Ilustrativas son al respecto las palabras de GÓMEZ BENÍTEZ cuando se refiere a la acción como “un concepto perfectamente irrelevante”¹², y a las causas de exclusión o de ausencia de acción como “falta de imputación objetiva”¹³. Se pretende, pues, la sustitución de la acción, como dato previo a la tipicidad, por el concepto normativo de acción típica¹⁴.

Frente a ello existen, no obstante, argumentos lo suficientemente sólidos como para seguir reclamando un concepto tradicional de acción, como base autónoma y unitaria de construcción del sistema, capaz de soportar los predicados posteriores de tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, sin todavía predeterminarlos¹⁵.

Ante todo, y como advierte TERRADILLOS BASOCO, cualquiera que sea la voluntad tipificadora no podría incluir supuestos en los que el sujeto no actúa. Si afirmamos que la fuerza irresistible evita en todo caso la punición, estamos

¹² GOMEZ BENITEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1984, pág. 92.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ En este sentido se pronuncia expresamente QUINTERO OLIVARES (*Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 261) en cuya opinión “la acción constituye un concepto normativo creado por el derecho positivo”.

¹⁵ CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito 1*, cit., pág. 27.

diciendo que hay algo previo a todos los tipos que no puede ser ignorado. Y que no depende de la decisión política tipificadora y conformadora en cada caso del tipo de injusto. Se trata de una causa de exclusión de la acción. Y si hay causas de exclusión de la acción, es obvio que existe acción como presupuesto de los demás elementos del delito.

Asimismo, desde la perspectiva de los principios de materialidad y utilidad –pilares, junto con el principio de lesividad, del garantismo penal-, “ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción”¹⁶. Si el presupuesto del delito es, desde la Ilustración, un acto externo, un acaecimiento empírico taxativamente describible, su verificación es cuestión de hechos y no de valores. Planteamientos político-criminales apoyan también esta solución, en la medida en que parece obvio que no se puede prevenir la inadecuación del sujeto al rol previsto. Ni se puede pretender que no incurra en un determinado tipo penal, haciendo abstracción de su contenido. Lo que se persigue es, como apunta TERRADILLOS BASOCO “la no realización de un comportamiento que, por su lesividad -seleccionada, eso sí, por el Derecho- se estima digno de represión penal”¹⁷.

Pero también desde el plano estrictamente dogmático es preciso reclamar la autonomía de la acción como elemento del

¹⁶ FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón*, cit., pág. 480.

¹⁷ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Teoría jurídica del delito”, cit., pág. 81.

delito al que unir determinados predicados. Para quienes preconizan un concepto normativo de acción, ésta importa en la medida en que sea típica. A ello habría que objetar con GIMBERNAT que en la medida en la que esa “acción típica” no es más que una especie del género de acción, no se puede prescindir de adoptar una noción de la misma y saltar hasta la tipicidad con el objeto de definir desde ella la acción misma, pues en tal caso habría que subsumir en el concepto de acción típica la tipicidad entera¹⁸. Por otro lado, el hecho de que no se construyan cuatro categorías dogmáticas autónomas para lo doloso y lo culposo, lo activo y lo omisivo, viene a evidenciar que todos esos supuestos no son sino modalidades específicas de un genérico “delito”, que presenta caracteres comunes a todos ellos, por lo que difícilmente podrá negarse la posibilidad de un sustrato fáctico común también a todos ellos¹⁹. De la misma manera tampoco se llena satisfactoriamente ni desde el punto de vista de la técnica, ni de la seguridad jurídica la labor que se atribuye a la acción en la dogmática tradicional²⁰. Esto, como señala

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E.: “¿Qué es la imputación objetiva?”, cit., pág. 211.

¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Acción. Nuevos planteamientos en la teoría del delito”, cit., pág. 15.

²⁰ QUINTERO OLIVARES (*Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 126), partidario de un concepto normativo de acción, se ve obligado a contemplar los estados de inconsciencia o de fuerza irresistible como casos de ausencia de acción, aunque los califique como causas de atipicidad:"en

SERRANO MAILLO, es especialmente relevante en los supuestos dudosos o límite, en los cuales es menester señalar hasta dónde alcanza la relevancia jurídico-penal²¹.

Por eso, señala LUZÓN PEÑA, aunque la acción tiene un papel relativamente modesto para delimitar el campo de lo punible y de lo no punible, de todos modos su concurrencia es presupuesto indispensable para los demás requisitos del delito y, por tanto, la ausencia de acción dispensa ya de examinar cualquiera de los otros elementos que (en un Derecho penal del hecho) no pueden darse sin una acción a la que referirse²².

Existe una tendencia, cada vez más generalizada, a considerar el concepto de acción como un elemento desvinculado del sujeto que la lleva a cabo. Interesa que la acción tenga un significado social o jurídico-penal²³, lo que en

los casos de *vis absoluta* no hay más acción que la de aquél que ejerce la fuerza, siendo el que la sufre un mero instrumento privado de voluntad; si no hay más acción que aquélla es fácil deducir que no puede haber acción del forzado", de lo que concluye que "será pues un caso de atipicidad".

²¹ SERRANO MAILLO, A.: *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia. Acerca de su construcción*, Madrid, 1999, pág. 228.

²² LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 247.

²³ En este sentido la concepción significativa de la acción propuesta por VIVES ANTÓN (*Fundamentos del Sistema Penal*,

última instancia significa una postergación del individuo en aras de la trascendencia social o jurídica que con criterios valorativos previos se ha atribuido a esa acción.

Es cierto que la acción sólo puede interesar al penalista en la medida en que sea susceptible de atribuírsele un significado jurídico-penalmente relevante; y éste viene dado en los diferentes tipos penales, donde se procede a la interpretación que asigna contenido de sentido a determinados hechos²⁴; es decir, la realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo²⁵. Desde este punto de vista, el papel de la acción como concepto previo al tipo consiste, como ha de admitir SILVA SÁNCHEZ, “en decidir qué procesos son

Valencia, 1996, pág. 205) cuando define la acción “no *como sustrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino *como sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un *giro copernicano* en la Teoría de la acción: ya no es el *sustrato de un sentido*; sino, a la inversa, *el sentido de un sustrato*”.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, cit., pág. 131.

²⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 241.

interpretables, esto es, accesibles a la interpretación típica”²⁶. El concepto de acción, cumple así una función básica para la teoría del delito; es, pues, objeto de valoración, y no la valoración misma, por parte de las distintas categorías del delito²⁷.

Ello no quiere decir, sin embargo, que la acción haya de estar totalmente desprovista de significado, pues en ese caso sólo sería válida para cumplir una función negativa, pero no para erigirse en elemento básico sobre el que asentar las demás categorías del delito y, en particular, sus diferentes modalidades²⁸. En el sentido apuntado, subraya ROXIN la necesidad de acudir, en la elaboración de un concepto de acción materialmente adecuado, no sólo a los elementos corporales y psíquicos, sino también a múltiples categorías valorativas, privadas, sociales, éticas, e incluso jurídicas, que codeterminan en su sentido la acción²⁹. Esto, como resaltan

²⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, cit., pág. 131.

²⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 241.

²⁸ Expresamente MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1999, pág. 165; y SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y Sistema*, cit., pág. 130.

²⁹ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 258.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN³⁰, no excluye la validez del concepto final de la acción como concepto prejurídico, lo único que demuestra es que éste, por sí mismo, no puede servir de único criterio para determinar el concepto de acción jurídicamente relevante. Por eso es necesario, además, recurrir a criterios valorativos extraídos de las propias normas jurídicas que seleccionan aquella parte de la acción que les interesa.

Desde la base de un sistema de orientación valorativa, la unidad de acción no puede ser ya definida exclusivamente por un algo empíricamente preexistente, sino sólo por la identidad del aspecto valorativo. Así, para ROXIN, la afirmación de que alguien ha llevado a cabo una acción es el resultado de una valoración del contenido, consistente en que ha de podersele imputar a alguien como conducta suya un suceso que parte de él o un no hacer³¹. A ello responde su definición de la acción como “manifestación de la personalidad”, lo que significa desde el punto de vista positivo que es acción todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción³².

Al estar integrada la personalidad por dimensiones individual, social e histórica, la acción como manifestación de la personalidad conecta al individuo con la realidad social de

³⁰ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 246.

³¹ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 218.

³² ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 252.

su momento, lo que supone una superación de la visión del individuo aislado meramente capaz de acciones causales. Así, y tal y como subraya TERRADILLOS BASOCO, “la concepción de la acción como manifestación de la personalidad pone de relieve que la voluntad no es el único elemento determinante del comportamiento que supone concurrencia de factores más heterogéneos, lo cual no es enfatizar lo normativo, sino reconocer características del comportamiento que quedan incorporadas a los tipos penales”³³. Pero quizá su principal ventaja radica en que al tratarse de una fórmula que abarca también elementos pre-jurídicos no volatiliza el concepto de acción, sino que lo adapta a las necesidades del Derecho penal³⁴.

Ahora bien, la atribución de una omisión como manifestación de la personalidad sólo puede llevarse a cabo a través de una expectativa de acción: sólo puede atribuirse al sujeto, y en ese sentido entenderse como manifestación de la personalidad, la omisión de aquello que se esperaba de él. Ello lleva a ROXIN a admitir que el concepto de acción por él propuesto no es completamente neutral en todos los casos frente al elemento valorativo que supone el tipo, pues en parte de las omisiones no son separables acción y tipo, de tal modo que la comprobación de la acción ha de adentrarse en el tipo³⁵. Ahora bien el hecho de que la omisión sólo pueda ser

³³ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Acción. Nuevos planteamientos en la teoría del delito”, cit., pág. 20.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 257.

definida con ayuda de un criterio normativo como omisión de una acción esperada, no significa necesariamente que la acción, como elemento previo, no sea siempre y en todo caso neutral frente al tipo. Esto sólo pone de manifiesto que la omisión es un problema de tipicidad y no de acción.

Precisamente por ello, se entiende más correcto situar como base de toda la teoría del delito (delitos de acción y de omisión) el concepto de “comportamiento humano” propuesto por GIMBERNAT, y que comprende tanto el comportamiento activo como el comportamiento pasivo³⁶. La apreciación de comportamiento humano –y, en consecuencia, del sustrato material del delito– sólo exige, según este autor, que el individuo esté consciente y que sea físicamente posible una actitud (hacer o no hacer) distinta de la que en concreto se adoptó³⁷. Dado el carácter mínimo del concepto puede soportar sin titubeos diferentes contenidos en los restantes elementos del delito. Además, y como apunta GARCÍA RIVAS,

³⁶ En este mismo sentido se pronuncia LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte General I*, cit., pág. 265), en cuya opinión, el contenido de la manifestación de la personalidad al exterior ha de concretarse en el sentido de las últimas manifestaciones del concepto causal de acción como manifestación de voluntad humana al exterior, que a su vez puede consistir en una conducta humana activa –movimientos–, o más raramente, pasiva –inmovilidad– impulsada, ordenada por la voluntad.

³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, cit., pág. 187.

cumple las funciones clasificatorias y negativa que todo concepto de acción requiere³⁸. La primera porque constituye un punto de referencia común de todos los delitos, incluidos los omisivos; la segunda, porque quedan excluidos *a priori*, sin necesidad de adentrarnos en la categoría de la tipicidad, aquellos supuestos en los que faltan algunos de los dos requisitos imprescindibles para calificar a un proceso como comportamiento humano.

Un concepto de acción entendido como manifestación de la personalidad significa que sólo es acción lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual de acción, y eso falta en el caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre, o del ámbito material, animal, vital del ser, sin estar sometidos al control del yo, de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano. Si un sujeto es empujado con fuerza irresistible contra la luna de una ventana, o si durante el sueño el mismo golpea la luna, o si reacciona de un modo puramente reflejo, todas estas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia, y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad.

De ahí que se admitan como supuestos de ausencia de acción todos aquellos en los que el acto realizado no aparece como manifestación de un comportamiento humano,

³⁸ GARCIA RIVAS, N.: *El poder punitivo del Estado*, cit., pág. 82.

entendiendo por comportamiento aquél que está sometido al control del yo.

Del concepto de acción propuesto, “manifestación del comportamiento humano”, se deduce asimismo que sólo la persona puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. La doctrina dominante en España, por su parte, se manifiesta contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entendida en el sentido estricto de sujeción a penas criminales. Se suele basar la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas en su “incapacidad de culpabilidad”. Pero no es necesario llegar hasta esta categoría para negar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Si las distintas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y penalidad) tienen como presupuesto una acción, y la única acción penalmente relevante es la derivada del comportamiento humano, parece obvio, que en el caso de las personas jurídicas falta este primer presupuesto, base de toda la teoría del delito.

Coherente con esta postura nuestro CP venía castigando exclusivamente las acciones individuales realizadas por los hombres, hasta el punto de que cuando el hecho delictivo se cometía en el seno de una persona jurídica, se hacía responder únicamente a los individuos responsables de la decisión de las mismas (art. 31 CP)³⁹. Sin embargo, a partir

³⁹ La incapacidad de la persona jurídica para cometer delitos impide que se les pueda imponer una pena. Pero además, si la peligrosidad se entiende como probabilidad de delinquir, tampoco se la podrá imponer una medida de seguridad.

de la LO 7/2003, de 30 de junio, por la que se reforma el CP, si se impone en sentencia una pena de multa a quien actúe en nombre de una persona jurídica, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó. Aunque con ello pudiera parecer que el legislador se decide a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no cambia en absoluto el hecho de que éstas sean incapaces de realizar una acción en el sentido aquí propuesto. Y es que el fundamento de la responsabilidad penal prevista en el núm. 2 del art. 31 CP no lo constituye la realización de un acto típico, antijurídico y culpable por la persona jurídica; el fundamento de esta responsabilidad lo constituyen los actos individuales realizados por las personas físicas que integran la persona jurídica, aunque por distintas razones proceda, adoptar también sanciones que afecten a la persona jurídica como ente jurídico a cuyo amparo se cometen acciones delictivas.⁴⁰

La responsabilidad de las personas jurídicas sólo puede admitirse desde una teoría del delito como la propuesta por JAKOBS. El concepto de acción ha desaparecido en JAKOBS, y a partir de ahí resulta coherente su postura respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Que puede afirmarse porque el Derecho penal no ha de juzgar acciones, sino sujetos de responsabilidad, esto es, sistemas compuestos *-input-* de psique y cuerpo *-si se trata de personas físicas-* o de constitución y órganos *-si se trata de personas jurídicas-*,

⁴⁰ Véase MUÑOZ CONDE F./ GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 252.

cuya exclusión del ámbito de la responsabilidad no se puede justificar en absoluto, ya que ambos sistemas son perfectamente capaces de originar resultados (*output*).

III. LA TIPICIDAD

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1.1 CP, una vez que nos encontramos en presencia de una acción u omisión jurídico-penalmente relevante el paso siguiente ha de consistir en determinar si el hecho constituye uno de los descritos en la ley penal, esto es, si integra el supuesto de hecho de un tipo penal. Desde esta perspectiva, y en la medida en que los tipos penales son el resultado de un proceso selectivo, la tipicidad desempeña una función derivada del principio de legalidad de naturaleza garantista: una función seleccionadora de comportamientos humanos penalmente relevantes, que de con concurrir otros elementos, puede dar lugar a responsabilidad penal. Esa función de delimitación del ámbito de lo prohibido que lleva a cabo la tipicidad supone *a sensu contrario*, la definición de esferas de libertad a efectos penales⁴¹. Esta función no es compartida por los demás elementos del delito que se limitan, desde esta perspectiva, a excluir, dentro de lo típico, lo que no puede generar responsabilidad criminal. Pero la primera labor de selección de lo prohibido y lo permitido se ejerce a través de los tipos penales.

Ahora bien, el respeto al principio de legalidad exige algo más que la mera formalización tipificadora. El respeto al

⁴¹ MORALES PRATS, F.: en QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 304; y TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Acción. Nuevos planteamientos en la teoría del delito”, cit., pág. 93.

principio de legalidad, indica TERRADILLOS BASOCO, “exige no sólo la descripción de los comportamientos castigados y de sus efectos (lesión o peligro)...es necesaria la determinación en la ley penal del valor a proteger”⁴². Partiendo del presupuesto de que el tipo penal se orienta sólo a la protección de bienes jurídicos y que el legislador ha tenido presente una idea de antijuricidad material en el momento de configurar el tipo habrá de estimarse la atipicidad en los casos en los que el hecho, siendo formal o aparentemente típico, no lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido⁴³.

El necesario reflejo de la antijuricidad material en el momento de la configuración del tipo conlleva que el consentimiento del titular del bien jurídico protegido adquiera ya relevancia en el ámbito de la tipicidad –como causa de atipicidad o de destipificación-, por lo que no parece necesario acudir a una causa suprallegal de justificación que excluya la antijuricidad⁴⁴. Como afirma PÉREZ ALONSO, “un

⁴² En sentido similar se expresa MORALES PRATS (en QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 304) cuando señala “que la tipicidad de los hechos punibles cristalice el principio de legalidad no significa que exprese actos injustos en sentido material ”.

⁴³ Véase por todos QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 280-281.

⁴⁴ Entienden que cuando el sujeto pasivo acepta libremente que el autor realice la conducta típica el consentimiento puede actuar como causa de atipicidad o como causa suprallegal de justificación COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.:

comportamiento que cuenta con el consentimiento del titular del bien jurídico no causa la lesión típica del bien jurídico protegido y, en consecuencia, no crea un indicio de antijuricidad, ya que consta la no realización del injusto típico. Por ello la impunidad de tal comportamiento debe ser determinada ya en el nivel de la tipicidad.⁴⁵”

Parece obvio que el consentimiento excluirá la tipicidad allí donde su presencia, dada la naturaleza disponible del bien jurídico protegido, enerve o haga irrelevante su lesión⁴⁶. Quien encierra o detiene a una persona con sus consentimiento no realiza unas detenciones ilegales justificadas por la concurrencia de ese consentimiento, simplemente no realiza el

Derecho Penal. Parte General, cit., pág. 451; DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, pág. 142; y MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 512. Lo tratan en todo caso como una causa supralegal de justificación MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 383; y RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho penal Español, Parte General*, cit., pág. 506, entre otros.

⁴⁵ PEREZ ALONSO, E.J.: en José M. Zugaldía Espinar (dir.) y Esteban J. Pérez Alonso (coord.), *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2002, pág.470.

⁴⁶ Véase COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: citado, pág. 451. En sentido similar JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., 1996, págs. 289-290.

tipo⁴⁷. Pero, con independencia del carácter disponible o indisponible del bien jurídico tutelado, el consentimiento actuará también como causa de atipicidad siempre que el tipo sea incompatible con la idea misma de consentimiento. Así, por ejemplo, en el delito de trato degradante (art. 173 CP) tanto el contenido del bien jurídico como la exigencia de atentado excluyen la posibilidad de estimar típica la conducta en los casos en los que sea consentida por el sujeto pasivo⁴⁸. Por último, el consentimiento será causa de destipificación en todos aquellos casos en los que el legislador prevea expresamente su relevancia. Así, cuando el artículo 156 CP concede efectos eximentes al consentimiento en lo supuestos de transplantes de órganos, esterilizaciones o cirugía transexual, en realidad le está reconociendo eficacia destipificadora. A falta de consentimiento todavía podrá

⁴⁷ Véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Teoría jurídica del delito”, cit., pág. 92.

⁴⁸ En primer lugar, de la relación existente entre la integridad moral y la libertad se deduce que cuando existe consentimiento la integridad moral no resulta lesionada, en segundo lugar, la exigencia de atentado implica la realización de una conducta violenta; si la violencia ha de ser interpretada como la aplicación de medios violentos no admitidos por quien los sufre, parece claro que violencia y consentimiento son conceptos excluyentes. Véase al respecto RODRIGUEZ MESA, M.J.: *Los delitos de torturas y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000, págs. 151-152.

examinarse si concurre alguna causa de justificación, destinada a decidir entre intereses jurídico-penalmente relevantes. Pero concurriendo el consentimiento del titular, el conflicto entre intereses no existe⁴⁹.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer, entiendo el tipo como indicio de antijuricidad, esto es, como *ratio cognoscendi*, y no como *ratio essendi*, de la antijuricidad. En consecuencia, y como advierte MORALES PRATS, es preciso “preservar la entidad propia de las *diferentes secuencias valorativas* del juicio de antijuricidad (juicio sobre el hecho), que se hallan escalonadas e interrelacionadas: la relativa a la tipicidad del hecho y la atinente a si concurren o no causas de justificación de la conducta”⁵⁰.

La configuración de la tipicidad como categoría autónoma del delito no prejuzga, sin embargo, la posición que se adopte con respecto al error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Es cierto que su consideración como error de tipo es una de las consecuencias prácticas que se derivan necesariamente de la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo, pero ello no obsta a que, también desde la concepción de la tipicidad como *ratio*

⁴⁹ Véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Teoría jurídica del delito”, cit., pág. 92.

⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 305.

cognoscendi, pueda llegarse a idéntica solución⁵¹. Los presupuestos objetivos o fácticos de una causa de justificación son, ante todo, elementos fácticos, para cuya apreciación no hace falta valoración jurídica alguna. Desde este punto de vista, aunque desde una clasificación tripartita del delito, TERRADILLOS BASOCO mantiene que la suposición errónea de los presupuestos objetivos de una causa de justificación debe tratarse como un error de tipo. Y ello porque en este caso, y a diferencia de los supuestos en los que se actúa con la conciencia errónea de estar amparado por una causa de justificación, el error incide sobre los hechos y no sobre el Derecho aplicable⁵². Así, aunque en puridad no se trate de un error de tipo, su tratamiento tiene que ser idéntico.

La tipicidad también desempeña una importante función cognoscitiva, de instrucción-motivación de los ciudadanos respecto del significado jurídico-penal que revisten sus actos⁵³. El tipo, al reflejar una acción que se

⁵¹ Cabe acudir como propone MIR PUIG (*Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 440), a un planteamiento paralelo. De ese modo, pese a que en su opinión el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no es, en sentido estricto, un error de tipo, ha de tratarse como si lo fuera.

⁵² TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 100.

⁵³ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 1, cit., pág. 35.

valora bajo el punto de vista de la necesidad abstracta de pena, cumple con la función preventivo-general de motivar la no realización de acciones prohibidas⁵⁴. La tipicidad cumple así un papel esencial en aras a la consecución de la finalidad misma del Derecho penal: la prevención del delito mediante el instrumento de la motivación. Es decir, en tanto que forma de expresión de las normas penales, el tipo cumple una función de vehículo del imperativo en él expresado y por tanto una función político criminal, pues la información que contiene influye en el ciudadano de manera que la incriminación o no de determinadas conductas y la punición mayor o menor, influyen en el propio delincuente motivándole en contra de la realización del delito⁵⁵.

Y si el tipo actúa apelando a la motivación del sujeto, conminándole a decidir su voluntad en contra del delito, el hecho de que la infracción de la norma sea intencional o no ha de influir en la gravedad de la conducta, por lo que también, desde esta perspectiva, parece coherente exigir que los tipos describan el comportamiento en su totalidad, incorporando el dolo al tipo de injusto.

Pero en la medida en que la conciencia de la antijuricidad del hecho (*dolus malus*) se sigue considerando como integrante de la culpabilidad, el dolo –como elemento

⁵⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 93.

⁵⁵ GARCÍA ALVAREZ, F. J.: *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, 1999, pág. 62.

subjetivo del tipo- no es más que la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Si el dolo se entiende, pues, como el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta típica⁵⁶, y ésta es sólo la que tiene lugar en las

⁵⁶ Véanse por ejemplo CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* (II), Teoría Jurídica del Delito 1, cit., págs. 117 y 124; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 557; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1990, pág. 241; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 298; OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito* (I), cit., pág. 95; y QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 285.

Aunque en nuestra doctrina sigue siendo dominante la postura que identifica en el dolo un elemento cognitivo y otro volitivo, en los últimos años puede apreciarse, por parte de algunos autores, una cierta inclinación hacia teorías del dolo basadas en el momento intelectual del mismo. Así para SILVA SÁNCHEZ, J.M. (*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, cit., pág. 405), al entender que si alguien realiza una acción voluntaria y conoce cual es el contenido de sentido de esa acción es que por necesidad quiere producir ese contenido de sentido, el dolo sólo tendrá un contenido cognitivo. De intermedia puede calificarse la postura que mantiene MIR PUIG, S. (*Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 240) quien, aun admitiendo la necesidad de elemento volitivo, entiende que el conocimiento de todos los elementos

circunstancias previstas por el tipo, el dolo exigirá el “conocer” y “querer” realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo⁵⁷, tanto los normativos como los descriptivos.

La mayor parte de la doctrina considera que el elemento volitivo del dolo ha de abarcar el resultado típico; el sujeto ha de querer, o al menos consentir, aceptar o conformarse con el resultado típico para que se entienda realizado el tipo doloso⁵⁸. Últimamente, y desde una teoría reformada de la

que hacen típicos un comportamiento voluntario integra ya la voluntad consciente que caracteriza al dolo.

⁵⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: Adiciones a JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1981, cit., pág. 425.

⁵⁸ Así, CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General (II)*, Teoría Jurídica del Delito 1, cit., pág. 125; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 299; OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Teoría Jurídica del Delito (I), cit., pág. 95; y QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 285. Una posición distinta mantiene SILVA SÁNCHEZ, J.M. (*Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, cit., pág. 401) quien excluye el resultado no sólo del elemento volitivo (que no acepta en el dolo), sino también del cognitivo. Esta parece ser también la posición mantenida por MIR PUIG, S. (*Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 239), cuando afirma que el dolo incluye únicamente el conocer y querer la realización de la *situación* objetiva descrita por el tipo de injusto.

probabilidad, se viene reinterpretando el elemento volitivo del dolo⁵⁹. Para los seguidores de esta postura, este elemento del dolo no se corresponde ya con una voluntad referida al resultado, sino con la decisión de actuar del sujeto aun conociendo que su actuación implica una certeza de lesión del bien jurídico (dolo directo) o al menos un peligro inminente y concreto de lesión (dolo eventual)⁶⁰.

No obstante, en la práctica, la teoría -no estrictamente pura- de la probabilidad no excluye efectivamente el resultado del ámbito del dolo. Como advierte MAQUEDA ABREU, “aún cuando se afirma que ésta no enfrenta al autor con el resultado sino con la situación peligrosa, lo cierto es que si para definir el dolo eventual requiere que la representación del autor abarque la seria producción de un resultado con el que “se cuenta” al actuar, ello puede interpretarse como

⁵⁹ Como advierte DÍAZ PITA, M.M. (“Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991”, *AP*, 1995-1, marg. 12”), la exclusión del contenido del dolo de la voluntad referida al resultado no significa renunciar a un elemento de carácter volitivo, pues la decisión a actuar excede de un concepto puramente cognitivo.

⁶⁰ Véase DIAZ PITA, M.M.: Algunos aspectos sobre el dolo eventual...”, cit., margs. 10-11. También en este sentido CORCOY BIDASOLO; M.: “En el límite entre el dolo e imprudencia. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983”, *ADPCP*, 1985, pág. 973.

“conformarse con” ese resultado, en definitiva “querido”, por más que se prefiriese que no llegara a tener lugar”⁶¹.

Un supuesto especialmente controvertido, por las diversas posiciones doctrinales al respecto, lo constituye el ámbito del dolo en relación con los elementos normativos. Al tratarse de elementos exigidos expresamente por el tipo, tendrán que ser también abarcado por el dolo, aunque por su naturaleza normativa bastará, como ha señalado MEZGER, con una valoración paralela en la esfera del profano⁶². En todo caso la relevancia del ámbito del dolo en relación con estos elementos adquiere su trascendencia práctica en materia de error, siendo posible distinguir tres posiciones al respecto: la que tradicionalmente ha entendido que se trata de elementos propios de la antijuricidad por lo que un error sobre

⁶¹ MAQUEDA ABREU, M.L.: “La relación “dolo de peligro”-“dolo (eventual) de lesión”. A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 “sobre el aceite de colza”, *ADPCP*, 1995, pág. 428.

⁶² Así, entre otros CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General* (II), Teoría Jurídica del Delito 1, cit., pág. 126; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 299; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 241; y BACIGALUPO, E.: “El error sobre los elementos del tipo y el error sobre los elementos de la antijuricidad o la prohibición (art. 6 bis a)”, en Cobo del Rosal (dir.), *La reforma del Código Penal de 1983, Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo V, Vol. 1º, Madrid, 1985, pág. 129.

los mismos constituiría un error de prohibición⁶³; la de quienes, aun aceptando el carácter híbrido de estos elementos, entiende que un error sobre los mismos ha de ser tratado como error de tipo⁶⁴; y por último, una tercera posición, intermedia, que admite tanto el error de tipo como el de prohibición⁶⁵, dependiendo de que el mismo recaiga sobre el supuesto de hecho o sobre la valoración jurídica respectivamente.

Si el elemento afecta tanto a la tipicidad como a la antijuricidad se entiende más correcta, aun teniendo en cuenta las dificultades que entraña⁶⁶, la última de las posiciones enunciadas. Según esta, los elementos de valoración global del hecho, "deben, para que en ellos pueda

⁶³ Esta ha sido la posición mantenida entre otros por WELZEL, KAUFMANN y HIRSCH (citados por BACIGALUPO, E.: "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre los elementos de la antijuricidad o la prohibición (art. 6 bis a)", cit., pág. 67, quien mantiene esta misma posición.

⁶⁴ Véanse, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte General*, cit., págs. 186-187; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 572; y MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal*, cit., págs. 65-66.

⁶⁵ Así, entre otros, ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General (I)*, cit., pág. 464; y JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., págs. 337-338.

⁶⁶ Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *El error en Derecho Penal*, cit., págs. 57 y ss.

determinarse el objeto de referencia del dolo, escindirse en componentes que configuran el supuesto de hecho (elementos del tipo) y valoración jurídica de este supuesto de hecho (antijuricidad). De este modo el dolo ha de abarcar únicamente al supuesto de hecho, mientras que la valoración del mismo debe tratarse según las reglas relativas a la conciencia de la antijuricidad⁶⁷".

La anteriormente aludida función de motivación implica *a sensu contrario*, que si se constata que el autor de la conducta típica no ha aprehendido de forma correcta algún elemento constitutivo de la infracción penal, o bien éste ha sido percibido erróneamente (error de tipo), habrá que negar el carácter doloso de tal actuación y por tanto, la concurrencia de ese elemento subjetivo del tipo, aunque todavía será posible afirmar su imputación a título de imprudencia, cuando el error sea considerado vencible y el comportamiento en cuestión haya sido tipificado también en su forma imprudente⁶⁸.

Tradicionalmente la doctrina ha venido negando la posibilidad de que la imprudencia fuese compatible con la existencia de elementos subjetivos del injusto, al entender que éstos implican en todo caso la exigencia de un dolo específico. De este modo, para el sector doctrinal que entiende

⁶⁷ JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 1981, cit., pág. 401.

⁶⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho penal*, Vol. 1, cit., págs. 147-148.

el dolo eventual no como una especie de dolo sino como un tipo de culpa agravada, aquél sólo será admisible en aquellos delitos que permiten la estructura de la imprudencia, y por tanto sería incompatible con los tipos portadores de específicos elementos subjetivos del injusto⁶⁹.

Sin embargo, ambas afirmaciones han de ser matizadas. De una parte, el legislador de 1995 contempla expresamente la posibilidad de comisión imprudente de tipos portadores de específicos elementos subjetivos⁷⁰, ello implica que no en todo caso estos elementos van a ser incompatibles con las formas imprudentes⁷¹. De otra, la doctrina mayoritaria entiende el

⁶⁹ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ (*Manual de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 184, quien expresamente afirma que "queda claro que la estructura del dolo eventual es de culpa y, por tanto, que no podrá aplicarse a todo tipo legal, sino sólo a aquellos que permiten la estructura de la culpa (p. ej. no permiten la estructura de la culpa los tipos legales con elementos subjetivos de intención trascendente, como el hurto o la falsificación de documentos)").

⁷⁰ Véase como ejemplo el artículo 301.2 CP referido a la receptación imprudente.

⁷¹ Así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. (*Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 588, en especial nota 49) entienden que en caso de imprudencia jurídica habrá que afirmarse la compatibilidad entre la imprudencia y la presencia de elementos subjetivos del tipo. En el mismo sentido GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., pág. 122.

dolo eventual como una especie de dolo⁷², y ello porque como afirma ZUGALDÍA ESPINAR, "decidirse por la realización del tipo -frente a lo que sostiene BUSTOS RAMÍREZ- supone algo más que un mero elemento subjetivo del injusto sumado a la imprudencia: indica una forma de querer la realización del tipo que transforma a la imprudencia en algo substancialmente distinto -a saber: en dolo"⁷³.

De ello se deriva que la simple presencia de elementos subjetivos en el tipo no excluye *a priori* y de modo absoluto la posibilidad de la imprudencia y del dolo eventual⁷⁴. Si se tiene en cuenta que no todos los elementos subjetivos del injusto tienen el mismo contenido o naturaleza, ni desempeñan idénticas funciones en el tipo, no parece adecuado afirmar con carácter previo la incompatibilidad de todos estos elementos con la imprudencia, o derivar de su existencia la exigencia

⁷² Sobre la teoría unitaria del dolo y las distintas posiciones de la doctrina véase DÍAZ PITA, M.M.: *El dolo eventual*, Valencia, 1994, págs. 289-341.

⁷³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: "La demarcación entre el dolo y la culpa. El problema del dolo eventual", en *ADPCP*, 1986, pág. 403.

⁷⁴ Sobre la posibilidad de apreciar dolo eventual aun cuando la finalidad del sujeto activo fuese la de quebrantar la voluntad del agente véase MAQUEDA ABREU, M.L.: "La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: el caso Rueda", *La Ley*, 1988-1, págs. 769 y ss.

legislativa de un dolo directo⁷⁵. Ello no dependerá de la presencia de un elemento subjetivo del tipo, sino de su naturaleza y de la función que desempeñe en el tipo concreto; dependerá en definitiva de la propia estructura típica. Será necesario por tanto acudir al tipo concreto y observar si su estructura permite el dolo eventual.

La afirmación de la tipicidad requiere que el hecho típico sea imputable a su autor. No es suficiente con que el autor haya “causado” el resultado o “realizado” el hecho típico. Para que la conducta sea típica es preciso, además, que la lesión o el peligro para el bien jurídico protegido sea imputable, con criterios normativos, al autor. Es decir, se trata de determinar con criterios de valoración jurídica si a través de la acción se crea un riesgo no permitido dentro del fin de protección de la norma⁷⁶. Tales criterios, de carácter normativo y derivados del

⁷⁵ En este sentido mantienen GRACIA MARTÍN (“Artículo 153 del CP”, en Díez Ripollés/Gracia Martín (coords.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (I), Valencia, 1997, págs. 455-456) que cabe dolo eventual en los supuestos en los que habiéndose propuesto el sujeto un fin cualquiera, “seleccionara para su consecución medios de tales características que llevaran a su representación la posibilidad de que su puesta en práctica pudiera conllevar la lesión del bien jurídico, cuando al tiempo de ejecución de la acción contara con la posibilidad de aquella realización”.

⁷⁶ Sobre la valoración del riesgo permitido en Derecho penal véase ampliamente PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: *El riesgo*

fin del Derecho penal han sido sistematizados y agrupados como criterios de imputación por la denominada teoría de la imputación objetiva, y en puridad son: “la creación de un riesgo no permitido, lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente realización de ese peligro en un riesgo o en un resultado, y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida”⁷⁷.

La teoría de la imputación objetiva no pretende sustituir la constatación del necesario nexo causal entre resultado producido y comportamiento realizado. La constatación del resultado material y la determinación del nexo causal sigue respondiendo a las reglas generales de la *conditio sine qua non* (aunque reformulada de acuerdo con las aportaciones más modernas). Es por eso que, como advierte GIMBERNAT ORDEIG, para afirmar la atipicidad de lo que no es causa del resultado no se necesitan las “alforjas de la imputación objetiva”: “esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar

permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Madrid, 1995.

⁷⁷ Sobre la recepción y elaboración de estos criterios en la doctrina española véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: “La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España”, en ROXIN, C.: *La imputación objetiva e Derecho penal*, (trad. y ed. M. Abanto Vásquez), Lima, 1997, *passim*.

por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante del resultado típico, a veces y no obstante, tampoco es típico.⁷⁸

A pesar de la generalizada aceptación del conjunto de criterios que conforma la teoría de la imputación objetiva, VIVES ANTÓN nos advierte de que éstos no son susceptibles de ser aplicados con pretensiones de validez a todas las figuras delictivas. Y ello, porque “como quiera que los valores que entran en liza en la exégesis de cada delito en particular no son del mismo género, ni poseen el mismo rango, entonces los conceptos nunca pueden ser generales, so pena de tener que prescindir precisamente del contenido jurídicamente relevante de cada figura delictiva concreta”⁷⁹.

En efecto, la pretendida categoría unitaria y general, al depender de interpretaciones sobre lo que cada norma (concreta) busca proteger, se relativiza bastante. Pero ello sólo significa que en la imputación objetiva de los diferentes tipos de injusto según sean dolosos o imprudentes, de acción o de

⁷⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E.: “¿Qué es la imputación objetiva?”, cit., pág. 214.

⁷⁹ VIVES ANTÓN, T.S.: *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, 1996, págs. 304 y ss.; también MARTINEZ-BUJAN PEREZ (*Derecho penal económico. Parte General*, cit., págs. 132-133) entiende que “la sedicente ‘teoría’ de la imputación objetiva no puede ser concebida como una categoría ‘unitaria’ ni ‘uniforme’ dado que, al basarse en simples interpretaciones o ‘prácticas’, se ‘disuelve’ en las concretas exégesis de los distintos tipos”.

omisión, se observan determinadas especialidades⁸⁰. No que haya que renunciar a criterios normativos que permitan constatar que la realización del riesgo no permitido es imputable a su autor, y ello con independencia de que el riesgo sea consecuencia de una acción o de una omisión, sea intencional o se deba a una falta de la diligencia debida.

⁸⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P.M.: *Tipicidad e imputación objetiva*, Valencia, 1996, págs. 131-132.

IV. LA ANTIJURICIDAD

Afirmado el carácter típico de una conducta es preciso todavía comprobar si ésta es contraria al ordenamiento jurídico general y, específicamente, a las normas jurídico-penales. La antijuricidad expresa, desde esta perspectiva, la contradicción entre la acción típica realizada y lo exigido por el Derecho. Pero además, por exigencia del principio de lesividad, el delito ha de afectar de modo relevante a bienes jurídicos. En este sentido se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva, lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el Derecho quería proteger⁸¹.

Así, cuando la técnica tipificadora parezca llevar a la afirmación de tipicidad de meras infracciones formales debe o identificarse un bien jurídico afectado o bien afirmarse, en los casos en que ello sea imposible, su atipicidad⁸². Cuando el hecho, aun siendo formal y aparentemente típico, no ofende al bien jurídico protegido, ni siquiera crea un indicio de antijuricidad, su exclusión ha de resolverse ya en el plano de la tipicidad. Como advierte QUINTERO OLIVARES, los actos típicos no son actos que tienen sentido porque el Derecho

⁸¹ QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 280.

⁸² TERRADILLOS BASOCO, J.M.: “Teoría jurídica del delito”, cit., pág. 108.

penal así lo desea, “sino actos que el Derecho Penal castiga porque son *negativos en su valoración social y jurídica*”⁸³.

Entre los comportamientos seleccionados por la tipicidad alcanzarán, pues, la condición de antijurídicos aquéllos en los que no concurre una causa de justificación. De ahí que, en la práctica, la función del juicio de antijuricidad se reduzca a la constatación negativa de la misma, es decir a la constatación de que no concurre causa de justificación alguna.

La función esencial de la antijuricidad es, pues, la de confirmar o desvirtuar –también a la luz de criterios de merecimiento y necesidad de pena-, el juicio indiciario de desvalor que se contiene provisionalmente en la tipicidad. Se comprende así, por tanto, la razón por la que la concepción del injusto no puede dejar de proyectarse sobre las causas que lo excluyen, en la medida en que tanto el “valor añadido” de acción como el de resultado tendrán que constituir el fundamento y contenido de la justificación penal.

En este sentido, puede afirmarse con CEREZO MIR que “del mismo modo que lo injusto de los delitos dolosos y culposos sólo queda constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor de resultado, la exclusión de lo injusto requiere la concurrencia del valor de la acción y del valor del resultado de las causas de justificación, es decir, la

⁸³ QUINTERO OLIVARES, G.: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 467.

conurrencia de todos los elementos subjetivos y objetivos que sirven de base a las mismas”⁸⁴.

La concreta configuración del contenido del injusto va a depender, en última instancia, de la posición que se mantenga en torno a la naturaleza de la norma penal⁸⁵. Así, el papel a desempeñar, respectivamente, por el desvalor de acción y el desvalor de resultado en el fundamento del injusto será distinto en función de que la norma sea concebida como juicio de valor o como norma de determinación.

Para una concepción valorativa las normas recogen o consagran valores, por lo que la consecuencia jurídica se aplica por el ataque al valor, al contenido, más que por la infracción de la ley⁸⁶. Lo trascendental, pues, a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a Derecho será la constatación de si se ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito que se expresa en un desvalor de resultado⁸⁷. Si bien las tesis valorativas puras apenas han

⁸⁴ CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II*, cit., págs. 189-190.

⁸⁵ JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 213.

⁸⁶ ALVAREZ GARCÍA, F.J.: *Sobre la estructura de la norma penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, 2001, pág. 24.

⁸⁷ HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984, pág. 18.

sido seguidas en la práctica⁸⁸, sí que han encontrado su reflejo en la denominada teoría de la “doble función de la norma”. Aunque los partidarios de esta concepción reconocen en la norma un aspecto valorativo y un aspecto imperativo, al entender que éste se deriva necesariamente de aquél el injusto

⁸⁸ Tal y como afirma MORALES PRATS (“Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional”, cit., pág. 538) “las tendencias actuales sobre el contenido de la antijuricidad intentan hallar formas de equilibrio. Es posible detectar así planteamientos que, arrancando de la aceptación de los postulados imperativistas, introducen referencias objetivas en la constitución del injusto, o bien postulan expresamente una configuración dualista o mixta del injusto (desvalor de acción y desvalor de resultado). Del mismo modo, los defensores de una concepción valorativa de la norma y, por consiguiente, de una tesis monista-objetiva en torno al injusto infracción de una norma de valoración, expresada en un desvalor de resultado, se ven constreñidos a abrir el portón a elementos de índole subjetiva en mayor o menor medida”. También GARCÍA-PABLOS (*Derecho penal. Introducción*, cit., pág. 273) destaca que “con frecuencia es difícil decidir si un autor es partidario de la concepción de la norma como norma de valoración o de determinación, porque quienes afirman lo primero no niegan que, de algún modo, la norma es también un imperativo: y quienes ponen el acento en lo segundo, no pueden ignorar –ni de hecho lo hacen– que la valoración o devaloración es un momento o *prius* lógico previo a toda orden o mandato”.

penal se concibe primordialmente como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, como desvalor de resultado⁸⁹.

La concepción imperativa, por su parte, entiende la norma penal como norma de determinación de conductas; como prohibiciones y mandatos dirigidos al ciudadano con la intención de motivarle para que realice u omita determinadas acciones⁹⁰. Su principal consecuencia teórica radica en que el desvalor de acción, entendido como desvalor de intención, constituye el núcleo de la antijuricidad de un hecho, pues es la voluntad humana opuesta a lo ordenado por el Derecho la que vulnera el mandato o la prohibición contenidos en la norma⁹¹.

⁸⁹ COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., págs. 299 y 368.

⁹⁰ Véase en este sentido ZIELINSKI, D.: *Disvalor de acción y Disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. por Sancinetti), Buenos Aires, 1990, pág. 135: “cuanto más privada de valor sea la norma respecto de su contenido mayor será la seguridad de poder alcanzar su meta”.

⁹¹ MIR PUIG, S.: “Sobre lo objetivo y lo subjetivo del injusto”, *ADPCP*, 1988, pág. 672: “La evitación del posible resultado (*ex ante*) es el objetivo de la prohibición, pero sólo la conducta voluntaria y consciente puede constituir objeto de dicha prohibición, sólo ella puede considerarse lo prohibido, lo injusto”.

Ello no quiere decir que para los partidarios de las tesis imperativistas, por regla general, la norma esté totalmente desprovista de valor. En cuanto la norma considera como digno de protección un bien, y en cuanto desvalora la conducta que ataca a dicho bien jurídicamente protegido, la norma suscita una valoración⁹². Pero al situarse el momento valorativo, en el que se decide que es lo que hay que proteger, en un momento previo al de la existencia de la ley penal lo decisivo para su efectividad es que el legislador le asigne la virtualidad de un imperativo⁹³. El juicio de valor queda así integrado en la norma de determinación, y como fundamento del injusto se sitúa la conducta que pueda afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal, quedando relegado “el desvalor de resultado a la

⁹² MORALES PRATS, F.: “Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional”, cit., pág. 545.

⁹³ MIR PUIG, S.: *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., pág. 57: “La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza. Evidentemente, al imperativo precede *lógicamente* la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero esta valoración no es más que un momento interno, en el marco del proceso legislativo, mientras que para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que el legislador le asigne la virtualidad de un imperativo”.

sancionabilidad penal del comportamiento prohibido y no a la propia prohibición penal del mismo”⁹⁴.

Las consecuencias dogmáticas derivadas de la parcial visión de la antijuricidad a la que se llega con cada una de las concepciones anteriormente expuestas ha dado lugar a que las tendencias actuales reconozcan que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado son, en plano de igualdad, elementos co-fundantes del injusto. Ello no significa, sin embargo, que todos aquellos autores que se adscriben a esta postura mantengan una concepción bidimensional de la norma, entendida a su vez como norma de valoración y como norma de determinación⁹⁵.

Tal y como resalta MORALES PRATS, “para poder calificar de mixta una concepción de la norma debe admitir hasta sus últimas consecuencias la dualidad de planos y funciones lo que redundará en una constitución dualista del injusto, entendido como norma de valoración y de determinación”⁹⁶. La asignación de este doble contenido a la

⁹⁴ Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, cit., págs. 386 y 416.

⁹⁵ Así, por ejemplo HUERTA TOCILDO (*Sobre el contenido de la antijuricidad*, cit., pág. 65), quien en contra de una atenta lectura de los textos subjetivistas sugiere que la adopción de la tesis dualista no es en absoluto incompatible con la concepción de la norma como imperativo.

⁹⁶ MORALES PRATS, F.: “Función y contenido esencial de la norma penal: bases para una teoría dualista o bidimensional”,

norma (valor e imperativo como elementos co-constitutivos de la misma) además de posibilitar un adecuado equilibrio entre el sistema de la teoría del delito y las necesidades o fines político-criminales, permite argumentar desde la norma en sí la necesidad de que desvalor de acción y desvalor de resultado integren, en plano de igualdad, el contenido del injusto⁹⁷.

cit., pág. 539. En sentido similar, DE LA CUESTA AGUADO (“Norma Primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, *RDPC*, núm. 6 (1996), págs. 168 y 169) atribuye una triple naturaleza a la norma primaria: en su aspecto de valoración, establecería la solución ideal al conflicto planteado, desde el punto de vista del bien jurídico; en su aspecto de norma de conducta, enuncia la pauta de conducta y ofrece a la sociedad un modelo valorado de conducta; en su aspecto de determinación, constituye el modelo imperativo, “el de la decisión de quien está investido de autoridad que dice que ‘sea’”. Así concebida, la norma primaria cumpliría tres funciones: proteger bienes jurídicos a través de la norma de valoración; determinar “pautas” mediante la norma de conducta, y motivar al ciudadano a que observe un determinado comportamiento “mediante la enunciación de la pauta de conducta y, sobre todo, mediante la imposición de la pauta de conducta contenida en la norma de determinación”.

⁹⁷ QUINTERO OLIVARES, G.: *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981, págs. 86 y 87: “es importante dejar sentado que en *todo delito* y en *cualquier estadio de ejecución* han de concurrir el desvalor de acción y el desvalor

En la concepción del injusto como desvalor de acción y desvalor de resultado adquieren especial relevancia la configuración de los delitos de peligro abstracto y la punición de la tentativa. Tratada ya la primera de las cuestiones al hilo del principio de lesividad, me queda referirme a los problemas que, desde esta doble exigencia de desvalor, pueden presentar algunas formas de tentativa, y más concretamente la tentativa inidónea.

Quienes, como aquí se hace, entienden que el fundamento del castigo de la tentativa ha de ser idéntico al del castigo del hecho consumado –desvalor de acción y desvalor de resultado– exigen para el castigo de la tentativa una voluntad criminal manifestada al exterior mediante actos de ejecución del delito (desvalor de acción) y una puesta en peligro del bien jurídico protegido (desvalor de resultado)⁹⁸. Si alguno de ellos falta no podrá apreciarse la tentativa, por lo que ha de estimarse la impunidad de aquellos supuestos en

de resultado. Eso entraña una doble garantía: de que el acto humano no se va a enjuiciar desvinculándolo de su autor, por una parte, y de que el Derecho penal sólo intervendrá cuando realmente se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico y en la medida en que eso haya sucedido, es decir, que no ‘castigará voluntades’”. El mismo, “Acto, resultado y proporcionalidad” en *Estudios Penales. Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág. 490.

⁹⁸ Véase LUZÓN PEÑA, D.M.: *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 604.

los que no exista un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico.

El problema radica, sin embargo, en determinar que es lo que se considera peligroso para el bien jurídico a efectos de integrar el desvalor de resultado exigible para el castigo de la tentativa. A estos efectos, la mayor parte de la doctrina mide la peligrosidad desde una consideración objetiva *ex ante*, de modo que si con tal consideración se admite que el sujeto podía razonablemente pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que *ex post* dicha consumación hubiera sido imposible⁹⁹.

Y en efecto, la peligrosidad de la acción ha de comprobarse *ex ante* y desde un punto de vista objetivo. La mayor peligrosidad, así considerada, pertenecerá al desvalor de la acción, y si no existe en absoluto faltará ya tal desvalor, por mucho que exista voluntad de realizar el delito. Pero, para que una conducta en sí misma peligrosa sea punible ha de, al menos, llegar a crear un peligro más o menos cercano para algún bien jurídico, lo cual constituye una condición esencial para la punición de la tentativa. Ello, como advierte SERRANO MAILLO, constituye el desvalor de resultado mínimo de la tentativa punible¹⁰⁰. Y para esta segunda fase, en la que lo que se trata de comprobar es si efectivamente se ha llegado a

⁹⁹ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 485.

¹⁰⁰ SERRANO MAILLO, A.: *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia...*, cit., pág. 315.

crear un peligro para el bien jurídico, habrán de tomarse en consideración sólo elementos cognoscibles *ex post*¹⁰¹.

Para explicar cual es el desvalor de resultado en la tentativa se puede tomar como modelo el tipo de injusto de los delitos de peligro, a cuya estructura –en el ámbito objetivo- se debe asimilar la del delito intentado. En ambos, la acción del sujeto debe provocar una situación de peligro que se identifica con la probabilidad de lesión del bien jurídico protegido. Dicha probabilidad se comprueba a partir de todos los datos presentes en ese momento, incluyendo aquéllos que no estén al alcance del espectador objetivo; es decir, se amplía la base del juicio hasta introducir en el todos los elementos que configuran la situación y realizando un pronóstico acerca de las probabilidades de lesión del bien jurídico¹⁰²; esto, es precisa la contemplación global de los hechos en orden a

¹⁰¹ Véanse al respecto MAQUEDA ABREU, M.L.: “La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992”, *AP*, 1994, págs. 486 y ss.; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 346; SERRANO MAÍLLO, A.: *Ensayo sobre el derecho penal como ciencia...*, cit., págs. 316-317.

¹⁰² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: en Berdugo Gómez/Arroyo Zapatero y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 282.

valorar si ha existido idoneidad (peligrosidad efectiva para el bien jurídico en el desvalor del resultado) o no¹⁰³.

En todo caso, decidir cuando se produce la tentativa no es tarea fácil, ni admite reglas apriorísticas, por lo que no hay otro remedio que analizar las posibilidades de la tentativa en relación con cada uno de los tipos de delito¹⁰⁴. Pero, de cualquier manera, es preciso que se haya creado una situación de peligro real, aunque no necesariamente lesivo para el bien jurídico.

¹⁰³ SERRANO MAÍLLO, A.: *Ensayo sobre el Derecho penal como ciencia*, cit., pág. 318.

¹⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, G.: *Comentarios al Código Penal*, Navarra, 1996, pág. 114.

V. LA CULPABILIDAD

En Derecho penal se emplea la expresión culpabilidad como el conjunto de condiciones que permiten declarar a alguien como culpable o responsable de un delito. La culpabilidad es una categoría “cuya función consiste, precisamente, en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de una pena”¹⁰⁵. Desde el punto de vista político, el principio de culpabilidad supone que no cabe el recurso a la pena cuando esas condiciones no se dan. De ahí ha podido deducirse que el principio de culpabilidad encuentra apoyo constitucional en la proclamación que el artículo 10 CE hace de la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., págs. 390-391.

¹⁰⁶ CEREZO MIR, J., “El delito como acción culpable”, en ROMEO CASABONA, C.M., (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, La Laguna, 1997, pág. 21. El Derecho penal, como advierte LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 427), “debe respetar las garantías propias del principio de culpabilidad, porque si no lo hiciera trataría a las personas como meros súbditos a los que se dirigen órdenes y mandatos, cuyo excepcional incumplimiento es tasado en la ley a *priori*. En cambio, el respeto a la dignidad de las personas hace que éstas sean

El debate doctrinal que durante los últimos ha generado la culpabilidad ha dado lugar a una tendencia que gira en torno a una definición mínima y negativa de la culpabilidad en cuya virtud “hay culpabilidad cuando se comete un hecho antijurídico y *no se está* en ninguno de lo supuestos en los que se *excluye* la culpabilidad¹⁰⁷”. Los elementos de la culpabilidad, como advierte MUÑOZ CONDE, son utilizados para afirmarla o negarla, pero no son suficientes para definirla; es preciso, por tanto, fundamentar positivamente la culpabilidad, y va a ser precisamente este criterio el que sirva de base uniforme para interpretar de forma idéntica cada uno de los elementos que la componen¹⁰⁸.

La idea de reproche, ligada siempre al indemostrable libre albedrío, plantea cuestiones irresolubles, que han

tratadas como seres libres, sujetos a presiones y errores, valientes o cobardes, de tal modo que cada hombre es él mismo y no una reproducción de un modelo ideal diseñado por el legislador o el estado, y siendo así es fácil comprender que únicamente una cuidadosa valoración de las circunstancias en las que se ha desarrollado la acción en cada persona –misión que se dice corresponde a la culpabilidad– será capaz de dar satisfacción a este precepto constitucional”.

¹⁰⁷ GARCÍA ARÁN, M.: *Fundamentos y aplicación del as penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pág. 72.

¹⁰⁸ MUÑOZ CONDE, F.: “Culpabilidad y prevención en Derecho Penal”, *CPC*, 1980 (12), pág. 54.

determinado, sobre todo en el marco de actuales propuestas de orientación a las consecuencias, toda una reformulación del concepto y fundamento de la culpabilidad que de respuesta a los requerimientos de la prevención¹⁰⁹.

Desde esta perspectiva, las construcciones doctrinales pueden ser clasificadas en, al menos, dos tendencias generales: de una parte, aquellas que tratan de compaginar los concretos contenidos que de modo incuestionable presenta esta categoría dogmática del delito –imputabilidad, conocimiento de la antijuricidad y causas de exclusión de la culpabilidad- con ciertas consideraciones de índole preventiva y garantista; de otro, la que pretende una construcción de la

¹⁰⁹ De ahí que GIMBERNAT ORDEIG propusiera la renuncia al concepto de culpabilidad como fundamento y límite de la pena. Los fundamentos y límites vendrían dados en su propuesta por la función preventivo-general y preventivo-especial de la pena. De ahí extrae la exclusión de la responsabilidad objetiva, el reconocimiento de la relevancia del error invencible de prohibición, la sustracción de los inimputables a la acción de la pena, confiándolos sólo a medidas de seguridad, y la fundamentación de la mayor pena de los delitos dolosos frente a los culposos. Que, en definitiva, son las consecuencias garantistas de la aceptación por la doctrina mayoritaria del principio de culpabilidad.

culpabilidad al margen de las circunstancias del sujeto, en atención a las necesidades de prevención general positiva¹¹⁰.

Claro exponente de esta última tendencia es el concepto de culpabilidad que desde el funcionalismo sistémico propone JAKOBS. El concepto de culpabilidad se construye en relación directa con los fines de la pena -reacción ante la infracción de una norma-. El objetivo, resalta TERRADILLOS BASOCO¹¹¹, es la prevención general positiva, no como evitación de futuros

¹¹⁰ Desde esta perspectiva el sistema penal no tiene que entrar en ese mundo subjetivo para llegar a un pronunciamiento sobre la culpabilidad, que no depende de las vivencias personales del infractor, sino de la necesidad de garantizar un nivel mínimo de orden. Como señala QUINTERO OLIVARES (*Locos y culpables*, Pamplona, 1999, pág. 21) “Tampoco faltan los que sin remilgo alguno estiman que las razones profundas por las que un individuo concreto ha obrado de una cierta manera son un problema exclusivamente suyo y el sistema penal no tiene que entrar en valorarlas para poder llegar al pronunciamiento de culpabilidad (JAKOBS). La determinación de quien es culpable se subordina, necesariamente, según esas y otras tesis semejantes, a los fines del derecho penal entre los que primordialmente no se encuentra averiguar la vivencia personal del infractor, sino garantizar un mínimo de orden”.

¹¹¹ Véase TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 16.

delitos, sino como imposición de una determinada visión de la realidad, para lograr la fidelidad al ordenamiento jurídico¹¹².

¹¹² “Esa fidelidad se debilita cuando el sujeto que se encuentra en perfectas condiciones para prever y dominar la realidad planificada..., siendo posible una actuación conforme a la expectativa que dicho rol inspira en la creencia de los demás, lleva a cabo una actuación contraria a la norma. Así se entiende la afirmación ‘la función de la culpabilidad es estabilizar la norma débil’...Porque las reglas de la naturaleza o necesitan afirmar su vigencia. Pero ello no ocurre en el ordenamiento jurídico, que al no constituir un sistema absoluto necesita resarcirse contra las violaciones de sus preceptos para mantener su firmeza. En los supuestos de exclusión de la culpabilidad, por el contrario, la defraudación de la expectativa que representa la conducta infiel al mandato de los preceptos legales no se produce, puesto que nadie espera que el niño, el loco...cumpliese con esa exigencia de fidelidad al Derecho...la ausencia de sanción en estos supuestos no perturba la función estabilizadora de expectativas en que consiste el Derecho. La culpabilidad, por tanto, no depende de las específicas circunstancias del sujeto. No está fundamentada en base a un criterio de limitación del poder punitivo del Estado en favor del reconocimiento de una garantía fundamental del individuo, sino tan sólo en atención a las necesidades derivadas de la pena en su función mediata de prevención general”. BORJA JIMENEZ, E., “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España”, *CPC*, 1997 (63), págs. 608-609.

Tal construcción dogmática supone un paso atrás con relación a la consecución de los logros del principio de culpabilidad, en la medida en que ésta pasa a ser entendida como fidelidad a la norma y el sujeto que delinque como un desobediente que ha de ser castigado porque la sociedad así lo reclama¹¹³. Una culpabilidad así concebida, no puede suponer garantía alguna limitadora del poder punitivo del Estado, a cuyos proyectos queda sometido el individuo¹¹⁴. Y en cualquier caso, advierten BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALARÉE, tampoco es posible sustituir la culpabilidad mediante los fines propios que se adscriban a la pena, pues ello implica un error en el planteamiento, ya que los fines de la pena no pueden sustituir sus presupuestos¹¹⁵.

Otra cosa, por supuesto, es que tiene que haber una correspondencia entre los fines de la pena y sus presupuestos y que, por eso mismo, los fines de la pena inciden necesariamente en éstos y les sirven de complementación,

¹¹³ En este sentido afirma TERRADILLOS BASOCO (*Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid, 1981, pág. 28) que “una ley que no establezca más que el deber de obediencia solo puede entenderse en razón de la tutela de los intereses específicos y excluyentes del grupo dominante, no la protección de bienes jurídicos”.

¹¹⁴ MÁRQUEZ PIÑERO, R.: “La fundamentación básica del Derecho penal”, *Criminalia* 199 (2), págs. 39-40.

¹¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal*, vol. I, cit., pág. 329.

sobre todo para fijar sus contornos¹¹⁶. A esta necesidad de orientar las categorías dogmáticas -y en concreto la culpabilidad- a los fines de prevención general es a la que responde el modelo teleológico político-criminal¹¹⁷ propuesto por ROXIN en Alemania¹¹⁸. En su construcción, la culpabilidad -como elemento integrante del más amplio concepto de responsabilidad- aparece como condición indispensable de la imposición de penas, que además, han de

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Tal y como afirma SILVA SÁNCHEZ (“Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona 1997, págs. 22-24), la construcción dogmática de ROXIN se configura como un modelo teleológico, en cuanto tendencialmente regido por objetivos preventivos, pero, también integrador de los límites formales y materiales -incluso de base ontológica- propios del Estado Democrático. “Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”.

¹¹⁸ Como indica ÁLVAREZ GARCÍA (*Introducción a la teoría jurídica del delito*, cit., pág. 121), la necesidad de acercar la política criminal a la política penal, las nuevas consideraciones garantísticas encaminadas a lograr una humanización del proceso y de la ejecución penal, la consideración de las víctimas como algo más que una prueba o testigos procesales, han obligado a replantear la función de la culpabilidad procurando desterrar esta vez los vestigios moralizantes que la teoría normativa no pudo vencer.

quedar justificadas por necesidades preventivas. Al condicionar la pena a la culpabilidad del sujeto se pone un límite al poder punitivo que no es asequible si se atiende a puras finalidades preventivas. Éstas, como señala TERRADILLOS BASOCO, “están presentes, sin mengua de los tradicionales efectos garantistas del principio de culpabilidad, ya que la necesidad preventiva de pena es un presupuesto adicional de la punibilidad, con lo que sólo puede restringir y no ampliar, el ámbito de lo castigado”¹¹⁹. Así entendida, “la culpabilidad es un medio de limitar sanciones jurídico-penales, pero no de fundamentarlas”¹²⁰.

¹¹⁹ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La Culpabilidad*, cit., pág. 34.

¹²⁰ ROXIN, C.: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal* (trad. por Muñoz Conde), Madrid, 1981, pág. 49. De hecho, en España, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia admiten la eficacia de la culpabilidad como límite de la intervención penal, derivándolo en esencia de la consagración de la dignidad humana como valor supremo del ordenamiento. Véanse, entre otros, GARCÍA ARÁN, M.: “Culpabilidad, legitimación y proceso”, *ADPCP*, 1988, págs. 90 y ss; GRACIA MARTÍN, L.: “Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española”, *AP*, 2 (1993), pág. 50; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., págs. 32-37; y ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “El principio de culpabilidad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Estudios de jurisprudencia*, 3 (1992), págs. 69 y ss.

En una línea similar NIETO MARTIN entiende la categoría dogmática de la culpabilidad como “el conjunto de garantías que legitiman al Estado a imputar personalmente el hecho (dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, presunción de inocencia e igualdad) e imponer una pena al autor del comportamiento antijurídico (necesidad de prevención)”¹²¹. Tal concepción, en efecto, aprehende el contenido garantista que ha de acompañar a las propuestas basadas en la prevención¹²². No obstante, los principios garantistas, que están en la base de todo el ejercicio del *ius puniendi*, no explican por sí el contenido de la culpabilidad.

En la construcción de ROXIN el sujeto actúa culpablemente si le puede alcanzar el efecto llamada de la norma y si posee capacidad de autocontrol suficiente, de modo que la alternativa de actuación conforme a Derecho le sea psíquicamente asequible¹²³. La culpabilidad es “capacidad

¹²¹ NIETO MARTIN, A., *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcelona, 1999, p. 32.

¹²² Como dice TERRADILLOS BASOCO (*La culpabilidad*, cit., pág. 32), “cualquier intento de construcción del concepto de culpabilidad que parta, en exclusiva, de la función preventiva y que no se someta a criterios limitadores externos a los requerimientos preventivos, corre el riesgo de un expansionismo punitivo”.

¹²³ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, 1997, pág. 797

de dirigirse por la norma”¹²⁴. En la base de su concepción se sitúa, pues, la capacidad del individuo para comportarse de acuerdo con la norma; esto es, la capacidad de decisión del individuo.

Pero, como apunta TERRADILLOS BASOCO, lo importante es aceptar una capacidad de decisión “históricamente situada, tributaria de un tiempo y un espacio, de una cultura y de un sistema en el que el sujeto se mueve. Esta matizada capacidad de autodeterminación –que no se identifica con el libre albedrío- es la única advenida por los hechos, y por eso es la única que puede servir de base al juicio de culpabilidad”¹²⁵. Ahora bien, como reconoce el propio autor, partir de que cierta posibilidad de actuar de un modo distinto es un presupuesto de la relevancia jurídica del comportamiento humano, no solventa todas las cuestiones. Es preciso indagar aún sobre el fundamento material de la culpabilidad¹²⁶.

Y para ello, advierten MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, “no hay por qué disociar la culpabilidad de los fines de la

¹²⁴ ROXIN, C.: *Problemas básicos de Derecho penal* (trad. por Luzón Peña), 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 685.

¹²⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 34; Véase en el mismo sentido NIETO MARTÍN, A.: *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, cit., pág. 33.

¹²⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 35.

pena, ni separarla de la responsabilidad que no es, en definitiva, más que la consecuencia de declarar culpable al sujeto por lo que ha hecho”¹²⁷. Se trata, entonces, no de añadir, al modo de ROXIN, a la culpabilidad, la responsabilidad, sino de integrar lo preventivo-empírico y lo culpabilístico-normativo en un concepto de culpabilidad único¹²⁸.

En esta línea, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN proponen un concepto material de culpabilidad que se identifica con la función motivadora de la norma penal, que, junto a la protectora da sentido a todo el sistema¹²⁹. La culpabilidad, así concebida, no se asienta en juicios de reproche ético ni requiere la constatación de una capacidad de decisión absolutamente libre, no condicionada. Lo relevante será comprobar “si el individuo, en la situación concreta en la que realiza el comportamiento antijurídico, estaba en condiciones de ser motivado por la norma. Lo que tampoco requiere un doble juicio de ‘responsabilidad más culpabilidad’, pues la motivabilidad supone un conjunto de condiciones – endógenas-exógenas- concurrentes en el sujeto y determinantes, sin cesuras, de la legitimidad racional

¹²⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 394.

¹²⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 35.

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 404.

(democrática) de la intervención penal”¹³⁰. La motivabilidad, o capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas permite, pues, la atribución de una acción a un sujeto y, en consecuencia, la exigencia de responsabilidad por la acción cometida; pero, al mismo tiempo, cualquier alteración importante de esa capacidad –cualquiera que sea el origen de la misma- deberá determinar la exclusión o, si no es tan importante, la atenuación de la culpabilidad¹³¹.

Desde este punto de vista, señala TERRADILLOS BASOCO, como al enfatizarse la dimensión social desde la que enfocar todo comportamiento humano, y por tanto también el comportamiento culpable, se dota al componente motivabilidad de componentes bilaterales imprescindibles desde un punto de vista garantista¹³².

Es en la culpabilidad, así entendida, donde han de valorarse, desde el principio constitucional de igualdad, aquellas diferencias subjetivas que pueden influir en la atribución de responsabilidad penal, como puede ser el hecho de que el autor esté motivado por fuertes convicciones o

¹³⁰ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 36.

¹³¹ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 363-364.

¹³² TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág.30.

decisiones de conciencia¹³³. Desde este punto de vista, la afirmación o negación de la culpabilidad requiere tener en cuenta en cada caso concreto la implicación personal del sujeto¹³⁴ en el conflicto que se produce entre lo ordenado por la norma y sus preferencias.

La idea de motivabilidad permite, pues, integrar la categoría de la culpabilidad en la orientación teleológica preventiva propia de todo el sistema penal democrático, pero sin que la necesidad preventiva de pena decida la culpabilidad del sujeto, ni ésta se afirme a espaldas de las necesidades preventivas. En la medida en que tales necesidades sólo son posibles frente a sujetos motivables, el propio concepto de motivación es inviable si no se integra con elementos preventivos¹³⁵.

Por otra parte, esta concepción de la culpabilidad permite fundamentar la eficacia eximente de los supuestos previstos en nuestro Derecho positivo desde las necesidades preventivas, en la medida en que frente a ellos no pueda ser eficaz la intimidación que se espera de una norma que amenaza con penas. Por eso no se castiga a quienes no poseen

¹³³ BAUCELLS I LLADOS, J.: *La delincuencia por convicción*, Valencia, 2000, pág. 412.

¹³⁴ Véase al respecto VARONA GÓMEZ, D.: *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, 2000, págs. 56-66.

¹³⁵ TERRADILLOS BASOCO, J.M.: *La culpabilidad*, cit., pág. 36.

capacidad para motivarse por los mandatos normativos, pues frente a ellos la amenaza de la pena es inútil. Pero también es inútil, desde la perspectiva preventiva, frente a quienes desconocen el carácter antijurídico de su conducta. Por último, no se puede motivar a los sujetos a comportarse de un modo que, en el caso concreto, no le era exigible¹³⁶.

¹³⁶ Como advierte LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 418), si se admite que las normas penales pretender motivar positivamente la conducta de los ciudadanos en una cierta dirección, también deberá asumirse que las normas penales en determinadas situaciones no pueden actuar como factores motivantes de la conducta por chocar con un comportamiento exterior. En este caso, señala TERRADILLOS BASOCO (*La culpabilidad*, cit., pág. 111), la necesidad o utilidad de pena queda enervada en razón de la anormalidad motivacional en la que se mueve el sujeto.